

# Actualidad Jurídica Uría Menéndez

## Tribuna Abierta

El Real Decreto-Ley 36/2020. Un Decreto para la recuperación

*Félix Bolaños*

## Artículos

Un impacto (vial) negativo: barreras burocráticas que afectan las licencias de edificación

*Carlos González Prada*

La cesión de derechos de crédito de naturaleza jurídico-administrativa en el ámbito de la contratación pública y de la responsabilidad patrimonial de la Administración

*José Alberto Navarro Manich y Pau Panadés Jordà*

Treinta años de Ley de Competencia Desleal

*José Massaguer Fuentes*

O novo regime Europeu dos Serviços de Financiamento Colaborativo (*crowdfunding*)

*Miguel Rodrigues Leal*

## Foro de Actualidad

España

Portugal

Latinoamérica

Unión Europea

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*  
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*  
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 Aristi, 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

#### OBRA EN CUBIERTA:

José Manuel Ciria. Cabeza, 2009. Máscaras Schandenmaske. Óleo sobre lienzo 152,5 x 122 cm. Colección Uría Menéndez.

*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](mailto:alejandro.anca@uria.com)  
[www.uria.com](http://www.uria.com)

Edición, diseño, producción y distribución: CeGe Global

CeGe Global  
Ciutat d'Asunción, 42 - 08030, Barcelona  
Tel. +34 93 274 59 00  
e-mail: [info@cegeglobal.com](mailto:info@cegeglobal.com)  
[www.cegeglobal.com](http://www.cegeglobal.com)

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

CeGe Global, 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.

55

Actualidad  
Jurídica  
Uría  
Menéndez

Año 2021



URÍA  
MENÉNDEZ

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 El Real Decreto-Ley 36/2020. Un Decreto para la recuperación  
*Félix Bolaños*
- 

## Artículos

- 23 Un impacto (vial) negativo: barreras burocráticas que afectan las licencias de edificación  
*Carlos González Prada*
- 
- 45 La cesión de derechos de crédito de naturaleza jurídico-administrativa  
*José Alberto Navarro Manich y Pau Panadés Jordà*
- 
- 64 Treinta años de Ley de Competencia Desleal  
*José Massaguer Fuentes*
- 
- 95 O novo regime Europeu dos Serviços de Financiamento Colaborativo (*Crowdfunding*)  
*Miguel Rodrigues Leal*
- 

## Foro de Actualidad

### España

- 117 La sentencia del Tribunal General en CK Telecoms vs. Comisión: una declaración de principios en control de concentraciones  
*Jokin Beltrán de Lubiano*
- 
- 126 Las medidas de moratoria y reducción de renta aprobadas a resultados del COVID-19  
*Iván Abad Lloria y Rafael Castillo Echevarría*
- 
- 151 Límites y restricciones a la extinción de contratos de trabajo durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19  
*Álvaro Navarro Cuéllar y Paula Alonso Barrera*
- 
- 162 Incentivos fiscales para grandes contribuyentes como consecuencia de la pérdida de facturación por la COVID-19  
*Alberto Artamendi Gutiérrez y Alex Pié Ventura*
-

174 Impacto de la reforma fiscal en las sociedades *holding*  
*Carlos Durán Haeussler*

---

185 El nuevo Impuesto de Transacciones Financieras  
*Violeta Pina Montaner*

---

193 Modificaciones del régimen de control del comercio exterior de material de defensa y de productos y tecnologías de doble uso  
*Javier Abril Martínez*

---

## Portugal

199 Investigações internas e Compliance: Um “pré-processo penal”?  
*Francisco Proença de Carvalho e Mafalda Fuzeta da Ponte*

---

207 A tributação agravada sobre o património imobiliário detido por entidades residentes em paraísos fiscais e a liberdade de circulação de capitais  
*António Castro Caldas e Raquel Maurício*

---

222 Orientações da CMVM sobre a avaliação da adequação para o exercício de funções reguladas e de titulares de participações qualificadas  
*Luísa Soares Mendes e Miguel Stokes*

---

232 A suspensão dos prazos de prescrição em processo penal e contraordenacional por efeito da legislação Covid-19  
*Adriano Squilacce e Raquel Cardoso Nunes*

---

## Latinoamérica

240 Delación compensada y coacción  
*Gabriel Budnik Ojeda y Matías Palma Rodríguez*

---

## Unión Europea

246 La excepción al desistimiento del consumidor en el suministro de bienes confeccionados conforme a sus especificaciones:  
*Ana Ortega Redondo*

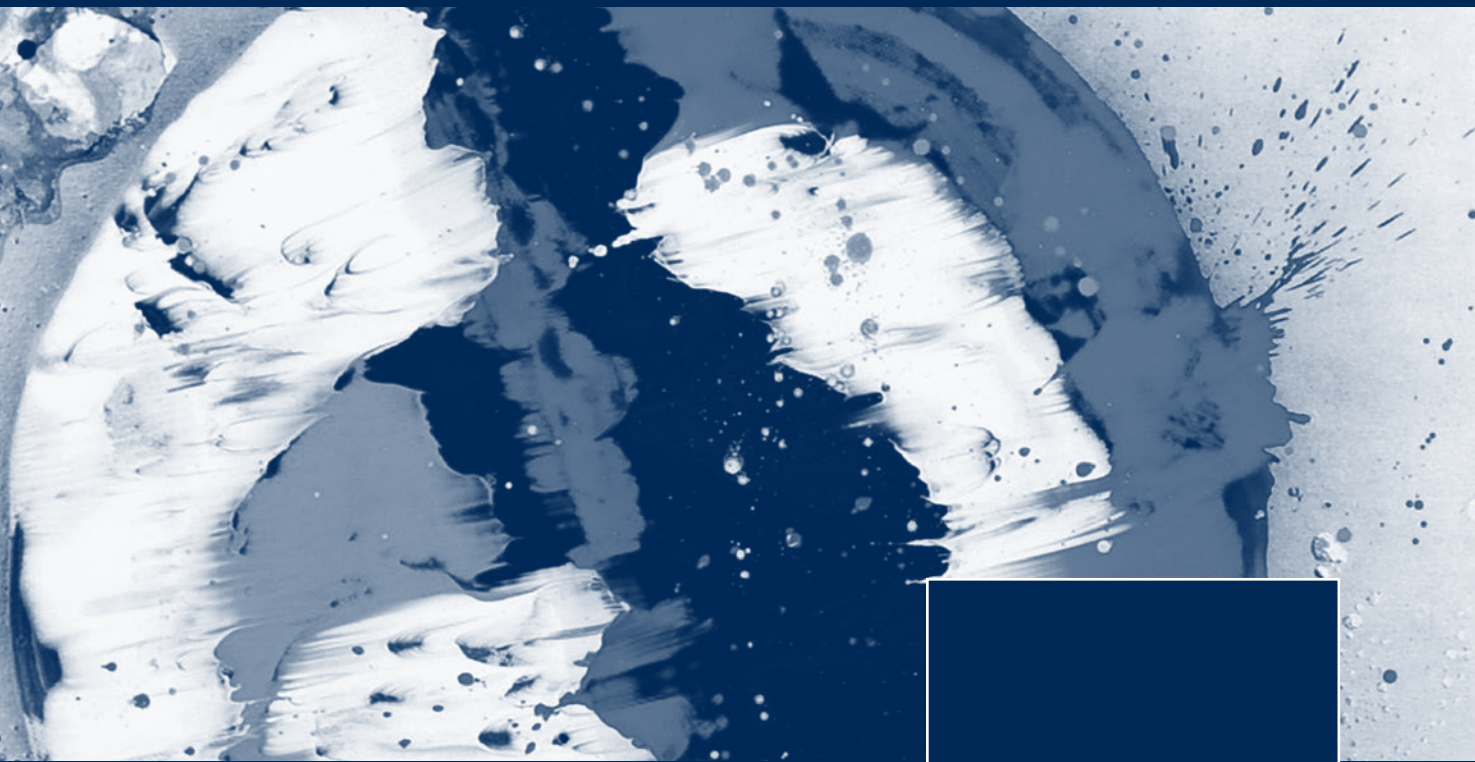
---

## Internacional

250 English Contract Law for Spanish Lawyers Good Faith in English Law Governed Contracts  
*Alex Bircham, Gillian Cahill, Tom Wethered*

---

## Directrices para las colaboraciones



Tribuna  
Abierta





## EL REAL DECRETO-LEY 36/2020. UN DECRETO PARA LA RECUPERACIÓN

Félix Bolaños

Secretario General de la Presidencia del Gobierno. Alumni de Uría Menéndez

### El Real Decreto-ley 36/2020. un Decreto para la recuperación

*Los fondos Next Generation EU representan para España una oportunidad histórica para generar una recuperación sostenible, que pueda abordar la transformación digital y verde que necesita nuestro país y permita afianzar la creación de un sistema productivo sólido, resiliente y solidario. Al mismo tiempo, suponen un reto que pone a prueba la capacidad del sector público español de absorber de manera eficaz hasta 140.000 millones de euros en un plazo de seis años. Esto exige llevar a cabo reformas legales que permitan agilizar procedimientos, eliminar trámites superfluos y crear nuevas formas de trabajo adaptadas al dinamismo del siglo XXI, sin olvidar las necesarias exigencias de control impuestas por el derecho comunitario y nuestro propio ordenamiento. Con este propósito, se ha aprobado el Real Decreto-ley 36/2020 por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

SECTOR PÚBLICO, REFORMAS, UNIÓN EUROPEA, CONTRATACIÓN PÚBLICA, SUBVENCIONES.

### Royal Law-Decree 36/2020, a Decree aimed at the recovery of Spanish economy

*The Next Generation EU fund will give Spain an historical opportunity to undertake a sustainable recovery, with a fair transition to digital and green economy that gives rise to a productive system that is solid, resilient and solidary. At the same time, however, the fund also represents a challenge that will test the Spanish public sector's ability to absorb up to 140.000 million Euros within six years. This requires implementing legal reforms to speed up administrative procedures, eliminate superfluous steps and create new working systems adapted to the dynamics of the 21st century, while respecting the necessary control mechanisms imposed by both European and Spanish legislation. This is precisely the aim of Royal Decree-law 36/2020 adopting urgent measures to modernise the Public Administration and to implement the government's recovery, transformation and resilience plan.*

**KEY WORDS:**

PUBLIC SECTOR, REFORMS, EUROPEAN UNION, PUBLIC PROCUREMENT, GRANTS.

**FECHA DE RECEPCIÓN: 9-3-2021****FECHA DE ACEPTACIÓN: 10-3-2021**

Bolaños, Félix (2020). El Real Decreto-ley 36/2020. Un decreto para la recuperación. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 7-20 (ISSN: 1578-956X).

## 1. El Plan de recuperación, transformación y resiliencia para combatir la crisis económica y social

---

El 14 de marzo de 2020 quedará para siempre como una fecha grabada en nuestra memoria. Ese día, el Gobierno de España tomó la decisión de decretar el estado de alarma previsto en el artículo 116 de la Constitución española y en su ley orgánica de desarrollo (la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio). Los ciudadanos y ciudadanas, las empresas y todas las instituciones públicas y privadas del país tuvieron que adaptarse a un escenario configurado por una serie de medidas limitativas de derechos fundamentales, cuyo principal objetivo era salvaguardar la salud de los ciudadanos y garantizar la capacidad asistencial del sistema nacional de salud frente a la pandemia de COVID-19.

Medidas muy similares fueron adoptadas por todos los países de nuestro entorno y, en particular, por nuestros socios europeos, que en ese primer momento centraron sus esfuerzos en hacer frente a la pandemia y a sus dramáticas consecuencias (i) humanas, en vidas perdidas, todas irrepetibles y truncadas de forma abrupta, que tanto dolor han causado en sus familias y entornos, y (ii) sanitarias, en cuanto a la presión de los sistemas de salud en una situación de emergencia.

No obstante, la pandemia también ha tenido un incuestionable impacto en la economía mundial, provocando la ralentización de muchos sectores y la paralización sobrevenida de otros que, en ocasiones, ha abocado al cierre a muchos negocios y empresas que antes de la emergencia generaban tejido productivo. Y esto, a su vez, ahondando en las brechas sociales aún no selladas tras la crisis económica de la década anterior, convirtiendo las colas del hambre en una triste llamada a la necesidad de reforzar políticas públicas para garantizar un nivel de vida digno a toda la población.

Para hacer frente a esta situación, los socios europeos también han alzado una voz unísona que ha significado un ensanchamiento y fortalecimiento de la Unión en un contexto de resaca de otra gran crisis política, la provocada por el Brexit. Europa ha estado a la altura del reto y ha puesto de manifiesto que la solidaridad entre países —y entre personas— debe ser su seña de identidad a la hora de afrontar una crisis como la actual. Así se refleja en el acuerdo histórico alcanzado por el Consejo el pasado 21 de julio de 2020, donde se aprobó el programa «*Next Generation UE*», un paquete de medidas para la reconstrucción, la transformación y la resiliencia que se cimentan sobre fondos solidarios, es decir, recursos financieros de la Comisión Europea con finalidad de transferirlos a los socios de la Unión.

Los fondos que constituyen el mecanismo «*Next Generation UE*» han sido el reflejo de un impulso político y de un modo de hacer más Europa, con el concurso fundamental de España, que fue un actor principal. Su objetivo está a la altura del desafío: nacen no solo para reconstruir la Unión —que también—, sino para regenerar el tejido productivo, construir las bases de transformaciones sólidas y de reformas estructurales sostenibles en el tiempo y comprometidas con el entorno y la cohesión social y territorial.

Por ello, todos los proyectos que se financien con el recurso a este instrumento deberán adaptarse a, al menos, alguno de los siguientes objetivos, aprobados por la Comisión Europea:

- i. promover la cohesión económica, social y territorial de la Unión;
- ii. fortalecer la resiliencia;
- iii. mitigar el impacto económico y social de la crisis; o
- iv. apoyar las transiciones verde y digital.

En principio, estos fondos de recuperación representan para nuestro país un volumen, entre transferencias directas y préstamos, de 140.000 millones de euros en un plazo de seis años —equivalente al 11 % anual de nuestro PIB—, lo que supone una enorme palanca para impulsar políticas transformadoras a medio y largo plazo.

Para su ejecución, el Gobierno elaborará el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, el “Plan”), que se asienta sobre cuatro líneas directrices: una España verde, una España digital, una España sin brechas de género y una España cohesionada e inclusiva. El Plan se presentará a las instituciones europeas antes del 30 de abril de este año para su posterior examen y aprobación. Este documento marcará una hoja de ruta de desafíos y oportunidades, pero, además, un compromiso de reformas, consecución de objetivos y cumplimiento de hitos globales, que se dibuja como un plan país a través de proyectos y planes concretos. Asimismo, desde una perspectiva material, será todo un reto y pondrá a prueba la capacidad del sector público español para el éxito de su implementación.

La oportunidad para nuestro país es histórica, homologable a lo que supusieron los fondos estructurales y de cohesión europeos en los años ochenta y noventa del siglo pasado. España ya se vio inmersa en aquellas grandes reformas, una etapa que implicó la transformación de las economías europeas del sur para adaptarse a la idea del mercado único que se estaba creando. Por ese motivo, podemos volver a recuperar ahora la idea de Jacques Delors, Presidente de la Comisión Europea entre 1985 y 1995, que decía que los fondos europeos “*no suponían un coste, sino la ventaja competitiva de Europa*”.

Ahora bien, para recuperarse de la pandemia, los Estados miembros de la Unión tendrán que hacer un esfuerzo de inversión y también un ejercicio de creatividad. No se trata solo de disponer de recursos, sino de acertar con los proyectos y transformar nuestras economías.

## 2. Aprobación del Real Decreto-Ley 36/2020

---

España tiene experiencia en la absorción de fondos europeos y dispone de estructuras administrativas, a nivel estatal, autonómico y local, con gran experiencia y conocimiento en la materia. Sin embargo, el Gobierno era consciente de que absorber potencialmente 140.000 millones de euros precisaba de un análisis introspectivo y de acometer las reformas legales que fueran necesarias con el fin de crear las condiciones más favorables para que el Plan pudiera ejecutarse de modo eficaz, ágil y con garantías de control. En este sentido, se abordó:

- i. un análisis de las instituciones y actores implicados en el Plan desde una perspectiva de derecho comparado, con el fin de diseñar una gobernanza de los fondos operativa;
- ii. un estudio de los recursos, capacidades y *know how* del sector público para ordenar y diseñar herramientas para la mejor gestión del Plan; y
- iii. un examen de los cuellos de botella existentes en la legislación de gestión de fondos europeos y ejecución de proyectos, con el fin de adaptar el marco normativo a los requerimientos de agilidad e implementación del Plan, eliminando trámites que no añadieran valor y flexibilizando aquellos elementos que fuera preciso.

Como resultado de este ejercicio, el Gobierno, en un trabajo coral de todos los departamentos ministeriales, elaboró el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante el "Real Decreto-ley 36/2020"), con el propósito de mejorar y agilizar la ejecución del Plan.

Su tramitación, a pesar de la urgencia, se trabajó con la Comisión Europea y, por supuesto, el resultado final reflejó la opinión y observaciones recibidas. Ese trabajo conjunto con la Comisión Europea concluyó con una felicitación por ser el primer país europeo en aprobar una norma tan fundamental y necesaria para la ejecución del Plan y hacerlo de la mano de las propias autoridades europeas.

Asimismo, el Plan fue sometido a consulta al Consejo de Estado, aun cuando su dictamen no era preceptivo por tratarse de un real decreto-ley, urgente por naturaleza. No obstante, dada la trascendencia de la materia, el Gobierno consideró oportuno y conveniente oír al máximo órgano consultivo, sin perjuicio de que no sea necesario incluirlo en la fórmula promulgatoria del real decreto-ley al ser una consulta potestativa.

El dictamen emitido (783/2020) realizó un juicio favorable del que luego fue el Real Decreto-ley 36/2020. El Consejo de Estado fue, como siempre, constructivo y realizó comentarios, sugerencias y observaciones, algunas de las cuales se presentaron como esenciales. Su valoración de conjunto fue que *"el proyecto merece una opinión favorable"*, añadiendo que *"aprecia el esfuerzo realizado por el Gobierno para articular en tan breve plazo un conjunto de medidas que tienen como principal objetivo permitir una mejor gestión y ejecución de las actuaciones financiables con fondos europeos"*.

El Gobierno incorporó *motu proprio* todas las observaciones esenciales realizadas por el Consejo de Estado en su dictamen y también asumió gran parte de los comentarios y observaciones no esenciales que mejoraban el documento elevado al órgano consultivo. Por tanto, el texto del real decreto-ley aprobado por el Consejo de Ministros el 22 de diciembre de 2020, y luego convalidado en el Congreso de los Diputados, ya contenía las observaciones realizadas por el Consejo de Estado. Una convalidación, por cierto, lograda gracias a una mayoría parlamentaria inédita y de la que no participaron grupos políticos que, aunque a primera vista pueda no parecerlo, seguro que desean que los fondos europeos derivados del Plan se ejecuten con agilidad y eficacia.

Por otro lado, antes de entrar en el contenido del Real Decreto-ley 36/2020, conviene precisar algunas cuestiones sobre el ámbito objetivo de la norma. Como ya se ha dicho, su objetivo es agilizar la gestión y ejecución del Plan, pero determinadas materias (tales como gestión de recursos, procedimientos, contratos, subvenciones, convenios y evaluación ambiental) también se aplican a otros fondos europeos, como el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, el Fondo Social Europeo, el Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural y el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca. Además, existen otras partes (convenios administrativos o la creación de un nuevo instrumento de colaboración público privada) que se aplican a todo el sector público, con independencia de que se trate de actuaciones relacionadas con fondos europeos.

Adicionalmente, se han incluido principios de gestión innovadores para la Administración Pública, que complementan los principios generales previstos en la Constitución española y en las leyes administrativas. Es un paso más para lograr una Administración Pública avanzada donde se generan sinergias entre distintas unidades, trabajo en equipos horizontales, gestión por objetivos o planificación de estrategias. Junto a ello, uno de los objetivos más ambiciosos del Plan es la digitalización integral de la Administración Pública.

El Real Decreto-ley 36/2020 también integra principios típicos del derecho europeo, concretamente la prevención eficaz de los conflictos de interés, el fraude y las irregularidades o la promoción de la competencia efectiva en los mercados. Tales elementos son genuinos del acervo comunitario y marcan una filosofía clara de respeto al derecho de la competencia y a la observancia de los criterios de control, no solo por parte de los órganos españoles (Intervención General del Estado y Tribunal de Cuentas), sino también europeos (Tribunal de Cuentas Europeo).

Por último, es preciso subrayar que, si bien esta norma se ha aprobado para la Administración General del Estado, es una regulación que debe servir de inspiración y base a otras administraciones territoriales<sup>1</sup>, básicamente autonómicas, que tendrán que realizar el mismo ejercicio con el fin de ponerse en forma para la mejor gestión del Plan en el ejercicio de sus competencias.

---

<sup>1</sup> Como ha sido el caso, por ejemplo, en la proposición de ley gallega (Lei de simplificación administrativa e de apoio á reactivación económica de Galicia) presentada por el Grupo Parlamentario Popular por el procedimiento de urgencia el pasado 7 de diciembre de 2020, actualmente en periodo de enmiendas. O en el Decreto Ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso para la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, publicado en el *BOJA* el 22 de febrero de 2021.

### 3. Gobernanza de los Fondos Europeos

---

El Real Decreto-ley 36/2020 establece una regulación exhaustiva de los órganos competentes en el gobierno del Plan, no solo respecto de su diseño, sino también —y especialmente— en cuanto al desarrollo, ejecución y el control sobre los proyectos en última instancia.

Este elemento de control es especialmente relevante porque permitirá a las autoridades españolas poder solicitar los desembolsos, con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, a la Comisión Europea, para su ingreso al Tesoro Público. Es lo que en jerga comunitaria se denomina “absorción de fondos”, que permite en la práctica el ingreso en el presupuesto general del estado de fondos provenientes de la Unión Europea.

La gobernanza del Plan tiene dos notas fundamentales:

- i. Se articula en dos fases: la primera es la aprobación nacional, que se realiza por aprobación del Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital; y la segunda viene regulada por las normas de derecho europeo que determinan que las instituciones de la Unión Europea tendrán que aprobar el Plan y sus modificaciones. Al mismo tiempo, se establece un régimen *ad hoc* de convalidación de trámites realizados si finalmente algunos proyectos no absorbieran fondos europeos. En otras palabras, se evita la nulidad de las actuaciones en los casos en los que el proyecto en cuestión optó pero no consiguió absorber fondos europeos.
- ii. Responde a las exigencias propias de un plan de país, es decir, es abierta al sector público y privado y tiene en cuenta los distintos niveles territoriales. En consecuencia, permite poder contar con las voces de los distintos actores implicados, creando espacios de participación, siempre con la vista puesta en el interés general. Para ello, se establece un doble plano: uno de impulso político desde la Presidencia del Gobierno y con un órgano específico (la Comisión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia); y otro técnico que descansa primordialmente en un Comité Técnico y en dos autoridades, la Autoridad Responsable del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Secretaría General de Fondos Europeos) y la Autoridad de Control (Intervención General de la Administración del Estado).
- iii. El sistema de gobernanza del Plan parte de la experiencia en el diseño y gestión de fondos europeos en la Administración española y da respuesta a las exigencias de “*implementation*”, “*reporting*” y “*payments, control and audit*” previstos en el Reglamento del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (en adelante, “MRR”)<sup>2</sup> y en los requerimientos establecidos en la guía de orientaciones publicada por la Comisión Europea en materia de gobernanza.

---

<sup>2</sup> Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

- iv. Está formado por seis estructuras, además del Consejo de Ministros y el papel político de la Vicepresidencia Tercera (vicepresidencia económica), planteadas desde un modelo de especialización, complementariedad y cooperación, como pide la Comisión Europea:
- v. Una Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia, de la que forman parte todos los ministros, como estructura de decisión e impulso previa al Consejo de Ministros, encargada de establecer las directrices políticas generales para formular y desarrollar el Plan, proponer sus modificaciones esenciales y realizar el seguimiento estratégico del Plan, entre otras.
- vi. Esta Comisión podrá crear foros de participación y grupos de alto nivel para participación de actores externos con funciones de participación (no ejecutiva) general o sectorial. Se vehicula así la dimensión de participación con expertos del sector privado.
- vii. Un Comité Técnico, como estructura de asistencia y soporte técnico a la Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia y a la Autoridad Responsable del MRR.
- viii. La Unidad de Seguimiento del Plan, dependiente del Departamento de Asuntos Económicos y G20 de la Presidencia del Gobierno, que realizará un seguimiento político del Plan con el objetivo de mantener informado de modo directo y continuo al Presidente del Gobierno, así como de las reformas estructurales planteadas desde el Gobierno e impulsadas por la Vicepresidenta Tercera desde sus competencias en política económica.
- ix. La Autoridad Responsable del MRR, como órgano central para el desarrollo y ejecución del Plan, que actuará como autoridad e interlocutor responsable ante las instituciones europeas respecto de la ejecución del Plan en los términos que se establezcan en la normativa europea. Será la Secretaria General de Fondos Europeos, incardinada en el Ministerio de Hacienda.
- x. La Autoridad de Control corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado. Deberá desarrollar una estrategia de control sobre la base del conocimiento acumulado con otros fondos y ayudas europeas.
- xi. Finalmente, para canalizar la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y la participación de estas en el marco del Plan, se establece una Conferencia Sectorial del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en la que se prevé la participación de las entidades locales a través de la FEMP y de otros actores, públicos o privados, vinculados al Plan.

## 4. Medidas específicas para la gestión de proyectos del Plan

---

El Real Decreto-ley 36/2020 desarrolla principalmente la gestión de proyectos vinculados al Plan con una serie de normas que tratan de dar solución a los cuellos de botella normativos que se han venido observando, de modo recurrente, en la gestión de fondos europeos.

Estas soluciones tienen un impacto externo para los interesados, empresas e instituciones públicas y privadas que tengan un papel en el desarrollo de los proyectos. La idea principal que debe subrayarse es que el Real Decreto-ley 36/2020 no decide las estructuras posibles de colaboración público privada ni los mecanismos de licitación o ayudas públicas, en el sentido de restringir o encauzar los proyectos del Plan a un único vehículo jurídico. Las Administraciones Públicas competentes podrán elegir el instrumento más adecuado para estructurar o vehicular los proyectos conforme a su carácter, extensión, condición tractora, volumen de inversión o eje sectorial, por mencionar algunos.

La normativa europea y, en particular, los acuerdos y negociaciones por los que se aprobó el MRR<sup>3</sup> prevén expresamente la necesidad de aplicar los principios de (i) gestión eficiente o buena regulación (*better regulation*)<sup>4</sup>, una regulación de calidad que reduzca las trabas administrativas para las empresas y ciudadanos (requisitos, trámites, plazos); y (ii) restricción de efectos anticompetitivos, lo que supone unos costes estimados por la Comisión Europea entre el 1,5 % y el 6,8 % del PIB de las economías europeas<sup>5</sup>.

Esta simplificación y racionalización de los procedimientos también tiene un efecto favorable directo para las Administraciones Públicas, pues reduce las cargas y mejorará la eficiencia en la tramitación de procesos complejos, como es la gestión de estos fondos europeos.

Sobre estas bases, las principales novedades del Real Decreto-ley 36/2020, ordenadas por categorías, son:

### 4.1. Convenios administrativos

Se ha simplificado el procedimiento que con carácter general se recogía en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Se partía de una gestión muy prolija derivada de CORA<sup>6</sup>, de modo que los gestores empleaban mucho tiempo, en ocasiones plazos superiores a seis meses, en formalizar un convenio.

---

<sup>3</sup> Dictamen N.º 6/2020 [con arreglo a los artículos 287, apartado 4, y 322, apartado 1, letra a), del TFUE] sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 20-10-2020.

<sup>4</sup> Commission Staff Working Document 'Better Regulation Guidelines', 7 de julio de 2017.

<sup>5</sup> Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A strategic review of better regulation in the European Union. Annex 'Reducing Administrative Burdens in the European Union'.

<sup>6</sup> Comisión de Reforma de la Administración Pública, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012 que dio lugar a un informe (Informe CORA) de fecha 21 de junio de 2013.



Se han introducido cambios que aligeran su tramitación, especialmente en lo que se refiere a acortar los plazos de los informes, autorizaciones, inscripción y publicación, conservando los elementos que resultan necesarios para mantener los controles de eficacia y supervisión.

En este sentido, por ejemplo, se introduce un plazo de cinco días para la inscripción de los convenios tras su formalización y de diez días hábiles desde su formalización para que sean publicados en el *Boletín Oficial del Estado*.

También se introduce un plazo máximo de siete días hábiles para el informe del servicio jurídico y cualquier otro informe preceptivo, transcurridos los cuales se podrá continuar con su tramitación sin perjuicio de su incorporación al expediente antes de proceder al perfeccionamiento del convenio. Y se establece que se entenderá otorgada la autorización previa del Ministerio de Hacienda si no ha sido emitida en el plazo de siete días hábiles después de su solicitud. Finalmente, se identifican los supuestos en los que no será preceptivo el informe del Ministerio de Política Territorial y Función Pública.

Adicionalmente, se crea un régimen singular para los convenios financiables con fondos europeos con la finalidad de hacerlos más funcionales y adaptarlos a las necesidades que implican este tipo de proyectos.

Por otra parte, se suprimen los informes que son redundantes por el papel que juega la autoridad responsable de los fondos. A estos convenios no le resultarán de aplicación las disposiciones contenidas en las letras b) y c) del apartado 2 del artículo 50 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ni lo previsto en la Instrucción segunda del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2017, en cuanto se refiere a la autorización del Consejo de Ministros de los convenios a suscribir con Comunidades Autónomas o con sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes.

También se dan más facilidades para los préstamos o anticipos que puedan preverse en los convenios. Así, en caso de que se inicie en la tramitación de expedientes de convenios cuya ejecución presupuestaria no vaya a tener lugar hasta el ejercicio siguiente u otros ejercicios posteriores, será posible su tramitación anticipada, pudiendo llegar hasta la fase de formalización del convenio en el ejercicio corriente.

## 4.2. Contratación pública

Si existe una materia de interés para el sector privado y de incidencia directa en la gestión de algunos proyectos es la contratación pública. El Real Decreto-ley 36/2020 elimina algunos obstáculos de los procedimientos de contratación, pero con dos condicionantes que deben advertirse de inicio: por un lado, la complejidad de la materia y de la legislación existente que fue aprobada recientemente, en 2017; y, por otro lado, un marco europeo muy estricto marcado por las directivas de contratación<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La contratación pública es un elemento central de la inversión pública. Representa en torno al 14 % del PIB de la UE, por lo que va a tener un papel decisivo en el desarrollo de los planes de recuperación. Por esta razón, y conforme a las recomendaciones que realizó el Consejo de la UE en sus conclusiones sobre inversión pública a través de la contratación pública para la recuperación sostenible y la reactivación de una economía de la UE resiliente<sup>8</sup>, el examen de la eficiencia y la eficacia del marco de contratación pública es especialmente relevante.

En línea con dichas recomendaciones, se ha trabajado para, dentro de los límites que marcan los Reglamentos y resto de la normativa europea, agilizar los trámites y procedimientos de licitación, aumentando su flexibilidad y aprovechando también el «régimen simplificado» con arreglo al título III de la Directiva 2014/24/UE. Todo ello garantizando siempre la concurrencia y la competencia efectiva de los mercados.

Como en el caso de los convenios, se excepcionan las autorizaciones y los informes que resultan superfluos en estos proyectos y que, *de facto*, implican semanas extra de tramitación.

Así, se excepciona del requisito de la autorización para contratar del Consejo de Ministros prevista en el artículo 324 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Se amplía la aplicación del procedimiento abierto simplificado, elevándose hasta los umbrales sujetos a regulación armonizada, que es lo máximo permitido en los Reglamentos de la UE. También se eleva el umbral para aplicar el procedimiento abreviado a los inferiores a 200.000 euros de valor estimado en los contratos de obras y a los inferiores a 100.000 euros de valor estimado en los contratos de suministros y servicios.

Por otra parte, se prevé la tramitación de urgencia de la licitación cuando las circunstancias impidan la tramitación ordinaria en plazo, lo que implica reducir los plazos internos a la mitad, salvo el plazo de presentación de proposiciones, que los órganos de contratación podrán reducir hasta un mínimo de quince días naturales contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación.

Asimismo, se contempla la preferencia de despacho de estos contratos y que los plazos para emitir los respectivos informes quedarán reducidos a cinco días naturales.

Todas estas medidas encuentran su justificación en que estamos ante proyectos que, aunque económicamente tienen una dimensión importante, responden a proyectos tutelados desde la Administración que en muchos casos estarán encauzados a través de pliegos-tipo de contratación. También se habilita a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a dictar las instrucciones necesarias para coordinar la aplicación estas disposiciones anteriores para facilitar la tramitación de los contratos financiados con fondos del Plan. Esto permitirá agilizar notablemente los tiempos de preparación de la licitación y facilitar la labor de los centros gestores y los órganos de contratación.

---

<sup>8</sup> Conclusiones del Consejo Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente 2020/C 412 I/01.

### 4.3. Subvenciones

Las subvenciones son otro instrumento esencial en el marco de la canalización de las inversiones públicas.

El Real Decreto-ley 36/2020 establece algunas modificaciones que permiten agilizar el procedimiento en el caso de las subvenciones financiadas con fondos europeos. Así, por ejemplo, se contempla que en la concesión de subvenciones y ayudas a las que resulte de aplicación la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones no será exigible la autorización del Consejo de Ministros.

En los procedimientos de subvenciones, además de medidas similares a las previstas en contratación y convenios para reducir los trámites superfluos, se han introducido dos novedades orientadas a la reducción de los plazos de tramitación. En este sentido, se contempla la unificación en un solo acto de las bases reguladoras y de la convocatoria. Asimismo, se establece que para la tramitación de la aprobación de las bases reguladoras y la convocatoria de estas subvenciones tan solo serán exigibles el informe de los servicios jurídicos correspondientes y el informe de la Intervención Delegada al que hace referencia el artículo 17.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Por otra parte, se introduce un sistema de concurrencia no competitiva (“ventanilla abierta”) para las subvenciones financiadas con fondos europeos, de manera que se puedan resolver de forma sucesiva a la presentación de las solicitudes, tras la comprobación de los requisitos exigidos y hasta el agotamiento del crédito presupuestario.

### 4.4. Evaluación ambiental

Otra materia de enorme impacto de carácter sectorial y que reclamaba una mejora era la legislación sobre evaluación ambiental. Era un clamor que los plazos establecidos para la tramitación administrativa de las evaluaciones medioambientales prolongaban excesivamente los procedimientos. El principio europeo de “no causar un perjuicio significativo” a objetivos medioambientales<sup>9</sup> se puede respetar y combinarlo con agilidad en la tramitación.

Así, en el ámbito de la evaluación ambiental se ha mantenido el equilibrio entre las garantías que impone el marco normativo europeo, especialmente relevante en transformaciones que se marcan como uno de sus objetivos centrales la transición ecológica de nuestra economía, pero apostando por lograr una mayor agilidad. De esta forma, en relación proyectos excluibles de evaluación de impacto ambiental, se entenderán que concurren las circunstancias excepcionales en el caso de los proyectos financiados total o parcialmente mediante el Instrumento Europeo de Recuperación, cuando se trate de meras modernizaciones o mejoras de instalaciones ya existentes, y entre cuyos requisitos se incorporen para su financiación y aprobación la mejora de las condiciones ambientales.

Y se prevé una reducción generalizada de los plazos internos de estos procedimientos de evaluación ambiental y se compensa el acortamiento de los plazos de consulta, que, con todo, se mantiene en treinta días con mecanismos de información pública.

---

<sup>9</sup> DNSH principle “do no significant harm”, incluido en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo.

## 5. Instrumentos de colaboración público-privada (en particular, los proyectos estratégicos para la transformación y recuperación, “PERTE”)

---

Para aprovechar al máximo la movilización de recursos sin precedentes que va a suponer *Next Generation EU*, el mayor paquete de estímulo jamás financiado a través del presupuesto de la UE, la colaboración público-privada va a ser un factor clave para lograr un efecto multiplicador sobre nuestra economía.

El Real Decreto-ley 36/2020 modifica algunos aspectos de los instrumentos de colaboración público-privada. La colaboración entre las Administraciones Públicas y el sector privado se seguirá desarrollando a través de los diferentes vehículos jurídicos existentes en la actualidad y, en cada caso, habrá que buscar la fórmula que mejor se adapte al proyecto, ya sean fórmulas contractuales, institucionales, patrimoniales o financieras.

El Real Decreto-ley 36/2020 introduce dos novedades relevantes.

En primer lugar, se establecen una serie de medidas con la finalidad de facilitar la concurrencia a proyectos del Plan. De esta forma, se habilita que las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas sin personalidad, puedan ser beneficiarias de subvenciones, formalizando entre ellas un acuerdo de agrupación simple. Se simplifica la creación de consorcios públicos evitando la necesidad de autorización legal. Se permite la ejecución de determinados contratos de concesión de obras o servicios mediante su adjudicación directa a sociedades de economía mixta con capital mayoritariamente público. Y, por último, se facilita que estas sociedades de economía mixta utilicen medios de financiación variados, como emisión de obligaciones, créditos, préstamos participativos, ampliaciones de capital o titulizaciones de derechos de cobro.

En segundo lugar, se incorpora una figura innovadora de colaboración público-privada para la ejecución de los proyectos, con el nuevo instrumento de los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (en adelante, “PERTE”).

Esta nueva figura, que se crea con vocación de permanencia, se encuentra inspirada en los IP-CEIS europeos —*Important Project of Common European Interest*—, una herramienta creada para impulsar proyectos a escala europea que tienen un impacto significativo en el crecimiento y que suponen beneficios para la ciudadanía. Su amplia ambición de I+D+i y su gran escala precisan reunir actores públicos y privados para poder hacer frente a su desarrollo y dar respuesta a las deficiencias del mercado o sistémicas que presentan este tipo de proyectos<sup>10</sup>.

La razón de ser de los PERTE es identificar, reforzar e impulsar aquellos proyectos de carácter estratégico con un importante potencial de arrastre para el resto de la economía, que contribuyan

---

<sup>10</sup> Comunicación de la Comisión sobre criterios para el análisis de la compatibilidad con el mercado interior de las ayudas para fomentar la realización de proyectos importantes de interés común europeo (2014/C 188/02).

claramente al crecimiento, al empleo y a la competitividad de nuestro país. Además, deben tener un carácter innovador y un valor añadido en I+D+i, con un impacto transformador estructural sobre sectores estratégicos o con fases de investigación e innovación disruptivas y ambiciosas, más allá del estado de la técnica en el sector, seguidas de un primer despliegue industrial.

Los PERTE permiten combinar conocimientos, experiencia, recursos financieros y diferentes actores económicos con el fin de corregir el fallo de mercado de infrainversión que se produce en iniciativas privadas estratégicas que terminan no materializándose debido a la magnitud de los riesgos asociados a este tipo de proyectos.

Para cumplir con estos objetivos, en primer lugar, se realizará una labor de prospectiva e identificación de aquellos proyectos tractores que combinen los elementos financieros, de innovación, y que por sus características transformadoras y de arrastre y su importancia cuantitativa o cualitativa sean propicios para su integración en un PERTE. Será el Consejo de Ministros quien declare que proyectos son un PERTE.

La creación del Registro estatal de entidades interesadas en los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica en el Ministerio de Hacienda servirá para identificar a los agentes y operadores interesados y con capacidad para participar en un PERTE.

Una vez exista una declaración de PERTE, la Administración podrá utilizar cuantos instrumentos jurídicos tiene a su alcance en la legislación, también los de colaboración público-privada, para su implementación y ejecución concreta a través de figura jurídica que mejor se adapte en cada caso al proyecto estratégico de que se trate.

En todo este proceso se respetarán los elementos de control y los principios de concurrencia, no discriminación y competencia efectiva de los mercados para que la ejecución de proyectos tan importantes para el país tenga todas las garantías y respeten el mercado europeo.

## 6. Conclusiones

---

El programa de gobierno que presentó al Congreso de los Diputados el Presidente en su investidura en enero de 2020 estableció cinco grandes ejes de actuación: (i) la búsqueda de la cohesión social y la lucha contra la desigualdad, (ii) la digitalización de la economía y la disrupción tecnológica, (iii) la transición ecológica de la economía, (iv) el reimpulso del proyecto de integración europea; y (v) el reforzamiento institucional. Estas cinco líneas de actuación prioritarias vertebrarían la acción de gobierno.

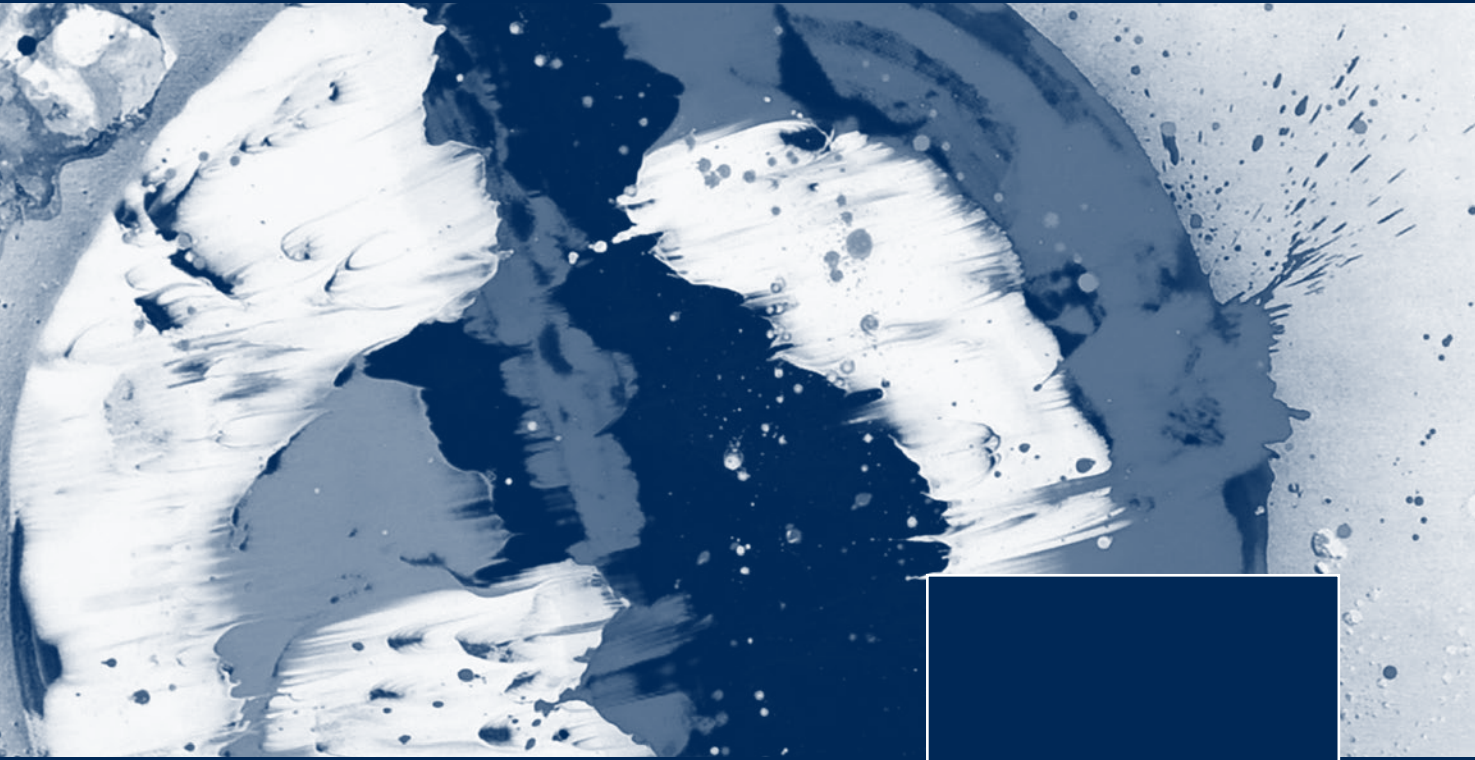
La pandemia de COVID-19 y la crisis económica obligaron a adaptar los planes iniciales y centrar los esfuerzos en, primero, adoptar de manera coordinada con las comunidades autónomas y la Unión Europea todas las medidas al alcance para controlar la pandemia; segundo, poner en marcha medidas para proteger a los más vulnerables, víctimas siempre del desempleo y la precariedad; y, tercero, impulsar una batería de medidas en el ámbito financiero y fiscal que salvaguardase nuestro tejido económico y productivo. Esta labor se ha traducido en más de trescientas normas. Y continúa.

El guion ha cambiado completamente. Pero, paradójicamente, cuando el Consejo Europeo del pasado mes de julio acordó poner en marcha un Plan de recuperación para Europa, estableció como base del mecanismo *Next Generation EU* cuatro ejes de transformación: (i) la transición ecológica, (ii) la transición digital, (iii) la igualdad de género; y (iv) la cohesión social y territorial. Ejes que coinciden con el rumbo que ya había tomado España y que son transformadores del futuro.

En un mundo como el actual y ante un desafío sin precedentes que ha golpeado a todos los rincones del globo, la Unión Europea ha tenido las ideas claras: salir de la crisis sanitaria, combatir sus efectos económicos y sociales y hacerlo de manera que estemos más preparados para los retos de las próximas décadas. Es por ello que proyectar un plan país en cada Estado miembro de la Unión es una oportunidad para todos. Más allá del coste y de las inversiones, producirá una indudable ventaja competitiva para Europa.

España tiene una oportunidad para recuperar nuestra economía después de la pandemia y para acometer las transformaciones pendientes. El Real Decreto-ley 36/2020 ha realizado un indudable esfuerzo para que el entorno legislativo español, de la mano de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021 que entró en vigor el mismo día, pueda canalizar todos los proyectos del Plan desde ya. El objetivo es la recuperación del país tras la pandemia y, acto seguido, la transformación del entorno económico y del modelo productivo para sentar las bases del futuro.

El Plan conseguirá una España más verde, más digital, más justa y más cohesionada. El Real Decreto-ley 36/2020 facilitará que esa transformación se haga con agilidad y eficacia. Es solo el primer paso de un camino que merece la pena recorrer y que nos llevará a una España mejor.



Artículos





# UN IMPACTO (VIAL) NEGATIVO: BARRERAS BUROCRÁTICAS QUE AFECTAN LAS LICENCIAS DE EDIFICACIÓN

Carlos González Prada

*Asociado Principal en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría*

### **Un impacto (vial) negativo: barreras burocráticas que afectan las licencias de edificación**

*En diciembre de 2018 el Gobierno peruano aprobó el Plan Nacional de Competitividad y Productividad con el objeto de delinear los caminos a seguir para incrementar el bienestar de la población a partir del crecimiento económico. Dentro de este Plan, constituyen elementos claves tanto el despliegue de infraestructura económica y social de calidad como el desarrollo de un ambiente de negocios adecuado, estrechamente vinculados con el procedimiento de emisión de licencias de edificación cuya regulación se ha visto afectada por la Ordenanza No. 2087-MML, mediante la cual la Municipalidad Metropolitana de Lima norma el procedimiento de aprobación de los Estudios de Impacto Vial. Como se desarrolla a continuación, si bien diversos aspectos de esta Ordenanza ya han sido declarados barreras burocráticas, aún quedan tareas por cumplir con el objeto de lograr un procedimiento eficiente y eficaz acorde con el marco legal vigente.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

PLAN NACIONAL DE COMPETITIVIDAD Y PRODUCTIVIDAD, LICENCIA DE EDIFICACIÓN, ESTUDIO DE IMPACTO VIAL, ORDENANZA No. 2087-MML, BARRERAS BUROCRÁTICAS.

### **A negative (road) impact: bureaucratic barriers that affect building licenses**

*In December 2018, the Government approved the National Competitiveness and Productivity Plan, in order to delineate the paths to follow to increase the population's welfare based on economic growth. Within this Plan, key elements are the deployment of quality economic and social infrastructure as well as the development of an adequate business environment, closely linked to the procedure for the issuance of building permits whose regulation has been affected by Ordinance No. 2087-MML, through which the Metropolitan Municipality of Lima regulates the approval procedure of Road Impact Studies. As explained below, although various aspects of this Ordinance have already been declared bureaucratic barriers, there are still tasks to be accomplished to achieve an efficient and effective procedure in accordance with the current legal framework.*

**KEY WORDS:**

NATIONAL PLAN OF COMPETITIVENESS AND PRODUCTIVITY, BUILDING LICENSE, ROAD IMPACT STUDY, ORDINANCE NO. 2087-MML, BUREAUCRATIC BARRIERS.

**FECHA DE RECEPCIÓN:** 27-11-2019

**FECHA DE ACEPTACIÓN:** 1-12-2019

González Prada, Carlos (2020). Un impacto (vial) negativo: barreras burocráticas que afectan las licencias de edificación. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 23-44 (ISSN: 1578-956X).

# 1. La política nacional de competitividad y productividad y su vinculación con el desarrollo en infraestructuras

El 31 de diciembre de 2018, se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* el Decreto Supremo No. 345-2018-EF, mediante el cual el Gobierno aprobó la Política Nacional de Competitividad y Productividad (PNCP), cuyo contenido *"es de cumplimiento obligatorio para todas las entidades de los diferentes Poderes del Estado, Organismos Constitucionales Autónomos y de los diferentes niveles de gobierno"*<sup>1</sup>. De acuerdo con el numeral 1.1. del documento aprobado, el objetivo general de la PNCP es la *"generación de bienestar para todos los peruanos sobre la base de un crecimiento económico sostenible con enfoque territorial"*<sup>2</sup>.

En aras de lograr dicho crecimiento económico, la PNCP define nueve objetivos prioritarios (OP) sobre los cuales se fundamenta el contexto o ambiente en el cual se llevan a cabo las intervenciones, las cuales se encuentran articuladas en tres niveles: i) nivel de articulación intrapúblico en los tres niveles de gobierno; ii) nivel de articulación público-privado orientado al incremento de la productividad, y; iii) nivel de articulación público-privado orientado al ciudadano. El primero de ellos (OP1), relevante para el caso que nos ocupa, consiste en *"dotar al país de la infraestructura económica y social de calidad mediante esfuerzos orientados a la planificación y priorización eficiente de la infraestructura, el aseguramiento de la sostenibilidad y en funcionamiento de la infraestructura económica, social y natural, bajo un enfoque de desarrollo territorial y de resiliencia a desastres naturales"*<sup>3</sup>.

La importancia que el desarrollo en infraestructura tiene sobre la competitividad de una economía no admite dudas. El *Informe de Competitividad 2019* elaborado por el Consejo Privado de Competitividad, señala que, *"en el caso del crecimiento económico, la inversión en infraestructura aumenta la demanda de diversas industrias de bienes (maquinaria, equipos, materiales y acabados de construcción, entre otros) y servicios (empresas de ingeniería, transporte, alimentación, sistema*

1 "Artículo 2. Ámbito de Aplicación. La Política Nacional de Competitividad y Productividad es de cumplimiento obligatorio para todas las entidades de los diferentes Poderes del Estado, Organismos Constitucionales Autónomos y de los diferentes niveles de gobierno. También es de obligatorio cumplimiento para el sector privado y la sociedad civil, en cuanto le sea aplicable".

2 Capítulo I, Antecedentes, 1.1, p. 7.

3 Capítulo I, Antecedentes, 1.1, p. 8.

*financiero, seguros, entre otros*)<sup>4</sup>. Así —continúa el informe—, con inversión en infraestructura “no solo se genera empleo temporal durante la construcción de la obra, sino que también con ella se dinamiza el empleo en las industrias vinculadas”.

Dado su efecto multiplicador y dinamizador sobre la economía, constituye, por tanto, un acierto de la PNCP plantear la inversión en infraestructura como su primer objetivo prioritario. Con este enfoque, el Gobierno busca un desarrollo de infraestructura pública de calidad que permita superar, desde lo público, la actual brecha en infraestructura que afecta el crecimiento económico del país, la cual asciende a casi US\$ 160 000 millones para el periodo 2016-2025 de acuerdo con el análisis realizado por la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN) en 2015<sup>5</sup>.

La PNCP también reconoce la relevancia de la participación del sector privado en el crecimiento económico, siendo este el segundo nivel de articulación. Este reconocimiento, precisamente, fundamenta el sexto objetivo prioritario (OP6) consistente en “generar las condiciones para desarrollar un ambiente de negocios productivo”. Su cumplimiento, sin embargo, requiere de un importante esfuerzo desde el sector público para suprimir los costes administrativos que demanda la obtención de los títulos habilitantes necesarios.

Como indica el documento denominado Principales ejes para impulsar la competitividad y productividad, elaborado en 2018 por el Consejo Nacional de Competitividad y Formalización, órgano adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, “en los últimos años, en el Perú el número de autorizaciones y permisos que el empresario debe obtener para poner su inversión en marcha y operarla han aumentado; no obstante, el problema, en muchos casos no es el número de permisos sino la complejidad detrás de cada uno de esos trámites, los requisitos innecesarios, los altos costos, la duplicidad de funciones, la falta de sistemas aplicando la tecnologías de la información, así como la falta de predictibilidad en las decisiones de la administración, entre otros”<sup>6</sup>.

Este problema de sobrerregulación o de regulación deficiente, que afecta por igual a la inversión privada y a las intervenciones públicas en la economía, ha sido considerado en la PNCP como una de las líneas de acción a seguir para alcanzar el sexto objetivo prioritario. En concreto, la PNCP dispone que para lograr dicho objetivo debe procurarse una simplificación administrativa eficaz y continua en los tres niveles de gobierno, fomentando la eliminación de barreras de acceso y salida de los mercados<sup>7</sup>.

4 Informe de Competitividad 2019, p. 31.

5 J. L. Bonifaz, R. Urrunaga, J. Aguirre, C. Urquiza, L. Carranza, R. Laguna, & A. Orozco (2015): *Un plan para salir de la pobreza: Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025*. Lima: Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN), p. 13.

6 Pág. 25.

7 Si bien aún queda trabajo por hacer, como bien reconoce el PNCP, es necesario indicar que a la fecha ya se han aprobado diversas normas que tienen por objeto tanto la simplificación administrativa como la supresión de barreras burocráticas. Este es el caso, por ejemplo, del Decreto Legislativo No. 1272, que modificó la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; el Decreto Legislativo No. 1310, que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa; el Decreto Legislativo No. 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas; la Guía sobre el análisis de impacto regulatorio aprobada por el Ministerio de Justicia mediante Resolución Directoral No. 004-2017-JUS/DGDNCR; el Manual para la aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria, aprobado por Resolución Ministerial No. 196-2017-PCM; o los Lineamientos de calidad regulatoria aprobados por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL mediante Resolución de Consejo Directivo No. 069-2018-CD/OSIPTEL, entre otros dispositivos legales. Para un mayor detalle, ver también Milagros Maraví (2017): “Mecanismos de simplificación administrativa a la luz de las recientes modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y la reciente Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Decreto Legislativo 125”, *IUS ET VERITAS*, 54, pp. 66-99.

El procedimiento de solicitud de licencias de edificación constituye un punto de convergencia entre el primer y el sexto objetivos prioritarios de la PNCP. El procedimiento que los interesados deben seguir para la obtención de esta licencia —imprescindible para la mayoría de las intervenciones en infraestructura, ya sea pública o privada— se encuentra constantemente afectado por barreras burocráticas que afectan el normal desenvolvimiento de los proyectos edificatorios y las decisiones de inversión<sup>8</sup>.

Una regulación eficiente y eficaz del procedimiento de solicitud de licencia de edificación constituye, por tanto, un punto central para la consecución de los objetivos propuestos en la PNCP y, consecuentemente, para el crecimiento económico del país. Es contraria a ese tipo de regulación —eficiente y eficaz— y, por tanto, entorpece el logro de esos objetivos una regulación que establezca requisitos para la obtención de la licencia que se aparten de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa, ya sea por ser irracionales o ilegales.

Este, sin embargo, es el caso de diversas exigencias y regulaciones en materia de estudios de impacto vial contenidas en la Ordenanza No. 2087, que regula el procedimiento de aprobación de los Estudios de Impacto Vial en Lima Metropolitana y deroga las Ordenanzas Nos. 1268-MML, 1404-MML y 1694-MML (la “Ordenanza 2087”), aplicable a diversos tipos de proyectos edificatorios que se desarrollen dentro del ámbito de la provincia de Lima.

## 2. Regulación nacional y local aplicable a los estudios de impacto vial en Lima metropolitana

### 2.1. Incorporación de la obligación de contar con un estudio de impacto vial en la Ley de regulación de habilitaciones urbanas y edificaciones

En el año 2007, el Estado peruano promulgó la Ley No. 29090, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones (la “Ley de Edificaciones”) con el objeto de *“establecer la regulación jurídica de los procedimientos administrativos para la obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación, con la finalidad de facilitar y promover la inversión inmobiliaria”*<sup>9</sup>. La obligatoriedad del cumplimiento de la Ley de Edificaciones quedó plasmada en su artículo 2, según el cual los procedimientos administrativos en ella regulados *“son únicos y de aplicación obligatoria a nivel nacional; además, determinan las responsabilidades de los sujetos implicados en los procedimientos de habilitación urbana y de edificación”*. Por tanto, establecía dicha norma que *“ninguna persona o entidad, además de las descritas en la presente Ley, podrá participar, directa o indirectamente, en la aprobación y ejecución de habilitaciones urbanas y edificaciones”*.

<sup>8</sup> De acuerdo con la información publicada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, en el año 2018 los Gobiernos locales a nivel nacional eliminaron voluntariamente 5693 barreras burocráticas, de las cuales 1064 se vinculan con licencias de edificación. Por su parte, en el mismo año fueron declaradas por el INDECOPI 765 barreras burocráticas, de las cuales 237 se vinculan con licencias de edificación. En <https://www.indecopi.gob.pe/web/portal-sobre-eliminacion-de-barreras-burocraticas/rankings>, revisado el 20 de noviembre de 2019.

<sup>9</sup> Artículo 1 de la Ley de Edificaciones.

Inicialmente, la Ley de Edificaciones no exigía la presentación de estudios de impacto vial respecto al proyecto a edificar como condición para solicitar licencias de edificación, bajo ninguna de sus modalidades<sup>10</sup>. Esta exigencia, en cambio, sí formó parte de las disposiciones contenidas en el Reglamento Nacional de Edificaciones, aprobado por Decreto Supremo No. 011-2006-VIVIENDA (RNE), exigencia que fue posteriormente desarrollada por la Ordenanza No. 1268-MML aprobada por la municipalidad de Lima en julio de 2009, de observancia obligatoria en el ámbito de la provincia de Lima<sup>11</sup>.

La Ordenanza No. 1268-MML determinó los proyectos edificatorios que se encontrarían obligados a contar con un estudio de impacto vial, los cuales serían aprobados de acuerdo con el siguiente esquema: la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) sería la entidad competente para evaluar los estudios de impacto vial de proyectos ubicados frente a vías metropolitanas, en tanto que correspondería a las municipalidades distritales la competencia para evaluar los estudios de impacto vial de proyectos ubicados exclusivamente frente a vías locales. Estas últimas entidades, además, se encontrarían obligadas a exigir la presentación del estudio de impacto vial aprobado en el caso de proyectos que se ubiquen frente a las vías del Sistema Vial Metropolitano<sup>12</sup>.

Con el objeto de armonizar la regulación aplicable a la materia, mediante Ley No. 29476, publicada en diciembre del 2009, se dispuso la modificación de la Ley de Edificaciones con el objeto de incorporar la presentación del estudio de impacto vial dentro de los requisitos que debían ser cumplidos para solicitar licencias de edificación bajo las modalidades C y D. Específicamente, el artículo 11 de dicha norma dispuso que los solicitantes debían presentar el *"Estudio de impacto ambiental y vial, en los casos que se requiera, de acuerdo con el Reglamento Nacional de Edificaciones"*.

Sin embargo, mediante Ordenanza No. 1404-MML, publicada en julio de 2010, la MML aprobó una nueva reglamentación del procedimiento de aprobación de los estudios de impacto vial que complementó las disposiciones contenidas en la anterior Ordenanza No. 1268-MML. La Ordenanza No. 1404-MML, que fue modificada posteriormente mediante la Ordenanza No. 1694-MML de abril de 2013, estableció (i) los requisitos para la aprobación de los estudios de impacto vial, incluyendo el pago del derecho de trámite correspondiente; (ii) el contenido del estudio de impacto

10 La Norma G.040 define el estudio de impacto vial como la "evaluación de la manera como una edificación influirá en el sistema vial adyacente, durante su etapa de funcionamiento". La Ordenanza 2087, por su parte, lo define como "el conjunto de actividades que permiten evaluar cualitativa y cuantitativamente los efectos que produce sobre el entorno vial y del transporte, el desarrollo urbanístico o el proceso de renovación de zonas o lotes de terreno, de forma tal, que se pueda prever y mitigar sus efectos negativos mediante medidas administrativas y técnicas adecuadas, de manera que sea posible recuperar, alcanzar o mejorar el nivel de servicio existente en el sistema vial adyacente".

11 De acuerdo con el artículo 1 de la Ordenanza No. 1268-MML, esta tuvo por objeto "establecer las disposiciones y los lineamientos que deberán observarse para la aprobación de los Estudios de Impacto Vial exigidos por el Reglamento Nacional de Edificaciones y otros en aquellos proyectos de habilitaciones urbanas y obras de edificación ubicadas frente a vías locales y metropolitanas".

12 De acuerdo con dicha norma, se encontraban obligados a contar con estudio de impacto vial los proyectos de habilitación o edificación nuevos o que amplíen sus instalaciones modificando accesos y/o incrementando la generación de viajes ubicados frente a vías locales y vías metropolitanas. Dentro de los proyectos de edificación, específicamente se encontraban obligados a contar con este instrumento aquellos destinados a (i) vivienda (conjuntos residenciales, con zonificación residencial de densidad media, conjuntos residenciales, con zonificación residencial de densidad alta y conjuntos residenciales, con zonificación residencial de densidad muy alta, siempre que estén ubicados en terrenos a partir de 2,500 m<sup>2</sup> y/o desde 250 unidades de estacionamiento); (ii) hospedaje, a partir de cuatro estrellas (hoteles, apartoteles y resorts, siempre que el proyecto incluya ambientes complementarios, tales como restaurante, bar, sala de conferencias, convenciones y similares); (iii) educación, a partir de un aforo de 500 personas, excepto los destinados a educación inicial; (iv) salud (hospitales, centros de salud y clínicas); (v) industria (gran industria e industria pesada, cuando demanden el movimiento de carga pesada); (vi) comercio (galería comercial, tienda por departamentos, centro comercial, supermercados, mercados minoristas mercados mayoristas, grifos y gasocentros); (vii) edificios corporativo o de oficinas independientes, con más de 5000 m<sup>2</sup> de área útil; (viii) servicios comunales y centros de convenciones, a partir de un aforo de 500 personas; (ix) lugares de recreación y deportes, a partir de un aforo de 10 000 personas (centro de diversión, clubes sociales, sala de espectáculos y edificaciones para espectáculos deportivos); (xi) y edificaciones de terminales terrestres provinciales.

vial; (iii) el procedimiento de evaluación y aprobación a seguir; (iv) las obligaciones derivadas del estudio de impacto vial, tales como la presentación de estudios de monitoreo vial; y (v) el régimen sancionador aplicable por el incumplimiento de dichas disposiciones.

Esta regulación, sumada a aquella aprobada por otros Gobiernos locales, terminó por generar importantes sobrecostos a los administrados limitando la inversión en el sector de la construcción y afectando en consecuencia el despliegue de infraestructura. El Proyecto de Ley No. 3627/2013<sup>13</sup>, mediante el cual el Poder Ejecutivo propuso modificar el artículo 25 de la Ley de Edificaciones con el objeto de regular la presentación de los estudios de impacto vial en el expediente de licencia de edificación, describe de la siguiente manera la situación existente al respecto en el año 2014:

#### *“Problemática*

(...)

*10. El Reglamento Nacional de Edificaciones establece la necesidad de Estudios de Impacto Vial únicamente para cierto tipo de edificaciones. No obstante lo señalado, a la fecha las Municipalidades vienen creando procedimientos administrativos denominados Estudios de Impacto Vial con las siguientes características:*

1. *Se exige para categorías de edificaciones en las que el Reglamento Nacional de Edificaciones no ha considerado necesario un Estudio de Impacto Vial, tales como conjuntos residenciales de densidad media, alta y muy alta.*
2. *Establecen requisitos cuyo cumplimiento generan sobrecostos, pero que además son función de la municipalidad y no pueden ser transferidas a los particulares, tales como:*
  - *Información de proyectos futuros que incidan sobre la vialidad de la zona.*
  - *Modelación de la red vial circundante al proyecto.*
  - *Análisis de los posibles impactos viales en las temporadas de mayor actividad del proyecto y periodo críticos del área de influencia.*
3. *Se sujeta la aprobación de la Municipalidad a silencio administrativo negativo sin ninguna justificación legal.*
4. *Plazos formales de hasta 90 días hábiles para aprobar un estudio.*
5. *Establece obligaciones permanentes a los propietarios o promotores del proyecto como estudios de monitoreo a los tres meses y al año de indicadas las operaciones, sustituyendo sus propias acciones de fiscalización.*
6. *Se sanciona con multas equivalentes a 0.5% y 1% del valor del proyecto.*
7. *En un municipio se exigen que los estudios sean suscritos por ingenieros de transporte o especialista en la materia debidamente colegiado”.*

<sup>13</sup> Proyecto de Ley que Establece Medidas Tributarias, Simplificación de Procedimientos y Permisos para la Promoción y Dinamización de la Inversión en el País, Proyecto de Ley No. 3627/2013, presentado por el presidente de la República en junio de 2014.

El Proyecto de Ley No. 3627/2013 fue claro en afirmar que “la Ley Orgánica de Municipalidades no otorga competencias a los gobiernos [locales] para regular o aprobar el contenido y alcance de los estudios de impacto vial”. Por el contrario, señaló dicho documento que es el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) la entidad responsable de emitir normas técnicas en materia de construcción y edificaciones, y a través del RNE se establecen los requerimientos técnicos para evitar las afectaciones al entorno urbano como consecuencia de las edificaciones.

Una vez evaluado, el Proyecto de Ley No. 3627/2013 dio lugar a la Ley No. 30230, publicada en julio de 2014, en virtud de la cual se modificó el artículo 25 de la Ley de Edificaciones, que quedó redactado conforme al texto que se detalla a continuación:

*“Artículo 25.- Requisitos*

*Los requisitos para solicitar una licencia de edificación y autorizar su ejecución, que conforman el expediente, son los siguientes:*

[...]

*Para las Modalidades C y D:*

- i. *Estudio de Impacto Vial, únicamente en los casos que el Reglamento Nacional de Edificaciones lo establezca y con los requisitos y alcances establecidos por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.*

*El Reglamento Nacional de Edificaciones desarrolla los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos que deben reunir los documentos y planos que permitan la evaluación del impacto vial de las edificaciones proyectadas, que serán materia de evaluación y verificación de acuerdo a la modalidad de aprobación que corresponda. La incorporación al proyecto de los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos exigidos en el Reglamento Nacional de Edificaciones reemplazará al Estudio de Impacto Vial que se menciona en el primer párrafo.*

*Ninguna autoridad puede establecer requisitos adicionales o exigencias adicionales a las establecidas por el Reglamento Nacional de Edificaciones. La inobservancia de lo establecido en la presente disposición constituye barrera burocrática ilegal de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 30056<sup>14</sup>.*

---

<sup>14</sup> En lo pertinente, el texto vigente del artículo 25, aprobado por Decreto Legislativo No. 1287, publicado el 29 de diciembre de 2016, señala lo siguiente: “Artículo 25.- Requisitos

*Los requisitos para solicitar una licencia de edificación y autorizar su ejecución, que conforman el expediente, son los siguientes:*

*Para las Modalidades C y D:*

[...]

i. *Estudio de Impacto Vial, únicamente en los casos que el Reglamento Nacional de Edificaciones lo establezca y con los requisitos y alcances establecidos por el MVCS.*

*El Reglamento Nacional de Edificaciones desarrolla los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos que deben reunir los documentos y planos que permitan la evaluación del impacto vial de las edificaciones proyectadas, que serán materia de evaluación y verificación de acuerdo a la modalidad de aprobación que corresponda. La incorporación al proyecto de los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos exigidos en el Reglamento Nacional de Edificaciones reemplazará al Estudio de Impacto Vial que se menciona en el primer párrafo.*

(...)

*Ninguna autoridad puede establecer exigencias adicionales a las establecidas por el Reglamento Nacional de Edificaciones o requisitos adicionales previstos en la presente Ley. De considerar requisitos adicionales, se constituye una barrera burocrática ilegal, siendo aplicable lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas”.*



El texto del artículo 25 aprobado mediante la Ley No. 30230 estableció de manera indubitable que la obligación de presentar un estudio de impacto vial constituye una exigencia propia del RNE, dado su carácter eminentemente técnico, la cual debe cumplirse de conformidad con los requisitos y alcances establecidos por el MVCS, dado su carácter técnico. Alternativamente, y bajo el entendido de que el estudio de impacto vial forma parte del expediente de licencia de edificación, el citado artículo dispuso la posibilidad de que los administrados incorporen en su proyecto edificatorio *"los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos"* correspondientes al estudio de impacto vial, caso en el cual la presentación de forma separada de dicho instrumento (aunque dentro del mismo expediente) ya no sería necesaria<sup>15</sup>.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados hasta entonces, y dado que las normas aprobadas por la MML se mantenían en vigor, en la práctica la modificación de la Ley de Edificaciones creó dos regímenes paralelos para la aprobación de las licencias de edificación en la provincia de Lima: (i) por un lado, los administrados se debían presentar ante el Gobierno local encargado de tramitar su solicitud de licencia un estudio de impacto vial de forma individual o el proyecto edificatorio con los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos del estudio de impacto vial, en los casos y bajo los criterios previstos en el RNE según lo establecido en la Ley de Edificaciones; mientras que (ii), por otro lado, debían dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ordenanza No. 1404-MML, según la cual el estudio de impacto vial debía ser presentado para su aprobación por la MML de forma previa al ingreso de la solicitud de licencia de edificación, cuando así correspondiera según la ubicación del proyecto, y cumpliendo los requisitos previstos en dicha norma.

Esta situación no varió con la promulgación de la Ordenanza No. 2087-MML, incrementándose por el contrario las exigencias y contingencias previstas para los administrados que incumplieran la normativa municipal.

## 2.2. Aprobación de la Ordenanza No. 2087-MML que regula los estudios de impacto vial en Lima Metropolitana

El 13 de abril de 2018 la MML promulgó la Ordenanza 2087 con el objeto de regular el procedimiento, requisitos y obligaciones que deben observar los administrados para solicitar la aprobación de los estudios de impacto vial que elaboren respecto de proyectos edificatorios ubicados en la provincia de Lima Metropolitana. De forma similar a sus antecesoras, su incorporación en el

<sup>15</sup> En la misma línea, el artículo 56 del Reglamento de la Ley de Edificaciones, aprobado por Decreto Supremo No. 011-2017-VIVIENDA, vigente a la fecha de emisión de la Resolución No. 017-2019/CEB-INDECOPI, establecía lo siguiente:

*"Artículo 56.- Certificación ambiental y estudios requeridos*

*La certificación ambiental y los estudios que se requieran para la aprobación de los proyectos de edificación son:*

[...]

*56.2 El Estudio de Impacto Vial - EIV para los proyectos de edificación en los casos establecidos en el Reglamento Nacional de Edificaciones - RNE y que se desarrollen conforme a dicho reglamento, salvo que los documentos y planos del proyecto contemplen los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos exigidos en la norma citada".*

El artículo 60 del Decreto Supremo No. 029-2019-VIVIENDA, publicado en noviembre de 2019 y que derogó el Reglamento de la Ley de Edificaciones aprobado por Decreto Supremo No. 011-2017-VIVIENDA, y por tanto vigente a la fecha del presente artículo, señala igualmente que el EIV es requerido *"para los proyectos de edificación, únicamente cuando el RNE lo establezca. En caso el proyecto arquitectónico incorpore los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos exigidos en el RNE reemplazará al Estudio de Impacto Vial"*.



ordenamiento jurídico vigente llevó consigo diversas contravenciones al marco legal aplicable a las licencias de edificación, cuyos efectos en algunos casos siguen presentándose hasta la fecha.

En primer lugar, su sola promulgación, al establecer un procedimiento específico para la aprobación de estudios de impacto vial —distinto de lo dispuesto en la Ley de Edificaciones y el RNE— cuyo cumplimiento constituiría una condición previa a la presentación del expediente de licencia de edificación (del cual es un requisito), supuso *per se* un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Edificaciones, según el cual los procedimientos administrativos regulados en dicha Ley son “únicos y de aplicación obligatoria a nivel nacional”<sup>16</sup>.

En segundo lugar, al regular los requisitos que debían ser observados para solicitar la aprobación de estudios de impacto vial, así como la obligación de seguir un procedimiento específico, contravino lo dispuesto en el segundo párrafo del literal i. del artículo 25 de la Ley de Edificaciones, según el cual (i) es el RNE la norma “que desarrolla los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos que deben reunir los documentos y planos que permitan la valuación del impacto vial de las edificaciones proyectadas”; y (ii) los administrados se encuentran facultados a incorporar al proyecto “los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos” exigidos en el RNE en lugar de presentar un estudio de impacto vial específico.

La creación de un procedimiento especial supuso también una vulneración al principio de unidad, regulado en el artículo 2 de la Ley de Edificaciones. Según dicho principio, “las normas que se expidan, a partir de la presente Ley [Ley de Edificaciones], deberán guardar coherencia con el ordenamiento jurídico, de forma tal que las normas que lo conforman se integren armónicamente evitando contradicciones”. La falta de coherencia y contradicciones generadas por la Ordenanza 2087 se evidencian en la existencia de dos regímenes paralelos y distintos para la aprobación de estudios de impacto vial, cuya observancia tiene incidencia directa sobre el procedimiento de licencia de edificación.

Como resulta evidente, las disposiciones contenidas en la Ordenanza 2087 profundizaron la problemática generada por sus antecesoras en materia de licencias de edificación. Dicha Ordenanza no solo se apartó del texto expreso, y de obligatorio cumplimiento, de la Ley de Edificaciones y su Reglamento, sino que contradujo las disposiciones del RNE que regulan los supuestos en los que debe contarse con un estudio de impacto vial, al ampliar su alcance a usos tales como salud, hospedaje o vivienda.

---

16 No debemos perder de vista que, de acuerdo con el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Edificaciones, aprobado por Decreto Supremo No. 011-2017-VIVIENDA, “los procedimientos administrativos y los requisitos que se desarrollan y señalan respectivamente en la Ley y el Reglamento, son únicos y de aplicación obligatoria a nivel nacional. Ninguna norma, directiva, formulario o requerimiento administrativo puede exigir mayores requisitos que los establecidos en la Ley y el Reglamento”, los cuales constituirían una barrera burocrática ilegal. Sin embargo, dicha disposición no afecta la validez de los actos administrativos que se expidan en cumplimiento de las Ordenanzas emitidas por la MML —como las sanciones por el incumplimiento de sus disposiciones—, los cuales generarán efectos jurídicos hasta que no sean dejados sin efectos por autoridad competente o su nulidad no sea declarada de forma expresa.

## 2.3. Competencia de los Gobiernos locales para normar y aprobar estudios de impacto vial

En los considerandos de las Ordenanzas aprobadas por los Gobiernos locales, cualquiera que sea su contenido, es frecuente encontrar que estas se amparan de manera general en la autonomía municipal, regulada en el artículo II del título preliminar de la Ley No. 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), y en las atribuciones que les han sido conferidas por dicha norma<sup>17</sup>. El entendimiento generalizado de las autoridades locales es que esta fundamentación, así formulada, permitiría superar cualquier cuestionamiento posterior a sus competencias y sustentaría la aprobación de todo tipo de regulación, independientemente de si sus competencias efectivamente les permite normar aquello que se proponen.

Esta interpretación de la LOM, sin embargo, debe ser matizada con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente No. 00008-2010-PE/TC, en el sentido de que el ejercicio de la autonomía municipal no puede llevar consigo una desvinculación del sistema político o del orden jurídico al que pertenece cada Gobierno municipal<sup>18</sup>. En el plano legal, el ejercicio de esta autonomía encuentra algunos de sus límites en el propio artículo II y el artículo VIII<sup>19</sup> del título preliminar de la LOM, de acuerdo con los cuales —recordemos— las municipalidades deben actuar con sujeción al ordenamiento jurídico y *“en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo”*.

17 “Artículo II.- Autonomía

Los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico”.

18 En concreto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“9. Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0013-2003-AI/TC, caso *Municipalidad Provincial de Urubamba*, este Tribunal ha señalado que, (...) frente a la diversidad de significados y contenidos de la garantía institucional de la autonomía municipal, deben tenerse en consideración, principalmente, los siguientes: a) contenido subjetivo u organizativo de la autonomía: la existencia de las municipalidades; b) contenido objetivo o sustantivo de la autonomía, esto es, la autonomía como garantía de la gestión de los asuntos que interesen a la comunidad local, y c) contenido institucional de la autonomía, que hace referencia a la posición de las municipalidades en el desempeño de sus funciones, es decir, la autonomía como ejercicio bajo la propia responsabilidad del ámbito de funciones públicas confiado por el legislador, con lo que se alude a cierto grado de libertad e independencia que caracteriza la posición de la actuación de las municipalidades frente a injerencias de instancias superiores [Antonio Faulo Loras. *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 256-257]”.

10. En esta línea cabe señalar que si bien los gobiernos regionales, locales, provinciales y distritales gozan de autonomía no pueden olvidar que forman parte de un Estado Constitucional, de modo tal que en virtud al principio de fuerza normativa de la Constitución se encuentran directamente vinculados a ella y, en consecuencia, las decisiones, el ejercicio de sus competencias y el desarrollo de sus relaciones necesariamente deberán respetar las reglas inherentes al principio de lealtad constitucional.

En consecuencia, como ya tuvo oportunidad de advertir este Colegiado en el proceso de inconstitucionalidad N.º 0007-2001-AI/TC, la autonomía otorgada a los gobiernos municipales si bien es cierto que les permite desenvolverse libremente en asuntos de naturaleza administrativa, económica y política, no supone, por otro lado, “autarquía funcional” al extremo de que cualquiera de sus competencias pueda desvincularse del sistema político o del orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. Por tanto, no porque un órgano es autónomo deja de pertenecer al Estado ya que sigue formando parte de él y en ese sentido no puede apartarse del sistema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél.

La ley fundamental, en síntesis, otorga y garantiza a los gobiernos municipales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales. Sin embargo, dicha autonomía no podrá ser ejercida deliberadamente respecto de aquellas que los excedan, como los intereses supralocales, donde necesariamente tal autonomía tendrá que ser graduada en intensidad, debido a que de esas competencias pueden también, según las circunstancias, coparticipar otros órganos estatales”.

19 “Artículo VIII.- Aplicación de leyes generales y políticas y planes nacionales

los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio.

Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo”.

Dicho lo anterior, debemos indicar que, si bien los considerandos de la Ordenanza 2087 no sustentan sus alcances en la autonomía municipal, este sí fue el fundamento de las alegaciones formuladas por la MML durante el procedimiento de oficio seguido posteriormente por el INDECOPI contra dicha entidad a propósito de la aprobación de la referida norma. Junto con el argumento de la autonomía, la MML sustentó la promulgación de la Ordenanza 2087 en lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 9<sup>20</sup>, que regula la potestad normativa de los Concejos Municipales, y en el extenso artículo 157<sup>21</sup> de la LOM, que regula las atribuciones del Concejo Metropolitano, dentro de las cuales destaca, como numeral 21, el *"regular el funcionamiento del transporte público, la circulación y el tránsito metropolitano"*.

Sin embargo, debemos indicar que los artículos 9 y 157 de la LOM no otorgan competencias a los Gobiernos locales para regular el contenido y alcance de los estudios de impacto vial. Esto, por cuanto dichas competencias han sido atribuidas de manera exclusiva al MVCS mediante el artículo 6 de la Ley No. 30156, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción

---

20 "Artículo 9.- Atribuciones del Concejo Municipal

Corresponde al concejo municipal:

[...]

8. Aprobar, modificar o derogar las ordenanzas y dejar sin efecto los acuerdos".

21 "Artículo 157.- Atribuciones

Compete al Concejo Metropolitano:

1. Aprobar el Estatuto del Gobierno Metropolitano de Lima mediante ordenanza; 2. Dictar ordenanzas sobre asuntos municipales y regionales, dentro de su ámbito territorial, las cuales tendrán alcance, vigencia y preeminencia metropolitana; 3. Velar por el respeto de la Constitución, de la presente ley de desarrollo constitucional, de las ordenanzas que dicte, así como por la autonomía política, económica y administrativa del gobierno municipal metropolitano de Lima; 4. Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales; 5. Ejercer las atribuciones que conforme a esta ley corresponden a los concejos provinciales; 6. Aprobar y evaluar el Plan Regional de Desarrollo Concertado y los Planes Directores de los distritos; 7. Aprobar mediante ordenanza la organización y funciones de la Junta de Planeamiento Metropolitano, la Junta de Cooperación Metropolitana y las Comisiones Especiales de Asesoramiento; 8. Aprobar mediante ordenanza las normas reguladoras del desarrollo del Centro Histórico de Lima, del Proyecto de la Costa Verde, del Sistema Metropolitano de Seguridad Ciudadana, de la Economía y Hacienda Municipal; y de otras que lo requieran; 9. Aprobar el Presupuesto Regional Participativo de Lima y fiscalizar su ejecución; 10. Acordar el régimen de organización interior de la Municipalidad Metropolitana de Lima y de sus órganos de gobierno y aprobar la remuneración del alcalde metropolitano y las dietas de los regidores, de acuerdo al régimen especial que le confiere la Constitución Política; 11. Aprobar normas necesarias para implementar la integración de las Municipalidades Distritales ubicadas en la Provincia de Lima en la Municipalidad Metropolitana de Lima, de acuerdo al desarrollo de los planes y programas metropolitanos en forma integral y armónica; 12. Aprobar planes y programas metropolitanos en materia de acondicionamiento territorial y urbanístico, infraestructura urbana, vivienda, seguridad ciudadana, población, salud, protección del medio ambiente, educación, cultura, conservación de monumentos, turismo, recreación, deporte, abastecimiento, comercialización de productos, transporte, circulación, tránsito y participación ciudadana, planes y programas destinados a lograr el desarrollo integral y armónico de la capital de la República, así como el bienestar de los vecinos de su jurisdicción. Los planes y programas metropolitanos relacionados con inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación deberán contar con opinión favorable previa del Instituto Nacional de Cultura; 13. Aprobar la creación, modificación, ampliación y liquidación de empresas municipales y, en general, de personas jurídicas de derecho público, cuyo objeto social corresponda a la implementación de las funciones y al cumplimiento de los fines de la Municipalidad Metropolitana de Lima; 14. Aprobar la emisión de bonos e instrumentos de financiamiento cotizables y comercializables en el mercado de valores nacional e internacional; 15. Aprobar la participación de la Municipalidad Metropolitana de Lima en empresas mixtas, dedicadas a la prestación de servicios públicos locales y a la ejecución de actividades municipales metropolitanas; 16. Aprobar los planes ambientales en su jurisdicción, así como controlar la preservación del medio ambiente; 17. Aprobar el Sistema Metropolitano de Seguridad Ciudadana y crear el Serenazgo Municipal Metropolitano, así como reglamentar su funcionamiento; 18. Dictar las normas necesarias para brindar el servicio de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional; 19. Regular la cooperación de la Policía Nacional para el cabal cumplimiento de las competencias, funciones y fines de la Municipalidad Metropolitana de Lima; 20. Regular el funcionamiento de la Policía de Tránsito, de Turismo y de Ecología; 21. Regular el funcionamiento del transporte público, la circulación y el tránsito metropolitano; 22. Aprobar empréstitos internos y externos, de acuerdo a ley; 23. Aprobar el régimen de administración de bienes y rentas de la Municipalidad Metropolitana de Lima, así como la organización de los servicios públicos locales de carácter metropolitano; 24. Promover y organizar la activa participación de los vecinos en el gobierno de la Municipalidad Metropolitana de Lima y de las municipalidades distritales que la integran; 25. Contratar, sin aprobación previa o ratificación de otro organismo, la atención de los servicios que no administre directamente; y 26. Fiscalizar a la Alcaldía Metropolitana, a las empresas municipales, a los organismos públicos descentralizados municipales, a los entes municipales metropolitanos y a las municipalidades distritales que integran la Municipalidad Metropolitana de Lima.

La presente enumeración no es limitativa; por ordenanza municipal podrán asignarse otras competencias, siempre que correspondan a la naturaleza y funciones de la Municipalidad Metropolitana de Lima como órgano del gobierno local de la capital de la República e instrumento fundamental de la descentralización del país".

y Saneamiento<sup>22</sup>, y en línea con el Decreto Supremo No. 010-2014-VIVIENDA, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones de dicha entidad<sup>23</sup>.

Por estas mismas consideraciones, tampoco podría subsumirse la regulación del procedimiento y requisitos para la aprobación de los estudios de impacto vial dentro de las competencias específicas exclusivas de las municipalidades provinciales a que se refiere el acápite 1.3 del numeral 1 del artículo 81 de la LOM, en virtud del cual dichas entidades son competentes para *"normar, regular, organizar y mantener los sistemas de señalización y semáforos y regular el tránsito urbano de peatones y vehículos"*<sup>24</sup>. El ejercicio de estas competencias por parte de los Gobiernos locales dentro de sus respectivas circunscripciones, debe, en todo caso, respetar las normas y lineamientos técnicos emitidos con carácter general por el MVCS en materia de vialidad y urbanismo.

La atribución de las competencias exclusivas al MCVS para emitir normas y lineamientos técnicos en materia de edificaciones, como es el caso de los requisitos para el otorgamiento de las licencias de edificación, lo que incluye los criterios, condiciones y características necesarios para la aprobación de los estudios de impacto vial, además de ser acorde con los planes y políticas nacionales del sector, resulta plenamente lógica. Admitir la posibilidad de que los Gobiernos locales puedan regular la aprobación de los estudios de impacto vial implicaría también admitir la posibilidad de tener tantos procedimientos (con sus respectivos requisitos) como municipalidades (provinciales o distritales, según sea el caso) existen en el país, lo que sería abiertamente contrario al principio de unidad a que se refiere el artículo 2 de la Ley de Edificaciones y a las normas emitidas en materia de simplificación administrativa.

Esta lectura del artículo 81 de la LOM también sería contraria a lo dispuesto de manera expresa en el artículo 25 de la Ley de Edificaciones, según el cual es al MVCE a través del RNE —y no a los Gobiernos locales, a través de sus Ordenanzas Municipales— a quien corresponde aprobar *"los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos que deben reunir los documentos y planos*

22 El artículo 6 de la Ley No. 30156 establece que el MVCS es el órgano rector de las políticas nacionales y sectoriales dentro de su ámbito de competencia (vivienda, construcción, urbanismo y desarrollo urbano), que son de obligatorio cumplimiento por los tres niveles de gobierno en el marco del proceso de descentralización, y en todo el territorio nacional. Acto seguido, regula como una competencia exclusiva del MVCS el *"dictar normas y lineamientos técnicos para la adecuada ejecución y supervisión de las políticas nacionales y sectoriales así como la gestión de los recursos del sector; así como para el otorgamiento o reconocimiento de derechos a través de autorizaciones, permisos y concesiones, en las materias de su competencia, conforme a las normas especiales"*.

23 Decreto Supremo No. 010-2014-VIVIENDA, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento: *"Son funciones de la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento, las siguientes:*

[...]

b) *Proponer actualizaciones del Reglamento Nacional de Edificaciones, en coordinación con los sectores que se vinculen, en el marco de los Comités Técnicos de Normalización, según la normatividad vigente.*

[...]

d) *Proponer actualizaciones del Reglamento Nacional de Edificaciones, en coordinación con los sectores que se vinculen, en el marco de los Comités Técnicos de Normalización, según la normatividad vigente"*.

24 En este punto, discrepamos con lo señalado en la Resolución No. 0227-2018/CEB-INDECOPI emitida por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, donde, luego de revisar lo dispuesto en el artículo 81 de la LOM, señala que *"las municipalidades provinciales son competentes para regular la vialidad y el tránsito urbano de peatones y vehículos en la jurisdicción correspondiente. Dicha regulación busca, entre otros aspectos, ordenar y organizar el tránsito en las vías, para lo cual se deben tomar medidas cuyo objetivo sea mitigar o prevenir la generación de impactos negativos en el tránsito. Entre estas medidas de prevención se encuentra la elaboración y aprobación de un Estudio de Impacto Vial, el cual es contemplado como un requisito para la obtención de una licencia de edificación en las modalidades C y D, de conformidad con la Ley N° 29090"* (fundamento 70). A partir de lo anterior, concluye la Comisión que *"en ejercicio de las competencias señaladas en los párrafos anteriores, la MML emitió la Ordenanza N° 1268, que regula los Estudios de Impacto Vial en Lima Metropolitana, y, posteriormente, la Ordenanza N° 1404, que reglamenta el procedimiento de aprobación de los estudios de impacto vial en Lima Metropolitana, modificada por la Ordenanza N° 1694, a efectos de regular el contenido y lineamientos que se deben cumplir para la aprobación de los Estudios de Impacto Vial"* (fundamento 71).

que permitan la evaluación del impacto vial de las edificaciones proyectadas". La falta de incorporación de dichas condiciones, características, alcances o requisitos en el RNE, en todo caso, no constituye una "cesión de competencias" tácita a favor de los Gobiernos locales, sino un espacio para la coordinación en el marco de lo dispuesto en el artículo VII de la LOM, preservando la legalidad de la actuación pública y evitando de este modo la duplicidad y superposición de funciones<sup>25</sup>.

La competencia para la aprobación de los estudios de impacto vial por parte de los Gobiernos locales, en cambio, no se encuentra sujeta a discusión. En tanto que, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley de Edificaciones, los estudios de impacto vial forman parte del expediente de licencia de edificación —pudiendo incluso integrarse en el mismo proyecto—, su aprobación corresponderá al Gobierno local competente para otorgar dicha licencia conforme a los artículos 78<sup>26</sup> y 92<sup>27</sup> de la LOM.

En este sentido, no cabe duda de que la emisión de la Ordenanza No. 2087 significó un retroceso en los avances en materia de simplificación administrativa logrados con las modificaciones a la Ley de Edificaciones incorporadas por la Ley No. 30230, al imponer trabas a los proyectos de edificación nuevos y existentes a la fecha de su emisión. Sus disposiciones excedieron las competencias que legalmente tiene atribuida la MML, cuando (i) reguló un procedimiento y requisitos de aprobación de estudios de impacto vial, apartándose de lo establecido en la Ley de Edificaciones y el RNE, y (ii) se atribuyó competencias exclusivas para la aprobación de dichos estudios en detrimento de las competencias propias de las Municipalidades Distritales para la aprobación de licencias de edificación, contraviniendo lo dispuesto en la LOM.

Habida cuenta de los excesos incurridos, y los graves efectos generados sobre los proyectos de infraestructura, la Ordenanza 2087 no demoró en ser revisada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI en el marco de un procedimiento iniciado de oficio por dicha entidad. Los resultados del procedimiento se revisan en el apartado siguiente.

25 "Artículo VII.- Relaciones entre los Gobiernos Nacional, Regional y Local

El gobierno en sus distintos niveles se ejerce dentro de su jurisdicción, evitando la duplicidad y superposición de funciones, con criterio de concurrencia y preeminencia del interés público.

Las relaciones entre los tres niveles de gobierno deben ser de cooperación y coordinación, sobre la base del principio de subsidiariedad".

26 "Artículo 78.- Sujeción a las normas técnicas y clausura

El ejercicio de las competencias y funciones específicas de las municipalidades se realiza de conformidad y con sujeción a las normas técnicas sobre la materia.

Las autoridades municipales otorgarán las licencias de construcción, bajo responsabilidad, ajustándose estrictamente a las normas sobre barreras arquitectónicas y de accesibilidad. Asimismo, pueden ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente y constituya peligro, o cuando estén en contra de las normas reglamentarias o de seguridad de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o tranquilidad del vecindario".

27 "Artículo 92.- Licencia de construcción

Toda obra de construcción, reconstrucción, conservación, refacción o modificación de inmueble, sea pública o privada, requiere una licencia de construcción, expedida por la municipalidad provincial, en el caso del cercado, y de la municipalidad distrital dentro de cuya jurisdicción se halla el inmueble, previo certificado de conformidad expedido por el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios o del Comité de Defensa Civil, según corresponda, además del cumplimiento de los correspondientes requisitos reglamentarios.

Las licencias de construcción y de funcionamiento que otorguen las municipalidades deben estar, además, en conformidad con los planes integrales de desarrollo distrital y provincial".

### 3. Análisis y comentarios sobre la resolución No. 017-2019/CEB-INDECOPI emitida por la Comisión de eliminación de barreras burocráticas del INDECOPI, en el marco del procedimiento de oficio seguido respecto la Ordenanza 2087

---

#### 3.1. Emisión de la Resolución No. 017-2019/CEB-INDECOPI

Mediante la Resolución No. 0451-2018/STCEB-INDECOPI, de 25 de julio de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI inició un procedimiento de oficio contra la MML por la imposición de las siguientes barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad:

La exigencia de presentar un estudio de impacto vial como requisito para la aprobación de los proyectos de edificación nuevos o que amplíen sus instalaciones destinados a los usos de vivienda (contenida en los numerales 7.1.1 y 7.1.2 del artículo 7 concordada con el artículo 2, el artículo 5 literal b) del numeral 5.3 y el artículo 10 de la Ordenanza 2087); hospedaje (contenida en los numerales 7.2.1, 7.2.2 y 7.2.3 del artículo 7 concordada con el artículo 2, el artículo 5 literal b) del numeral 5.3 y el artículo 10 de la Ordenanza 2087); educación (contenida en el numeral 7.3 del artículo 7 concordada con el artículo 2, el artículo 5 literal b) del numeral 5.3 y el artículo 10 de la Ordenanza 2087); y salud (contenida en los numerales 7.4 del artículo 7 concordada con el artículo 2, el artículo 5 literal b) del numeral 5.3 y el artículo 10 de la Ordenanza 2087).

La exigencia de presentar un estudio de impacto vial como requisito para la aprobación de los proyectos de edificación destinados a los usos de vivienda, hospedaje, educación y salud, contenidas en los códigos de infracción No. 08-0230, 08-0231 y 08-0235 del Cuadro de Infracciones y Sanciones Administrativas (Anexo 3) de la Ordenanza 2087.

La exigencia de presentar el estudio de monitoreo dentro de los plazos establecidos, como requisito para la aprobación de los proyectos de edificación y los proyectos de habilitación urbana, contenida en los literales e. y f. del artículo 17 y en los códigos de infracción No. 08-0232 y 08-0233 del Cuadro de Infracciones y Sanciones Administrativas (Anexo 3) de la Ordenanza 2087.

La exigencia de presentar el estudio de monitoreo para los propietarios de los predios o sus representantes legales, dentro de los treinta (30) días calendario posteriores, a los tres meses y al año del inicio de las operaciones del mismo, como requisito para la aprobación de los proyectos de edificación y de habilitación urbana, contenida en el literal b. del numeral 5.2.2 del artículo 5 y en los numerales 14.2 y 14.3 del artículo 14 de la Ordenanza 2087.

Respecto de dichas imputaciones, además de otros argumentos orientados a desvirtuar la competencia del INDECOPI para pronunciarse sobre barreras burocráticas contenidas en Ordenanzas

Municipales, la MML señaló que, en virtud a lo dispuesto en los artículos 73<sup>28</sup>, 79<sup>29</sup>, 159<sup>30</sup> y 161<sup>31</sup> de la LOM cuenta con competencias para regular el espacio físico y uso del suelo, así como aprobar la regulación provincial respecto del otorgamiento de licencias de construcción, remodelación o demolición.

Sobre estos argumentos, en la Resolución No. 017-2019/CEB-INDECOPI de 18 de enero de 2019 que resolvió aquel procedimiento de oficio, el INDECOPI fue claro en señalar que, de conformidad con el artículo VIII del título preliminar de la LOM y el numeral 1.1 del artículo IV del título preliminar del Decreto Supremo No. 006-2017-JUS, que aprobó el entonces vigente Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (el "TUO de la LPAG"), "si bien las municipalidades se encuentran facultadas para normar y regular sobre el otorgamiento de autorizaciones en materia de edificaciones y habilitaciones urbanas", "el ejercicio de sus competencias debe sujetarse a los límites que establezcan las normas nacionales que resulten aplicables según el caso"<sup>32</sup>.

Estas normas nacionales son, fundamentalmente, la Ley de Edificaciones y su Reglamento, cuyos procedimientos y requisitos, como hemos tenido oportunidad de revisar, "son únicos y de aplicación obligatoria a nivel nacional", por lo que ninguna norma, directiva o requerimiento podrá exigir mayores requisitos que los establecidos en ellos; y el RNE, norma que desarrolla "los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos que deben reunir los documentos y planos que permitan la evaluación del impacto vial de las edificaciones proyectadas".

---

28 "Artículo 73.- Materias de competencia municipal

[...]

*Dentro del marco de las competencias y funciones específicas establecidas en la presente ley, el rol de las municipalidades provinciales comprende:*

*(d) Emitir las normas técnicas generales, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo así como sobre protección y conservación del ambiente".*

29 "Artículo 79.- Organización del espacio físico y uso del suelo

*Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones:*

*1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:*

[...]

*1.4. Aprobar la regulación provincial respecto del otorgamiento de licencias y las labores de control y fiscalización de las municipalidades distritales en las materias reguladas por los planes antes mencionados, de acuerdo con las normas técnicas de la materia, sobre:*

*1.4.1. Otorgamiento de licencias de construcción, remodelación o demolición".*

30 "Artículo 159.- Competencias

*Son competencias y funciones de la alcaldía metropolitana:*

[...]

*2. En materia de planificación y urbanismo:*

[...]

*2.2. Aprobar y normar los distintos procesos de habilitación urbana".*

31 "Artículo 161.- Competencias y funciones

*La Municipalidad Metropolitana de Lima tiene las siguientes competencias y funciones metropolitanas especiales:*

*1. En materia de planificación, desarrollo urbano y vivienda*

[...]

*1.6. Reglamentar el otorgamiento de licencias de construcción; remodelaciones y demoliciones".*

32 Fundamento 40.



No obstante, respecto a esta última norma, precisa el INDECOPI que esta ha señalado determinados proyectos de edificación que requieren contar con un estudio de impacto vial, con los requisitos y alcances establecidos por el MVCS, siendo estos los siguientes:

- i. Los proyectos de edificación industrial destinados a gran industria e industria mediana, requieren la elaboración del estudio de impacto vial (artículo 4 de la Norma Técnica A. 60 Industria).
- ii. Los proyectos de centros comerciales, mercados mayoristas, mercados minoristas, tiendas de autoservicio, galerías comerciales, galerías feriales, establecimientos de venta de combustibles (grifo, gasocentro) y estaciones de servicio deben contar con un estudio de impacto vial (artículo 4 de la Norma Técnica A. 70 Comercio).
- iii. Los proyectos de edificios corporativos o de oficinas independientes con más de 5000 m<sup>2</sup> de área útil deberán contar con un estudio de impacto vial (artículo 8 de la Norma Técnica A. 80 Oficinas).
- iv. Los proyectos de edificaciones para servicios comunales, que supongan una concentración de público de más de 500 personas deberán contar con un estudio de impacto vial (artículo 4 de la Norma Técnica A. 90 Servicios Comunales).
- v. Los proyectos de edificación para recreación y deportes requieren la elaboración de un estudio de impacto vial (literal a) del artículo 3 de la Norma Técnica A. 100 Recreación y Deportes).
- vi. Para la localización de terminales terrestres se deberá presentar un estudio de impacto vial (literal d) del artículo 5 de la Norma A. 110 Transportes y Comunicaciones).

Atendiendo a ello, concluye el INDECOPI que *"se advierte que **únicamente** será exigible contar con Estudio de Impacto Vial en los supuestos que así lo determine el RNE. Lo contrario implicaría imponer medidas adicionales y exceder lo previsto en el literal i del artículo 25° del TUO de la Ley 29090 y el RNE"*<sup>33</sup>. Adicionalmente, precisa que *"no se advierte referencia en las normas nacionales aplicables la exigencia de Estudio de Monitoreo"*<sup>34</sup>.

El análisis previo determina, para el INDECOPI, que *"la Municipalidad no tiene competencias para exigir la presentación de este requisito [estudio de impacto vial] que el Reglamento Nacional de Edificaciones no ha establecido para los proyectos de edificación destinados a los usos de Vivienda, Hospedaje, Educación y Salud. Por tanto, excede lo dispuesto en el literal i. y el último párrafo del artículo 25° del TUO de la Ley N° 29090 y, en consecuencia, vulnera el numeral 1.1 del artículo IV° del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, en la medida que las entidades de la administración pública deben actuar dentro de las facultades que les han sido atribuidas por ley y conforme con*

33 Fundamento 44. Resaltado en el original.

34 Fundamento 45.



*los fines para los que les fueron conferidas*"<sup>35</sup>. Como consecuencia de lo anterior, declara barreras burocráticas ilegales —e inaplicables con efectos generales— las exigencias de contar con un estudio de impacto vial como requisito para la aprobación de proyectos de edificación respecto de los usos de vivienda, hospedaje, educación y salud.

En relación con la exigencia de realizar estudios de monitoreo, señala la Resolución No. 017-2019/CEB-INDECOPI que *"no se encuentra dentro de la relación de requisitos que como máximo pueden ser exigidos para el otorgamiento de una licencia de edificación y de habilitación urbana según lo verificado en los párrafos precedentes"*<sup>36</sup>. Por tanto, declara también como barreras burocráticas ilegales —e inaplicables también con efectos generales— las exigencias de presentar estudios de monitoreos antes (como requisito) o después de aprobados los proyectos de edificación y habilitación urbana.

### **3.2. Análisis y comentarios sobre la Resolución No. 017-2019/CEB-INDECOPI**

El análisis y pronunciamiento del INDECOPI respecto a aquellas disposiciones declaradas como barreras burocráticas ilegales se encuentran en línea con lo dispuesto en el marco normativo vigente, en tanto efectivamente no se ajustan a lo dispuesto en las normas que con carácter general regulan las licencias de edificación. Como bien detalla la Resolución No. 017-2019/CEB-INDECOPI, mediante la Ordenanza 2087 la MML pretendía extender la obligación de contar con estudios de impacto vial a proyectos edificatorios (o de habilitaciones) respecto de los cuales el RNE —norma rectora en la materia— no exigía. Asimismo, pretendía exigir la presentación de estudios de monitoreo sin que dicha obligación cuente con sustento legal en las normas técnicas aplicables, creando mayores requisitos para la obtención de ambos títulos habilitantes.

Sin embargo, existen ciertas disposiciones de la Ordenanza que no han sido contempladas en el análisis realizado por el INDECOPI a pesar de regular exigencias o requisitos que exceden lo dispuesto en el marco legal vigente, o que, habiéndolo sido, no han sido consideradas barreras burocráticas en el pronunciamiento final contenido en la Resolución No. 017-2019/CEB-INDECOPI. Entre estas disposiciones de la Ordenanza 2087 que suponen una vulneración de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa en proyectos de desarrollo de infraestructura se encuentran:

- i. La tercera disposición complementaria final de la Ordenanza 2087, en cuanto dispuso la adecuación de los expedientes de aprobación de estudio de impacto vial en trámite a lo establecido en dicha norma; es decir, a las nuevas exigencias de procedencia, competencia y requisitos para la aprobación de dichos estudios. Esta disposición, al afectar procedimientos en marcha, lleva consigo una contravención a los principios de celeridad y de

---

35 Fundamento 58.

36 Fundamento 68.

predictibilidad regulados en los numerales 1.9<sup>37</sup> y 1.15<sup>38</sup> del artículo IV del título preliminar del TUO de la LPAG<sup>39</sup>.

Adicionalmente, respecto a expedientes cuyo plazo de atención hubiera sido superado, dicha disposición constituyó una vulneración a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Edificaciones, según el cual *"el retraso administrativo en la tramitación del expediente no autoriza que se le exija al solicitante la actualización de la documentación que fuera presentada en la fecha de ingreso del expediente ante la municipalidad respectiva"*.

- ii. La Ordenanza 2087 exigió la presentación de estudios de impacto vial respecto de los usos de industria (artículo 7.5); comercio (artículo 7.6); para proyectos de edificios corporativos o de oficinas independientes con más de 5000 m<sup>2</sup> de área útil (artículo 7.7); para proyectos edificatorios destinados a servicios comunales (artículo 7.8); para proyectos destinados a recreación y deportes que supongan una concentración de público de más de 500 personas (artículo 7.9) y para terminales terrestres (artículo 7.11).

Estos artículos fueron evaluados por el INDECOPI en el marco del procedimiento de oficio, sin que fueran observados como barreras burocráticas en tanto se correspondían con las diferentes normas técnicas del RNE, que también prevén la obligación de contar con estudios de impacto vial en dichos casos. No obstante, omite el INDECOPI considerar en su análisis que, en virtud a lo dispuesto en la Ordenanza 2087, los estudios de impacto vial correspondientes a dichos usos, aun cuando necesarios de acuerdo con la norma técnica, deberán ser presentados de manera separada e independiente del expediente de licencia de edificación a las autoridades designadas mediante el artículo 5 de la referida Ordenanza (que podrán diferir de aquella ante quien se presenta el expediente de licencia, según la ubicación del proyecto).

La barrera burocrática, por tanto, no está en la obligación de contar o no con un estudio de impacto vial. En este caso, la barrera se encuentra en la forma como se estructura el

37 *"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo*

1. *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

[...]

1.9. *Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento"*.

38 *"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo*

1. *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

[...]

1.15. *Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.*

*Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.*

*La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables"*.

39 Vigente a la fecha de promulgación de la Ordenanza 2087.

procedimiento de licencia a seguir respecto de estos usos, siendo que en adelante los administrados deberán desagregar del expediente de licencia el estudio de impacto vial para su aprobación separada (que podría ser distinta de aquella competente para revisar el expediente de licencia), en contra de lo dispuesto en el literal i. del artículo 25 de la Ley de Edificaciones que admite la incorporación al proyecto de *“los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos”* exigidos en el RNE en reemplazo del estudio de impacto vial<sup>40</sup>.

Adicionalmente, respecto de estos mismos usos, deberán observar los requisitos (o criterios, ante la ausencia de los primeros) establecidos ya no solamente en el RNE, sino también en los artículos 11 y 12 de la Ordenanza 2087. Esta obligación, al establecer requisitos específicos para la aprobación de estudios de impacto vial no previstos en el RNE, también contraviene lo dispuesto en los artículos 2 y 25 de la Ley de Edificaciones<sup>41</sup>.

- iii. Mediante el artículo 13.1 del Anexo 1, la Ordenanza 2087 establece un plazo de hasta 45 días hábiles para la aprobación de los estudios de impacto vial por parte de las entidades a cargo de su revisión (al que deberá sumarse posteriormente el plazo del procedimiento de licencia), sujetos al silencio administrativo negativo. No obstante, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 37 del TUO de la LPAG, la Ordenanza 2087 no expone la justificación legal que habilita la adopción de dicha medida excepcional que afecta los principios de simplificación administrativa<sup>42</sup>.

Dicha exigencia cobra mayor relevancia si consideramos que, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley de Edificaciones, *“los procedimientos establecidos en la presente Ley [que incluyen la presentación de los estudios de impacto vial, cuando corresponda], con excepción del procedimiento de habilitación urbana de oficio, están sujetos al silencio administrativo positivo”*.

- iv. Mediante la primera disposición complementaria final del Anexo 1, la Ordenanza 2087 establece la obligación de presentar un estudio de impacto vial respecto de establecimientos que no cuentan con un estudio aprobado y que requieran efectuar ampliaciones, modificaciones y/o remodelaciones. Esta disposición excede lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Edificaciones y el RNE, en tanto no distingue entre los diferentes tipos de

40 A ello también se opone el artículo 60 del actual Reglamento de la Ley de Edificaciones, Decreto Supremo No. 029-2019-VIVIENDA, que derogó el Reglamento de la Ley de Edificaciones aprobado por Decreto Supremo No. 011-2017-VIVIENDA, y por tanto vigente a la fecha del presente artículo. Según este dispositivo legal, el EIV es requerido *“En caso el proyecto arquitectónico incorpore los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos exigidos en el RNE reemplazará al Estudio de Impacto Vial”*.

41 Es necesario indicar que de acuerdo con el artículo 89 del actual Reglamento de la Ley de Edificaciones, Decreto Supremo No. 029-2019-VIVIENDA, vigente a la fecha de elaboración del presente artículo, *“el RNE es el único marco normativo que establece los criterios y requisitos mínimos de calidad para el diseño, producción y conservación de las edificaciones y habilitaciones urbanas, su aplicación es obligatoria a nivel nacional por lo que las normas técnicas de carácter regional, provincial o distrital deben guardar concordancia con su regulación y, de ser el caso, adecuarse a la misma”*.

42 *“Artículo 37.- Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.*

*37.1 Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. Las entidades deben sustentar técnicamente que cumplen con lo señalado en el presente párrafo”*.

modalidades de licencia de edificación, siendo que los estudios de impacto vial solo son exigibles, cuando corresponda, para las modalidades C y D.

- v. (Mediante el Anexo 3, la Ordenanza 2087 refuerza la obligatoriedad de observar las disposiciones antes cuestionadas, sancionando con una multa de hasta el 3 % del valor de la obra, además de la aplicación de medidas complementarias de paralización y clausura, en aquellos supuestos en que se ejecute un proyecto o se opere un establecimiento sin contar con estudio de impacto vial.

En el caso de proyectos de edificación de centros comerciales o terminales terrestres, por ejemplo, dichas multas aplicarán aun cuando se observen las disposiciones legales pertinentes establecidas en la Ley de Edificaciones y se incorporen al proyecto "*los criterios, condiciones, características, alcances y requisitos*" exigidos en el RNE en reemplazo del estudio de impacto vial.

Como puede verificarse, si bien mediante la Resolución No. 017-2019/CEB-INDECOPI ha significado un gran avance para la puesta en marcha y continuación de proyectos de infraestructura, a la fecha se mantienen vigentes múltiples disposiciones de la Ordenanza 2087 que contienen exigencias y requisitos que contravienen las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa. Dichas disposiciones se mantendrán vigentes, y serán plenamente exigibles retrasando y/o impidiendo el desarrollo de proyectos de infraestructura, en tanto no sean dejadas sin efecto por la MML o sean declaradas barreras burocráticas con efectos generales por parte del INDECOPI en el marco de un nuevo procedimiento.

Los sectores principalmente afectados por las disposiciones contenidas en la Ordenanza 2087 son aquellos respecto de los cuales dicha norma sigue siendo exigible. Estos sectores, principalmente —aunque no necesariamente— vinculados al ámbito privado, son los de industria (gran industria e industria pesada), comercio (centros comerciales, mercados mayoristas y minoristas, supermercados, tienda por departamentos, galerías comerciales, grifo, establecimiento de venta al público de GNV y/o GLP-gasocentro y estaciones de servicios, y tiendas de mejoramiento del hogar); proyectos de edificios corporativos o de oficinas independientes con más de 5000 m<sup>2</sup> de área útil, proyectos edificatorios destinados a servicios comunales con aforo de más de 500 personas, proyectos destinados a recreación y deportes que supongan una concentración de público de más de 1000 ocupantes (centros de diversión, clubes sociales, sala de espectáculos, edificaciones para espectáculos deportivos) y terminales terrestres para el servicio de transporte de pasajeros.

Solo respecto de los giros de negocio antes detallados, como decíamos, seguirá siendo válidamente exigible —y, por tanto, sancionable en caso de incumplimiento— que cuenten con un estudio de impacto vial independiente al expediente de licencia de edificación. Dicho estudio, además, deberá ser autorizado expresamente por la autoridad que resulte competente según la ubicación de su proyecto, constituyendo dicha autorización un requisito a ser observado para la presentación del expediente de licencia. Adicionalmente, en estos casos la aprobación del estudio de impacto vial se encontrará sujeta a silencio administrativo negativo, a diferencia del resto de procedimientos detallados en la Ley de Edificaciones, debiendo entender por denegada dicha aprobación ante el transcurso del plazo de 45 días. Todas estas consideraciones han sido validadas mediante la Resolución No. 017-2019/CEB-INDECOPI.

Aun cuando la Ordenanza 2087 tiene impactos “solo” sobre aquellos proyectos edificatorios realizados en la provincia de Lima, y por tanto podría estimarse como un problema acotado “únicamente” a determinados giros o sectores desarrollados en este ámbito geográfico en particular, no se puede dejar de reconocer el mensaje —erróneo, por cierto— que la Resolución No. 017-2019/CEB-INDECOPI traslada al resto de los gobiernos locales del país al admitir la posibilidad de contar válidamente con una regulación paralela —e, incluso, contraria— a aquella prevista en la Ley de Edificaciones, su Reglamento y el RNE.

Es necesario, por tanto, la adopción de medidas que corrijan la situación de ilegalidad que persiste respecto a las exigencias contenidas en la Ordenanza 2087. La derogación de dichas disposiciones, por ejemplo, como consecuencia de un procedimiento de seguimiento normativo *ex post* por parte de la misma MML, permitirá dar solución a algunos de los problemas que actualmente afectan el desarrollo de proyectos de infraestructura en la provincia de Lima, además de reforzar la legalidad del procedimiento de solicitud de licencia de edificación previsto en la Ley de Edificaciones y las medidas de simplificación administrativas contempladas por dicha norma.

## 4. Conclusiones y reflexiones finales

De acuerdo con la PNCP, “el factor subyacente para el crecimiento económico sostenible es la productividad, esto es, la manera cómo se usan y combinan los factores de producción para generar un bien o servicio”<sup>43</sup>. Este concepto —señala dicho documento— se encuentra muy relacionado con el de competitividad, en tanto que el desarrollo de productividad requiere de un entorno favorable y competitivo. Bajo este razonamiento —continúa—, “no es difícil deducir que las políticas públicas juegan un papel importante debido a su incidencia tanto en los mercados de los factores de producción, como en el entorno competitivo necesario para potenciar esa productividad”<sup>44</sup>.

Sin embargo, como ha concluido la OCDE, “el Perú carece de un sistema para la evaluación ex-ante de los proyectos de regulación nueva o para modificar la regulación existente, que permita analizar si generan un beneficio neto positivo a la sociedad y son coherentes con las políticas del gobierno”<sup>45</sup>. Esta deficiencia del proceso legislativo tiene incidencia directa sobre el crecimiento económico y la generación de bienestar, en tanto los problemas de sobrerregulación, conflictos competenciales o inseguridad jurídica pueden llegar a modelar las decisiones de inversión tanto pública como privada impactando en los niveles de productividad y competitividad del país<sup>46</sup>.

43 Capítulo I, Antecedentes, 1.1, p. 7.

44 *Ibid.*

45 Organisation for Economic Cooperation and Development (OCDE). *Regulatory Policy in Peru: Assembling the Framework for Regulatory Quality. OECD Reviews of Regulatory Reform*, 2016, pág. 82, citado por la PNCP, Capítulo II, Objetivos prioritarios y lineamientos, 2.6.2, p. 60

46 De acuerdo con la nota publicada en el Diario Gestión el 28 de mayo de 2019, “el *Ránking de Competitividad Mundial 2019* ubicó a nuestro país en el puesto 55 de 63 economías estudiadas; lo que representó un retroceso comparado con el 2018 (puesto 54). Así, el Perú estuvo casi al mismo nivel que Sudáfrica (puesto 56) y Jordania (puesto 57)”. Comparado el Perú “solo con los países de la región, se ubica en el puesto 4 de siete economías, superando solo a Brasil, Argentina y Venezuela. Chile sigue liderando aún cuando respecto al *ránking* pasado cayó siete posiciones (del puesto 35 al 42)”. Dentro de los cuatro pilares analizados para realizar el *ranking*, elaborado por el Institute for Management Development (IMD) en alianza con Centrum Católica, el peor indicador se presenta en el pilar de infraestructura (puesto 61), superando solo a Mongolia (puesto 62) y Venezuela (puesto 63). En <https://gestion.pe/economia/peru-cae-ranking-competitividad-ubico-nivel-sudafrica-jordania-268407>, visitado el 18 de setiembre de 2019.

Este es el caso de la Ordenanza 2087, aprobada por la MML. Su disposiciones sobre la exigencia, procedimiento y requisitos que deben ser observados para la aprobación de estudios de impacto vial en la provincia de Lima no solo exceden lo dispuesto en el marco legal aplicable, sino que de manera irregular han creado un procedimiento paralelo para la atención de solicitudes de licencias de edificación (edificación nueva, modificación, ampliación o remodelación) con graves consecuencias para los administrados en caso de incumplimiento, como son la paralización y clausura del proyecto o del establecimiento, en caso se encuentre en operación.

Bajo este contexto, la Resolución No. 017-2019/CEB-INDECOPI constituye un esfuerzo importante y necesario, aunque insuficiente para revertir la situación generada por la Ordenanza 2087 especialmente respecto de aquellos usos a los que el RNE sí les exige contar con un estudio de impacto vial. La revisión y eventual derogación de las disposiciones cuestionadas de la Ordenanza 2087, por tanto, resulta indispensable con miras a contribuir al cumplimiento del primer y sexto objetivos prioritarios contenidos en el PNCP, referidos al desarrollo de infraestructura económica y social de calidad y a la generación de condiciones para desarrollar un ambiente de negocios productivo tanto en la provincia de Lima como en el resto del país.

# LA CESIÓN DE DERECHOS DE CRÉDITO DE NATURALEZA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

José Alberto Navarro Manich y Pau Panadés Jordà

*Abogados del Área de Derecho Público de Uría Menéndez (Barcelona)*

### **La cesión de derechos de crédito de naturaleza jurídico-administrativa en el ámbito de la contratación pública y de la responsabilidad patrimonial de la Administración**

*El Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de enero de 2020, ha declarado que la cesión de derechos de crédito de naturaleza jurídico-administrativa no estaría prevista con carácter general, y que no le serían aplicables supletoriamente las reglas de la cesión de créditos del Código Civil. Según la sentencia solamente serían cedibles los derechos de crédito reconocidos por acto administrativo o sentencia firme. Con ello se pone en cuestión la cesión de créditos futuros en ámbitos como la responsabilidad patrimonial de la Administración o la contratación pública.*

*No obstante, la propia sentencia del Tribunal Supremo aclara que ese pronunciamiento únicamente afectaría a la cesión de créditos dimanante de responsabilidad patrimonial de la Administración, que es el caso objeto de la sentencia.*

*En este artículo se expondrá el régimen de la cesión de los derechos de crédito de naturaleza jurídico-administrativa y se valorará el alcance de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2020 para determinar si este pronunciamiento supone un cambio en el régimen que se ha venido aplicando a la cesión de créditos futuros ante Administraciones Públicas (muy especialmente en el ámbito de la contratación pública y de la responsabilidad patrimonial de la Administración), o bien si ese régimen jurídico se mantiene inalterado.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

CESIÓN DE CRÉDITOS FUTUROS, CONTRATOS PÚBLICOS, DERECHOS DE COBRO, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

## The assignment of public-law credit rights in the field of public procurement and patrimonial liability of the State

*The Supreme Court, in its judgment dated 22 January 2020, held that the assignment of public-law credit rights is not generally permitted and that the provisions of the Civil Code governing the assignment of credits are not of subsidiary application. According to the judgment, only credit rights recognised by an administrative act or by final judgment are assignable. This calls into question the assignment of future credits in areas such as the patrimonial liability of the State and public procurement.*

*Nevertheless, the judgment of the Supreme Court itself clarifies that this ruling only affects the assignment of credits arising from the patrimonial liability of the State, which was the factual background of the judgment.*

*This article presents the regime on the assignment of public-law credit rights and assesses the scope of the Supreme Court's ruling of 22 January 2020 to determine if the ruling implies a change in the framework that has been applied to the assignment of future credits rights in connection with public authorities (particularly in the field of public procurement and patrimonial liability of the State) or if the legal framework remains unchanged.*

### KEY WORDS:

ASSIGNMENT OF FUTURE RIGHTS, PUBLIC CONTRACTS, COLLECTION RIGHTS, STATE LIABILITY.

FECHA DE RECEPCIÓN: 27-11-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-12-2020

Navarro Manich, José Alberto; Panadés Jordà, Pau (2020). La cesión de derechos de crédito de naturaleza jurídico-administrativa en el ámbito de la contratación pública y de la responsabilidad patrimonial de la Administración. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 45-63 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción

---

La cesión de derechos de crédito de naturaleza jurídico-administrativa, y en especial de derechos de crédito futuros, es un negocio jurídico asentado en nuestro ordenamiento, una práctica muy habitual en el mercado y, en particular, un instrumento muy extendido para la financiación de la ejecución de contratos públicos.

En virtud de ese negocio jurídico, el contratista puede obtener una financiación (para la construcción de la obra, la sostenibilidad del servicio público o la garantía de determinados suministros para la Administración pública) a cambio de ceder al financiador los derechos de crédito futuros que se devengarán con la ejecución del contrato. Se trata, por tanto, de un negocio jurídico privado, entre partes privadas, cuyo único efecto para la Administración es la sustitución del acreedor a quien abonar los pagos. Y ello sin perjuicio de que, lógicamente, la Administración pública podrá oponer ante el cesionario (financiador) todas las excepciones al pago que podría oponer ante el cedente (contratista), entre ellas la inexistencia o inexigibilidad del derecho de crédito.

Pues bien, la institución de la cesión de derechos de crédito jurídico-públicos ha sido abordada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 8.<sup>a</sup>) en su sentencia de 22 de enero de 2020 (recurso ordinario núm. 1159/2015) —STS 124/2020— (la "Sentencia") en relación con un caso de cesión de créditos futuros dimanantes de una responsabilidad patrimonial de la Administración. Esta Sentencia contiene unos pronunciamientos *obiter dicta* de los que podría desprenderse



un cuestionamiento a la viabilidad de ceder derechos de crédito futuros de naturaleza jurídico-pública. Esta Sentencia podría interpretarse en el sentido de que no se reconocería con carácter general la cesión de créditos jurídico-públicos, que no resultaría de aplicación supletoria a la cesión de créditos jurídico-públicos el artículo 1112 del Código Civil y que solamente serían cedibles aquellos créditos reconocidos por acto administrativo o por sentencia firme (excluyéndose, por tanto, la cesión de derechos de crédito futuros).

Debe adelantarse que la Sentencia no tiene estos efectos, ni puede ser interpretada en ese sentido. En primer lugar, la propia Sentencia aclara que su pronunciamiento únicamente se refiere a la cesión de créditos dimanante de la responsabilidad patrimonial de la Administración (aunque *stricto sensu* en el caso de autos estemos ante un supuesto de responsabilidad del Estado legislador), y no a otro tipo de derechos de crédito jurídico-públicos. En segundo lugar, la Sentencia incluye un voto particular discrepante del magistrado Ángel Ramón Arozamena Laso. En tercer lugar, los pronunciamientos de esta Sentencia no constituyen jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo al tratarse de una única y aislada sentencia. Y, en cuarto lugar, la *ratio decidendi* de la Sentencia lo que parece querer limitar es la transmisión de la relación jurídica frente a la Administración en casos de responsabilidad patrimonial de la Administración, más que la cesión de créditos derivados de dicha relación, con especial incidencia en los casos de financiación de pleitos por parte de terceros. Por tanto, esta no es una cuestión cerrada.

Con base en los pronunciamientos contenidos en la Sentencia, el presente artículo tiene por objeto exponer el régimen jurídico de la cesión de derechos de naturaleza jurídico-administrativa, en especial cuando deriven de la ejecución de un contrato público o de una acción de responsabilidad patrimonial, así como determinar el alcance y consecuencias de la Sentencia.

Puede ya adelantarse que, a nuestro juicio, la cesión de derechos de crédito jurídico-públicos, y en concreto de derechos de crédito futuros, sigue siendo un negocio jurídico admitido en nuestro ordenamiento, que puede seguir celebrándose con plena validez y eficacia. Efectivamente, esta Sentencia no habilita a las Administraciones públicas a negarse al pago a favor de los cesionarios de estos derechos de crédito. Tampoco implica que los cesionarios de estos derechos de crédito carezcan de legitimación activa para reclamarlos a las Administraciones públicas deudoras (tanto en vía administrativa como judicial). Por tanto, esta institución, válida y plenamente implantada en el tráfico jurídico, deberá seguir gozando de seguridad jurídica en cuanto a sus efectos, y las Administraciones públicas quedarán vinculadas por ella.

No obstante, y como se apuntará en las conclusiones, deberá prestarse una especial atención a la cesión de derechos de crédito futuros referentes a reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración. Aunque existe una jurisprudencia contradictoria del propio Tribunal Supremo, no puede desconocerse que la negativa a la cesión de derechos de crédito declarada por esta Sentencia se refiere específicamente a esos derechos de crédito. Por ello sería conveniente prestar una cautela adicional a las cesiones de créditos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración mientras no se cierre este debate con nuevas sentencias del Tribunal Supremo.

## 2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2020 (recurso núm. 1159/2015): antecedentes, fundamentación y *ratio decidendi*

---

La Sentencia de la Sección 8.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2020, dictada en el recurso ordinario núm. 1159/2015 —STS 124/2020—, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una persona física contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación patrimonial que formuló contra el Consejo de Ministros por los daños y perjuicios derivados de la aplicación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, creado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. La reclamación patrimonial pretendida se cuantificaba en 101.142,74 euros de principal, más 38.276,77 euros en concepto de intereses de demora. Este recurso contencioso-administrativo se amplió posteriormente contra la desestimación expresa de la reclamación patrimonial resuelta por el Consejo de Ministros.

Con anterioridad a la presentación de la reclamación patrimonial, esta persona física había adquirido a una mercantil que se encontraba en un procedimiento concursal, por título de compraventa, “[...] los derechos de crédito/litigiosos sobre el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos generados entre el año 2002 a 2009, con todos los derechos y acciones que sobre los mismos ostente la mercantil concursada”, siendo el precio convenido de compraventa de 1000 euros (el “Contrato de Compraventa”). Esta transmisión de los “derechos de crédito/litigiosos” fue autorizada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Burgos, encargado del procedimiento concursal.

A los efectos que aquí interesan, la fundamentación de la Sentencia se centra en las siguientes dos cuestiones, que analiza siguiendo este orden:

- i. Si la cesión de créditos de naturaleza-jurídico administrativa que se deriva de una acción de reclamación patrimonial de la Administración resulta admisible.

Como hemos adelantado, la Sentencia concluye que no estaría reconocida la cesión de créditos jurídico-públicos con carácter general, que no sería aplicable supletoriamente la regulación de la cesión de créditos establecida en el artículo 1112 del Código Civil y que solamente serían cedibles los derechos de crédito reconocidos por acto administrativo o sentencia firme.

- ii. Si la transmisión de los “derechos de crédito/litigiosos”, según el *nomen iuris* dado por las partes transmitentes en el Contrato de Compraventa, constituye en realidad una cesión de crédito, en los términos previstos en el artículo 1112 del Código Civil.

En relación con esta cuestión, la Sentencia concluye que el Contrato de Compraventa no constituiría una cesión de créditos, sino la transmisión de una relación jurídica frente a la Administración (para reclamar su responsabilidad patrimonial). La Sentencia considera que no puede haber cesión de un derecho de crédito porque en el momento de celebra-

ción del Contrato de Compraventa todavía no se había iniciado ningún procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial. En ese momento lo único que se podría pretender transmitir era la expectativa de obtener de la Administración pública una indemnización, y solamente se podría ceder un derecho de crédito cuando aquel fuese reconocido por la Administración mediante acto administrativo. Por todo ello, la Sentencia dispone que el Contrato de Compraventa no es una cesión de créditos del artículo 1112 del Código Civil.

Partiendo de lo anterior, la Sentencia alcanza la siguiente *ratio decidendi*:

*“Todo ello determina que para el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración globalmente considerado no resulte indiferente quién puede formular una reclamación de responsabilidad patrimonial, ni tampoco que los derechos a indemnización frente a la Administración —reales o imaginarios— se conviertan en res intra commercium.*

*De cuanto queda expuesta se sigue que, a juicio de esta Sala, el derecho de crédito que deriva de la responsabilidad patrimonial de la Administración sólo puede ser cedido, de manera similar a lo que ocurre en el ámbito de los contratos administrativos, una vez que ha sido reconocido por acto administrativo firme o, en su caso, por sentencia firme”.* (el destacado es nuestro).

Con base en lo anterior, la Sentencia desestima el recurso interpuesto. La Sentencia quiere evitar la transmisión de la posición de reclamante en supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración (esto es, la transmisión de la relación jurídica), y que los derechos de crédito de la responsabilidad patrimonial sean *res intra commercium*. Y para justificar lo anterior acude a la tesis de que esos derechos de crédito solamente serían cedibles cuando sean reconocidos mediante acto firme o sentencia firme.

Debe destacarse que su referencia a la cesión de créditos derivados de contratos públicos (con una interpretación errónea a nuestro juicio) constituye un *obiter dictum* al que se acude solo para reforzar su conclusión. Pero está fuera del alcance de la Sentencia, como explica en su fundamento jurídico octavo: *“Conviene añadir, a fin de disipar malentendidos, que cuanto queda expuesto se refiere a la cesión de crédito dimanante de responsabilidad patrimonial de la Administración; y no a supuestos diferentes del aquí examinado [...]”*.

La Sentencia cuenta con un voto particular formulado por el magistrado Ángel Ramón Arozamena Laso, quien difiere en parte de las conclusiones alcanzadas por la Sentencia.

A continuación comentamos la Sentencia siguiendo el mismo orden de su fundamentación, empezando por las consideraciones sobre el carácter cedible de los derechos de crédito jurídico-públicos.

## 3. Sobre la cesión de los derechos de crédito de naturaleza jurídico-pública

---

### 3.1. La cesión de los derechos de crédito de naturaleza jurídico-pública está admitida con carácter general por nuestro ordenamiento jurídico y le resulta de aplicación supletoria el artículo 1112 del Código Civil

La Sentencia parte de la premisa de que la cesión de derechos de crédito jurídico-públicos no está reconocida con carácter general y que no les resultaría de aplicación supletoria el Código Civil, cuyo artículo 1112 dispone que "todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles [...]".

La Sentencia niega la aplicación supletoria del Código Civil a este caso por los principios propios del derecho administrativo, diferenciados del derecho privado, ya que se persigue garantizar "*simultáneamente la defensa de los derechos de los particulares y la consecución de los intereses generales*". En particular, considera que debe restringirse la cesión de derechos jurídico-públicos para no perjudicar a la Hacienda Pública.

Para justificar esta inaplicación supletoria del Código Civil, la Sentencia interpreta *obiter dictum*, de manera errónea a nuestro entender, el artículo 200 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (la "LCSP"), el cual regula la cesión de los "*derechos de cobro*" derivados de contratos administrativos. A juicio de la Sala, el concepto "*derechos de cobro*" sería distinto de los "*derechos de crédito*", siendo más restrictivo este primer concepto (al incluir solamente los derechos de crédito comprobados y reconocidos por la Administración). Y de ello se desprendería que la cesión de los derechos de crédito en el ámbito administrativo sería más restrictiva que en el ámbito del derecho privado, aunque la ley no establezca expresamente un régimen diferenciado atendiendo a la naturaleza pública o privada del crédito.

No obstante, las anteriores afirmaciones de la Sentencia difieren del régimen jurídico asentado en nuestro ordenamiento jurídico sobre cesión de derechos de crédito jurídico-públicos, según el cual este negocio jurídico está admitido de forma pacífica con carácter general y le resulta de aplicación supletoria del artículo 1112 del Código Civil (en virtud de su artículo 4)<sup>1</sup>.

Pues bien, existen fundados motivos para descartar que con la Sentencia se haya producido un cambio en nuestro ordenamiento jurídico en esta materia. Y ello sin perjuicio de que la propia Sentencia limita sus efectos a los créditos derivados de la responsabilidad patrimonial de la Administración, hay un voto particular discrepante y no constituye jurisprudencia consolidada. Por tanto, debe mantenerse la admisión general de la cesión de créditos de naturaleza jurídico-pública.

---

<sup>1</sup> En este sentido, puede citarse, por ejemplo, A. Herrera (2005). La cesión de créditos futuros como método de financiación de infraestructuras, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 10.

En efecto, y en primer lugar, nuestro ordenamiento no excluye la aplicación de la regulación del Código Civil (artículos 1112, 1271 y 1526) a la cesión de créditos de naturaleza jurídico-administrativa. Así lo reconoce, de hecho, la propia Sentencia. En este sentido, no existe un motivo legal que nos obligue a matizar o negar la aplicación del Código Civil a este tipo de créditos de naturaleza jurídico-pública (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). La aplicación supletoria del Código Civil, establecida en su artículo 4, solo se evitaría con la aprobación de una norma que estableciese un régimen completo de la cesión de estos derechos de crédito, o bien con una norma que expresamente desplazase la aplicación supletoria del derecho privado. De la ausencia de estas normas no puede deducirse un desplazamiento de la aplicación supletoria del Código Civil.

Sobre esta cuestión, creemos que son acertados los argumentos que se exponen en el voto particular:

*"6. La correspondencia entre la Administración Pública y Derecho Administrativo, que se identifica con el ejercicio de concretas potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico conforme al principio de legalidad, no es plena. No solo existe una actividad de la Administración Pública similar a la de los particulares, regulada por el Derecho Privado, sino que al contratar o indemnizar por los daños causados a un tercero crea situaciones subjetivas de titularidad ajena, que sin el reconocimiento de régimen exorbitante, se asimilan a las categorías generales del Derecho.*

*En estos casos, la ausencia de una regulación no puede traducirse en prohibición o limitación sin respaldo normativo, sino que, partiendo de la identidad sustancial de la categoría del derecho de crédito y de la supletoriedad que reconoce el artículo 4 CC, parece necesario acudir a la regulación de dicho texto legal para la configuración del correspondiente régimen jurídico. No existe razón para circunscribir la supletoriedad del Código al ámbito de las leyes civiles o mercantiles, en la medida en que obedece a los rasgos caracterizadores del derecho común.*

*Por consiguiente, la ausencia de una regulación propia en las normas administrativas, determina que haya de acudirse a su integración conforme a las previsiones del Código Civil y a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo" (el destacado es nuestro).*

La supletoriedad del Código Civil en este punto ha sido aceptada por la mejor doctrina administrativa, como encontramos en el Dictamen de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, de 11 de mayo de 2000 (ref.: A.G. Fomento 1/00), ponente Luciano. J. Mas Villarroel, sobre *"Requisitos de la cesión de créditos. Cesión de créditos correspondientes a la indemnización expropiatoria"*. En este dictamen se concluyó que los derechos de crédito derivados de un procedimiento expropiatorio eran transmisibles al no existir previsión en contra:

*"Puesto que, por una parte, el artículo 1112 del CC establece la regla de la transmisibilidad de los derechos adquiridos en virtud de una obligación y, por otra parte, no existe un norma que con carácter general sancione expresamente el principio inverso en el caso de créditos frente a la Administración, la premisa de la que ha de partirse ha de ser la de la **transmisibilidad de dichos créditos, salvo que exista para alguna clase de ellos previsión expresa en contrario**. No existiendo tal previsión, habrá que partir de la regla general de transmisibilidad de los derechos de crédito que establece el*

*citado precepto del CC y de la que los artículos 101 de la LCAP y 145, párrafo segundo, del RGCE no son sino aplicación específica en el ámbito sectorial de la contratación administrativa" (el destacado es nuestro).*

Por tanto, ante la falta de una regulación expresa del régimen de transmisión de los derechos de crédito derivados de relaciones jurídico-administrativas, debe integrarse su interpretación con el régimen previsto con carácter general en el Código Civil, al socaire de lo dispuesto en el artículo 4 de esta norma.

En segundo lugar, tampoco la invocación de los principios informadores propios del derecho administrativo parece ser un argumento adecuado para excluir la aplicación supletoria del Código Civil en este caso. La Sentencia invoca estos principios para restringir la cesión de los derechos de crédito futuros de naturaleza jurídico-administrativa por los perjuicios hipotéticos que esos negocios jurídicos podrían tener en la Hacienda Pública. Pero este planteamiento no se corresponde con nuestro ordenamiento jurídico, que establece unas garantías para la Hacienda Pública que en nada se verían perjudicadas o disminuidas por la cesión de créditos. Efectivamente, debemos tener en cuenta que la salvaguarda de los intereses públicos, identificados como el control y sostenibilidad del régimen presupuestario y financiero público, viene garantizada por las especificidades que se establecen en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (la "LGP") para la existencia y exigibilidad de las obligaciones de la Hacienda Pública.

El artículo 21 de la LGP, en su apartado 2.º, dispone que las obligaciones de la Hacienda Pública que tengan como causa una prestación o un servicio, solo serán exigibles si el acreedor ha cumplido o ha garantizado su correlativa obligación sinalagmática. De manera similar, el artículo 73.4 de la LGP, sobre fases del procedimiento de la gestión de los gastos, dispone que la **existencia** de un crédito exigible contra la Hacienda Pública dependerá del reconocimiento de la obligación de la cual se derive este crédito:

*"4. El reconocimiento de la obligación es el **acto mediante el que se declara la existencia de un crédito exigible** contra la Hacienda Pública estatal o contra la Seguridad Social, derivado de un gasto aprobado y comprometido y que comporta la propuesta de pago correspondiente.*

*El reconocimiento de obligaciones con cargo a la Hacienda Pública estatal se producirá previa acreditación documental ante el órgano competente de la realización de la prestación o el derecho del acreedor de conformidad con los acuerdos que en su día aprobaron y comprometieron el gasto.*

*El Ministro de Hacienda, previo informe de la Intervención General de la Administración del Estado, determinará los documentos y requisitos que, conforme a cada tipo de gastos, justifiquen el reconocimiento de la obligación".*

Por tanto, para garantizar esos fines públicos a los que apela la Sentencia, el ordenamiento jurídico ya prevé una especialidad: la obligación contra la Hacienda Pública solamente existirá (efecto declarativo) y será exigible si previamente esta ha sido reconocida por la propia Administración o por resolución judicial. En el caso de las obligaciones que traigan causa de una prestación recíproca del acreedor, este reconocimiento estará condicionado a la previa acreditación de la realización de dicha prestación sinalagmática.

En este contexto, y ante el silencio de la Ley sobre este aspecto, no se alcanza entrever en qué compromete los fines públicos propios de la Administración (y a su Hacienda Pública) el hecho que pueda cederse este crédito futuro, que, lógicamente, solo existirá y será exigible una vez que se cumplan los requisitos anteriores propios del acto de reconocimiento. Estamos ante un derecho de crédito futuro que puede ser cedido al amparo del artículo 1271 del Código Civil.

Debemos recordar que la Administración, en su condición de deudor cedido, puede oponer frente al cesionario todas las excepciones al pago vinculadas a la relación jurídica subyacente, entre las que se encuentra, lógicamente, la inexistencia o la falta de exigibilidad de un crédito si no se cumplen los requisitos legales. Por tanto, este argumento interpretativo de la Sentencia no permite fundamentar el desplazamiento de la aplicación supletoria del Código Civil a la cesión de créditos jurídico-públicos.

En tercer lugar, el consentimiento de la Administración no constituye un requisito de validez del negocio jurídico de cesión de crédito. Sobre este punto podemos citar la Circular Conjunta, de 22 de junio de 2016, de la Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado, relativa a la tramitación de facturas electrónicas y sus efectos en relación con las cesiones de crédito en el ámbito de la contratación del sector público estatal, en la cual se dispone lo siguiente:

*"La validez del negocio jurídico de cesión, supuesta concurrencia de los requisitos que enumera el artículo 1261 del CC (consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca), **no precisa del consentimiento del deudor**. Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 27 de febrero de 1891, 15 de abril de 1924, 11 de enero de 1927, 11 de febrero de 1928, 11 de abril de 1944, 5 de noviembre de 1974 y 27 de septiembre de 1991, entre otras) tiene declarado que la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun sin su voluntad, no teniendo la notificación al deudor otro alcance que el de obligarle con el nuevo acreedor, de forma que no puede reputarse legítimo el hecho a favor del cedente desde el acto de notificación" (el destacado es nuestro).*

Siendo ello así, tampoco consideramos que esté justificado, como parece dejar entrever la Sentencia, que los derechos de crédito derivados de relaciones de naturaleza jurídico-administrativa sean una *res extra commercium*. Estamos ante un derecho (o una expectativa de derecho, en el caso de los derechos de crédito futuros) de naturaleza patrimonial, incorporada en el haber del deudor, que puede ser cedida o transmitida a un tercero (el cesionario). Ni la validez ni la eficacia de este negocio jurídico de cesión se encuentran condicionadas a la aceptación o autorización de la Administración con la que exista la relación jurídico-administrativa de la que se derive el derecho de crédito.

En este sentido, y aunque volvamos sobre ello en el apartado siguiente, una vez notificada la cesión a la Administración, esta solamente está obligada a efectuar el pago en favor del cesionario, sin que disponga de la facultad de aceptar o no la cesión.

Finalmente, y como corolario de lo anterior, cabría añadir que es un hecho discutible que los órganos del orden contencioso-administrativo dispongan de jurisdicción para determinar la validez de un contrato de cesión sujeto al derecho privado y suscrito entre dos particulares, de conformi-



dad con lo previsto en el artículo 24 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. De hecho, la Sentencia aclara que nada tiene que decir sobre la validez y eficacia del Contrato de Compraventa. Esta es una cuestión que corresponde al orden civil. Todo ello sin perjuicio de su potestad para revisar la actuación de la Administración en relación con los efectos que de ese negocio jurídico de cesión se derivan frente a ella<sup>2</sup>.

Por todo ello, debemos concluir que, a nuestro juicio, la Sentencia no puede tener como efecto negar la viabilidad de la cesión de derechos de crédito de naturaleza jurídico-pública ni la aplicación supletoria del Código Civil a la cesión de estos derechos de crédito. Los argumentos aducidos por la Sentencia no permiten sostener ni una restricción a la cesión de estos derechos de crédito ni un desplazamiento de la aplicación supletoria del Código Civil, y mucho menos que estos derechos de crédito hayan devenido una *res extra commercium*.

### 3.2. Régimen de cesión de los derechos de crédito futuros de naturaleza jurídico-pública (especial referencia a los créditos futuros que se deriven de un contrato público)

La Sentencia interpreta el artículo 200 de la LCSP en el sentido que la cesión de “derechos de cobro” derivados de un contrato administrativo es un concepto más restrictivo que derechos de crédito, por cuanto se exigiría un acto de la Administración de comprobación y reconocimiento de la existencia del crédito. Según la Sentencia, solamente cuando se haya producido esa aceptación por parte de la Administración podremos hablar de “derecho de cobro”, y solamente en ese momento podrá celebrarse un negocio jurídico para su cesión. Con ello se excluiría la viabilidad de ceder derechos de crédito futuros.

Por la importancia de esta cuestión reproducimos a continuación el fragmento correspondiente de la Sentencia:

*“Así, en materia de contratos administrativos, el art. 200 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que “los contratistas que tengan derecho de cobro frente a la Administración, podrán ceder el mismo conforme a derecho”. Obsérvese que lo cedible no es aquí el **derecho de crédito**, sino algo más circunscrito: el “derecho de cobro”. Y para que un derecho de crédito nacido de la ejecución de un contrato administrativo pueda ser cobrado, es preciso -aparte de que haya pasado un plazo y, en su caso, se presente y trámite la correspondiente reclamación- que se hayan dado “las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bie-*

<sup>2</sup> Cabe apuntar que, como señala M. Peláez Muras, en “Sobre la cesión de créditos en el ámbito de los contratos administrativos ¿Qué sucede con los créditos de los contratos cedidos? Jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones por impago”, *Observatorio de Contratación Pública*, la Sala I del Tribunal Supremo ha reconocido la competencia del orden civil para conocer de las pretensiones de pago deducidas contra las Administraciones por el titular de las certificaciones de obra endosadas por el contratista de la Administración: “El litigio no versa sobre un contrato de obras públicas, materia propia de la jurisdicción contencioso-administrativa en la medida en que el contrato tiene naturaleza administrativa y se rige por las normas propias de esta rama del Derecho, sino que deriva de la cesión del crédito que es consecuencia del endoso de las certificaciones de obra, y con base en dicha titularidad del crédito reclama el banco demandante, por lo que, en consecuencia, se han de aplicar las normas del Capítulo VII, del Título IV, del Libro IV, del CC, sobre transmisiones de créditos y demás derechos incorporales, siendo, en consecuencia, una cuestión de carácter netamente privado en la que tiene especial relevancia la autonomía de la voluntad y que, por ello, se encuentra comprendida dentro de los supuestos a que se refiere el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estando atribuida al orden jurisdiccional civil en atención al carácter complementario y atractivo que presenta respecto de los demás, especialmente frente al Contencioso-Administrativo por su ajenidad al desenvolvimiento de un servicio público». (STS 1383/2006 de 22 diciembre, RJ2007303; en el mismo sentido STS 899/2008, de 5 diciembre, RJ2009285. Citada en STS12/2011, de 31 de enero, rec. 1886/2007.)”.

nes entregados o servicios prestados" (art. 198 de la Ley de Contratos del Sector Público); es decir, se exige que la Administración haya afirmado que la obra o el servicio se han realizado correctamente. [...] **Sólo cuando lo único que falta es cobrar**, al haber manifestado la Administración que no tiene objeción alguna sobre la ejecución del contrato administrativo, **se permite legalmente la cesión de ese derecho de crédito a un tercero**; derecho de crédito que, en este contexto, recibe la significativa denominación de "derecho de cobro".

Más aún, siempre en esa línea, el apartado final del art. 200 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone: "Las cesiones anteriores al nacimiento de la relación jurídica de la que deriva el derecho de cobro no producirán efectos frente a la Administración". Ello significa que **en el ámbito de los contratos administrativos no cabe nunca la cesión de créditos futuros, algo que también difiere del Derecho Privado**" (el destacado es nuestro).

Aunque se trata de un *obiter dictum* excluido expresamente de los efectos de la Sentencia, resulta preciso exponer el régimen jurídico de la cesión de derechos de crédito futuros de naturaleza jurídico-pública y, en particular, los derechos futuros derivados de un contrato administrativo.

En primer lugar, consideramos que no es acertada esta distinción conceptual entre "derechos de crédito" y "derechos de cobro" que lleva a cabo la Sentencia. La norma habla de "transmisión de los derechos de cobro", ya que lo que se cede es el derecho al "abono del precio convenido por la prestación realizada" en el marco del contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 198 de la LCSP. No obstante, este derecho de cobro del precio no es sino un derecho de crédito, en su modalidad de obligación de dar (artículo 1088 del Código Civil).

Tampoco esta mención al concepto "derecho de cobro" parece permitir excluir la posibilidad de ceder derechos de crédito futuros, esto es, derechos de crédito derivados de prestaciones de obra, suministros o servicios que se realizan en el marco de un contrato público y que aún no han sido reconocidas por la Administración.

Como señalan García-Villarubia y Vélez Fraga<sup>3</sup>, la tesis relativa a que el concepto "derechos de cobro" impide la cesión de créditos futuros ya se contenía en los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal núm. 7/2004, de 12 de febrero (JUR 2014\71115); y núm. 11/2005, de 11 de marzo (JUR 2014\71117). En esos informes la Junta consideraba que la cesión de créditos futuros es "una posibilidad que no resulta del artículo 100 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".

Como indican estos autores, ya en ese caso la Junta Consultiva llevaba a cabo una interpretación excesivamente formalista del concepto derechos de cobro, que obviaba que el legislador, mediante la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, reformó el artículo 100 de la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para permitir que las pymes pudieran financiarse a través del *factoring* mediante la cesión en masa de

3 M. García-Villarubia y M. Vélez Fraga (2005). La cesión de créditos futuros frente a la Administración según la última reforma del artículo 100 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 12.

sus carteras frente a las Administraciones públicas. Así lo disponía la exposición de motivos de la Ley 44/2002:

*"El capítulo III persigue mejorar las condiciones de financiación de las PYME. Para ello amplía la posibilidad de que éstas se financien a través del «factoring», al permitir la cesión en masa de sus carteras frente a las Administraciones públicas".*

Por tanto, el propio legislador estableció expresamente la posibilidad de ceder en masa derechos de crédito futuros derivados de contratos públicos a través de contratos de *factoring*.

En cualquier caso, debemos insistir de nuevo en que no existe ninguna previsión que, de modo expreso, prohíba la cesión de derechos de crédito, existentes o futuros, que deriven de un contrato público. Y ello sin perjuicio de que, como sucede con todos los créditos frente a la Administración, esta pueda exceptuar el pago al cesionario si el crédito no resulta existente o exigible por no haberse dado cumplimiento a los requisitos del acto de reconocimiento, según lo previsto en los artículos 21 y 73.4 de la LGP, requisitos del acto de reconocimiento de la obligación frente a la Hacienda Pública que en el ámbito de la contratación pública se encuentran precisados en el artículo 198.4 de la LCSP.

A mayor abundamiento, y de manera contraria de lo que se sostiene en la Sentencia, el apartado 5.º del artículo 200 de la LCSP no proscribía la validez de la cesión de los créditos futuros que se deriven de un contrato público, sino los **"efectos frente a la Administración"** de aquellas cesiones **"anteriores al nacimiento de la relación jurídica de la que deriva el derecho de cobro"**. Esta **"relación jurídica"** no es otra que el contrato público en cuestión.

Así, en realidad este precepto priva de efectividad frente a la Administración (sin que ello afecte a la validez del negocio jurídico de cesión) a aquellas cesiones de derechos de cobro que se deriven de contratos públicos que aún no se haya formalizado. No obstante, no dice en ningún momento que la cesión de derechos de crédito futuros (no reconocidos) que se deriven de un contrato público ya formalizado (la relación jurídica de la que se derivan) no tendrá efectos frente a la Administración.

En cualquier caso, aún en el supuesto de cesión de derechos de crédito que se deriven de contratos futuros, esta privación de efectos frente a la Administración únicamente conllevará que esta no esté obligada a librar mandamiento de pago a favor del cesionario (artículo 200.4 de la LCSP), sin que en modo alguno ello afecte a la validez del negocio jurídico suscrito entre el cedente y el cesionario, el cual puede ampararse en el artículo 1271 del Código Civil.

Finalmente, debemos indicar que la interpretación que aquí exponemos ha sido también establecida en la Circular Conjunta de la Abogacía del Estado antes citada, de 22 de junio de 2016, en la cual se ha admitido la cesión de créditos futuros derivados de contratos públicos y cómo ello permite obtener la financiación requerida por los contratistas para ejecutar el contrato en cuestión:

*"Aunque la exigibilidad del derecho de crédito del contratista frente a la Administración tiene lugar con el acto administrativo del reconocimiento de la obligación (lo que se produce cuando, previa fiscalización favorable por la Intervención cuando ello sea preceptivo, se apruebe la certificación de*

*obra o documento que acredite la conformidad de la prestación), no puede desconocerse que de ordinario el contrato de cesión de crédito se concierta poco después de la adjudicación del contrato al cedente-contratista y que igualmente, la notificación de la cesión a la Administración tiene también lugar, una vez adjudicado el contrato, antes de que se efectúe el primer pago al contratista.*

*Es cierto que la forma de proceder que acaba de indicarse —cesión concertada y notificada a la Administración poco después de la adjudicación del contrato y antes, por tanto, de que se efectúen los pagos al contratista— se aprecia una cesión de crédito futuro. Ahora bien, no existe ningún impedimento para admitir esta forma de proceder, pues entender lo contrario supondría desconocer la realidad de esta práctica que tiene una razonable justificación: a) la proximidad temporal entre la adjudicación del contrato al contratista-cedente y la celebración y notificación de la cesión a la Administración contratante; b) la realidad de que, aunque no haya surgido el derecho de crédito del contratista, éste ha adquirido —y ha ingresado en su patrimonio— el derecho a la ejecución del contrato del que derivarán los futuros pagos; c) la funcionalidad de la cesión de crédito que postula que se procede en la forma indicada: lo propio es que, adjudicado el contrato, el contratista acuda al mercado de capitales para obtener financiación, siendo precisamente la cesión de su crédito frente a la Administración a la entidad que le proporciona la financiación el medio de amortización por aquél del crédito que se le concedió —cesión del crédito en su función solvendi causa— y a la vez garantía exigida por la entidad financiera —cesión del crédito en su función fiduciae causa—; d) la simplificación que supone esta forma de proceder, pues evita que el contratista-cedente tenga que notificar a la Administración con ocasión de cada pago que ésta realice la existencia del contrato de cesión y, a la vez, exonera a la Administración de tener que hacer las oportunas comprobaciones con ocasión de cada pago; y e) las actuaciones a desarrollar por la Administración una vez aprobada la conformidad de la prestación realizada, de naturaleza muy automatizadas y sujetas a plazos breves*

*Debe, pues, entenderse que, si bien la efectividad de la cesión del crédito del contratista, en aplicación de los artículos 216.4 y 218.2 del TRLCSP y 21.2 y 73.4 de la LGP, se produce una vez dictado el acto de reconocimiento de la obligación o, lo que es lo mismo, cuando se ha reconocido el derecho de cobro del contratista, resulta admisible que se notifique la cesión convenida poco después de adjudicado el contrato al contratista-cedente y antes de que se efectúe cualquier pago, bien que, como se ha indicado, la efectividad de la cesión no se producirá hasta que, de conformidad con dichos preceptos, tenga lugar el reconocimiento de la obligación. Ahora bien, dicho acuerdo de cesión ha de ir referido, como fácilmente se colige de lo dicho, a un concreta relación contractual, sin que, por tanto, resulten admisibles cesiones de créditos resultantes de contratos futuros" (el destacado es nuestro).*

Por todo ello, entendemos que el artículo 200 de la LCSP no excluye la cesión de créditos, presentes o futuros, derivados de un contrato público ya formalizado. La cesión de estos créditos puede notificarse a la Administración y, desde ese momento, vendrá obligada a librar mandamiento de pago a favor del cesionario (artículo 200.4 LCSP). Todo ello sin perjuicio que la efectividad del pago venga condicionada al acto de reconocimiento, del que nace la existencia y la exigibilidad del crédito.

El apartado 5.º del artículo 200 de la LCSP tampoco impide la validez de los negocios jurídicos de cesión de derechos de crédito que se deriven de contratos futuros que aún no se han formalizado. No obstante, en este caso, si la cesión se formaliza antes de la formalización del contrato, esta no

tendrá efectos frente a la Administración. Por tanto, la Administración no estará obligada a abonar el pago del precio al cesionario.

En definitiva, es perfectamente válida la cesión de derechos de crédito futuros de naturaleza jurídico-pública derivados de un contrato administrativo, y ese negocio jurídico privado tendrá efectos ante la Administración pública, que no podrá oponerse a la cesión del crédito futuro. Ahora bien, la Administración pública no estará obligada al pago del crédito futuro hasta que no exista el acto de reconocimiento. Por tanto, no es necesario el acto de reconocimiento del crédito para que sea cedible (como se inferiría de la Sentencia). El crédito futuro será cedible, pero la Administración no estará obligada al pago hasta que se produzca el acto de reconocimiento.

## 4. Sobre la transmisión de una relación jurídica con la Administración en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración

---

Como hemos advertido, la Sentencia analiza en segundo lugar la cuestión relativa a si el objeto del Contrato de Compraventa puede ser caracterizado como una cesión de crédito. Creemos que, en una exposición lógica de las cuestiones, esta debería haber sido la primera en resolverse, ya que de concluirse que no estábamos ante una cesión de crédito (como así lo estima la Sentencia), no resultaba necesario discernir si era posible o no ceder un derecho de crédito de naturaleza jurídico-administrativa derivado de una acción de reclamación patrimonial.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de esta cuestión la Sentencia entiende que, más allá del *nomen iuris* dado por las partes, el objeto del Contrato de Compraventa no fue la transmisión de un crédito ni tampoco de un crédito litigioso, entendidos como el derecho a recibir el pago de una obligación ya delimitada, sino *"la posibilidad de iniciar una relación jurídica compleja y dinámica con la Administración del Estado; relación jurídica que había de plasmarse en un procedimiento administrativo aún no iniciado, que podría terminar, si se cumplieran con todos los requisitos, con la declaración del derecho a recibir indemnización"*.

Por tanto, la Sentencia concluye, acertadamente en nuestra opinión, que el objeto del Contrato de Compraventa no era un crédito presente o futuro, litigioso o no, sino una *"relación jurídica"* con la Administración del Estado. Así, se transmitía la *"condición de sujeto interesado"* para iniciar e intervenir en el procedimiento para reclamar los daños y perjuicios derivados de la aplicación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, en los términos previstos en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (la "LPAC").

Debemos matizar que no estamos estrictamente ante una transmisión del objeto litigioso, en los términos previstos en el artículo 17 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (la "LEC"), ni tampoco ante la transmisión de una acción judicial, que aún ni tan siquiera existía, ya que el Contrato de Compraventa se suscribió antes incluso de que se iniciara el procedimiento administrativo.

No obstante, más allá de concluir que estamos ante la transmisión de una *“relación jurídica compleja y dinámica”*, la Sentencia no entra en analizar si esta transmisión es admisible o no y si surte efectos frente a la Administración. A este respecto, se limita a afirmar que la transmisión de esta relación jurídica no puede subsumirse en el concepto *“cesión de créditos”*, al amparo del artículo 1112 del Código Civil.

Pues bien, sobre esta cuestión debemos indicar que nuestro ordenamiento jurídico no establece una regulación completa, sistemática y de carácter general sobre la posibilidad de ceder una *“relación jurídica”* con la Administración. En este sentido, la única previsión genérica sobre esta cuestión se establece en el artículo 4.3 de la LPAC, el cual, en la regulación del concepto de *“interesado”* en un procedimiento administrativo, prevé que:

*“3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”.*

Por tanto, este precepto regula la figura de la sucesión en el procedimiento administrativo, con independencia de cuál sea su estado, cuando la condición de interesado deriva de una relación jurídica que sea transmisible. De esta manera, y en sentido contrario de lo que parece inferirse de la Sentencia, debemos partir de la premisa de que, con carácter general, es posible transmitir una relación jurídica con la Administración.

Esta previsión se reproduce en términos muy similares en el artículo 22 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para la sucesión en un procedimiento contencioso-administrativo (la *“LJCA”*). Asimismo, el artículo 45.2.b) de la LJCA prevé una especialidad en el supuesto de que esta transmisión de la relación jurídica se haya producido antes de interponer el recurso contencioso-administrativo —hecho que habrá sucedido en vía administrativa o incluso antes de esta—. En este sentido, el citado precepto prevé que al escrito de interposición se acompañará:

*“b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por haberse la transmitido otro por herencia o **por cualquier otro título**”.*

Estas escuetas previsiones deben completarse con la regulación establecida en los artículos 16 y 17 de la LEC, que regulan la sucesión procesal por muerte o por transmisión del objeto litigioso.

Sí que se establece una regulación más completa sobre la cesión de la posición en una relación jurídica con la Administración en múltiples leyes sectoriales. Así, por ejemplo, el artículo 214 de la LCSP regula el régimen de cesión de los contratos, que conlleva un cambio en la posición contractual de una de las partes en el marco de una relación jurídica derivada de un contrato público.

En un sentido parecido, el artículo séptimo de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa, regula el régimen de subrogación de los nuevos titulares de bienes y derechos que sean objeto de un expediente de expropiación forzosa. Este precepto se encuentra desarrollado por el artículo 7 del Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa.



Finalmente, y también a modo de ejemplo, el artículo 5.d) del Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, establece la obligación del titular de una instalación en la que se desarrolle una de las actividades industriales incluidas en el ámbito de aplicación de la norma de "comunicar al órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada la transmisión de su titularidad". De esta previsión, desarrollada por las respectivas normas autonómicas, se infiere que resulta posible transmitir la relación jurídica derivada de una autorización, en este caso ambiental.

Por tanto, la cuestión que debía discernir la Sentencia, y sobre la cual no se pronuncia, era si resultaba posible transmitir la condición de interesado para iniciar una reclamación patrimonial del Estado legislador por haber dictado una norma con rango de ley contraria al derecho de la Unión Europea, prevista en el artículo 32.3.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, partiendo de la premisa de que no es extraño que pueda cederse una relación jurídica con la Administración.

En principio, y atendiendo a la naturaleza de la lesión patrimonial que sufrió el perjudicado por la actuación administrativa (la mercantil concursada), no parecen existir motivos que, en este caso concreto, permitan impedir la transmisión de un derecho de naturaleza patrimonial, como es la expectativa de obtener la reclamación patrimonial solicitada al Consejo de Ministros, de conformidad con lo previsto en los artículos 1112 y 1271 del Código Civil.

Es más, debemos indicar que esta transmisibilidad de la posición procesal en acciones de reclamación patrimonial a la Administración ha sido admitida por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. En este sentido, podemos citar su Sentencia de 19 de noviembre de 1991, dictada en el recurso núm. 353/1984 (RJ 1991\8764), en la que se admitió la transmisión de una reclamación económica de responsabilidad de la Administración del Estado entre particulares como compensación en pago de una deuda —*datio pro soluto*—:

*"Aportado para mejor proveer el documento notarial acreditativo por exhibición de la escritura autorizada por el Notario don Salvador Z. S. de 17-5-1984, por la que la entidad mercantil «M. SA», reconociendo una deuda contraída con «W. S. C. I. SA», le ofreció a ésta para cancelarla y a riesgo de la misma el resultado que pudiera obtenerse de la reclamación económica de responsabilidad de la Administración del Estado, por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la paralización indebida de los despachos de aduanas de Bilbao y Coslada (Madrid) correspondientes a la importación legalmente autorizada de una partida de 500 motocicletas Kawasaki, USA, de 400 cm<sup>3</sup> y otra de 200 de la misma marca y 650 cm<sup>3</sup>, respectivamente, actos anulados por Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10-2-1983 y de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, de 26-1-1983 no recurrida por la Administración, hay que convenir en que se ha operado una transferencia en favor de la empresa subrogada en el eventual crédito y de los derechos anexos para su reclamación, **susceptible de legitimar a «W. S. I. SA», para accionar en este proceso**, ante la sustitución sobrevenida en la titularidad de los derechos reclamados.*

*Debe entenderse por ello que se trata de una **relación jurídica transmisible**, en la que la entidad adquirente de los derechos cedidos puede suceder en cualquier estado del proceso a la persona que inicialmente hubiera actuado como parte, según el art. 31 de la Ley Jurisdiccional" (el destacado es nuestro).*



Asimismo, en el Auto de 5 de octubre de 2016, dictado en el recurso de casación núm. 424/2014 (JUR 2016\232588), se admitió la sucesión procesal en una acción de reclamación patrimonial por la transmisión en sede concursal de las instalaciones de cogeneración afectadas por el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, que fundamentaban dicha reclamación:

*“A ello solo cabría añadir la propia lógica de las cosas a tenor de la pretensión que se ejercita: si la parte demandante pretende una indemnización por los daños irrogados a sus instalaciones de cogeneración por la aprobación de determinadas normas con fuerza de ley, forzoso será entender que si tales instalaciones han sido transmitidas a otra sociedad, será ésta —la cesionaria— la que ostente, por mor de esa transmisión, el interés por lo que resulte del litigio, con independencia de que fueran las entidades iniciales las titulares de esas instalaciones cuando se inició el litigio”* (el destacado es nuestro).

Por todo ello, hubiese sido conveniente que, en atención a la naturaleza del daño que fundamentaba la reclamación patrimonial del Estado legislador, la Sala hubiese clarificado si la relación jurídica con la Administración, entendida como la posibilidad de ser considerado un sujeto interesado para solicitar el derecho a ser indemnizado, era o no transmisible en este caso concreto, más allá de afirmar que no estábamos ante una cesión de un crédito —conclusión esta última en la que coincidimos—.

En todo caso, se puede apreciar de la *ratio decidendi* que la Sentencia quiere evitar un tráfico jurídico de derechos de crédito futuros (o bien expectativas indemnizatorias) relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración, y así los califica (*a contrario sensu*) como *res extra commercium*. Si los derechos de crédito son *res extra commercium*, parece inferirse que la relación jurídica ante la Administración también lo sería y, por tanto, que no sería una relación jurídica transmisible a título oneroso. No obstante, y como hemos indicado, la Sentencia no se pronuncia en términos expresos sobre esta cuestión, lo que habría sido oportuno teniendo en cuenta la existencia de sentencias del propio Tribunal Supremo en sentido contrario.

## 5. Conclusiones

---

Con base en lo expuesto en los apartados anteriores, pueden formularse las siguientes conclusiones:

- i. Los efectos de la Sentencia quedan circunscritos a la cesión de derechos de crédito dimanante de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin poder extenderse a otros ámbitos. Así lo dispone expresamente la Sentencia. Adicionalmente a lo anterior, la Sentencia no constituye jurisprudencia consolidada al tratarse de un único pronunciamiento, existir sentencias previas en sentido contrario y contener un voto particular discrepante. Por ello, los pronunciamientos de la Sentencia no constituyen cuestiones zanjadas. En todo caso, a continuación se exponen las conclusiones sobre la fundamentación de la Sentencia.
- ii. Con carácter general, y en contra de lo manifestado por la Sentencia, la cesión los derechos de crédito jurídico-públicos es un negocio jurídico admisible en nuestro ordenamiento jurídico, siéndole aplicable supletoriamente el Código Civil. No será necesario para la

validez de este negocio de cesión de créditos que estos hayan sido reconocidos por acto administrativo o sentencia firme. Por tanto, y con carácter general, los derechos de crédito jurídico-públicos, presentes y futuros, podrán seguir siendo objeto del tráfico jurídico.

- iii. El Código Civil será de aplicación supletoria a la cesión de créditos jurídico-públicos de conformidad con su artículo 4, puesto que no existe ninguna regulación específica sobre la materia (como reconoce la Sentencia) que lo desplace. Los principios y fines propios del derecho administrativo, en el sentido de salvaguardar a la Hacienda Pública, tampoco permiten exceptuar la aplicación supletoria del Código Civil a la cesión de créditos. Estos negocios jurídicos en nada ponen en riesgo a la Hacienda Pública, puesto que no existirá obligación de pago hasta que la Administración no reconozca la existencia del crédito. Además, la Administración podrá oponer ante el cesionario todo aquello que podría oponer al cedente, incluyendo la inexistencia o ineficacia del crédito cedido, tal y como establecen los artículos 21 y 73.4 de la LGP. Y es que una cosa es que el pago del crédito esté condicionado a la aceptación por parte de la Administración (como establece la LGP) y otra bien distinta que sin esa aceptación no exista un derecho de crédito susceptible del tráfico jurídico. No es necesario el consentimiento de la Administración para que pueda celebrarse el negocio jurídico de la cesión de créditos ni tampoco para que esos derechos de crédito sean *res intra commercium*.
- iv. La cesión de derechos de crédito futuros jurídico-públicos, y concretamente en el ámbito de los contratos administrativos, sigue siendo plenamente válida y eficaz. El artículo 200 de la LCSP, interpretado *obiter dicta* de forma errónea por la Sentencia, no restringe la cesión de derechos de crédito a aquellos reconocidos por la Administración mediante acto administrativo ni prohíbe la cesión de derechos de crédito "futuros". Al contrario, ese precepto, de conformidad con el artículo 1271 del Código Civil y sus antecedentes legislativos, permite la transmisión de derechos de crédito futuros. Es admisible en nuestro ordenamiento jurídico un negocio jurídico privado de cesión de derechos de crédito futuros derivados de un contrato administrativo, y ese negocio jurídico privado tendrá efectos ante la Administración pública, sin perjuicio de que esta no tenga la obligación de pago hasta que no exista el acto de reconocimiento.
- v. Por su parte, el apartado 5.º del artículo 200 de la LCSP tampoco impide la cesión de créditos futuros. Este precepto dispone que no tendrán efecto frente a la Administración las cesiones de crédito que se efectúen antes del nacimiento de la relación jurídica de la cual se derivan (el contrato público). Ello implica que la Administración no estará obligada a librar mandamiento de pago en favor del cesionario (artículo 200.4 de la LCSP) si el negocio jurídico de cesión se suscribió antes de la formalización del contrato público. En cualquier caso, la efectividad de la cesión frente a la Administración no condiciona *per se* la validez del negocio jurídico de cesión (artículo 1261 del Código Civil).
- vi. Por otro lado, la Sentencia estima que el objeto del Contrato de Compraventa suscrito entre el cedente y la cesionaria no es la cesión del derecho de crédito que se derivará de la reclamación patrimonial frente a la Administración, sino la relación jurídica con la Administración en sí misma considerada. No obstante, a continuación no aclara si, atendiendo a la naturaleza del daño causado al cedente, esta relación jurídica podía ser transmitida o

no, por lo que esta cuestión queda sin aclarar teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo ha resuelto en determinadas ocasiones que la relación jurídica derivada de una reclamación patrimonial es transmisible.

- vii. En definitiva, la Sentencia carece de efectos respecto de la cesión de derechos de crédito (presentes o futuros) de naturaleza jurídico-pública de ámbitos diferentes de la responsabilidad patrimonial, y será de aplicación lo manifestado en las conclusiones II a IV anteriores. En cuanto a los derechos de crédito dimanantes de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, deberán ser objeto de una especial cautela ante su posible cesión. A pesar de que esta Sentencia no constituya jurisprudencia consolidada y de que existan pronunciamientos en sentido contrario, la Sentencia es clara en su conclusión de que esos derechos de crédito sobre responsabilidad patrimonial de la Administración no serían cedibles, por lo que podría existir un riesgo para la eficacia frente a las Administraciones públicas de estos negocios jurídicos. Deberá prestarse atención a futuras sentencias del Tribunal Supremo para ver si se conforma, corrige o matiza este pronunciamiento.

# TREINTA AÑOS DE LEY DE COMPETENCIA DESLEAL\*

José Massaguer Fuentes

*Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Murcia. Abogado de Uría Menéndez (Madrid)*

### Treinta años de Ley de Competencia Desleal

*La Ley de Competencia Desleal ha cumplido treinta años. Las enseñanzas derivadas de su aplicación por jueces y tribunales y su estudio por los autores revelan que la Ley es en efecto la ley general, moderna y efectiva que anunció su preámbulo, y confirman su calidad técnica, algo empalidecida eso sí por sus reformas sucesivas. Primeramente, la Ley establece el régimen general de los actos de competencia, concepto normativo que fue modificado en 2009 para acoger las prácticas comerciales con consumidores, vigente en todo el territorio de la Nación, en todos los sectores de la economía y para todas las actividades concurrenciales. Asimismo, la Ley conserva la orientación institucional de la protección contra la competencia desleal y la vigencia del Zwecktrias, mientras que la jurisprudencia ha encontrado en la propia Ley los resortes necesarios para dar sentido a los conceptos genéricos de que se valen sus normas y asegurar la coherencia de la interpretación y desarrollos de sus normas con la finalidad de la Ley. En este sentido, el recurso a la Ley no ha permitido a los operadores de mercado establecidos impedir la entrada de nuevos competidores o el lanzamiento de nuevos negocios y prestaciones, y en cambio, en su esfera de influencia, la Ley, tal y como ha sido interpretada y aplicada en la práctica, ha impulsado la transparencia y la calidad de la información disponible para tomar decisiones de mercado, ha generado un entorno favorable al esfuerzo innovador y ha mantenido la igualdad entre los competidores y demás condiciones propias de un mercado competitivo. Por otro lado, la robusta acción de competencia desleal que la Ley configura ha sido fundamental para su eficacia. En suma, los hechos obligan a valorar de forma altamente positiva el papel desempeñado por la Ley en la defensa de mercados eficientes, que generan bienestar para los consumidores y promueven el interés general, dar la razón a quienes saludaron favorablemente su promulgación y agradecer su excelente trabajo a quienes desde la Academia inspiraron la orientación y contenidos de la Ley así como a los legisladores que finalmente elaboraron su texto y la aprobaron hace treinta años.*

---

\* Este trabajo está basado en las notas que sirvieron de base a la ponencia que, con este título, impartí en las XXXVI Jornadas de Estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual del Grupo Español de la AIPPI el 19 de febrero de 2021. Como en otras ocasiones, en la búsqueda y selección del material empleado para redactar estas líneas me he beneficiado de la excelente y generosa ayuda de mi compañero Víctor Montelongo, abogado documentalista del Departamento de Gestión de Conocimiento de Uría Menéndez.

**PALABRAS CLAVE:**

LEY DE COMPETENCIA DESLEAL, REFORMAS DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL, APLICACIÓN JUDICIAL DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL, ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL, PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES CON CONSUMIDORES, ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL.

**Thirty years of the Unfair Competition Law**

*The Unfair Competition Law has become thirty years old. What the courts and academic opinion have shown us is that this law is the comprehensive, innovative and effective regulation its preamble claimed it to be, and that it is technically rigorous, even though some of this quality has been slightly lost with its several amendments. Firstly, the law generally regulates competition practices — a legal concept that was modified in 2009 to also cover commercial practices with consumers —, applicable in the whole of Spain to all sectors and to any competitive activity. The law retains the institutional focus of unfair competition protection and the validity of Zwecktrias, while the courts have been able to device the standard concepts contained in its provisions and ensure that they have done so in accordance with the true objectives and purposes of the law. In this regard, established market operators have not been able to resort to the law to hinder newcomers from entering the market or new products and businesses being launched. Yet, within its sphere of influence, the law, as construed and applied in practice, has consistently promoted and fostered transparency and more quality information available in the market to make decisions, has created a favourable environment for innovation, and has promoted equal treatment amongst competitors as well as other conditions inherent to a competitive market. On a different note, the law's robust action against unfair competition, along with its specific procedural rules, have been a key element for its success. In short, we cannot but value most highly the law's role in fostering efficient markets, which in turn enhances consumer welfare and the greater good; acknowledge the work of the scholars who inspired the purposes and contents of the law and the legislators who finally drafted and passed it; and praise those who embraced its enactment thirty years ago.*

**KEYWORDS:**

UNFAIR COMPETITION LAW, REFORMS OF THE UNFAIR COMPETITION LAW, APPLICATION OF THE UNFAIR COMPETITION LAW BY THE COURTS, UNFAIR COMPETITION PRACTICES, UNFAIR BUSINESS-TO-CONSUMER COMMERCIAL PRACTICES, UNFAIR COMPETITION ACTION.

**FECHA DE RECEPCIÓN: 8-3-2021**

**FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-3-2021**

Massaguer Fuentes, José (2020). Treinta años de Ley de Competencia Desleal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 64-94 (ISSN: 1578-956X).

La Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal, publicada en el BOE núm. 10 de 11 de enero de 1991 (la "LCD" o la "Ley") acaba de cumplir treinta años. Esta efeméride ofrece una ocasión excelente para volver la vista atrás, valorar su contribución a la protección de la competencia en España y repasar las cuestiones que todavía están abiertas, en las que al menos es conveniente plantearse la conveniencia de una revisión de la interpretación dominante o en las que podría caber una mejora legislativa.

# 1. El significado histórico de la Ley de Competencia Desleal de 1991

La promulgación de la Ley, inspirada e impulsada por los trabajos académicos imprescindibles de los profesores Menéndez<sup>2</sup> y Paz-Ares<sup>3</sup>, fue un suceso fundamental en la renovación del derecho mercantil tras la Constitución de 1978 y, en particular, en la configuración de un derecho de la competencia comprometido con la defensa de la constitución económica, moderno y eficaz. En este sentido, tanto por los objetivos de política legislativa que asumió y el cauce sustantivo que se les dio como por su rigor y acierto en los aspectos de técnica legislativa y de observancia, la Ley hizo que la legislación española ingresara en el grupo de los sistemas legislativos de protección contra la competencia desleal más avanzados y de más alta calidad del panorama europeo de la época<sup>4</sup>. Pero acaso la LCD fue sobre todo una ley oportuna. Empecemos por esto último.

## 1.1. La oportunidad de la Ley de Competencia Desleal de 1991

La Ley fue oportuna porque no era solo necesario, sino conveniente, poner fin a un régimen legal cuyas bases políticas, ordenación sistemática y reglas materiales, prescindiendo ahora de sus desajustes de técnica y eficacia, estaban considerablemente alejadas de las demandas de una sociedad abierta y una economía de mercado como las que organizaban la vida de la nación desde la Constitución de 1978, a las que dejaba sin respuesta o, peor, a las que daba respuestas incompatibles con el marco constitucional.

Recuérdese que la regulación de la materia se encontraba entonces diseminada, como lo había estado antes, en leyes especiales de limitado ámbito de aplicación, como eran la Ley de Marcas de 1988 ("LM de 1988") y la Ley General de Publicidad de 1988 ("LGP"), que habían venido a ocupar el lugar de la Ley de Propiedad Industrial de 1902 y el Estatuto de la Publicidad de 1964<sup>5</sup>. Recuérdese también que esas leyes servían a una concepción del régimen contra la competencia desleal que, a las puertas del siglo XXI, seguía anclado en el modelo de represión encarnado por el art. 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, esto es, en un modelo definido, en lo esencial, en las Conferencias de Revisión de Bruselas de 1900 y de La Haya de 1925, solo mejorado y completado en las Conferencias de Revisión de Londres de 1934 y de

2 A. Menéndez, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, *passim*.

3 C. PazAres, «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust», *RDM*, núm. 159, 1981, págs. 7 y ss.; *ib.*, «Constitución económica y competencia desleal», *ADC*, 1981, págs. 927 y ss.

4 Como tempranamente reconocieron los especialistas europeos más autorizados, G. Schricker, en R. Jacobs, W. F. Lindacher y O. Teplitzky, *UWG Grosskommentar*, W. de Gruyter, BerlínNueva York, 1994, Einl. *UWG Rdn.* 304, págs. 436437. Prueba de ello es el reflejo que, en cuanto encabeza la regulación con la determinación de su finalidad y la concreción de los intereses a los que sirve, el art. 1 de la LCD encuentra en el § 1 de la Ley alemana contra la competencia desleal tal y como quedó redactado por medio de la reforma de 2004, sin que pueda desconocerse, a su vez, que aquel precepto de la Ley española refleja a su vez la jurisprudencia y doctrina alemanas que ya habían consolidado anteriormente el llamado *Schutzzwecktrias* [cfr. H. Köhler en H. Köhler y J. Bornkamm, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. UWG*, 31.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2013, §1 Rn (4) en relación con Rn (1) a (3)].

5 Se puede encontrar una descripción resumida de la legislación española histórica en materia de competencia desleal en H. Baylos, *Tratado de Derecho industrial*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 367-380, o en J. Massaguer, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 45-51.

Lisboa de 1958<sup>6</sup>. Y recuérdense asimismo las soluciones fallidas e insuficientes que en el plano sustantivo resultaba de esas normas y, no en último lugar, la falta de medidas eficaces para hacerlas valer y la excesiva benevolencia que el sistema de cumplimiento mostraba hacia los “jugadores profesionales”, incluso a costa de la desprotección los consumidores.

Algunos ejemplos pueden ilustrar lo que implicaba que las leyes de 1988, diez años después del cambio constitucional, siguieran el modelo unionista para combatir la competencia desleal. Me refiero al empleo de las normas de corrección y buenos usos mercantiles como criterio de ilicitud que articulaba la cláusula general (art. 87 LM 1988 y art. 6.b LGP 1988); a la limitación del elenco de actos de competencia desleal objeto de definición propia esencialmente a supuestos relativos al uso de signos distintivos (“*sin perjuicio de lo que se establezca en la legislación general sobre la materia*” [art. 88 LM 1988]), que en todo caso solo incluía los actos de confusión, engaño, denigración y utilización indebida de indicaciones de procedencia y denominaciones de origen (art. 88.a-e LM 1988); a la separación artificiosa entre publicidad engañosa y desleal, con la que se prescindía de la consideración de los intereses de los consumidores para apreciar la existencia de publicidad engañosa cuando perjudicara o pudiera perjudicar a un competidor y para definir la publicidad denigratoria aun cuando lo manifestado pudiera ser cierto y su difusión estar justificada (arts. 4.1 y 6.a LGP 1988); a la los privilegios de los anunciantes, a los que, por una parte, se les atribuía la oportunidad de escapar a la acción de cesación y rectificación tras la difusión de publicidad desleal o engañosa mediante la exigencia de que, como requisito de procedibilidad, antes de demandarles se les requiriera extrajudicialmente el cese o rectificación y se les permitiera de cesar o rectificar en los generosos plazos previstos al efecto (arts. 25 a 27 de la LGP 1988), y a los que, por otra parte, no se exponía a remedios de remoción, indemnización ni publicación de la sentencia (art. 31 LGP 1988), o a los privilegios de los medios de difusión de la publicidad de otros, a los que se dejaba fuera del perímetro de la legitimación para soportar la acción de publicidad ilícita (*ex art. 25.1 LGP 1988*).

En suma, el régimen de la LM de 1988 y la LGP de 1988 no ofrecía, por su fragmentación, una protección general contra la competencia desleal y, por su orientación, estaba fuertemente inclinado hacia la tutela de los empresarios y profesionales más consolidados. Sobre ello, carecía de herramientas eficaces para asegurar la observancia de sus previsiones, vistas las trabas a las que sometía el ejercicio de las acciones de publicidad ilícita<sup>7</sup>, lo limitado de los remedios atribuidos y lo estrecho de la legitimación pasiva, o visto el desajuste entre la acción de infracción marcas que preveía la LM 1988 y las exigencias de la protección contra la competencia desleal. Ese régimen, en fin, reproducía las características del modelo de ordenación de la materia que, en expresión que ha hecho fortuna, se denominó “corporativo” o “profesional”<sup>8</sup>, cuando no solo la realidad económica y social, sino la constitución económica de 1978 exigían avanzar y abrazar el modelo que, en expresión no menos afortunada, se conoció como “social”<sup>9</sup>.

6 G. H. C. Bodenhausen, *Guía para la aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, BIRPI, Ginebra, 1969, págs. 156 y ss., F. Henning-Bodewig, «International Protection Against Unfair Competition», en F. Henning-Bodewig (Ed.), *International Handbook on Unfair Competition*, C. H. Beck-Hart-Nomos, Múnich-Oxford-Baden-Baden, 2013, págs. 9 y ss., págs. 13 -14.

7 Un ejemplo paradigmático de cómo operaban esas trabas se encuentra en SAP Valencia, Secc. 7.ª, de 6 de marzo de 1998 (ECLI: ES:APV:1998:1591).

8 A. Menéndez, *La competencia desleal*, ob. cit., págs. 65-94.

9 A. Menéndez, *La competencia desleal*, ob. cit., págs. 95-146.



A este estado de cosas, y de ahí su oportunidad, puso remedio la LCD. De ella, considerada en su conjunto, bien puede decirse que renovó e incluso “revolucionó” los planteamientos vigentes sobre los objetivos de política legislativa de la protección contra la competencia desleal, el tratamiento sustantivo de la materia, y el sistema de remedios establecido para combatir las conductas desleales. Veámoslo.

## 1.2. La renovación de la orientación político-legislativa de la protección contra la competencia desleal

La LCD ocupó un lugar central, al lado de la LDC de 1989, en el establecimiento y configuración de un derecho de la competencia ajustado a las exigencias del modelo económico constitucional, y en particular de la instauración de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado como principio rector y espacio de la vida económica de la nación (art. 38 CE), de la imposición a los poderes públicos de la tarea de eliminar las barreras que pongan en riesgo su vigencia (art. 9 CE) y del encumbramiento de la protección de los consumidores a la condición de principio del ordenamiento (art. 51 CE). Así lo anunció el preámbulo de la LCD, que justificó su promulgación por *“la necesidad de adecuar el ordenamiento concurrencial a los valores que han cuajado en nuestra constitución económica”*, y concretó esa necesidad en el *“mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado”* requerido por *“el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado”*. Y así se explicitó en la definición positiva de la finalidad de la Ley como *“protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado”* (art. 1 LCD 1991).

Con esta finalidad, la Ley estableció la prohibición de la competencia desleal (art. 1 LCD 1991) y dispuso el régimen general de los actos de competencia (art. 2 LCD 1991) de los empresarios, profesionales y, en general, de los que participan en el mercado (art. 3 LCD 1991) mediante la sucesiva determinación de las conductas constitutivas de competencia desleal. La combinación de prohibición y norma de conducta debía resultar, desde la perspectiva que ahora se considera, en la preservación de la competencia como proceso de formación de las relaciones económicas (aspecto al que atendían primariamente los arts. 5 a 12 y 17.2.a y b de la LDC de 1991), así como de la estructura competitiva del mercado (aspecto más bien relacionado con los arts. 14 a 16 y 17.2.c de la LCD de 1991). Como se ve, la orientación de política legislativa con la que se abrió la Ley no fue solo un principio programático, sino que inspiró y determinó de forma principal las proposiciones normativas que acogió y en gran medida acoge, y especialmente la estructura y criterios con los que se expresa el juicio de deslealtad, tanto en la cláusula general como en los concretos grupos de casos de competencia desleal caracterizados en su articulado.

Bajo el primer aspecto, la conformidad con las normas de corrección y buenos usos mercantiles (art. 88 LM y art. 6 LGP 1988) se sustituyó por la conformidad objetiva con las exigencias de la buena fe (art. 5 LCD 1991). Esta es una norma general y objetiva de conducta, en este caso reguladora del ejercicio del derecho individual emanado del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, cuyo contenido está sistemática y materialmente conectado con las exigencias de conducta que impone la competencia económica a quienes, precisamente al amparo de esa libertad, operan en el mercado como oferentes o demandantes de bienes o servicios, a saber: la exigencia de competir por eficiencia o mérito de las prestaciones propias, cuya infracción es un

acto ilícito (art. 1 LCD 1991) y a cuya salvaguarda servía el robusto sistema de remedios que componen la acción de competencia desleal (art. 18 LCD 1991).

Bajo el segundo aspecto, la definición de los actos concretos de competencia desleal se hizo a la luz de esas mismas exigencias normativas y de los intereses en juego, mediante la delimitación fáctica de la conducta y la concreción de las circunstancias en que esa conducta pone en peligro el funcionamiento competitivo de los mercados. Así lo anunció el preámbulo de la Ley al referirse a la decisión de caracterizar los grupos de casos de competencia desleal considerados de forma restrictiva, con la finalidad de salvaguardar prácticas que, por regla general, son adecuadas para dinamizar la competencia y evitar que la aplicación de la Ley se volviera en contra de sus objetivos. Y así se concretó, del modo en que también anticipó el preámbulo de la Ley, mediante una meditada selección de los datos y circunstancias de hecho determinantes de la deslealtad concurrencial de las conductas consideradas porque expresan su aptitud, bien para inducir preferencias y decisiones de mercado que no son libres o no son racionales, bien para frustrar el emprendimiento dirigido a generar oportunidades de negocio cuyo aprovechamiento pueda legítimamente esperar quien las creó sin la clase de interferencia que produce la conducta del tercero, bien para desincentivar el proceso de innovación por medio de la apropiación indebida de los resultados (prestaciones e iniciativas) del esfuerzo de otro, bien para amenazar la estructura o el funcionamiento competitivo del mercado o la igualdad de sus operadores mediante el uso indebido del poder de mercado, la predación o el *free riding*.

Pero no solo esto. El fundamento de la orientación político-legislativa de la LCD, la defensa de la competencia como institución, es compartido con la LDC, con la que forma el núcleo legislativo del derecho de la competencia de nuestro ordenamiento y guarda relaciones especialmente profundas. Valga al respecto recordar ahora, en el plano sustantivo, la coincidencia de criterios de ilicitud, las razones del juicio de deslealtad concurrencial y de ilicitud antitrust, que se aprecia en el reproche formulado contra la sola explotación del poder de mercado (art. 16.2 LCD) o de las prácticas de exclusión (arts. 11.3, 14.2 y 17.2.c LCD). Y en el plano del sistema de observancia de la LCD, la concurrencia del sistema jurídico-privado característico de la materia, previsto en la LCD, y el jurídico-público al que accede mediante la incorporación de los actos de competencia desleal a los ilícitos de defensa de la competencia en los casos en que afecten al interés público por razón de la entidad del falseamiento de la competencia que entrañan (art. 3 LDC)<sup>10</sup>.

### 1.3. La renovación del tratamiento de la protección contra la competencia desleal

La LCD se concibió, como se indicó en su preámbulo, como ley general cuyo ámbito de vigencia, según las disposiciones dedicadas a establecerlo (arts. 2 a 4 LCD 1991), se extendía a todas las actividades concurrencialmente relevantes, incluidas las de los profesionales y otros operadores de mercado distintos de los empresarios, cualquiera que fuere la naturaleza de esa actividad y de esos sujetos y, por otro lado, cualquiera que fuere el alcance territorial (estatal, supraautonómico

<sup>10</sup> J. Massaguer, «Artículo 3», en J. Massaguer, J. M.ª Sala, J. Folguera y A. Gutiérrez, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 6.ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, págs. 383 y ss.; J. Costas, «Prohibición del falseamiento de la competencia por actos de competencia desleal», en F. Hernández Rodríguez y M.ª Pilar Bello, *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Aranzadi, 2009, págs. 213 y ss.

o autónomo) en que pudieran producir sus efectos. Con todo, la traslación de este principio inspirador de la regulación de 1991 no fue tan lejos como debería haber ido: ciertamente, la LCD fue y es una ley general, pero si bien con ella se derogaron las normas de la LM de 1988 sobre esta materia, se mantuvo formalmente la singularidad publicitaria que acogía la LGP a favor de anunciantes y medios, así como las previsiones sobre informaciones proporcionadas con la oferta, modalidades de promoción de ventas y ventas especiales establecidas en la legislación estatal y autonómica sobre defensa de los consumidores y ordenación del mercado interior.

El tratamiento sistemático-sustantivo de la materia de competencia desleal y los preceptos que la Ley dedica a establecerlo se estructuraron mediante las cuatro piezas siguientes. La primera de ellas es la prohibición de la competencia desleal (art. 1 LCD 1991). La segunda, la determinación del ámbito objetivo, subjetivo y territorial de aplicación de la disciplina (arts. 2 a 4 LCD 1991). La tercera, la definición del acto de competencia desleal genérico como vulneración de la norma general a la que está sometida toda conducta realizada en el mercado con finalidad concurrencial y que se establece en la conocida como "cláusula general" (art. 5 LCD 1991). La cuarta y última es una relación de los grupos de casos que, en particular, se reputaron contrarios a la cláusula general, grupos que se seleccionaron por su reiteración e importancia práctica o, singularmente, por la dificultad de su enjuiciamiento y la conveniencia de fijar la ponderación de intereses en juego que el legislador considera más conforme a la finalidad de la regulación de esta materia y que, en particular, se configuran por medio de la definición de la práctica o conducta considerada en cada caso y la indicación de las circunstancias determinantes de su reprochabilidad (arts. 6 a 17 LCD 1991), por lo que, bien miradas las cosas, constituyen una suerte de aplicación legislativa de la cláusula general, y no casos especiales de competencia desleal.

En cuanto a su contenido, como se ha apuntado, las normas sustantivas de la Ley acogieron y formularon de forma resumida los resultados últimos de la evolución legislativa y jurisprudencial del derecho contra la competencia desleal habida en los países en los que el tratamiento de esta materia, además de establecerse por medio de una ley específicamente dedicada a ella cuyos contenidos habían integrado la consideración de los intereses de los consumidores, tenía mayor tradición y calidad. En este sentido, es destacable y notoria la influencia de la legislación, la jurisprudencia y las elaboraciones de la doctrina alemanas y suizas. Así pudo la Ley incorporar en 1991 no solo un modelo de ordenación sustantiva que había probado ser cabal, flexible y exitoso, sino también una depurada, contrastada y bien perfilada regulación, que se adelantaba a la formación jurisprudencial de algunos de los principios que eran entonces y son actualmente postulados irrenunciables de la protección contra la competencia desleal.

Me refiero, en particular, a la extensión de la aplicación de la Ley a todas las conductas que se revelan adecuadas para influir en la formación de las relaciones económicas en el mercado si objetiva e institucionalmente tienen esa finalidad (art. 2 LCD 1991), cualquiera que sea la naturaleza del partícipe en el mercado que las ponga en práctica, privada o pública<sup>11</sup>, empresarial o no<sup>12</sup> (art. 3 LCD); me refiero asimismo a la supresión de la relación de competencia (art. 3 LCD 1991) o de la

11 F. Vicent, «Poderes públicos y Derecho de la competencia», *RGD*, núm. 583, 1993, págs. 3313 y ss. Últimamente, M. Rebollo Puig, «Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial», *RAP*, núm. 2210, 2019, págs. 139 y ss.

12 STS núm. 720/2010 de 22 de noviembre (RJ 2011\561), comentada por N. Iráculis, *CCJC*, núm. 86, 2011, págs. 1325 y ss.

intencionalidad como presupuestos del acto de competencia desleal (art. 5 LCD 1991); me refiero, además, a la construcción de un juicio de deslealtad sensible a los intereses a los que sirve la elección de la competencia económica como principio que rige la organización y funcionamiento de la economía (art. 1 LCD 1991) y, por último, a la configuración de un catálogo de grupos de casos de competencia desleal cuyas condiciones de deslealtad están definidas de manera coherente con tales principios generales, primando en no pocas ocasiones, como antes se recordó, la finalidad de dejar sentadas las circunstancias en que algunas prácticas no merecen objeción alguna por ser en realidad reflejo de una mayor eficiencia e incrementar la competencia en los mercados y el bienestar de los consumidores, contra las que con mayor frecuencia los competidores establecidos menos innovadores han tratado de combatir las por medio de la legislación contra la competencia desleal (lo que se ha concretado en el reconocimiento de la *exceptio veritatis* en la definición de actos denigración o de la libertad de comparación, imitación, captación de colaboradores y fijación del nivel de los precios).

#### 1.4. La renovación del sistema de acciones y procedimientos para la protección contra la competencia desleal

Asimismo, el legislador de 1991 tuvo bien presente —seguramente por la dificultad histórica que en nuestro ordenamiento encontró el reconocimiento de una acción de competencia desleal<sup>13</sup> y las que se podía anticipar que encontraría su tramitación por los cauces procesales ordinarios de la época— la necesidad de intervenir decididamente para que la Ley pudiera alcanzar sus objetivos y constituyera así un instrumento eficaz en la lucha contra la competencia desleal.

Ello se concretó en el establecimiento de un cuadro de acciones completo, equilibrado y eficaz, que compone lo que de forma generalizada se conoce como “acción de competencia desleal” (art. 18 LCD 1991), que se completó con una acabada regulación de sus aspectos sustantivos, entre los que se incluyó la anticipación de la tutela cesatoria en las situaciones de mero riesgo (art. 18.b LCD 1991), la amplitud de la legitimación activa, atribuida también a las asociaciones de consumidores y de empresarios (art. 19 LCD 1991), y la legitimación pasiva, que se extendió a los que cooperan<sup>14</sup> y colaboran en la realización del acto desleal (art. 20 LCD 1991), o la combinación de un plazo anual de prescripción y otro trienal de que cierra definitivamente la ventana de ejercicio (art. 21 LCD 1991).

Y se concretó, por otra parte, en la incorporación de soluciones dirigidas a superar las lagunas más graves de la LEC de 1881, entonces vigente, en aspectos fundamentales para la robustez la protección contra la competencia desleal. En este sentido, se reconoció al demandante la posibilidad de acudir a las diligencias preliminares para la comprobación de hechos de la Ley de Patentes a fin de preparar la acción de competencia desleal (art. 24 LCD 1991)<sup>15</sup>, se estableció una regulación especial de las medidas cautelares, en la que destacaba la franca admisión de medidas de

13 S. Bacharach, *La acción de cesación en el Derecho de la competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 1993.

14 Previsión que puso fin a la benevolencia mostrada por la LGP de 1988 con los medios de difusión de publicidad: SAP Madrid, Secc. 28ª, de 30 de diciembre de 2009 (JUR 2010\92351).

15 J. Valle, «Las diligencias para la comprobación de hechos en la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núm. 595, 1994, págs. 3717 y ss.

carácter anticipatorio cuyo acomodo en la LEC de 1881 era todavía discutido (art. 25 LCD 1991)<sup>16</sup>, y se dejó en manos del juez imponer al demandado la carga de probar la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones enjuiciadas (art. 26 LCD 1991)<sup>17</sup>.

## 2. Las reformas de la Ley de Competencia Desleal

La LCD de 1991 trajo luz (muchacha), y las sombras (pocas) que arrojó fueron casi todas salvadas de forma satisfactoria por los desarrollos jurisprudenciales, en gran medida propiciados, a su vez, por la solidez y coherencia de los planteamientos jurídico-políticos y la altura técnica de la Ley (*vide infra* [3] y [5]). El juicio altamente positivo sin reservas que, desde mi punto de vista, merece la Ley de 1991 (y cuanto queda hoy de su redacción original) palidece, sin embargo, si se atiende a los cambios incorporados a su texto por la mayoría de sus reformas. Recordémoslas.

En primer lugar, la disposición adicional tercera de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia modificó la redacción original del art. 16 de la LCD (“discriminación y dependencia económica”), para añadir un último inciso en su apartado 2 y un apartado 3 nuevo, ambos actualmente vigentes. En segundo lugar, la disposición derogatoria única, apartado segundo, número 11.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (la “LEC”) derogó buena parte de las disposiciones procesales del capítulo IV de la LCD de 1991 y, en particular, sus arts. 23, 25 y 26 (sobre competencia territorial, medidas cautelares e inversión de la carga de la prueba sobre la exactitud de las alegaciones), mientras que su disposición final cuarta dio una nueva redacción a su art. 22 (sobre el juicio con arreglo al cual se tramitarían los procesos en materia de competencia desleal, hoy derogado). En tercer lugar, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social introdujo un nuevo apartado tercero en el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal relativo a la “violación de normas”. Seguidamente, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, promulgada con ocasión de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, introdujo una reforma de notable envergadura, que afectó a la estructura, contenido sustantivo y régimen de la acción de competencia desleal. Finalmente, la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (la “LSE”) ha modificado el texto del art. 13 de la Ley y ha regulado, fuera de la LCD, los aspectos sustantivos de la protección jurídica de los secretos empresariales.

De estas reformas, merecen una especial atención, por su impacto en el régimen inicialmente establecido en 1991, la LEC, la Ley 29/2009 y la LSE, cuya respectiva promulgación, de forma aproximada, ha puesto fin a cada una de las tres décadas de vigencia de la LCD.

16 J. Massaguer, «Las medidas cautelares en la Ley de Competencia Desleal», *RDM*, núm. 206, 1992, págs. 731 y ss.

17 F. Cerdón, «Comentario breve a las normas procesales de la Ley de Competencia Desleal», *Actualidad Civil*, 19913, págs. 465 y ss.

## 2.1. La reforma de la Ley de Competencia Desleal mediante la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

La LEC vació buena parte de los contenidos procesales de la Ley de 1991. De las disposiciones que la Ley dedicó a esta materia, en efecto, solo quedó la determinación del juicio con arreglo a cuyas normas se tramitarían los procesos en materia de competencia desleal, el reconocimiento de la posibilidad de valerse de las diligencias preliminares para preparar el juicio y, en particular, de las llamadas diligencias de comprobación de hechos entonces y ahora reguladas realmente en la Ley de Patentes.

Esta derogación obedeció a uno de los principios programáticos de la reforma de la LEC, a saber, la eliminación de los procesos especiales. Sin embargo, ese no era el caso del proceso sobre competencia desleal al que se refería el art. 22 de la LCD de 1991. En efecto, entonces como ahora era y es un proceso ordinario con ciertas especialidades, que en su mayoría simplemente han mudado de ubicación legal, pues si antes estaban alojadas en la LCD, ahora lo están, bien en la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>18</sup>, como sucede en materia de competencia judicial objetiva, cuyo art. 86 ter.2 atribuye a los Juzgados de lo Mercantil, bien en la propia LEC, como sucede en materia de competencia territorial (art. 52.1 12.º LEC), clase de proceso (art. 249.1 4.º LEC), y carga de la prueba de la exactitud y veracidad de indicaciones y manifestaciones realizadas y datos materiales que la publicidad exprese (art. 217.4 LEC). Bien miradas las cosas, solo el régimen de las medidas cautelares ha perdido las especialidades que lo adornaban en la LCD de 1991 como consecuencia de la carta de naturaleza dada a las medidas anticipatorias en el actual art. 727.7 de la LEC, y solo las diligencias preliminares mantienen sus especialidades en la LCD, que al respecto sigue remitiéndose a la Ley de Patentes (art. 36 LCD)<sup>19</sup>.

En conjunto, el régimen vigente sobre los aspectos procesales es razonablemente satisfactorio, aunque quizá haya margen de mejora. La inclusión de la competencia desleal en la materia a la que se extiende la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil<sup>20</sup> ha sido, sin duda, un acierto que ha permitido ganar en homogeneidad y previsibilidad en la interpretación y aplicación de la Ley. Seguramente este efecto habría podido ser mayor si, en materia de competencia territorial, el criterio del lugar de comisión o producción de los efectos del acto de competencia desleal hubiera tenido carácter electivo y no subsidiario respecto del lugar del establecimiento o del domicilio, puesto que habría permitido, como sucedió en los asuntos de propiedad industrial, una especialización judicial por vía de concentración. Y sería mayor si se extendiera el modelo de superespecialización que el CGPJ ha establecido en los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona también para los asuntos de competencia desleal<sup>21</sup>.

18 R. Bellido, *El proceso civil sobre competencia desleal y propiedad industrial*, Civitas, Madrid, 2002; S. Barona, *Competencia desleal: tutela jurisdiccional —especialmente proceso civil— y extrajurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; A. Armengot y K. Beneyto (Dir.), *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 205 y ss.

19 I. Villar, *Las diligencias preliminares de los procesos de propiedad intelectual y competencia desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

20 E. Sanjuán, «Acciones derivadas de la Ley de Competencia Desleal», en P. VELA y otros (Dir.), *Competencias de los Juzgados de lo Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 41 y ss..

21 Acuerdos de 18 de octubre de 2018 y de 18 de julio de 2019 de la Comisión Permanente de Consejo General del Poder Judicial (BOE núm. 275 de 14 de noviembre de 2018 y BOE núm. 182 de 31 de julio de 2019).

En otro plano, se echa en falta la extensión de las diligencias preliminares de información y de las medidas de aseguramiento de prueba previstas para los casos de propiedad industrial e intelectual (arts. 256.1 7.º, 8.º, 10.º y 11.º y 297.2 II LEC). Este déficit se ha compensado en la práctica con el mayor alcance, favorecido por el tenor del vigente art. 36 de la LCD, que se ha dado a las diligencias de comprobación de hechos en comparación con el que tiene en asuntos de propiedad industrial<sup>22</sup>.

## **2.2. La reforma de la Ley de Competencia Desleal mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, promulgada con ocasión de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior**

La Ley 29/2009 introdujo una importante modificación de la LCD con ocasión de la transposición de la Directiva 2005/29/CE, que excedió de lo necesario para ajustar la regulación vigente a las exigencias de armonización europea<sup>23</sup> e introdujo algunas “reformas oportunistas”. A mi modo de ver, la LCD no salió en absoluto mejorada de este proceso de reforma, pero tampoco quedó privada de sus mejores virtudes<sup>24</sup>. De hecho, seguramente lo mejor que se puede decir de los cambios de 2009 es que, a pesar de ampliar su ámbito objetivo, alterar en parte la orientación y estructura de la Ley, modificar su contenido sustantivo y llamar a su aplicación también a la administración de consumo, las novedades que introdujo se han revelado poco trascendentes en la práctica por varias razones.

Por un lado, como sostuvo el Reino de España en el procedimiento que promovió la Comisión Europea por incumplimiento del deber de transponer la Directiva 2005/29/CE<sup>25</sup>, el ordenamiento interno en la materia objeto de armonización no contradecía la Directiva; incluso podría haberse dicho que en lo esencial la Directiva estaba implementada y que cualquier situación en la que se advirtieran diferencias podía solventarse sin dificultad mediante una interpretación (por lo demás obligada) que salvaguardara el efecto útil de las disposiciones de la Directiva.

Por otro lado, la regulación contra la competencia desleal mantuvo su unidad formal y material mediante una ampliación de la noción de acto concurrencial o, si se prefiere, del ámbito objetivo de aplicación de la LCD mediante la inclusión de las prácticas realizadas antes, durante o después de una operación comercial o contrato entre los actos de competencia sujetos a la Ley (art. 2.3

22 J. Massaguer, *Comentario*, ob. cit., Art- 24, núms. (4)-(6).

23 J. Massaguer, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Civitas, Madrid, 2006, págs. 154-164; J. Massaguer, F. Marcos y A. Suñol, «La transposición al derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales», *BMJ*, núm. 2013, págs. 1925 y ss.; R. García Pérez, «Tiempos de cambio para el Derecho contra la competencia desleal», *ADI*, vol. 36, 2005-2006, págs. 475 y ss.

24 Como en conjunto muestra el completo y enriquecedor estudio de la Ley 29/2009 de A. Tato, P. Fernández Carballo-Calero y Ch. Herrera, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Las Rozas, 2010, *passim*. Sobre la reforma de 2009, *vid.* también, J. I. Ruiz Peris (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

25 STJUE de 23 de abril de 2009, asunto C-321/08 «Comisión c. Reino de España» (ECLI: EU:C:2009:265).



LCD). Esta decisión legislativa se ha valorado críticamente porque los actos de competencia no comprenderían todas las prácticas comerciales objeto de la Directiva 2005/29/CE y, en particular, no comprenderían las prácticas comerciales hechas después de una transacción comercial<sup>26</sup>. Seguramente el desajuste entre acto de competencia y práctica comercial podría haberse salvado más lucidamente desde un punto de vista de técnica legislativa, sea reemplazando el acto concurrencial por un concepto más elevado que comprendiera los actos de competencia y esas prácticas comerciales, como se hizo en Alemania con la incorporación de la noción de la "acto comercial" ("geschäftliche Verhandlung") en la ley de transposición de la Directiva<sup>27</sup>, sea configurando correctamente el acto de competencia como concepto normativo, esto es, como concepto cuyo contenido es definido legalmente en un sentido no necesariamente coincidente con el que tienen los términos empleados en el uso normal del lenguaje, como en realidad hizo la Ley 29/2009 de forma, como se ha dicho, técnicamente mejorable. Pero habrá de reconocerse que esta solución tuvo la virtud de no desgajar el régimen positivo de la materia y separar, según el modelo del derecho de la UE, la regulación de las prácticas comerciales con consumidores, de las que trata la Directiva 2005/29/CE con la vista puesta solo en la defensa de los intereses de los consumidores, y no en la salvaguarda de la competencia en el mercado y de espaldas a los demás intereses afectados, y la publicidad engañosa y comparativa, de la que, en cambio, trata la Directiva 2006/114/CE desde la perspectiva de los intereses de los competidores.

En este mismo sentido, las modificaciones incorporadas a la regulación de la Ley no alteraron sus principios, los formulados en su preámbulo como generalidad, modernidad e institucionalidad. De hecho, alguno de ellos se reforzó, como sucedió con la generalidad de la LCD: la reforma de 2009 hizo lo que debió haberse hecho en 1991 y, en este sentido y de forma técnicamente mejorable, trasladó del régimen sustantivo de la publicidad engañosa y desleal a la Ley, calificó todas las modalidades de publicidad ilícita como competencia desleal y sustituyó la acción de publicidad ilícita por la acción de competencia desleal (arts. 1, 10 y 18 LCD, arts. 3.e y 6 LGP). Por su parte y a pesar de su difícil encaje con la orientación de la Directiva, el principio de institucionalidad no sufrió merma, debido a la determinación del legislador, no siempre trasladada de una forma técnicamente elegante al texto de la Ley, de mantener la defensa de la competencia reformada como bien jurídico protegido y la ponderación de los intereses de todos los partícipes en el mercado, incluidos los de sus operadores profesionales, y del interés general en el marco de la finalidad de la LCD. Así sucedió, tanto en la propia cláusula general, en la que se encajó la cláusula general de la Directiva, gobernada por los intereses de los consumidores, mediante la concreción de las exigencias de la buena fe en el ámbito particular de las relaciones con los consumidores a modo de versión consumerista de una cláusula general de naturaleza bifronte<sup>28</sup>, como en las normas dedicadas a definir los actos desleales objeto

26 R. García Pérez, «La reforma del Derecho contra la competencia desleal: ¿Hacia el Derecho de la lealtad?», en J. A. Gómez Segade y A. García Vidal (Eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, M. Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, págs. 325 y ss.

27 H. Köhler en H. Köhler y J. Bornkamm, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, ob. cit., § 2, Rn. (3), (6), (8)-(10), (31)-(41), (54). La ley alemana de transposición de la Directiva 2005/29/CE ha sido excelentemente traducida y anotada por R. García Pérez, «Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG): Traducción con anotaciones», *ADI*, vol. 29, 2008-2009, págs. 699 y ss. de quien tomo la expresión "acto comercial" para designar la expresión alemana "geschäftliche Verhandlung".

28 J. A. Gómez Segade, «La nueva cláusula general en la LCD», en J. A. Gómez Segade y A. García Vidal (Eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, ob. cit., pág. 331 y ss., págs. 335, 339-343. Sobre esta materia, *vid.* también J. I. Ruiz Peris, «La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal», en J. I. Ruiz Peris (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, ob. cit., págs. 37 y ss.; A. Robles Martín-Laborda, «El modelo de conducta en la nueva cláusula general de la Ley de Competencia Desleal. Una crítica leve», *DN*, núm. 240, 2010, págs. 5 y ss.

de especial consideración en la Directiva, que mantuvieron su alcance general, esto es, que trataron por igual los actos efectuados en las relaciones con consumidores y con operadores económicos profesionales, como sucedió con los actos de engaño<sup>29</sup> y las prácticas agresivas<sup>30</sup>.

Asimismo, se preservó el sistema jurídico privado de observancia de la Ley, al que, como debía esperarse, no se ha acudido con frecuencia para combatir los actos de competencia desleal legalmente categorizados como prácticas comerciales desleales con los consumidores (arts. 19 a 31 LCD).

Pero no puede ocultarse que hubo cambios notables en la estructura y sustancia de la LCD. Entre ellos, pueden recordarse la redefinición del ámbito objetivo de aplicación, ya mencionada (art. 2.3 LCD); la calificación de los actos de competencia desleal producidos en las relaciones con los consumidores, que no perdieron la consideración de actos de competencia desleal, como prácticas comerciales desleales con consumidores (art. 19 LCD), de donde resulta en este ámbito la concurrencia de un sistema de defensa contra la competencia desleal de carácter jurídico-privado (instrumentado mediante la acción de competencia desleal y gestionado por jueces y tribunales del orden civil) y otro jurídico-público (instrumentado por medio de ilícitos administrativos e insertado en el ámbito administrativo sancionador) derivado de la calificación de esta particular categoría de actos de competencia desleal como infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios perteneciente al ámbito de las potestades sancionadoras de las autoridades competentes en materia de consumo (arts. 19, 47.3, 49.1.l LCU)<sup>31</sup>; el desarrollo de las prácticas comerciales desleales con consumidores mediante la definición de ilícitos concretos de esta clase con una precisión que supuestamente debería evitar la realización de juicios de valor para apreciar su comisión (arts. 20 a 31 LCD), entre los que destacan las prácticas relacionadas con la indebida utilización de derecho de propiedad industrial (art. 20 LCD) tanto por su originalidad (pues no eran exigencia de la Directiva) como por su relevancia sistemática<sup>32</sup>; la reordenación de los remedios comprendidos en la acción de competencia desleal, en la que destaca un novedoso e inexplicable tratamiento de la publicación de la sentencia (art. 32.2 LCD); la revisión y ampliación de la legitimación activa para el ejercicio de la acción de competencia desleal (art. 33 LCD); el reconocimiento y regulación básica de los códigos de conducta (arts. 37 a 39 LCD), que encontraron un conveniente respaldo institucional, sin que sus mecanismos de resolución de disputas se impusieran con carácter general a adheridos y no adheridos como paso previo a la litigación ante los órganos jurisdiccionales<sup>33</sup>.

29 A. Tato, P. Fernández Carballo-Calero y Ch. Herrera, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, ob. cit., págs. 104-105.

30 P. Montero, «La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores», *ADI*, vol. 32, 2011-2012, págs. 173 y ss.; Ib., «El catálogo de prácticas comerciales destinadas a los consumidores», *ADI*, vol. 32, 2011-2012, págs. 195 y ss.

31 Z. Bednarz, «Acciones individuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales: perspectiva del derecho europeo comparado», *RDCE*, núm. 23, 2018, págs. 1 y ss. (formato electrónico).

32 L. A. Marco, «El tratamiento de los signos distintivos en la reforma de la Ley de Competencia Desleal: Principales cuestiones», *ADI*, vol. 31, 2010-2011, págs. 231 y ss.; R. García Pérez, «Nuevas relaciones entre la Ley de Marcas y la Ley de Competencia Desleal», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2012, págs. 25 y ss.

33 P. Fernández Carballo-Calero, «Algunas notas sobre la autorregulación en la nueva legislación contra la competencia desleal», *ADI*, vol. 29, 2008-2009, págs. 89 y ss.; A. Bercovitz, «Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva ley de competencia desleal», en J. A. Gómez Segade y A. García Vidal (Eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, ob. cit. págs. 271 y ss.; J. Massaguer, «Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales», *Indret*, 2.2011, págs. 1 y ss.; R. Fuentes, «Las repercusiones judiciales de los códigos de conducta con la reforma de la Ley de Competencia Desleal», en J. M. Martín Osante y otros (Dir.), *Orientaciones actuales del Derecho mercantil. IV Foro de Magistrados y Profesores de Derecho Mercantil*, M. Pons, Madrid, 2013, págs. 143 y ss.; N. Iráculis, «El incumplimiento de códigos de conducta como acto de competencia desleal», en J. I. Ruiz Peris, J. Viera y J. A. Echebarría (Dir.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Las Rozas, 2013, págs. 645 y ss.

### 2.3. La reforma de la Ley de Competencia Desleal mediante la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales

La última de las reformas de la LCD se ha producido de la mano de la LSE, que mantiene la consideración de que la violación de secretos empresariales es un acto de competencia desleal, pero exporta su entera regulación positiva a la ley especial (art. 13 LCD)<sup>34</sup>.

Esta solución no debe llevar a engaño. En efecto, la protección de los secretos empresariales es materia sistemática y sustantivamente encuadrada en el ámbito de la propiedad industrial o, en sentido amplio, propiedad intelectual, como resulta al menos de su tratamiento institucional, positivo, estructural y patrimonial. En el plano institucional, la protección del secreto empresarial es una de las modalidades de propiedad intelectual cuyo reconocimiento, obligación de proteger y regulación mínima establecen los arts. 1.2 y 39 del Acuerdo sobre los ADPIC. En el plano positivo, por su parte, el fundamento de la competencia legislativa estatal en esta materia se halla en el art. 149.1 9.ª de la CE, relativo a la legislación sobre propiedad industrial (disposición final cuarta de la LSE). Desde un punto de vista estructural, es cierto que las medidas dispuestas para la protección de los secretos empresariales no incluyen la atribución de un derecho de exclusiva sobre la información que constituye su objeto frente a todos, pero no lo es menos que su tutela jurídica se concreta en la atribución de un derecho de exclusión derivado del reconocimiento de las acciones de cesación y remoción para la defensa de esa información frente a terceros cuya conducta no ha sido autorizada por su titular ni se encuadra entre las salvaguardadas por la Ley, que es la estructura propia de los derechos de propiedad industrial e intelectual; no cambia las cosas que, en el plano de la justificación político-legislativa, la reprochabilidad de la violación de secretos empresariales esté relacionada con la forma reprochable de obtención de la información protegida, porque, bien miradas las cosas, esto mismo sucede con la protección de los modelos y dibujos comunitarios no registrados (art. 19.2 RMDyMC). En fin, la protección jurídica de los secretos empresariales tiene reconocida legalmente naturaleza de derecho subjetivo patrimonial (párrafo tercero del apartado III del preámbulo de la LSE), del mismo modo en que la tienen los derechos de propiedad industrial e intelectual más canónicos.

Así las cosas, el mantenimiento de la calificación de la violación de secretos empresariales como acto de competencia desleal solo establece el régimen subsidiario de protección de los secretos empresariales (párrafo último del apartado III del preámbulo de la LCD). Y en ello no hay nada que no suceda con las demás modalidades de propiedad industrial e intelectual: en efecto, se trata de la expresión positiva del principio de complementariedad relativa que media entre las normas sobre propiedad industrial e intelectual y las de competencia desleal, excepción hecha de que, para llenar las lagunas que deje la LSE podrá acudir a la LCD sin necesidad de que la conducta relevante deba constituir por sí misma un acto de competencia desleal según las normas de esta Ley.

---

34 J. Massaguer, «De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales (a propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales)», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 51, 2019, págs. 46 y ss.

### 3. Los desarrollos jurisprudenciales

---

La Ley de 1991 no fue ni pretendió ser una ley exhaustiva y definitiva, en cuyas disposiciones pudiera subsumirse cualquier conducta incluida en su ámbito de aplicación por medio del simple expediente de comprobar la presencia o ausencia de las circunstancias fácticas de deslealtad indicadas en su texto, sin necesidad de valorar aspectos cualitativos, hacer pronósticos sobre el estado de cosas al que habría de conducir la conducta considerada o, en fin, apreciar los concretos intereses en juego del caso.

Más bien fue concebida y construida del modo contrario, como corresponde a una materia que por su propia naturaleza es una "materia de casos", porque el enjuiciamiento de las conductas relevantes solo puede hacerse en atención a las circunstancias propias del supuesto de hecho considerado, y además está abierta a una evolución imprevisible, a la continua aparición de nuevas estrategias y prácticas y a la mudanza del equilibrio entre los intereses concernidos. En este escenario, no cabe confiar en la intervención del legislador para fijar el juicio de deslealtad de cada nueva conducta o de cada nueva configuración de una conducta típica, porque esa intervención, si se produce, necesariamente irá por detrás de una realidad en cuya esencia está el cambio. Atenta a ello, la Ley, lejos de incluir relaciones cerradas de elementos y condiciones en cuya presencia la conducta enjuiciada se reputa desleal, incluyó formulaciones abiertas que, por una parte, definían en términos genéricos las conductas en cada caso consideradas ("*todo comportamiento que resulte idóneo para...*", "*la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica...*", "*la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas...*", "*la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando...*", "*la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas...*", etc.) y, por otra parte, establecían en general los criterios determinantes de su deslealtad como efectos esperables ("*confusión*", "*error*", "*menoscabo del crédito*", etc.) o modos de proceder ("*aprovechamiento indebido*", "*con la finalidad de expulsar a un competidor del mercado*", "*abuso*", "*prevalimiento*"). Vale decir, la Ley exigía y todavía exige, al menos en los preceptos de 1991, que los tribunales que efectúen un juicio de deslealtad caso por caso, encuadren objetivamente la conducta controvertida entre las sujetas a la norma considerada y, en su caso, valoren los efectos esperables o el modo de proceder observado teniendo en cuenta las concretas circunstancias e intereses involucrados en cada supuesto. Y para ello sus normas sustantivas (arts. 5 a 17 LCD 1991) proporcionaron las pautas que, con el apoyo de la definición de la finalidad de la ley (art. 1 LCD 1991) y la caracterización general del acto de competencia desleal en la cláusula general (art. 5 LCD 1991), debían guiar la formulación del juicio de deslealtad procedente en el caso considerado.

No puede extrañar por ello que a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la doctrina de jueces y tribunales haya correspondido un papel de primer orden en el desenvolvimiento y configuración del sistema de protección contra la competencia desleal tal y como hoy se entiende, mediante la concreción de las fórmulas genéricas y construcción de los conceptos abiertos empleados en la Ley, mediante la formulación última de las reglas que rigen su tratamiento a partir de las reglas generales de la Ley. No puede dejar de reconocerse, como está implícito en lo que acaba de decirse, que ello estaba alentado y facilitado por la estructura y la sustancia normativa de las dis-

posiciones de la LCD, y sobre ello que estas dejaron dibujado un razonable entorno de seguridad jurídica para efectuar este ejercicio.

Así ha sucedido destacadamente con la determinación del contenido y alcance de la noción de la buena fe sobre la que se construye la norma de conducta y el ilícito que establece la cláusula general (art. 5 LCD 1991). Las aportaciones jurisprudenciales al respecto se concretan en el reconocimiento de que la cláusula general establece una norma sustantiva de conducta en un sentido estricto y, por ello, de necesaria observancia para quien opere en el ámbito de aplicación de la Ley, susceptible por tanto de ser infringida y determinante de la exposición a la acción de competencia desleal<sup>35</sup>; con la determinación de las fuentes de integración de las exigencias de la buena fe, que se ha hecho de forma consecuente con la orientación político legislativa de la Ley y el contenido normativo del principio de competencia, esto es, con el mandato de competir por eficiencia o mérito<sup>36</sup>; con la definición de la relación sistemática entre la cláusula general y los supuestos concretos de competencia desleal mercedores de una definición propia según un principio de especialidad interna, que solo sujeta a la cláusula general los comportamientos que no se encuentran comprendidos entre los que merecen una consideración específica en el elenco de grupos de casos de competencia desleal<sup>37</sup>, y que ha tenido la virtud de evitar que la cláusula general se convirtiera en fuente de lo que la jurisprudencia ha denominado una "antijuricidad degradada"<sup>38</sup> y, con ello, el acierto de impedir que la aplicación de la Ley acogiera las pulsiones conservadoras que habría traído la equiparación de la buena fe a los buenos usos y normas de corrección mercantiles<sup>39</sup>; con la caracterización y elaboración, a partir de la cláusula general, de nuevos grupos de casos de competencia desleal, entre los que por su importancia en la práctica merecen reseñarse la obstaculización indebida<sup>40</sup> y, como modalidades de esta, el sabotaje<sup>41</sup> o el boicot<sup>42</sup>, y el expolio<sup>43</sup>.

En segundo lugar, son notables los desarrollos de la doctrina judicial en algunos aspectos clave de orden sistemático, unos internos a la propia LCD y otros externos. Entre los primeros destaca la definición del espacio que corresponde a los actos de confusión y aprovechamiento indebido de la reputación ajena (arts. 6 y 12 LCD), por una parte, y, por otra, los actos de imitación (art. 11 LCD), reservando los primeros a la utilización de signos distintivos y el segundo a la utilización de

35 SSTS núm. 95/2014 de 11 de marzo (ECLI: ES:TS:2010:1107), con cita de otras, entre las que destaca por su redacción precisa y rigurosa la STS núm. 1032/2007 de 8 de octubre (RJ 2007\6805).

36 STS núm. 395/2013, de 19 junio (RJ 2013\6716).

37 STS núm. 64/2017 de 2 de febrero (ECLI: ES:TS:2017:357), con cita de otras, entre las que asimismo destaca la STS núm. 1032/2007 de 8 de octubre (RJ 2007\6805).

38 STS núm. 64/2017 de 2 de febrero (ECLI: ES:TS:2017:357).

39 STS núm. 1032/2007 de 8 de octubre (RJ2007\6805).

40 SAP Barcelona, Secc. 15.<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2017 (AC 2017\1329), con cita de otras. A. Suñol, «La aplicación de la cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal a los actos de obstaculización», *Aranzadi Civil*, núm. 10, 2003, págs. 15 y ss.

41 STS núm. 170/2014 de 8 de abril (RJ 2014\2593), comentada por P. Fernández Carballo-Calero, «El sabotaje de bases de datos como acto de competencia desleal», *CCJC*, núm. 97, 2015, págs. 1 y ss. (formato electrónico).

42 AAP Barcelona, Secc. 15.<sup>a</sup>, de 11 de junio de 2020 (ECLI: ES:APB:2020:4228A).

43 Por ejemplo, mediante la desviación de clientela desde el interior de la empresa ajena hacia la propia cuando todavía se colabora con aquella: STS núm. 19/2011 de 11 de febrero (ECLI: ES:TS:2011:716).

prestaciones ajenas<sup>44</sup>, lo que ha evitado el solapamiento y mixtura de los principios que gobiernan el juicio que merecen unos y otros. Entre los segundos debe mencionarse el establecimiento de la relación entre la LCD y otras disposiciones legales reguladoras de materia comprendida en su ámbito de aplicación. Este es el caso de la definición de la relación entre la LCD y la LGP antes de la reforma de 2009, solucionada jurisprudencialmente por medio de la proclamación de una situación de concurso de acciones que permitía al actor fundar su acción en la LCD y escapar a las trabas artificiosas que el sistema de reclamaciones extrajudiciales previas imponía al ejercicio de la acción de publicidad ilícita<sup>45</sup>, si bien esta es cuestión superada con la Ley 29/2009 (*vide supra* [2.2]). Y lo es también el caso de la relación entre la LCD y las leyes de protección jurídica de la propiedad industrial e intelectual, solucionada por la jurisprudencia con la asunción de la llamada doctrina de la complementariedad relativa<sup>46</sup>.

En tercer lugar, no pude dejar de mencionarse la contribución decisiva de jueces y tribunales a perfilar y concretar las circunstancias que, para cada grupo de casos, determinan la deslealtad de la conducta correspondiente. Así ha sucedido, de forma singular, con la definición del ámbito objetivo de aplicación de la Ley, donde la realización en el mercado, la finalidad concurrencial y la presunción de finalidad concurrencial no se diferencian en la letra de la Ley con nitidez suficiente, que se ha resuelto por lo general negando que sea necesario atender a la intención del sujeto agente, afirmando la suficiencia de la comprobación de la idoneidad de la conducta para influir en los procesos de mercado<sup>47</sup> y descartando que concurra en los casos en los que la finalidad concreta se corresponde con la institucional, no concurrencial, propia del sujeto responsable de la conducta enjuiciada<sup>48</sup>; con la determinación de lo indebido del aprovechamiento del esfuerzo ajeno que funda la deslealtad de la imitación, más allá de la reproducción mecánica de las prestaciones ajenas, en atención al ahorro o reducción significativa de los costes de producción o comercialización<sup>49</sup>; con la precisión de las expectativas concurrencialmente dignas de tutela que cabe albergar legítimamente sobre la clientela o la continuidad de la relación con trabajadores y colaboradores ante la interferencia de un tercero y, con ello, la indicación de los medios empleados para aproximarse a una y a otros que merecen reprobación y sobre todo de los resultados y forma de alcanzarlos que fundan en estos casos el reproche de deslealtad<sup>50</sup>.

44 STS núm. 95/2014 de 11 de marzo (ECLI: ES:TS:2010:1107), con cita de otras, y especialmente interesante por la precisa caracterización de esta práctica desleal es la SAP Madrid, Secc. 28ª, de 30 de mayo de 2006 (AC 2007\362) o la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 28 de noviembre de 2008 (JUR 2009\144646).

45 SSTS núm. 515/2005 de 4 de julio (RJ 2005\5093), núm. 130/2006 de 22 de febrero (RJ 2006\828).

46 STS núm. 504/2017 de 15 de septiembre, y en la literatura J. Massaguer, *Comentario*, ob. cit., Introducción (60), y ampliamente Ib., *Acciones y procesos de infracción de propiedad industrial*, 2.ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pfs. (340)-(369).

47 Últimamente, STS núm. 59/2019 de 29 de enero (ECLI: ES:TS:2019:140). Entre los autores, R. García Pérez, «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal», *DN*, núm. 200, 2007, págs. 7 y ss.; A. Suñol, «Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia Desleal», *RDM*, núm. 284, 2012, págs. 181 y ss.

48 SAP Santa Cruz de Tenerife; Secc. 4.ª, de 21 de julio de 2010 (AC 2010\1863).

49 STS núm. 888/2010 de 30 de diciembre (ECLI: ES:2010:7740), sentencia del Pleno comentada por A. Suñol, «Actos de imitación desleal por comportar un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno», en M. Yzquierdo (Coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, vol. 4, Dykinson, Madrid, 2011, págs.1075 y ss., cuya doctrina han seguido las SSTS núm. 675/2014 de 3 de diciembre (ECLI: ES:TS:2014:5701), y, aunque con algún matiz sobre el que se volverá *infra* (6.3), núm. 254/2017 de 26 de abril (ECLI: ES:TS:2017:1629).

50 Por ejemplo, STS núm. 822/2011 de 16 de diciembre (RJ 2012\48), y últimamente SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 22 de abril de 2020 (AC 2020\1026).



A estos desarrollos jurisprudenciales se suman otros que, en realidad, son remedio a defectos en las opciones o redacción de la Ley o respuesta a ciertas controversias que su redacción no logró solucionar satisfactoriamente por distintas razones. Así ha sucedido en relación con la concreción de la noción de secreto empresarial, que debió ser importada del art. 39 del Acuerdo sobre los ADPIC<sup>51</sup> mientras su protección jurídica estuvo alojada en la LCD (*vide supra* [2.3]); con los elementos que componen la estructura de la violación de normas desleal y sus condiciones de aplicación (art. 15 LCD), donde ha sido necesario precisar el significado que a sus efectos debe darse a la expresión “leyes” y, en particular, precisar que son cualesquiera normas que, con independencia de su rango, reúnen las características propias de las disposiciones jurídicamente vinculantes<sup>52</sup>, donde también ha sido preciso aclarar que el acto de competencia desleal no es la violación de normas, sino el prevalimiento de la ventaja que de ella deriva, con la consecuencia de que la conducta desleal puede atribuirse a quien obtenga la ventaja y se prevalega de ella aunque no sea el responsable de la violación de la norma considerada<sup>53</sup>, y ha sido igualmente preciso dejar sentada la competencia del juez de lo mercantil para pronunciarse sobre la comisión de la violación de la norma alegada a los solos efectos de tener por comprobado o no un elemento fáctico de la conducta desleal<sup>54</sup>. En otro ámbito, jueces y tribunales han debido establecer que el inicio del cómputo del plazo de prescripción para las conductas duraderas o reiteradas se sitúa en la finalización del acto considerado<sup>55</sup> y que los plazos anual y trienal previstos para el ejercicio de la acción de competencia desleal son mutuamente excluyentes<sup>56</sup>.

## 4. La contribución de la doctrina de los autores

La Ley no fue necesariamente bien recibida. De hecho, algunas voces autorizadas expresaron críticas especialmente duras en relación con su orientación y contenidos sustantivos que poco pusieron en claro y a la postre ninguna influencia tuvieron<sup>57</sup>. La mayoría se inclinó por el estudio constructivo de sus disposiciones, mediante el que las cosas se pusieron en su sitio; se ha dado la razón a quienes, de forma serena y ponderada, saludaron la promulgación de la Ley<sup>58</sup>. Desde hace ya tiempo, en efecto, no se cuestiona y desde luego no se cuestiona radicalmente ninguna de las facetas esenciales (política, sustantiva o relacionadas con el sistema de observancia) de la LCD. An-

51 STS núm. 952/2011 de 4 de enero (RJ 2012\3641), y más claramente SSAP Barcelona, Secc. 15ª, de 21 de febrero de 2019 (ECLI: ES:APB:2019:1387), Madrid, Secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2016 (ECLI: ES:APM:2016:17625).

52 STS núm. 500/2012, de 24 de julio (ECLI: ES:TS:2012:5929).

53 STS núm. 1137/2003 de 28 de noviembre (LA LEY 11475/2004), SAP, Secc. 25ª, de 9 de julio de 2012 (LA LEY 147145/2010).

54 STS núm. 1384/2006 de 29 de diciembre (RJ 2007\1714).

55 Recientemente, STS núm. 344/2019 de 14 de junio (ECLI: ES:TS:2019:1902), según doctrina del Pleno del Tribunal Supremo establecida en SSTS núm. 872/2009 de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1401) y núm. 871/2009 de 21 de enero de 2010 (RJ 2010\1275), comentadas por J. Massaguer, «Sentencias del Tribunal Supremo de 18 y 21 de enero de 2010. Prescripción de las acciones de competencia desleal», en M. Yzquierdo (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 4, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 371 y ss., o por J. Gutiérrez Gilsanz, «Actos de competencia desleal de carácter duradero y prescripción de acciones», *RDM*, núm. 284, 2012, págs. 103 y ss.

56 STS núm. 344/2019 de 14 de junio (ECLI: ES:TS:2019:1902).

57 C. Fernández Novoa, «Reflexiones preliminares sobre la Ley de competencia desleal», *La Ley* 19912, págs. 1179 y ss.; J. M. Otero, «La nueva Ley sobre competencia desleal», *La Ley*, 19914, págs. 1053 y ss.

58 F. Vicent, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núms. 589590, 1993, págs. 9975 y ss.



tes bien, sucede lo contrario, sin perjuicio claro está de los lógicos y enriquecedores desacuerdos con esta o aquella interpretación dominante en la jurisprudencia o en la literatura.

La contribución de la doctrina de los autores a definir el entendimiento y sentido de los contenidos materiales de la Ley no ha sido poca. En efecto, la LCD ha sido ampliamente estudiada de forma constructiva por los autores, cuya labor, superado el inicial recibimiento arisco, dio continuidad al trabajo del legislador y proporcionó herramientas útiles para la comprensión de la materia y de su regulación. Este esfuerzo ha fructificado en diversos comentarios al articulado de la Ley<sup>59</sup> y en estudios sistemáticos completos de su régimen<sup>60</sup>, en numerosas monografías<sup>61</sup>, no pocas de las cuales son reelaboraciones de tesis doctorales, en artículos publicados en revistas científicas y prácticas<sup>62</sup>, y en recopilaciones de jurisprudencia sistematizada y anotada<sup>63</sup> o en un sinfín de comentarios de sentencias. Estos trabajos han tenido una importante influencia en el desarrollo del sistema de protección contra la competencia desleal y, en particular, en su aplicación por jueces y tribunales. En este sentido no es infrecuente que autos y sentencias incluyan citas de los trabajos doctrinales más señeros o referencias a la doctrina en la fundamentación jurídica de sus pronunciamientos<sup>64</sup>, y a decir verdad es aún menos infrecuente que sus textos incluyan pasajes inspirados en contribuciones doctrinales sin fuente ni mención<sup>65</sup>. Y, quizá más significativamente, las sentencias cuya doctrina es más discutible se dictaron antes de que vieran la luz los primeros trabajos doctrinales de algún fuste<sup>66</sup>.

59 J. Massaguer, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999; F. Martínez Sanz (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009; A. Bercovitz (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi – Thomson Reuters, 2011.

60 A. Bercovitz, *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOECámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992; J. A., García Cruces (Coord.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; A. Armengot y K. Beneyto (Dirs.), *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

61 Entre los que se pueden destacar M. Virgós, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1992; P. Portellano, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995; A. Tato, *La publicidad comparativa*, M. Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 1996; F. Palau, *Descuentos promocionales*, M. Pons, Barcelona – Madrid – Buenos Aires, 1998; R. Bellido, *La tutela judicial civil frente a la competencia desleal*, Comares, Granada, 2002; A. Emparanza, *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2000; E. M.ª Domínguez Pérez, *Competencia desleal a través de actos de imitación sistemática*, Aranzadi, Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2003; L. J. Porfirio, *La discriminación como acto de competencia desleal*, M. Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 2003; A. Suñol, *El secreto empresarial*, Civitas, Madrid, 2009; R. Lara, *La denigración en el Derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 2007.

62 Entre los trabajos más influyentes sobre aspectos de la LCD no reformados en 2009 o reformados pero anteriores a 2009, pueden mencionarse J. Alfaro, «Competencia desleal por infracción de normas», *RDM*, núm. 202, 1991, págs. 667 y sigs.; M. Monteagudo, «El riesgo de confusión en Derecho de marcas y en Derecho contra la competencia desleal», *ADI*, vol. 15, 1993, págs. 73 y ss.; E. Boet, «Los actos de imitación servil en la Ley de Competencia Desleal», *RDM*, núm. 213, 1994, págs. 505 y ss.; A. Suñol, «Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia Desleal», *RDM*, núm. 284, 2012, págs. 181 y ss.; E. Boet, «Protección de las creaciones de forma», *RDM*, núm. 291, 2014, págs. 40 y ss.

63 R. García Pérez, *Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

64 Por ejemplo, SJM núm. 1 Madrid de 25 de enero de 2021 (ECLI: ES:JMM:2021:4).

65 Por ejemplo, SAP Castellón, Secc. 3.ª, de 1 de junio de 2006 (ECLI: ES:APCS:2006:485).

66 SSTS de 3 de febrero de 1995 (ECLI: ES:TS:1995:1193), que descartó la existencia de publicidad engañosa ante la falta de prueba de que un consumidor hubiere sido efectivamente inducido a error, o núm. 126/1997 de 24 de febrero (ECLI: ES:TS:1997:1289) (comentada por J. I. PEINADO, «Comparación y denigración de la imagen de empresas indirectamente aludidas», *RDM*, 1998, núm. 230, 1998, págs. 1601 y ss.), que no recoció como tal un caso, a mi juicio, relativamente fácil de publicidad comparativa testimonial.

## 5. La aplicación de la Ley de Competencia Desleal

Seguramente por su oportunidad y no en menor medida por la calidad técnica de sus normas y eficacia de su sistema de observancia, la LCD ha tenido una intensa aplicación desde su entrada en vigor, y todavía la tiene. En efecto, la Ley y, en particular, los preceptos de su primera redacción han sido objeto de una aplicación práctica frecuente o, si se quiere ver desde este otro ángulo, han sido la base de un número importante de litigios y pronunciamientos judiciales. Pero sobre todo ha tenido una aplicación cualitativamente notable, al menos desde el punto de vista de la coherencia de las soluciones dadas a los conflictos planteados ante jueces y tribunales con los planteamientos programáticos de la Ley, y de su capacidad de adaptación a las nuevas prácticas concurrenciales.

### 5.1. Aspectos cuantitativos

Las cifras hablan por sí mismas: desde su entrada en vigor hasta su trigésimo aniversario, la Ley ha sido mencionada, al menos como disposición relevante para el enjuiciamiento del objeto en disputa, en 286 sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, 2838 sentencias de segunda instancia, de las que 1719 son sentencias emitidas por las Audiencias Provinciales que ahora (pero no en 1991) cuentan con una sección especializada en asuntos de naturaleza mercantil, como son las de Madrid (614), Barcelona (602), Valencia (259), Alicante (160) y Vizcaya (86). Este número de sentencias es similar al número de las que han mencionado la LSA, la LSRL y la LSC en ese mismo período, que son 303 sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo y 3420 sentencias de las Audiencias Provinciales, de las que 1013 fueron emitidas por la Audiencia Provincial de Madrid, 396 de la Audiencia Provincial de Barcelona, 144 por la Audiencia Provincial de Valencia, 66 por la Audiencia Provincial de Alicante y 53 por la Audiencia Provincial de Vizcaya. Y es superior al número de las sentencias que han considerado la LM (de 1988 y de 2001) en los años examinados, que, siendo conscientes de que habrá otras que solo hayan aplicado el RMC, es de 195 sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo y 2990 sentencias de Audiencias Provinciales, entre las que se cuentan 530 sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, 897 de la Audiencia Provincial de Barcelona, 233 de la Audiencia Provincial de Valencia, 156 de la Audiencia Provincial de Alicante y 89 de la Audiencia Provincial de Vizcaya. Igualmente resulta interesante reparar en que la LGP fue mencionada en 14 sentencias del Tribunal Supremo y en 116 de Audiencias Provinciales, entre las que destacan 34 sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid y 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>67</sup>.

Para tener una idea cabal de la aplicación práctica de la LCD, a todas las resoluciones indicadas en el párrafo anterior deberían sumarse las de los órganos de defensa de la competencia que

67 Estos datos proceden de la consulta de la base de datos del CENDOJ el 17 de enero de 2021. No deben considerarse necesariamente exactos, puesto que la recopilación de sentencias que allí se incluye y que, aunque muy completa, no es exhaustiva. Tampoco podemos asumir que los criterios de búsqueda que se han empleado se correspondan siempre con los textos de las sentencias. La búsqueda del CENDOJ se ciñe a las sentencias que citan la norma seleccionada. Tampoco es el propósito de estas líneas proporcionar datos exactos, sino solo una idea general de la intensidad con la que se ha aplicado la LCD, que sin duda es indicio general de la utilidad y efectividad de la protección contra la competencia desleal que establece, pero que en todo caso debe valorarse con cautela. Como es natural, el primer criterio de búsqueda manejado es la ley considerada, para después discriminar por jurisdicción, órgano jurisdiccional, tipo de resolución y fecha.

han aplicado, durante los treinta años considerados y según el momento, el art. 7 de la LDC de 1989 o el art. 3 de la LDC vigente, así como las sentencias de los tribunales que, en el orden contencioso-administrativo, resolvieron los recursos contra esas resoluciones. Como es sabido, la configuración del falseamiento de la competencia por actos de competencia desleal, que tiene como presupuesto básico precisamente la comisión de un acto sometido a la prohibición de la LCD; como ilícito de defensa de la competencia sirve ante todo para sujetar las conductas desleales cuyo impacto sobre las condiciones de competencia en el mercado es de una especial gravedad al control de los órganos de defensa de la competencia y al régimen sancionador correspondiente. Así, encontramos un total de 215 resoluciones de la CNMC, CNC o TDC, y 35 sentencias de las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional<sup>68</sup>.

Este número de pronunciamientos habría sido considerablemente mayor si el sistema de tutela de la LCD no hubiera debido afrontar la “competencia” de otros sistemas de ordenación de esta materia. Me refiero, ante todo, al solapamiento de la LCD de 1991 con la LGP de 1988, que además de duplicar la regulación sustantiva disponía de una acción de publicidad ilícita que un autorizado sector de nuestra literatura jurídica consideró de naturaleza especial, excluyente de la aplicación de la LDC<sup>69</sup> y la acción de competencia desleal<sup>70</sup>, a pesar de las buenas razones para sostener la aplicación de la LCD a la actividad publicitaria e incluso su primacía en caso de que la solución fuera divergente, así como para apreciar de la existencia de un concurso de acciones entre las de publicidad ilícita y de competencia desleal, y con ello admitir la posibilidad de acudir a la acción de competencia desleal para combatir la publicidad ilícita como acabó por reconocer el Tribunal Supremo (*vide supra* [3]). Y me refiero, por otra parte, a la inclusión de algunos actos de competencia entre los regulados por las disposiciones estatales y autonómicas de defensa de los consumidores y ordenación del comercio, de las que ha resultado, desde la perspectiva ahora considerada, la posibilidad de someter esta clase de actos de competencia desleal a sistemas de control y represión caracterizados por la naturaleza jurídico-pública del ilícito y de sus sanciones y por confiarse su aplicación a Administraciones públicas que actúan y ejercen sus potestades en el marco del procedimiento administrativo sancionador.

La LCD ha tenido igualmente una menor aplicación debido a la meritoria y eficaz actuación de los sistemas de autorregulación en materia de publicidad, a los que la Ley vigente se refiere como códigos de conducta<sup>71</sup>. En efecto, estos códigos, que solo comprometen a sus miembros, definen conductas publicitarias y, en general, comunicaciones comerciales inadmisibles por ser contrarias a principios o reglas de naturaleza deontológica, y no a normas jurídicas. Pero no conviene engañarse: el primero de estos principios y reglas deontológicas es el de legalidad, con el que,

68 Datos procedentes de la consulta de la base de datos Aranzadi Insignis a 3 de febrero de 2021. Simplemente muestra las resoluciones administrativas y sentencias resultado de la consulta del precepto de la Ley aplicado (art. 7 o 3 según el caso). Se asume que esta consulta no arroja un resultado exhaustivo que incluya todas las resoluciones dictadas, pero sí una muestra representativa de la importancia de la norma en la jurisprudencia y doctrina administrativas. El criterio de búsqueda utilizado ha sido el de seleccionar los órganos resolutorios correspondientes (CNMC, CNC y TDC) en combinación con el precepto de la norma seleccionado para el caso de las resoluciones administrativas, y el del precepto citado o aplicado para las sentencias en el orden jurisdiccional (búsquedas en las bases de datos de Doctrina Administrativa y Jurisprudencia, respectivamente).

69 C. Lema, «La mención de la marca ajena en la publicidad», *La Ley*, 1993-4, págs. 917 y ss., pág. 914.

70 SAP Valencia, Secc. 7ª, de 6 de marzo de 1998 (ECLI: ES:APV:1998:1591).

71 J. Massaguer, «Aproximación a la autorregulación publicitaria», en A. Real (Dir.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Barcelona - Madrid- Buenos Aires, 2010, págs. 195 y ss.; A. Tato, *La autorregulación publicitaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

desde un ángulo sustantivo, se incorpora al sistema de autorregulación el conjunto de disposiciones legales aplicables a la actividad publicitaria en cada caso considerada, declaran inaceptables deontológicamente conductas que la LCD define como actos desleales y, en fin, desenvuelven y precisan las cláusulas abiertas o circunstancias de las que se vale la LCD para reputar desleales esas conductas. Sobre ello, los códigos establecen un sistema privado de resolución de los conflictos relacionados con el incumplimiento de sus normas deontológicas y un régimen sancionador propio. Como he apuntado, los sistemas de autorregulación se han hecho con buena parte de las acciones promovidas en relación con publicidad desleal, y de un modo especial las promovidas por las asociaciones empresariales, las asociaciones de consumidores, los consumidores individuales e incluso por la Administración, que han preferido acudir a ellos por bien justificados motivos de coste, especialización y celeridad. Pero también han capturado las acciones promovidas por empresas en aquellos sectores de la industria en los que el código de conducta correspondiente (FEBE, Farmaindustria, STANPA) obliga a sus miembros a acudir al sistema de resolución de disputas previsto antes de litigar ante los tribunales.

## 5.2. Aspectos cualitativos

Desde un punto de vista cualitativo, como anticipaba, la aplicación de la Ley se ha distinguido, a mi juicio, por su coherencia general con los postulados fundamentales de la Ley de 1991, a saber: la proclamación de la defensa de la competencia en atención al triple interés de quienes concurren en el mercado, de los consumidores, y el interés público como finalidad de la Ley, por la caracterización del acto de competencia desleal como ilícito extracontractual, objetivo y de peligro, y, por otra parte, por la apertura de sus formulaciones sustantivas que han permitido dar respuesta a nuevas realidades o ser piedra de toque o “prueba del nueve” de la aceptabilidad en derecho de la competencia de las nuevas modalidades de conductas concurrenciales.

De la efectiva coherencia entre los planteamientos de política legislativa y la concreción de los contenidos sustantivos de la Ley da buena cuenta el que esta no haya servido a los operadores establecidos para frenar la entrada e implantación de iniciativas empresariales innovadoras en el mercado y a la inversa, que haya protegido eficazmente a los entrantes frente a los intentos anticoncurrenciales de los operadores establecidos para impedir su incorporación al mercado. Así es de ver, por ejemplo, en la suerte adversa que mayoritariamente han corrido las acciones de competencia desleal dirigidas a impedir la competencia (naturalmente incómoda) de los negocios de la economía colaborativa<sup>72</sup> o, en general, de los nuevos modelos de negocio propiciados por

72 Así ha sucedido, en efecto, en los conocidos asuntos BlaBlaCar (SJM núm. 2 Madrid de 2 de febrero de 2017 [AC 2017]27]), Cabify (SJM núm. 12 Madrid de 13 de junio de 2017 [JUR 2017]163178]), Uber (SJM núm. 3 Barcelona de 10 de abril de 2018 [AC 2018]647]), MyTaxi (SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 21 de mayo de 2019 [JUR 2019]182794). Vid. M.ª D. Serrano, «Alojamientos privados convertidos en turísticos, redes sociales y aplicaciones que ponen en contacto a conductores... ¿Competencia desleal?», *La Ley*, núm. 8444, 2014, págs. 5 y ss.; E. Leñena, «Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (Carpooling y Car Sharing): entre la economía colaborativa y la competencia desleal», *RDM*, núm. 296, 20015, págs. 283 y ss.; L. Miranda, «La economía colaborativa desde la competencia desleal», en J. I. Peinado y otros (Dirs.), *Economía colaborativa*, La Ley, Las Rozas, 2018, págs. 115 y sigs.; J. G. Horach, «La competencia desleal en la economía colaborativa. Especial referencia a las distintas modalidades del servicio de transporte de pasajeros», en A. Madrid y M.ª J. Blanco, *Derecho mercantil y tecnología*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 1051 y ss.; N. A. Guillen, «La vivienda de uso turístico: entre el turismo colaborativo y la competencia desleal», en G. Cedeira (Dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Reus, Madrid, 2018, págs. 19 y ss.; C. Górriz, «Taxi vs. Uber: de la competencia desleal al arrendamiento de vehículo con conductor», *RDM*, núm. 311, 2019, págs. 1 y ss. (formato electrónico); Y. Aguilar y E. M.ª Domínguez Pérez, *Las prácticas agresivas desleales en el mercado y la tutela del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, págs. 147 a 180.

el cambio tecnológico<sup>73</sup>, la competencia de los excolaboradores que se valen del conocimiento del mercado y la confianza de los operadores ganados durante la relación de colaboración para aproximarse a su clientela<sup>74</sup>, o la competencia de los imitadores por el solo hecho de serlo<sup>75</sup>. Y de aquella coherencia dan cuenta también el rechazo de las acciones dirigidas a suprimir fuentes de información valiosa para el mercado, como sucedió ante el recurso a la LCD para poner fin a los test comparativos de productos<sup>76</sup> o como sucedió con los intentos de imponer, por vía de la LCD, la prohibición de publicidad a los abogados<sup>77</sup>, o directamente a preservar el mercado o reducir el nivel de competencia existente en el mercado, como sucedió con los intentos de impedir la fijación de honorarios en forma de cuota litis a los abogados<sup>78</sup> o que los protésicos dentales presentaran sus laboratorios como consultas<sup>79</sup>.

Por otra parte, jueces y tribunales han hecho, desde mi punto de vista y con carácter general, un buen uso de la aptitud de la LCD para dar respuesta a cuestiones límite y de nuevo cuño. En efecto, la generosidad de la definición de su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, la apertura de la definición de los grupos de casos y, en última instancia, el reconocimiento de carácter normativo a la cláusula general, así como la eficacia de su sistema de acciones, se hallan sin duda detrás de la expansión de la aplicación de la LCD y, en especial, del recurso a ella para dilucidar supuestos límite, incluidos casos que no tienen respuesta o no tienen una respuesta satisfactoria en la legislación más directamente relacionada con la materia considerada. Así ha sucedido, sea en los casos litigiosos resueltos, sea en los estudios de la doctrina de los autores, con la defensa ante conductas cursadas en el marco de operaciones del mercado de valores<sup>80</sup>, con la defensa del honor comercial de las personas jurídicas<sup>81</sup>, con la protección de los formatos de programas de

73 Como ha sucedido en el sector de las reservas de pasajes aéreos (SSTS núm. 630/2012 de 30 de octubre [ECLI: ES:TS:2012:9153], núm. 1667/2014 de 7 de abril [ECLI: ES:TS:2014:1876], núm. 236/2014 de 7 de mayo [ECLI: ES:TS:2014:1955]), o en el sector del juego con la entrada de servicios de juegos de azar on-line (SSTS núm. 257/2020 de 5 de junio [ECLI: ES:TS:2020:1686], y núm. 264/2020 de 8 de junio [ECLI: ES:TS:2020:1660]). J. Flaquer, *Extracción de datos de una página web: incumplimiento contractual, propiedad intelectual y competencia desleal*, Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, págs. 67-140.

74 STS núm. 396/2017 de 17 de mayo (ECLI: ES:TS:2017:1910). A. Campins, «Introducción a la infracción de los deberes contractuales básicos», *RDM*, núm. 293, 2014, págs. 129 y ss.

75 Por ejemplo, SSTS núm. 663/2012 de 13 de noviembre (ECLI: ES:TS:2012:7656), núm. 254/2017 de 26 de abril (ECLI: ES:TS:2017:1629).

76 STS núm. 51/2005 de 3 de febrero (RJ 2005\1458), comentada por E. M.<sup>3</sup> Domínguez Pérez, «Análisis comparativo realizado sobre 7 productos», *CCJC*, núm. 69, 2005, págs. 1355 y ss.

77 STS núm. 446/2008 de 29 de mayo (ECLI: ES:TS:2008:3796).

78 STS núm. 446/2008 de 29 de mayo (ECLI: ES:TS:2008:3796).

79 STS núm. 324/2017 de 13 de junio (ECLI: ES:TS:2017:2369).

80 Como sucedió en el caso de la OPA hostil presentada por Gas Natural sobre Endesa (AAJM núm. 1 Barcelona de 13 de febrero de 2006 [AC 2006\360] y de 25 de octubre de 2006 [AC 2007\248]), así como en el caso de los rumores no acallados sobre el lanzamiento de una OPA por EDF sobre Iberdrola (AAJM núm. 2 de Bilbao de 26 de marzo de 2008 y de 20 de mayo de 2008, comentados por F. Zunzunegui, «Lamentable injerencia de un juez de Bilbao en la posición de EDF sobre Iberdrola. Comentario al Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao, de 25 de marzo de 2008», *RDMF*, marzo, 2008, págs. 1 y ss., y A. Suñol, «Adquisición de empresas en el Mercado de Valores, obstaculización y competencia desleal», *RDMV*, núm. 3, 2008, págs. 385 y ss.; A. Sánchez Graells, «Competencia desleal y mercado de control societario: riesgo de excesiva injerencia judicial», *Diario La Ley*, núm. 6993-2008, págs. 1 y ss.), o en la OPS de Bankia en 2011: R. Marimón, «La ops como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva», en R. Marimón (Dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, cap. 3 (formato electrónico).

81 AAP Madrid, Secc. 28.ª, de 29 de mayo de 2007 (JUR 2007\321899). En general, J. Viera, «La protección de la reputación corporativa en el Derecho de la competencia desleal», en M. A. Agúndez y otros (Dirs.), *La creación de valor de la marca como estrategia de buen gobierno corporativo*, La Ley - Kluwer, Las Rozas, 2016, págs. 231 y ss.

TV<sup>82</sup> y de las transmisiones en *streaming* de eventos ante el empleo de enlaces no consentidos<sup>83</sup>, con la reacción contra la expropiación de las participaciones de control en sociedades<sup>84</sup>, con la publicación de opiniones y reseñas de particulares en páginas web especializadas en proporcionar información sobre la oferta existente en un determinado sector<sup>85</sup>, con el empleo de medios de telecomunicación para encauzar el envío de propuestas comerciales a consumidores y clientes<sup>86</sup>, con las manifestaciones de los llamados “influencers” en redes sociales<sup>87</sup>, con los intentos de ejercitar potestades de carácter jurídico-público para limitar la estrategia de comercialización de derechos audiovisuales por sus titulares o gestores<sup>88</sup>, con la instalación de dispositivos falseadores de emisiones en vehículos automóviles<sup>89</sup>, o incluso en casos relacionados con acciones de movilización política<sup>90</sup>. Y en esta línea se orientan las propuestas que subrayan la posibilidad y ventajas de enjuiciar como actos de engaño y prácticas agresivas conductas que, por lo general, parecerían encajar naturalmente en el ámbito de los vicios del consentimiento y, por ello, de la anulabilidad de los contratos, justamente para huir de la dificultad de apreciar la presencia de las condiciones a las que en este ámbito se sujeta la apreciación del error, la violencia, la intimidación o el dolo y obtener una tutela que, por vía de cesación, remoción e indemnización, puede aproximarse a la ineficacia o por lo menos ofrecer algún amparo<sup>91</sup>, y no solo las propuestas, sino también la práctica judicial<sup>92</sup>.

82 SJM núm. 6 de Madrid de 18 de junio de 2007 (ECLI: ES:JMM:2007:73), AJM núm. 12 de Madrid de 12 de noviembre de 2010 (ECLI: ES:JMM:2010:15A).

83 D. Cerdá y C. Lasheras, «Reflexiones en torno a los enlaces de eventos deportivos en “streaming” frente a la posible infracción de derechos de propiedad intelectual, así como actos de competencia desleal», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 51, 2016, págs. 1 y ss. (formato electrónico)

84 Como sucedió en el caso de la expropiación de la participación que Repsol ostentaba en YPF sobre la base de que, siendo contraria a derecho, la expropiación confería a sus beneficiarios una ventaja de la que se prevalían en el mercado mundial de hidrocarburos (AJM núm. 1 Madrid de 13 de julio de 2013 [AC 2013\1535]).

85 A. Martínez Nadal, «Publicación en páginas web de valoraciones falsas con incidencia en la reputación digital de los empresarios de alojamiento: ¿una práctica desleal?», *RDM*, núm. 297, 2015, págs. 139 y ss.

86 T. Vázquez, «EL *spam* y la nueva regulación de la Ley de Competencia Desleal», *RDM*, núm. 277, 2010, págs. 1083 y ss.; V. Mambrilla, «Comunicaciones electrónicas y prácticas comerciales desleales», *La Ley Mercantil*, núm. 6, 2014, págs. 92 y ss.; P. Fernández Carballo-Calero, «Las propuestas comerciales a través de medios de comunicación a distancia desde la óptica de la Ley de Competencia Desleal», *ADI*, vol. 38, 2017-2018, págs. 133 y ss.

87 M. Monteagudo y F. J. García Pérez, “Principales cuestiones jurídicas de la publicidad con influencers”, *Autocontrol*, núm. 233, 2017, págs. 10 y ss.; A. Serrano y L. García Martín, «Influencers y prácticas de competencia desleal a través de Instagram», *La Ley Mercantil*, núm. 63, 2019, págs. 1 y ss. (versión electrónica); E. González Pons, «Prácticas comerciales desleales e influencers», en A. Tato, J. Costas, P. Fernández Carballo-Calero y F. Torres (Dir.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, vol. II, Comares, Granada, 2019, págs. 51 y ss.; A. Tato, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (*Influencers*)”, *RDM*, núm. 311, 2019, págs. 1 y ss. (formato electrónico); A. Asensi, «La licitud de la publicidad a través de *influencers* o líderes de opinión en redes sociales», *ADI*, vol. 39, 2019, págs. 321 y ss.

88 Como sucedió en la disputa entre RFEF y LFP sobre la programación de encuentros del campeonato nacional de liga en viernes y lunes (AAP Madrid, Secc. 28.ª, de 1 de junio de 2020 [JUR 2020\236004]).

89 Como ha sucedido recientemente en el asunto conocido como “diéselgate” (SJM núm. 1 Madrid de 25 de enero de 2021 ([ECLI: ES:JMM:2021:4), comentada por A. Suñol y F. Marcos, «Control de emisiones contaminantes en los motores de automóviles y competencia desleal», *Almacén de Derecho*, 17 de febrero de 2021, págs. 1 y ss. (formato electrónico).

90 Como sucedió con el sometimiento de la campaña «Consum estratègic» de la ANC a la LCD: *vid.* AAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 11 de junio de 2020 (ECLI: ES:APB:2020:4228A), que confirma el AJM núm. 11 de 20 de diciembre de 2019 (AUTO-N-243\_2019.pdf (foment.com)), comentado por A. Suñol en Almacén de Derecho de 24 de diciembre de 2019 [<https://almacendederecho.org/asociaciones-boicot-y-competencia-desleal/>].

91 I. Farrando, «Ley de Competencia Desleal y comercialización defectuosa de *swaps*», en A. M.ª Tobío, A. Fernández-Albor y A. Tato (Edits.), *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, ob. cit., págs. 397 y ss.; J. R. Salelles, «La incidencia de la deslealtad de los actos de engaño, las omisiones engañosas y las prácticas agresivas sobre la formación de la voluntad negocial», en A. Carrasco (Dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a R. Bercovitz*, T. I., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 407 y ss.

92 De nuevo, SJM núm. 1 Madrid de 25 de enero de 2021 (ECLI: ES:JMM:2021:4) que mejora con mucho la mejor de las soluciones ofrecidas por vía contractual (STS núm. 1676/2020 de 11 de marzo [ECLI: ES:TS:2020:735]).



Seguramente no todos los pronunciamientos han sido necesariamente acertados y no todos los casos han sido correctamente resueltos. Incluso es posible que, en algunas ocasiones, se haya prestado más atención a la construcción dogmática del juicio de deslealtad que a la ponderación de las concretas circunstancias e intereses presentes en el caso y que, por ello, la fundamentación de lo fallado no acabe de convencer o, mejor, no sea suficiente para justificar el fallo alcanzado. Esta circunstancia ha llevado a algunos autores a ver cierto enquistamiento o automatismo en la aplicación de la Ley<sup>93</sup>. A mi juicio, sería injusto generalizar esta apreciación y todavía más dar a entender que, en materia de competencia desleal, los casos tienden a decidirse sin prestar atención a los aspectos singulares del supuesto de hecho e intereses en conflicto. Me parece que más bien ha sucedido y sucede lo contrario: la mayor parte de los pronunciamientos judiciales a los que se ha hecho referencia en los dos párrafos anteriores radican en un análisis profundo de las circunstancias del caso, de los intereses afectados, de la esperable incidencia en la situación y proceso de competencia en el mercado, unidos al entorno de seguridad jurídico creado por la Ley.

## 6. Las cuestiones abiertas

---

Tras sus sucesivas reformas, la LCD deja abiertas algunas cuestiones, de diferente naturaleza e importancia, cuya consideración es oportuna, incluso obligada, para completar el repaso y juicio de la Ley que ahora se hace. Estas cuestiones pueden agruparse en tres categorías, como son la disgregación de la legislación sobre competencia desleal y de su aplicación; las normas que admiten una mejora técnica, y las soluciones jurisprudenciales que merecen ser debatidas y en su caso replantearse.

### 6.1. Disgregación de la legislación en materia de competencia desleal

La Ley se ha mantenido como ley general, esto es, como ley aplicable a toda conducta que esté comprendida en su ámbito de aplicación, cualquiera que sea el sector de la economía en que se realice, el ámbito autonómico o supraautonómico en que deba producir sus efectos, los sujetos involucrados en su realización o los intereses comprometidos, que no queda desplazada por la aplicación de ninguna disposición especial. Pero este rasgo y virtud de la LCD conviven con lo que parece ser una invencible pulsión disgregadora en el tratamiento legal de esta materia. En este sentido, podría decirse que la LCD se encuentra encajonada en un doble plano, sustantivo o de juicio de fondo y aplicativo o de observancia.

Al respecto es ilustrativo no solo que la Ley 3/1991 no derogara la LGP, sino también que, más adelante, la Ley 29/2009, al mismo tiempo que (sin derogar la LGP) superaba el tratamiento dual de la publicidad desleal, introducía, como se ha dicho, la categoría de prácticas comerciales desleales con consumidores para ciertos actos de competencia desleal y, sobre todo, hacía de estas prácticas ilícitos en materia de consumo, los sujetaba a las potestades de vigilancia y control de las autoridades competentes en materia de consumo y les extendía el régimen y procedimiento administrativo sancionador (arts. 19, 47.3 y 49.1.1 LCU), sin que por ello perdieran la condición de actos

---

93 M. Areán y R. García Pérez, «El enquistamiento de la jurisprudencia sobre competencia desleal», en A. M.<sup>º</sup> Tobío, A. Fernández-Albor y A. Tato (Edits.), *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, M. Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-San Pablo, 2013, págs. 355 y ss.



de competencia desleal sujetos al sistema de observancia que encarna la acción de competencia desleal y su régimen procesal. En este mismo sentido también llama la atención que la propia Ley 29/2009 preservara las normas sobre prácticas relacionadas con los precios y modalidades de promoción de ventas establecidas por la LOCM en el ámbito del comercio minorista o las normas sobre publicidad y ofertas de la legislación estatal o autonómica de protección de consumidores y usuarios y de comercio interior, así como sus correspondientes sistemas jurídico-públicos de aplicación. En particular, llama la atención porque estas normas, a pesar de que conciernen a actos de competencia sujetos a la LCD, responden con frecuencia a principios que no están alineados con los que gobiernan el juicio de deslealtad concurrencial de esos actos, lo que en alguna ocasión ha servido para desestimar los intentos de combatir su infracción como acto de competencia desleal por violación de normas (art. 15 de la LCD)<sup>94</sup>. Y, sobre todo, porque establecen prohibiciones *per se* para algunas ofertas de precios y otras modalidades de promoción de ventas que plantean serias dudas de compatibilidad con la Directiva 2005/29/CE, que, según ha sido interpretada por el TJUE<sup>95</sup> y se advirtiera en la literatura jurídica<sup>96</sup>, no consiente que la legislación interna prevea prohibiciones de esta clase distintas de las recogidas en el catálogo de prácticas engañosas o agresivas de su Anexo I, del modo en que demuestra la suerte que ha corrido la categórica prohibición de la venta a pérdida del art. 14 de la LOCM<sup>97</sup>.

Esta tendencia disgregadora no es, sin embargo, cosa del pasado ni queda limitada al ámbito de las ofertas de precios y promoción de ventas. En efecto, andando el tiempo se han añadido nuevos casos de regulación de materia de competencia desleal fuera de la Ley. Así ha sucedido con la prohibición y condicionamiento de algunas modalidades de publicidad en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, como son el llamado emplazamiento de producto, la publicidad subliminal o ciertas prácticas publicitarias que pueden aproximarse con facilidad a la publicidad encubierta, que han quedado de este modo sujetas al sistema de vigilancia y control especial de la CNMC. Y así ha sucedido, por otro lado, con la regulación de prácticas, que constituyen actos de competencia desleal, en la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, como es el caso de la llamada gestión de marcas o el de la difusión de estudios y análisis comparativos<sup>98</sup>.

94 Como sucediera en relación con la demanda de competencia desleal interpuesta por el Colegio de Farmacéuticos de Madrid contra una colegiada por incumplimiento de los horarios de apertura de las oficinas de farmacia en la Comunidad de Madrid: STS núm. 271/2000 de 13 de marzo (ECLI: ES:TS:2000:1971).

95 Por todas y con cita de otras, STJUE de 9 de noviembre de 2010, C-540/08 «Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG contra "Österreich"-Zeitungsverlag GmbH» (ECLI: EU:C:2010:660), y ATJUE de 7 de marzo de 2013, «Euronics Belgium CVBA c. Kamera Express BV y Kamera Express Belgium BVBA», C-343/12 (ECLI: EU:C:2013:154).

96 F. Palau, «Sobre la compatibilidad de la normativa de ordenación de comercio y protección de los consumidores con la directiva sobre prácticas comerciales desleales o la adaptación pendiente», *RDCD*, núm. 7, 2010, págs. 75 y ss.; P. Portellano, «Reducción de precios (descuentos) en las leyes de comercio: análisis de su compatibilidad con la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales», *La Ley Mercantil*, núm. 34, 2017, págs. 11 y ss.

97 STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto C-295/16 «Europamur Alimentación, S.A. c. Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (ECLI: EU:C:2017:782)», comentada por F. Palau, «El ocaso de la prohibición de la venta a pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista: la relevancia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, Europamur Alimentación, S.A.», en L. Miranda y J. Costas (Dir.), *Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad*, M. Pons, Barcelona – Madrid – Buenos Aires, 2018, págs. 107 y ss.; E. González Pons, «La venta a pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Interpretación de la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales por el TJUE)», en J. Olavarría y J. Martí (Coord.), *Derecho mercantil. Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 171 y ss.

98 J. Viciano, «Prácticas comerciales desleales entre empresarios en la Ley de Cadena Alimentaria», en J. Viciano y J. M. Corberá, *Retos en el sector agroalimentario valenciano en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs.127 y ss., J. Guillem, «La competencia desleal y la cadena alimentaria en la Unión Europea», en S. Martínez Garrido, R. Escudero y A. Jiménez-Blanco (Dir.), *Política Agraria Común*, La Ley, Las Rozas, 2019, págs.101 y ss.

A la lista de normas que establecen ilícitos dotados de sustantividad y sujetos a mecanismos de defensa propios se suma asimismo, desde otra perspectiva, la configuración del falseamiento de la competencia como conducta prohibida por el art. 3 de la LDC, a lo que ya me he referido. Y se puede añadir, por otra parte, la expansión de los derechos de propiedad industrial a supuestos que inicialmente se enjuiciaron como actos de competencia desleal, que es un fenómeno que se ha producido de forma continuada desde el siglo XIX y que últimamente se ha concretado, por ejemplo, en la protección de los dibujos y modelos comunitarios no registrados (art. 19.2 del Reglamento (CE) N.º 6/2002 de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios)<sup>99</sup>, en la protección de los artículos periodísticos ante su incorporación a *dossiers* de prensa (art. 32.1 III LPI)<sup>100</sup> o en la protección del fabricante de bases de datos (art. 133 LPI)<sup>101</sup>.

## 6.2. Disposiciones que admiten una mejora técnica

En la LCD no faltan disposiciones cuya ubicación sistemática o redacción es mejorable desde un punto de vista estrictamente técnico o cuya propia vigencia, siempre desde este punto de vista, es innecesaria, más abundantes, hay que reconocer, entre las que fueron introducidas en su texto mediante las modificaciones que se han producido a lo largo del tiempo que entre las de su redacción original.

La propuesta de Anteproyecto de Código Mercantil, cuyo libro tercero estaba dedicado a la regulación de la defensa de la competencia y la competencia desleal, ofrece una lista ponderada de disposiciones que admiten una mejora técnica<sup>102</sup>. Se trata de modificaciones que afinarían la redacción de la Ley y que de forma resumida podrían incluir la simplificación de la definición del ámbito objetivo de aplicación de las normas de competencia y la expresa indicación de que la promoción de prestaciones propias o de un tercero las prácticas comerciales anteriores, simultáneas y posteriores a una transacción comercial, como prevé el art. 3.1 de la Directiva 2005/29/CE; la precisión y simplificación de la particularización de la cláusula general en el ámbito de las relaciones con consumidores, así como la corrección de ciertos desajustes de la redacción vigente sobre este aspecto con la Directiva 2005/29/CE; la incorporación de las prácticas engañosas y agresivas *per se* en las relaciones con consumidores, actualmente objeto de preceptos independientes, al cuerpo de la regulación de los actos de competencia desleal como lo que son: supuestos concretos de actos de engaño o, en su caso, de prácticas agresivas, a continuación de las definiciones o pequeñas cláusulas generales que delimitan las conductas correspondientes y fijan las condiciones determinantes de su deslealtad y con ello de su reproche; la reordenación sistemática y simplificación del tratamiento de la publicidad ilícita como acto de competencia desleal mediante su ubicación en el art. 15 de la LCD; la recuperación, debidamente ajustada a las exigencias de la Directiva 2005/29/CE, de la definición originaria de los actos de engaño, completada con una definición y caracterización de las omisiones engañosas más acorde a las previsiones de la Directiva por medio

99 C. Fernández-Novoa, «Modelo comunitario no registrado y competencia desleal», *ADI*, vol. 26, 2005-2006, págs. 675 y ss.

100 J. I. Peinado y D. Solana, «*Press clipping*: competencia desleal y propiedad intelectual», *RCD*, núm. 2, 2008, págs. 37 y ss.

101 M. Vogel, en U. Loewenheim, M. Leitsner y A. Ohly, *Schricker/Loewenheim Urheberrecht*, 6.ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2020, Vor §§ 87 ff., Rn. (5).

102 J. Massaguer, «La regulación del Derecho de la competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil», *RDM*, núm. 283, 2014, págs. 13 y ss.; L. A. Marco, «Las prácticas comerciales desleales en la propuesta de Código Mercantil», en M. J. Morillas y otros (Dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, págs. 1087 y ss.

de la consideración expresa de que la información omitida debe ser sustancial y la consideración, con la debida separación, de todas las categorías de esta clase de engaño en ella consideradas; la simplificación de la definición general de prácticas agresivas, evitando reiteraciones, circunloquios y definiciones de términos cuyo sentido y alcance se encuentra establecido en la Directiva, y el ajuste del tenor de las circunstancias que deben tenerse en cuenta para determinar si una conducta constituye una práctica agresiva al texto de la Directiva; la sustitución de la referencia que ahora incluye el art. 14.2 de la LCD a *"la intención de eliminar a un competidor del mercado"* por *"la obstaculización indebida del normal desenvolvimiento de la actividad de otro operador"* entre los criterios determinantes de que las conductas de inducción a la terminación regular de un contrato y el aprovechamiento de su infracción se reputen desleales; la corrección de la redacción del art. 15 de la LCD mediante la sustitución del término "leyes" por la expresión "normas jurídicas", a fin de despejar las dudas de que constituye competencia desleal el prevalimiento de una infracción de toda clase de disposiciones normativas de carácter imperativo, y no solo de leyes en sentido formal como en algún momento se entendió, y la definición de normas jurídicas que tienen por objeto regular la actividad concurrencial; la eliminación del art. 15.3 de la LCD, que extendía y extiende la presunción de deslealtad relativa a la violación de las normas reguladoras de actividad concurrencial a la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida según lo previsto en la legislación sobre extranjería, por su irrelevancia y su obvia incoherencia político-legislativa y sistemática; la eliminación del artículo 16.3 de la LCD, relativo a la ruptura de una relación comercial sin preaviso mínimo de seis meses o la obtención de mejoras en los términos de un contrato de suministro bajo amenaza de romper las relaciones comerciales, porque, una vez sentada la exigencia de una relación de dependencia económica como presupuesto de la deslealtad de estas prácticas, esta previsión no añade nada a la determinación del abuso de la situación de dependencia económica como acto de competencia desleal y, aún más, define un acto de competencia desleal que, como enseña la ausencia de aplicación práctica, carece de trascendencia; la recuperación de la redacción original del artículo 18 de la LCD de 1991, con la omisión de toda referencia a la publicación de la sentencia, que en la práctica se acoge en la mayor parte de los casos como modalidad de remoción<sup>103</sup> donde en cambio se silencia; la simplificación y reordenación sistemática de la determinación sobre la legitimación activa; el acotamiento de la legitimación pasiva al que coopere en la realización del acto de competencia desleal o práctica restrictiva de la competencia si esta conducta está específicamente encaminada a posibilitar su realización; la concreción legal de doctrina jurisprudencial sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción en relación con los actos duraderos o periódicamente reiterados.

### 6.3. Soluciones que deben someterse a un juicio crítico

A mi modo de ver, los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales no han resultado en soluciones libres de dudas en algunas cuestiones considerablemente importantes, en relación con las cuales por ello es, a mi juicio, conveniente abrir un debate y efectuar una revisión crítica. No me refiero a normas cuya redacción resulte confusa o desacertada hasta el extremo de dificultar su aplicación (de ellas se ha tratado en el apartado anterior), sino a la interpretación que se ha asentado al menos de forma prevalente sobre algunas fórmulas legales cuyo texto no es necesariamente

103 STS núm. 171/2014 de 9 de abril (JUR 2014\148226).

defectuoso. Por unas u otras razones, este es el caso, a mi modo de ver, de las soluciones que por ahora han dado jueces y tribunales a la forma de determinar el riesgo de confusión entre signos distintivos (art. 6 LCD) y al sentido último que tiene el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno requerido para que la imitación de una prestación ajena sea desleal (art. 11.2 I LCD).

No es este el lugar para efectuar esa revisión crítica. Baste por ello con indicar en esta ocasión, en relación con el primero de los casos planteados, que la forma de entender el examen exigido para apreciar la existencia de riesgo de confusión entre signos distintivos y especialmente entre presentaciones comerciales propicia una aproximación a signos y presentaciones plenamente establecidas en el mercado que, aunque en un examen de conjunto no genere una probabilidad razonable de establecer una vinculación indebida entre producto o servicio y oferente, parece suficiente para distorsionar el proceso de toma de decisiones por parte de los consumidores y para conceder oportunidades de negocio inmerecidas a quienes se valen de solo parte de los signos de otros porque de este modo se captura la atención del público sobre una oferta a partir de la falsa impresión de que es la de otro y, sobre esta base y a pesar de que la contemplación del signo en su conjunto deshace la incorrecta conexión que inicialmente se estableciera, le lleva a interesarse por la oferta alternativa, para cuya evitación, puesto que como queda dicho se funda en un equívoco sobre su procedencia empresarial, sería necesario, y desde mi punto de vista acertado, adelantar el juicio de confusión al momento en que se captura la atención del consumidor sobre la oferta presentada bajo el signo conflictivo y determinar entonces si el factor determinante de esa captura es el signo, en cuyo caso habría confusión desleal, u otro<sup>104</sup>.

Y baste con indicar, en relación con la determinación del aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, que si bien se ha acertado en la selección de la apropiación inmediata de las prestaciones ajenas como caso paradigmático de ese aprovechamiento determinante de la deslealtad de la imitación, a mi juicio, no se ha prestado la atención debida a uno de los componentes de esa doctrina y, en particular, a la circunstancia de que no basta a estos efectos el empleo de medios que permitan replicar la prestación ajena, sino que además no solo es necesario que el pionero no haya tenido una oportunidad razonable de obtener una recompensa mediante la explotación de su prestación, que es extremo correctamente advertido en la jurisprudencia, sino también que la réplica se explote en competencia con el pionero<sup>105</sup>, que en cambio es extremo sobre el que, por lo general, guardan silencio los pronunciamientos judiciales. Y sobre ello, si bien es cierto que de forma acertada se ha reconocido que la apropiación inmediata de prestaciones ajenas solo es un caso, y no el único caso, de aprovechamiento indebido determinante de la deslealtad de la imitación, no lo es menos que parece discutible la caracterización jurisprudencial de ese efecto y, en particular, que deba entenderse producido si la imitación propicia un ahorro en los costes de producción o comercialización, porque sencillamente se pone el foco en un ámbito en el que en realidad no se produce la imitación, sino la explotación de la imitación, y en el que, por tanto, no se producirá por regla general ningún ahorro de costes, debiendo en cambio ponerse la vista, del modo en que enseña precisamente la doctrina de la apropiación inmediata, en el ámbito de la creación de la imitación y, por ello, atenderse al ahorro de costes en la recreación de la prestación

---

104 J. Massaguer, «Por un replanteamiento de la protección jurídica de las presentaciones comerciales», *La Ley Mercantil*, núm. 60, 2019, págs. 1 y ss. (formato electrónico).

105 P. Portellano, *La imitación*, ob. cit., págs. 140 a 142.

original (y no en los de su desarrollo, que son los que lícitamente permite eludir la libertad de imitación en ausencia de derecho de propiedad intelectual o industrial, ni en los de su explotación, que son inevitables).

También entre las cuestiones abiertas se cuentan aquellas cuya formulación es igualmente correcta y oportuna, pero que, a diferencia de las anteriores, permanecen sin un desarrollo jurisprudencial consolidado y que se advierte necesario. Este es el caso, en mi opinión, de la determinación de qué normas tienen la consideración de reguladoras de la actividad concurrencial, que es cuestión clave para el correcto enjuiciamiento y aún más para la más eficaz represión de los actos de competencia desleal por violación de normas, ya que solo respecto de ellos se presume tanto la obtención de la ventaja competitiva significativa como el prevalimiento de esa ventaja (art. 15.2 LCD). En este sentido y de forma consecuente con el significado que en este ámbito posee el término concurrencial y su evidente conexión con la faceta estrictamente competitiva del ámbito de aplicación de la Ley, parece que a estos efectos deben considerarse normas que regulan actividad concurrencial las que prohíben, limitan o condicionan el desarrollo de actividades o estrategias para la captación, configuración o mantenimiento de relaciones con proveedores, clientes o consumidores, sin perjuicio de que las normas sobre publicidad ilícita en sentido estricto (esto es, las que no constituyen modalidades de publicidad desleal) ya merezcan un reproche de deslealtad funcional, sustantiva y operativamente equivalente al que resultaría de su consideración como grupo de casos de violación de normas que tienen por objeto regular actividad concurrencial (art. 18 LCD)<sup>106</sup>.

## 7. Recapitulación

Con la distancia que proporcionan sus ya treinta años de aplicación práctica, la LCD se ha asentado realmente como la ley general, moderna y efectiva a la que aspiró su preámbulo. La Ley nació, en efecto, como una ley general, y sigue siéndolo, tanto en un sentido territorial, del modo en que, por lo demás, corresponde a una ley que regula una materia de competencia exclusiva estatal<sup>107</sup>, como en un sentido material, del modo que corresponde a una ley aplicable a cualquier actividad realizada en el mercado con fines concurrenciales. Como ley moderna, la LCD tuvo un marcado cariz institucional, que conserva, haciendo justicia a la entronización constitucional del mercado como espacio para la formación de las relaciones económicas y de la competencia económica como principio clave para la organización y funcionamiento del mercado y de la actuación de sus operadores, ciertamente matizado por las exigencias de la configuración de la nación como Estado social y por los objetivos programáticos expresados en el preámbulo y en el art. 1.1 de la Constitución. En este mismo sentido, la LCD incorporó en su estructura y contenido sustantivo la experiencia de otros ordenamientos, estableciendo una regulación ajustada a la realidad de las estrategias y conflictos concurrenciales de su tiempo y de nuestro tiempo, sin perjuicio de que,

<sup>106</sup> Así es de ver en la forma de enjuiciar y resolver, por ejemplo, el caso de publicidad sexista, cuya prohibición se encuentra en el art. 3 a) LGP, como acto de competencia desleal del art. 18 de la LCD en la SJM núm. 4 de Barcelona de 5 de enero de 2017 (ECLI: ES:JMB:2017:11).

<sup>107</sup> SSTC núm. 71/1982 de 30 de noviembre (BOE 1982, Supl. al núm. 312, págs. 13 y ss.), núm. 88/1986 de 1 de julio (BOE 1986, Supl. al núm. 174, págs. 10 y ss.); núm. 148/1992 de 17 de noviembre (BOE 1993, Supl. al núm. 37, págs. 92 y ss.). Vid. J. Massaguer, «La competencia desleal», en AA.VV., *Autonomia i Dret*, Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya i Consell de L'Advocacia Catalana, Barcelona, 2002, págs. 41 y ss.

andando el tiempo, debiera adaptarse a la Directiva relativa a las prácticas desleales. En fin, la efectividad de la LCD se aseguró y continúa asegurada por medio de una completa y robusta acción de competencia desleal, así como de algunas especialidades procesales, ahora diseminadas en la LOPJ, LCE y LCD, especialmente sobre competencia judicial, preparación de la acción y de carga de la prueba.

Estas características de la Ley, unidas a su orientación político-legislativa, coherencia sistemática, configuración material y altura técnica, a mi modo de ver, la hacen merecedora, en su conjunto y a pesar de las no siempre atinadas adherencias que ha incorporado a su texto las reformas de que ha sido objeto, una valoración altamente positiva. Naturalmente, no faltan aspectos en los que cabe la mejora. Ciertamente, su incorporación haría de la LCD una ley mejor desde un punto de vista sistemático y técnico, pero no una ley mejor desde un ángulo de política legislativa, de ordenación sustantiva de la materia o de eficacia para la defensa de la competencia, de modo que no justifican una reforma legislativa, no requieren un cambio en las orientaciones de la jurisprudencia ni pueden servir de base para una crítica seria de la LCD.

# O NOVO REGIME EUROPEU DOS SERVIÇOS DE FINANCIAMENTO COLABORATIVO (*CROWDFUNDING*)

Miguel Rodrigues Leal

*Advogado do Departamento de Direito Comercial da Uría Menéndez Proença de Carvalho (Lisboa)*

## **O novo regime Europeu dos Serviços de Financiamento Colaborativo (*Crowdfunding*)**

*O Regulamento (UE) 2020/1503 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de outubro de 2020, relativo aos prestadores de serviços de financiamento colaborativo europeus, introduz uma regulamentação das plataformas de crowdfunding no âmbito da União Europeia e resultará numa relevante alteração ao regime atualmente aplicável a esta atividade em Portugal. Neste trabalho, fazemos uma primeira aproximação às soluções adotadas por este instrumento normativo e abordamos algumas questões fundamentais no contexto da sua integração no ambiente regulatório português.*

### **PALAVRAS-CHAVE:**

FINANCIAMENTO COLABORATIVO, SERVIÇOS FINANCEIROS, INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA.

## **The new regulation on European crowdfunding service providers for business**

*Regulation (EU) 2020/1503 of the European Parliament and of the Council of 7 October 2020, on European crowdfunding service providers for business, introduces a new regulatory framework for crowdfunding platforms at the European Union level and will bring in important changes to the current legal regime applicable to this activity in Portugal. This work constitutes a first approach to the solutions adopted by this recent statutory instrument and addresses some key issues regarding their integration into the Portuguese existing regulatory landscape.*

### **KEY WORDS:**

CROWDFUNDING, FINANCIAL SERVICES, FINANCIAL INTERMEDIATION.



FECHA DE RECEPCIÓN: 27-5-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-6-2020

Rodrigues Leal, Miguel (2020). O novo regime europeu dos serviços de financiamento colaborativo (*crowdfunding*). *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 95-113 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Origem e antecedentes das novas plataformas de financiamento colaborativo

O fenómeno do financiamento colaborativo, ou *crowdfunding*<sup>1</sup>, tem vindo a adquirir cada vez mais importância no nosso “ecossistema” financeiro, tendo agora sido objeto de regulamentação ao nível da União Europeia (“UE”), através da aprovação do Regulamento (UE) 2020/1503 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de outubro de 2020 (doravante, o “Regulamento”).

Não obstante, a ideia do financiamento de projetos com apelo a contribuições difusas do público é antiga. São inúmeros os exemplos do recurso a este tipo de contribuições, sendo apontados como exemplos mais remotos o recurso à subscrição pública para o financiamento da produção de obras literárias e artísticas nos séculos XVII e XVIII (são apontados os casos das traduções das obras de Homero por Alexander Pope ou a composição e apresentação de obras de compositores como Mozart ou Beethoven<sup>2</sup>). São, igualmente, amplamente conhecidos vários exemplos antigos de subscrições públicas para a realização de obras de solidariedade ou para a construção de monumentos, homenagens a personalidades ilustres e melhoramentos públicos (apenas para mencionar exemplos portugueses, são conhecidos os casos do obelisco do Monumento aos Restauradores, em Lisboa, ou do busto erigido ao Dr. Francisco de Barahona Fragoso junto ao Templo Romano, em Évora).

A emergência da realidade social subjacente aos recentes movimentos regulatórios incidentes sobre a realidade do *crowdfunding*, no entanto, deve-se à confluência dos seguintes fatores fundamentais:

- i. Efeitos tecnológicos e sociais da introdução e desenvolvimento da internet - a difusão e ampla disponibilidade de acesso, em tempo real, a uma rede global conduziu à valorização da liberdade de acesso a canais e a um espaço público virtual, e à informação e à comunicação em rede, resultando na criação de realidades e formas de colaboração, comunicação e interação totalmente novas, como as redes sociais e o *crowdsourcing*. Esta nova realidade, com a inerente tónica no livre e imediato acesso a conteúdos e serviços, leva ao que já tem sido, em diversos contextos, apodado de “crise da intermediação”, circunstância que coloca importantes desafios regulatórios;

<sup>1</sup> Empregamos indistintamente, para representar a mesma realidade, as expressões “financiamento colaborativo”, utilizadas no Regulamento e na lei portuguesa, e “*crowdfunding*”, corrente na indústria do setor e em numerosa literatura especializada.

<sup>2</sup> Cfr., por exemplo, João Vieira dos Santos, *Regime Jurídico do Crowdfunding (financiamento colaborativo)*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IX (2017), n.º 3, p. 647. Podem, ainda, assinalar-se exemplos anteriores no mundo editorial, por exemplo, em Sarah L. C. Clapp, *The Subscription Enterprises of John Ogilby and Richard Blome*, in *Modern Philology*, Vol. 30, n.º 4, maio de 1933, disponível em <https://www.jstor.org/stable/434219>.

- ii. Lacunas estruturais do mercado de financiamento tradicional, agravadas por uma conjuntura desfavorável - em reação à acentuada retração dos mercados de crédito no contexto da crise financeira de 2008 e aos problemas sentidos no setor bancário, o reforço dos requisitos regulatórios de capital diminuiu a oferta de financiamento bancário, com especial incidência no setor das *start-ups* e das pequenas e médias empresas em geral<sup>3</sup>;
- iii. Aspectos de ordem económica - o ambiente de taxas de juro historicamente baixas e a fraca remuneração dos depósitos bancários tem levado a uma redescoberta dos mercados de capitais e um renovado apetite por soluções de poupança e investimento alternativas com remunerações de capital mais atrativas.

É neste contexto que surgem, com especial força, a partir da segunda década deste século, as primeiras plataformas modernas de *crowdfunding*, apoiadas no desenvolvimento e na crescente disponibilidade do acesso e da utilização da internet. Num ambiente inicialmente desregulado, ou de enquadramento regulatório ambíguo, este tipo de plataformas foi ganhando cada vez mais força, num movimento totalmente ditado pela inovação tecnológica (no que diz respeito ao desenho e funcionamento das plataformas) e que, como tal, no campo financeiro, se viu obrigado a instalar entre as brechas da (tendencialmente onerosa) regulação pré-existente: dependendo dos casos, aproveitando oportunidades de arbitragem regulatória para exercer as suas atividades ou limitando as suas atividades para evitar atrair sobre si a carga regulatória associada às figuras já conhecidas no mercado.

Em resposta a estes movimentos de mercado, surgem as primeiras respostas legislativas, com a aprovação de diversos instrumentos normativos com o objetivo de regular esta nova realidade<sup>4</sup>, com uma grande variabilidade de soluções e enquadramentos regulatórios.

Da mesma forma, as plataformas de *crowdfunding* têm adotado uma multiplicidade de tipos de financiamento colaborativo, com objetivos e funções distintas e com diversas configurações e modelos de negócio. Em face desta diversidade de plataformas, tem ganho popularidade a distinção que agrupa os tipos de financiamento colaborativo em quatro grandes categorias<sup>5</sup>: *crow-*

3 Neste sentido, entre outros, Eleanor Kirby e Shane Wornor, *Crowd-funding: An Infant Industry Growing Fast. Staff Working Paper of the IOSCO Research Department*, 2014, disponível em <https://www.iosco.org/research/pdf/swp/Crowd-funding-An-Infant-Industry-Growing-Fast.pdf>, e Vasco Costa, *A Regulação Jurídica do Financiamento Colaborativo ou «Crowdfunding» - Em Especial, o Caso Português*, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 59, abril de 2018, p. 13, disponível em <http://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/>. Cfr., também, a *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Aproveitar o potencial do financiamento coletivo na União Europeia* (COM(2014) 172 final), p. 5.

4 Para alguns exemplos, cfr. EBA (European Banking Authority), *Opinion of the European Banking Authority on lending-based crowdfunding* (EBA/Op/2015/03), pp. 36 e ss., disponível em <https://eba.europa.eu>, João Vieira dos Santos, *Crowdfunding como forma de capitalização de sociedades*, in *Revista Electrónica de Direito*, Junho de 2015, n.º 2, pp. 17 e ss., e Ana Sá Couto e Frederico Romano Colaço, *O equity crowdfunding e os meios alternativos de financiamento*, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 39, 2015, pp. 132 e ss.

5 Por exemplo, EBA (European Banking Authority), *Opinion, cit.*, Nuno Moutinho e Pedro Leite, *Critical Success Factors in Crowdfunding: the Case of Kickstarter*, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 45, agosto de 2013, pp. 15 e ss., disponível em <http://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/>, e Clara Martins Pereira, *Da regulação do crowdfunding de capital*, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/>, pp. 18 e ss.. Outro tipo de distinção é a que divide o financiamento *ex ante* e o financiamento *ex post* (Tim Kappel, *Ex ante crowdfunding and the recording industry: a model for the U.S.?*, in *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 2009, pp. 375 e ss., disponível em <http://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol29/iss3/3>).

*dfunding* através de donativo; *crowdfunding* com recompensa; *crowdfunding* por empréstimo<sup>6</sup> ou *crowdlending*; e *crowdfunding* de investimento ou de capital. Esta distinção foi acolhida pelo regime português do financiamento colaborativo (o “RJFC”), aprovado pela Lei n.º 102/2015, de 24 de agosto, a qual, portanto, regula presentemente todos estes tipos de financiamento colaborativo (embora a lei nacional enquadre o *crowdfunding* de investimento através da emissão de instrumentos representativos de dívida na modalidade de financiamento colaborativo por empréstimo - cfr. o artigo 10.º, n.º 2, do RJFC<sup>7</sup>).

No entanto, pelos riscos que lhe estão associados e pelo enquadramento regulatório nacional e europeu com que convive, tem sido observado, na regulamentação e na discussão de política legislativa sobre este tema, um tratamento diferenciado ao *crowdfunding* com natureza financeira (ou seja, as modalidades de *crowdfunding* em que os fornecedores dos fundos investem as suas economias através de uma plataforma, com o objetivo de obter retorno financeiro<sup>8</sup>). É este o objeto do Regulamento e, por conseguinte, do presente trabalho.

## 2. As razões da intervenção legislativa a nível da UE

Desde cedo as instituições da UE dirigiram a sua atenção para o fenómeno do *crowdfunding*, como forma de financiamento do empreendedorismo na UE. De facto, já em 2013 a Comissão Europeia identificava a necessidade de se promover o desenvolvimento de canais de financiamento alternativos (incluindo o *crowdfunding*), dada a menor disponibilidade de financiamento bancário<sup>9</sup> no apoio financeiro a pequenas e médias empresas e, especialmente, a empresas recém-criadas que se encontrem em fase de prospeção de mercado e desenvolvimento de produtos (*start-ups*)<sup>10</sup>.

No seguimento desta posição, e acompanhando o desenvolvimento de novas plataformas e o crescimento desta via de financiamento nos mercados nacionais, a Comissão foi promovendo diversos estudos e consultas e marcando a necessidade de se aferir a melhor forma de assegurar um tratamento uniforme deste mercado, de modo a promover o seu crescimento e a extensão das

6 Sobre esta modalidade, cfr., entre nós, Luís Roquette Galdes, João Lima da Silva e Francisca Seara Cardoso, *P2P Lending*, in *Fintech I: Desafios da tecnologia financeira*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 323 e ss..

7 Criticando esta solução legislativa, Vasco Costa, *Op. cit.*, p. 24.

8 Carlos Francisco Alves, *Financiamento Colaborativo (Crowdfunding)*, apresentação à Assembleia da República, 27 de novembro de 2013, p. 12, disponível em <https://app.parlamento.pt/>. V., também, sobre esta e outras distinções, Ana Brochardo, *Snapshot da Indústria do Crowdfunding na Europa*, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 59, abril de 2018, pp. 37 e ss., disponível em <http://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/>.

9 Comissão Europeia, *Livro Verde - O financiamento a longo prazo da economia europeia*, (COM (2013) 150 final), 25 de março de 2013, pp. 19 e 20, e *Comunicação da Comissão - Plano de Ação «Empreendedorismo 2020»*, (COM (2013) 795 final), 9 de janeiro de 2013, pp. 11 e 16.

10 Para uma tentativa de conceptualização e descrição das suas dificuldades de financiamento, cfr. Diogo Pereira Duarte e João Freire de Andrade, *Breves notas sobre o financiamento de start-ups e a sua regulação*, in *Fintech II: Novos estudos sobre tecnologia financeira*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 220 e ss., e Ana Perestrela de Oliveira, *O papel das startups na FinTech e o ciclo de financiamento de startups*, in *Fintech I: Desafios da tecnologia financeira*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 255 e ss..

plataformas numa base transnacional, sem no entanto criar constrangimentos demasiado onerosos que acabassem por asfixiar esta indústria nascente<sup>11</sup>.

Entre os distintos contributos para o estudo e a análise de uma possível intervenção regulatória ao nível europeu destacaram-se as opiniões emitidas pela Autoridade Bancária Europeia (EBA/Op/2015/03) e pela Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA/2014/1378). Pronunciando-se, respetivamente, sobre as atividades de financiamento colaborativo por empréstimo e de financiamento colaborativo de capital, estas entidades assinalaram os principais riscos envolvidos nas mesmas, potencialmente justificando uma intervenção legislativa europeia ou, pelo menos, uma clarificação dos quadros regulatórios incidentes sobre essas atividades.

Ganhou força, nesse contexto, a ideia da necessidade de evitar a arbitragem regulatória, a desejabilidade de se criar um *level-playing field* para a prática destas atividades ao nível da União, com o objetivo de contribuir para a construção da União do Mercado de Capitais<sup>12</sup>, bem como a necessidade de se fomentar um ambiente de confiança nos agentes deste mercado, com a introdução de regras robustas de prevenção de fraude, de impedimento de situações de conflitos de interesse e de mitigação do risco operacional destas plataformas.

Por outro lado, os estudos promovidos pela Comissão Europeia concluíram que, num contexto de crescente importância das plataformas de *crowdfunding* e de adoção de medidas legislativas nacionais de regulamentação dessa atividade, a ausência de harmonização nesta matéria cria efetivas restrições ao desenvolvimento do financiamento colaborativo transfronteiriço<sup>13</sup>. Esta constatação, cumulada com a verificação de que, com o Brexit, cerca de 80% do mercado europeu do *crowdfunding* financeiro deslocar-se-ia para fora das fronteiras da UE<sup>14</sup>, levaram a concluir pela necessidade de intervenção legislativa ao nível da UE.

Nessa base, foi apresentada, em março de 2018, a proposta da Comissão para um regulamento relativo aos prestadores europeus de serviços de financiamento colaborativo às empresas, proposta essa que, com as alterações introduzidas durante o processo legislativo pelo Parlamento e pelo Conselho, veio a resultar na aprovação do Regulamento.

11 Cfr., por exemplo, Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Plano de Ação para a Criação de uma União dos Mercados de Capitais*, (COM (2015) 468 final), 30 de setembro de 2015, pp. 8 e ss. Para mais detalhe sobre as iniciativas das instituições europeias neste domínio, cfr. Fernando Belezas, *Crowdfunding: Regime Jurídico do Financiamento Colaborativo*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 32 e ss., João Vieira dos Santos, *Crowdfunding*, cit., pp. 29 e ss., e Diogo Pereira Duarte, *Financiamento colaborativo de capital (equity-crowdfunding)*, in *Fintech I: Desafios da tecnologia financeira*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 273 e ss..

12 Sobre a União do Mercado de Capitais, cfr. Cristina Sofia Dias, *União do Mercado de Capitais*, in *III Congresso de Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 147 e ss..

13 Comissão Europeia, *Crowdfunding: Mapping EU markets and events study*, 30 de setembro de 2015, p. 75. Entre nós, reclamando uma harmonização europeia como forma de fomento de um mercado integrado de *crowdfunding* na Europa, cfr. Luís Roquette Geraldes e Francisca Seara Cardoso, *Uma revolução chamada crowdfunding*, in *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, p. 511.

14 Comissão Europeia, *Commission staff working document - Impact assessment - Accompanying the document proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European crowdfunding service providers (ECSP) for business and proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending directive 2014/65/EU on markets in financial instruments (SWD(2018)54/F1)*, p. 30.

## 3. Principais traços de regime

---

### 3.1. Objeto e âmbito de aplicação

Nas palavras do seu artigo 1.º, n.º 1, o Regulamento “*estabelece requisitos uniformes relativos à prestação de serviços de financiamento colaborativo*”, sendo estes definidos, nos termos do artigo 2.º, como serviços consistentes em fazer corresponder os interesses dos investidores e dos promotores de projetos em matéria de financiamento de entidades, através da utilização de uma plataforma na internet e acessível ao público, o que pode implicar a prática de uma das seguintes atividades (ou de ambas): (i) facilitação da concessão de empréstimos; e (ii) colocação sem garantia (atividade a que se refere o Anexo I, secção A, ponto (7), da Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de maio de 2014 (“DMIF II”)) de valores mobiliários ou de outros instrumentos admitidos para efeitos de financiamento colaborativo, e receção e transmissão de ordens de clientes (atividade a que se refere o Anexo I, secção A, ponto (1), da DMIF II<sup>15</sup>) relativas a esses valores mobiliários ou instrumentos.

A primeira conclusão, no que ao âmbito de aplicação do Regulamento diz respeito, é, assim, que o mesmo regula apenas as modalidades de *crowdfunding* sob a forma de empréstimo e de investimento. São deixadas, portanto, de fora as modalidades clássicas de *crowdfunding* por donativo e com recompensa. Esta opção assenta numa escolha deliberada de restrição da regulação europeia às componentes financeiras do *crowdfunding*, devido à sua maior interação com os ambientes fortemente regulados das atividades financeiras tradicionais e aos especiais riscos identificados com o *crowdfunding* financeiro, em comparação com as outras modalidades. Da mesma forma, a opção justifica-se com o principal objetivo da intervenção da UE nesta matéria, que é declaradamente o de fortalecer o mercado comum relativamente a uma fonte de financiamento emergente, no preenchimento de uma lacuna no financiamento das pequenas e médias empresas europeias.

É esta última consideração que leva, também, o Regulamento a excecionar do seu âmbito de aplicação os serviços de financiamento colaborativo prestados a promotores de projetos que sejam consumidores, na Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito a consumidores (ou seja, a pessoas singulares que atuam com fins alheios às suas atividades comerciais ou profissionais).

Está, assim, excluída do âmbito de aplicação do Regulamento uma porção importante do mercado do financiamento colaborativo, a qual, quando aplicável, continuará a regular-se pelas várias legislações nacionais.

Por último, é importante referir que o Regulamento tão-pouco se aplica a ofertas de financiamento cujo montante exceda €5.000.000, considerando a soma dos seguintes elementos ao longo de um período de um ano:

---

<sup>15</sup> Recordamos que, para os efeitos da DMIF II, a atividade de receção e transmissão de ordens inclui a mera colocação em contacto de dois ou mais investidores, com vista à realização de uma transação sobre instrumentos financeiros - cfr. o Considerando (44) da DMIF II e o artigo 290.º, n.º 2, do nosso Código dos Valores Mobiliários.

- i. o valor total das ofertas de valores mobiliários e de participações em sociedades de responsabilidade limitada admitidos para efeitos de financiamento colaborativo e dos montantes angariados por via de *crowdfunding* sob a forma de empréstimo através de uma plataforma de financiamento colaborativo por um determinado promotor; e
- ii. o valor total de ofertas de valores mobiliários ao público feitas por um determinado promotor, na sua qualidade de oferente, ao abrigo das isenções de publicação de prospeto previstas no artigo 1.º, n.º 3, ou no artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (UE) 2017/1129 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, relativo ao prospeto a publicar em caso de oferta de valores mobiliários ao público ou da sua admissão à negociação num mercado regulamentado (“Regulamento do Prospeto”).

Este limite é fixado para evitar oportunidades de arbitragem regulatória e para delimitar claramente a fronteira entre o *crowdfunding* e as atividades de intermediação financeira tradicionais, no valor correspondente ao limiar utilizado pela maioria dos Estados-Membros (incluindo Portugal - cfr. o artigo 111.º, n.º 1, alínea (i), do Código dos Valores Mobiliários (“CVM”)) para a isenção das ofertas de distribuição de valores mobiliários ao público da obrigação de publicação de um prospeto nos termos do Regulamento do Prospeto.

Deve-se cotejar esta opção com o efeito da Diretiva (UE) 2020/1504 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de outubro de 2020, que introduziu como nova categoria de entidade isenta da aplicação das regras da DMIF II os prestadores de serviços de financiamento colaborativo na aceção do Regulamento (leia-se, dentro dos limites nele fixados) - artigo 2.º, n.º1, alínea (p), da DMIF II. Ou seja, resulta desta delimitação do âmbito de aplicação do Regulamento o seguinte: quando ele se aplique (portanto, no que diz respeito a ofertas até ao referido limiar de €5.000.000), os prestadores de serviços de financiamento colaborativo estarão sujeitos às regras do Regulamento e poderão prestar os serviços de financiamento colaborativo de acordo com as suas regras; pelo contrário, quando o modelo de negócio dos exploradores de plataformas implique a ultrapassagem destes limites e a sua atividade compreenda serviços e atividades de investimento, estes deverão cumprir as regras definidas nas legislações nacionais que transpõem a DMIF II<sup>16</sup>, com sujeição pelas demais disposições do direito nacional aplicável à atividade em causa.

### 3.2. Autorização e exclusividade

Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento<sup>17</sup>, os serviços de financiamento colaborativo “apenas são prestados por pessoas coletivas que estejam estabelecidas na União e que tenham sido autorizadas como prestadores de serviços de financiamento colaborativo nos termos do artigo 12.º”.

Esta disposição estabelece uma regra de exclusividade estrita, no que aos serviços de financiamento colaborativo abrangidos no âmbito de aplicação do Regulamento diz respeito, aplicável tanto à atividade de *crowdfunding* circunscrita ao território nacional de cada Estado-Membro, como ao exercício transfronteiriço desta atividade. Tal representa, assim, uma importante alteração relati-

16 Cfr. a Proposta de Regulamento apresentada pela Comissão Europeia, de 8 de março de 2018 (COM(2018) 113 final), p. 10.

17 Exceto quando se disser o contrário, as referências a artigos serão doravante entendidas como correspondentes a artigos do Regulamento.

vamente ao que era, a este respeito, o projeto inicial da Comissão, que configurava a categoria regulatória de prestador de serviços de financiamento colaborativo ao abrigo do regulamento europeu como uma categoria opcional especialmente vocacionada para atividades transfronteiriças, que coabitaria com os regimes nacionais aplicáveis ao financiamento colaborativo<sup>18</sup>.

A entidade que pretenda, assim, exercer serviços de financiamento colaborativo que estejam incluídos no âmbito de aplicação do Regulamento deverá apresentar um pedido de autorização, nos termos definidos no artigo 12.º, à autoridade designada para o exercício das competências previstas no Regulamento pelo Estado-Membro em que essa entidade tiver o seu estabelecimento (nos termos do artigo 29.º). O artigo 12.º define os elementos que deverão constar do pedido de autorização, devendo a autoridade competente do Estado-Membro em questão decidir sobre a concessão da autorização no prazo máximo de três meses a contar da data de receção de um pedido que seja acompanhado de todos esses elementos. A decisão deve ser devidamente fundamentada, e terá em consideração a natureza, escala e complexidade dos serviços que o requerente pretende prestar, bem como a capacidade do respetivo órgão de gestão para garantir a sua gestão sã e prudente, a continuidade das atividades e a salvaguarda dos interesses dos clientes e da integridade do mercado.

A autoridade do Estado-Membro que receba um pedido de autorização deverá consultar a sua congénere em outro Estado-Membro quando a entidade requerente tenha algum dos elos de ligação àquele Estado-Membro definidos no n.º 7 do artigo 12.º (quando seja filial de um prestador de serviços de financiamento colaborativo autorizado nesse Estado-Membro ou da respetiva empresa-mãe, ou quando seja controlado pelas mesmas pessoas singulares ou coletivas que controlam um prestador de serviços de financiamento colaborativo autorizado nesse Estado-Membro).

Numa disposição importante (artigo 12.º, n.º 13), o Regulamento clarifica que os prestadores de serviços de financiamento colaborativo autorizados nos termos deste instrumento normativo não têm de limitar a sua atividade a esses mesmos serviços, podendo exercer outras atividades (as quais poderão, inclusivamente, ser atividades reguladas conforme veremos adiante).

Acrescenta-se, ainda, que caso a entidade que requeira autorização ao abrigo do artigo 12.º seja uma entidade já portadora de uma autorização emitida nos termos da Diretiva 2009/110/CE (relativa a instituições de moeda eletrónica - "Diretiva das Instituições de Moeda Eletrónica"), da Diretiva 2013/36/UE (relativa a instituições de crédito e empresas de investimento), da DMIF II, da Diretiva (UE) 2015/2366 (relativa a serviços de pagamento - "PSD2"), ou da legislação nacional incidente sobre serviços de financiamento colaborativo anteriormente à entrada em vigor do Regulamento (quando exista), a autoridade competente não exigirá que essa entidade preste informações ou apresente documentos que já tenha fornecido ao requerer uma autorização nos termos das referidas diretivas ou do direito nacional, desde que essas informações ou documentos se mantenham atualizados e estejam acessíveis à autoridade competente.

---

18 Proposta de Regulamento apresentada pela Comissão Europeia, de 8 de março de 2018 (COM(2018) 113 final), p. 10: "A proposta visa estabelecer regras uniformes em matéria de financiamento colaborativo a nível da UE. Não substitui as regras nacionais em matéria de financiamento colaborativo, caso existam. Nos termos da proposta, um prestador de serviços de financiamento colaborativo pode optar por prestar ou continuar a prestar serviços no mercado interno nos termos do direito nacional aplicável (incluindo no caso de o Estado-Membro optar por aplicar a MiFID II ao financiamento colaborativo), ou requerer autorização para fornecer serviços de financiamento colaborativo ao abrigo do regulamento proposto. No caso de autorização ao abrigo das regras da UE, a aprovação abrange não só a prestação de serviços num único Estado-Membro como também numa base transfronteiriças."



A autorização concedida deverá especificar os serviços de financiamento colaborativo que o prestador está autorizado a prestar, e todos os prestadores de serviços de financiamento colaborativo serão inseridos num registo centralizado junto da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados. Cria-se, assim, uma divergência entre as responsabilidades das autoridades nacionais, a quem são confiados o processo de autorização e a supervisão das entidades autorizadas neles estabelecidas, e as responsabilidades da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados, a quem incumbe a manutenção do registo centralizado, para além das suas competências em matéria de desenvolvimento de normas técnicas aplicáveis à atividade, e da organização e publicação de elementos estatísticos sobre o mercado do financiamento colaborativo.

No que à atividade transfronteiriça respeita, e em atenção ao caráter por natureza desmaterializado da atividade da gestão de plataformas de *crowdfunding*, o Regulamento dispõe que os Estados-Membros não poderão exigir uma presença física dos prestadores de serviço no seu território para o desempenho transfronteiriço das suas atividades naquele território (artigo 12.º, n.º 12). Caso um prestador de serviços pretenda desenvolver essas atividades num Estado-Membro em que não se encontre estabelecido, esse prestador limitar-se-á a comunicar as informações referidas no artigo 18.º à autoridade do seu Estado-Membro, que transmitirá oficiosamente essas informações à autoridade congénere do outro Estado.

Por último, no artigo 1.º, n.º 3, estabelece-se que os Estados-Membros não deverão impor aos prestadores de serviços de financiamento colaborativo autorizados nem aos investidores em *crowdfunding* ou aos promotores de projetos financiados nos termos do Regulamento uma autorização enquanto instituição de crédito respeitante à aceitação de fundos reembolsáveis pelo público no contexto das atividades de *crowdfunding* em que intervenham, bem como qualquer outra autorização, dispensa ou isenção a título individual relativamente (i) à aceitação de fundos dos investidores por parte dos promotores de projetos financiados ao abrigo do Regulamento, ou (ii) à concessão de empréstimos através de uma plataforma de *crowdfunding* constituída nos termos do Regulamento por parte dos investidores. Esta última disposição afigura-se-nos útil, sobretudo, para impedir a aplicação divergente, ao nível nacional, dos requisitos regulatórios aplicáveis à aceitação de fundos reembolsáveis e à concessão de crédito nos termos do Regulamento, atividades que, em si, não deverão estar sujeitas a constrangimentos regulatórios distintos dos exigidos pelo Regulamento.

### 3.3. Requisitos prudenciais e supervisão

O Regulamento estabelece, no seu artigo 11.º, requisitos prudenciais específicos para prestadores de serviços autorizados que não correspondam a nenhuma das seguintes categorias de empresas (as quais deverão seguir os requisitos prudenciais que lhes forem aplicáveis nos termos da legislação setorial relevante):

- i. empresas sujeitas, numa base individual ou consolidada, aos requisitos de fundos próprios para risco operacional previstos na parte III, título III, do Regulamento (UE) 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento (“CRR”), ou ao

Regulamento (UE) 2019/2033 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, relativo aos requisitos prudenciais aplicáveis às empresas de investimento;

- ii. empresas sujeitas aos requisitos de capital inicial e fundos próprios aplicáveis às instituições de moeda eletrónica, nos termos da Diretiva das Instituições de Moeda Eletrónica;
- iii. empresas sujeitas aos requisitos de capital inicial e fundos próprios aplicáveis às instituições de pagamento, nos termos da PSD2.

Nos termos do referido artigo, os prestadores de serviços de financiamento colaborativo deverão dispor de salvaguardas prudenciais que equivalham, pelo menos, ao mais elevado dos seguintes montantes: (a) €25.000; ou (b) um quarto das despesas gerais fixas do ano precedente (que incluem o custo do serviço dos empréstimos facilitados através da plataforma durante três meses, caso a mesma inclua essa modalidade de financiamento). Nos casos em que um prestador de serviços exerça a sua atividade há menos de 12 meses, o mesmo poderá, nesse período, recorrer a projeções para calcular as despesas gerais fixas.

As salvaguardas prudenciais deverão revestir uma das seguintes formas, ou uma combinação das duas: (i) uma apólice de seguro (ou garantia equivalente) que cubra os territórios onde as ofertas de financiamento são ativamente comercializadas; ou (ii) fundos próprios principais de nível 1, nos termos dos artigos 26.º a 30.º do CRR, após aplicação integral das deduções previstas no artigo 36.º daquele regulamento, e sem aplicação dos limiares de isenção previstos nos respetivos artigos 46.º e 48.º.

A supervisão dos prestadores de serviços de financiamento colaborativo, na parte da sua atividade que corresponda a esses serviços, é confiada às instituições nacionais responsáveis pela respetiva autorização (artigo 15.º). O Regulamento prevê a prestação regular, pelos prestadores de serviços autorizados, de informações sobre as suas atividades e projetos financiados às respetivas autoridades nacionais de supervisão, sendo estas últimas dotadas de poderes de investigação e de supervisão (artigo 30.º), bem como de poderes para revogar a autorização concedida aos prestadores de serviços, nos termos previstos no artigo 17.º.

### 3.4. Serviços de financiamento colaborativo

Como vimos, o Regulamento aplica-se aos serviços de financiamento colaborativo correspondentes às modalidades de *crowdfunding* por empréstimo (em que a atividade do prestador de serviços corresponde à facilitação da concessão de empréstimos através da plataforma eletrónica) e de *crowdfunding* de investimento (em que a atividade do prestador de serviços se reconduz à colocação sem garantia de instrumentos financeiros e de receção e transmissão de ordens de clientes).

Os serviços prestados através da plataforma podem ser, portanto, de mera intermediação, no sentido em que a plataforma se poderá limitar a reunir, num único local virtual e de uma forma neutra, todos os promotores de projetos que pretendam beneficiar de financiamento sob uma das formas permitidas (empréstimo ou investimento) e todos os potenciais investidores.

No entanto, numa assinalável abertura aos diferentes modelos de negócio e formas de funcionamento das diversas plataformas existentes e a criar, o Regulamento também permite que, no contexto do desempenho das suas atividades, os prestadores de serviços de financiamento colaborativo:

- i. proponham a investidores individuais projetos de financiamento colaborativo que correspondam a um ou mais parâmetros ou indicadores de risco previamente fixados pelo investidor, que poderão ou não ser objeto de investimento mediante decisão de investimento expressa do investidor; e
- ii. obtenham do investidor um mandato para o exercício de gestão individual de carteiras de empréstimos (caso em que os prestadores de serviços afetarão, numa base discricionária, um montante pré-determinado de fundos de um investidor a um ou vários projetos disponíveis para investimento na sua plataforma, de acordo com os parâmetros fornecidos pelos investidores e sem necessidade de recolha de uma decisão expressa de investimento por cada oferta de financiamento colaborativo selecionada pelo prestador de serviços).

Esta latitude oferecida pelo Regulamento permitirá aos prestadores de serviços de financiamento colaborativo disponibilizar aos investidores, sem necessidade de um passaporte da DMIF II (e desde que se atenham aos limites do âmbito de aplicação do Regulamento - cfr. a secção 3.1 acima), plataformas cujo papel não se limita a ser meramente passivo, de mediação e encontro entre investidores e promotores, mas que, pelo contrário, podem ter funcionalidades que, no limite, são típicas da atividade de consultoria de investimento, quando tenham por objeto instrumentos financeiros<sup>19</sup>.

Os prestadores de serviços que prestem serviços de gestão individual de carteiras devem respeitar os parâmetros do mandato conferido pelos investidores, tomar todas as medidas necessárias para obter os melhores resultados possíveis e divulgar aos investidores o processo de tomada de decisão inerente à execução do mandato recebido (artigo 3.º, n.º 4, segundo parágrafo). Igualmente, nestes casos, os prestadores de serviços deverão assegurar o cumprimento das responsabilidades de avaliação, de registo de operações e mandatos, e de divulgação de informação aos investidores previstos no artigo 6.º.

Finalmente, numa importante clarificação das fronteiras regulatórias da categoria de prestadores de serviços de financiamento colaborativo, do artigo 10.º resulta claramente que a prestação de serviços de custódia de ativos ou de serviços de pagamento não estão abrangidas pela autorização regulatória conferida nos termos do artigo 12.º. Caso estes serviços sejam oferecidos no contexto da solução de financiamento colaborativo oferecida por determinada plataforma, os mesmos podem ser disponibilizados pelo próprio prestador de serviços ou por terceiro, desde que, nesse caso, o prestador de serviços ou o terceiro detenham uma autorização em conformidade com a Diretiva 2013/36/UE (relativa a instituições de crédito e empresas de investimento), com a DMIF

19 Sendo que, no entanto, no Considerando (21) do Regulamento, se deixa claro que "[a] existência de ferramentas de filtragem numa plataforma de financiamento colaborativo (...) não deverá ser considerada consultoria de investimento na aceção da Diretiva 2014/65/UE, desde que essas ferramentas forneçam informações aos clientes de uma forma neutra que não constitua uma recomendação. Entre essas ferramentas, deverão estar as que permitem exibir resultados com base em critérios relacionados com características puramente objetivas do produto".

II - no que diz respeito aos serviços de custódia de ativos - ou com a Diretiva (UE) 2015/2366 (relativa a serviços de pagamento) - no que diz respeito aos serviços de pagamento.

Quer estes serviços sejam prestados por si ou por terceiros, os prestadores de serviços deverão, em todo o caso, informar devidamente os seus clientes sobre a natureza e os termos e condições dos mesmos, com indicação das referências ao direito nacional aplicável, e indicar se esses serviços são exercidos diretamente pelos prestadores de serviços de financiamento colaborativo ou por terceiros.

### 3.5. Principais regras de conduta

Os prestadores de serviços de financiamento colaborativo autorizados nos termos do Regulamento devem agir *"de forma honesta, equitativa e profissional, em função dos interesses dos seus clientes"* (artigo 3.º, n.º 2). Para tal, designadamente, o respetivo órgão de gestão tem a responsabilidade de estabelecer e supervisionar a aplicação de *"políticas e procedimentos adequados que garantam uma gestão eficaz e prudente, incluindo a separação de funções, a continuidade das atividades e a prevenção de conflitos de interesses, de modo a promover a integridade do mercado e os interesses dos seus clientes"* (artigo 4.º, n.º 1), e dos sistemas e controlos necessários à avaliação de riscos relacionados com os financiamentos intermediados através da plataforma (artigo 4.º, n.º 2, primeiro parágrafo).

Resulta da redação do Regulamento que os prestadores de serviços de financiamento colaborativo poderão, assessoradamente às suas atividades de financiamento colaborativo, determinar o preço de ofertas de financiamento colaborativo; caso o façam, deverão cumprir integralmente as regras definidas nos números 4 e seguintes do artigo 4.º, referentes à avaliação dos riscos de crédito das ofertas de financiamento e à definição de um quadro de gestão de riscos adequado ao cumprimento dos requisitos de avaliação e fixação do preço das ofertas aí estabelecidos.

Concretizando uma importante opção de política legislativa que toma posição no sentido da maior responsabilização das plataformas na análise das ofertas de financiamento submetidas pelos promotores de projetos, o artigo 5.º exige que os prestadores de serviços exerçam, *"pelo menos, um nível mínimo"* de *due diligence* relativamente aos promotores de projetos que utilizem a sua plataforma, a qual deverá abranger, designadamente, a verificação de que o promotor não tem antecedentes criminais nas áreas do direito das sociedades, insolvência, serviços financeiros, prevenção de branqueamento de capitais, fraude ou responsabilidade profissional, e de que o promotor não está estabelecido numa jurisdição não cooperante ou num país terceiro de risco elevado, na aceção do artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo.

Também o procedimento de tratamento de queixas de clientes é objeto de regulação expressa no Regulamento, segundo o qual os prestadores de serviços deverão adotar procedimentos eficazes e transparentes com vista ao tratamento gratuito, *"expedito, equitativo e coerente das queixas"*, devendo a descrição desses procedimentos ser publicada na plataforma (artigo 7.º). Deve ser disponibilizado aos clientes um modelo normalizado para a apresentação de queixas, devendo

igualmente ser mantido um registo de todas as queixas recebidas e das medidas tomadas na sequência da sua receção.

O artigo 8.º estabelece, também, a obrigação, por parte dos prestadores de serviços de *crowdfunding*, de manter e aplicar regras internas eficazes para prevenir conflitos de interesses, e impede-os de deter qualquer tipo de participação nas ofertas de financiamento colaborativo realizadas através das respetivas plataformas, ou de aceitar enquanto promotores de projetos nas suas plataformas:

- i. titulares de participações sociais que detenham 20% ou mais do respetivo capital ou direitos de voto;
- ii. titulares dos respetivos órgãos de gestão ou empregados dos prestadores de serviços; ou
- iii. pessoas singulares que tenham com esses titulares de participações sociais, titulares de órgãos de gestão ou empregados uma "relação de controlo", na aceção do artigo 4.º, n.º 1, ponto 35)b), da DMIF II.

O investimento por parte das pessoas e entidades referidas nos parágrafos (i), (ii) e (iii) é, no entanto, permitido desde que os prestadores de serviços divulguem integralmente na sua página *web* o facto de terem aceitado tais pessoas como investidores, incluindo informação completa sobre os projetos de financiamento objeto desses investimentos, e garantam que esses investimentos são efetuados nos mesmos termos aplicáveis aos demais investidores e que os investidores relacionados com os prestadores de serviços não gozam de qualquer tratamento preferencial ou de acesso privilegiado a informação (artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo).

É responsabilidade dos prestadores de serviços, por fim, tomar todas as medidas adequadas para prevenir, identificar, gerir e divulgar eventuais conflitos de interesses entre os prestadores de serviços e as pessoas e entidades referidas nos parágrafos (i), (ii) e (iii) acima, por um lado, e os seus clientes, por outro, ou ainda entre dois clientes distintos; a natureza geral e as fontes dos eventuais conflitos de interesses, bem como as medidas para a sua mitigação, deverão ser divulgadas aos clientes num lugar de destaque na respetiva página *web*.

### 3.6. Normas de proteção dos investidores

O Regulamento estabelece diversas medidas de proteção dos investidores em plataformas de *crowdfunding*, sendo os mais relevantes os seguintes: (i) requisitos relativos à informação a prestar aos clientes; (ii) o dever de avaliação da sofisticação dos clientes, associado a obrigações de informação e advertências adicionais em função dos resultados dessa avaliação; e (iii) o período de reflexão pré-contratual.

Quanto ao primeiro tipo de medidas, para além das obrigações de divulgação respeitantes a situações de potencial conflito de interesses, que já discutimos, estabelece-se que todas as informações fornecidas pelos prestadores de serviços de financiamento devem ser corretas e claras, não podendo induzir em erro. Para além disso, exige-se que os prestadores de serviços informem

claramente os seus clientes de que os montantes disponibilizados para efeitos de financiamento colaborativo não beneficiam da cobertura do sistema de garantia de depósitos (estabelecido em conformidade com a Diretiva 2014/49/UE) e de que os valores mobiliários ou instrumentos adquiridos através da plataforma não estão cobertos pelo sistema de indemnização de investidores (estabelecido em conformidade com a Diretiva 97/9/CE).

Ademais, sempre que seja feita uma oferta de financiamento, o prestador de serviços de financiamento colaborativo deverá incluir num local de destaque, independentemente do suporte utilizado, informação aos clientes sobre o período de reflexão pré-contratual a que fazemos referência *infra*, bem como do método utilizado para calcular as classificações de risco ou os preços que tenham atribuído a determinados projetos ou ofertas de financiamento (caso a plataforma tenha atribuído essas classificações ou determinado esses preços).

Em complemento, os prestadores de serviços deverão publicar em lugar de destaque na sua página *web* as taxas de incumprimento dos projetos de financiamento colaborativo oferecidas nas respetivas plataformas ao longo, pelo menos, dos últimos 36 meses, bem como publicar anualmente uma declaração de resultados, indicando (conforme aplicável) a taxa de incumprimento prevista e efetiva de todos os empréstimos, um resumo dos pressupostos utilizados na determinação das taxas de incumprimento e, caso tenha sido determinada uma taxa-alvo para a gestão individual de carteiras de empréstimos, o retorno efetivo alcançado através dessa gestão.

Para além desses deveres gerais de divulgação de informação, numa solução semelhante à adotada nos artigos 16.º e 17.º do regime português do financiamento colaborativo, a plataforma deverá disponibilizar aos investidores, relativamente a cada oferta investimento em concreto, uma ficha de informação fundamental sobre o investimento elaborada pelo promotor do projeto em causa, a qual apresentará o conteúdo mínimo previsto no anexo I ao Regulamento, bem como as advertências de risco previstas no artigo 23.º. Semelhante obrigação impende sobre os prestadores de serviços que ofereçam serviços de gestão individual de carteiras, com as devidas adaptações (artigo 24.º).

A segunda grande medida de proteção introduzida pelo Regulamento relaciona-se com a proteção especial dos “investidores não sofisticados”, aos quais apenas poderá ser dado pleno acesso às plataformas após a realização de uma avaliação prévia da adequação dos serviços de financiamento colaborativo a esses investidores por parte dos prestadores de serviços de financiamento colaborativo.

O cumprimento deste dever pressupõe, em primeiro lugar, a atribuição da classificação de investidor sofisticado ou de investidor não sofisticado a cada investidor que tenha interação com a plataforma, sendo que, nos termos do Regulamento, são considerados investidores sofisticados os clientes profissionais por natureza (nos termos do anexo II, secção I, da DMIF II) que comprovem essa qualificação, ou qualquer pessoa singular ou coletiva cujo tratamento como investidor sofisticado tenha sido aprovada pelo prestador de serviços de financiamento colaborativo nos termos do procedimento previsto no anexo II do Regulamento (todos os demais serão investidores não sofisticados).

A avaliação da adequação dos serviços de financiamento colaborativo aos investidores não sofisticados que pretendam ter acesso à plataforma é feita com base em informações sobre a experiência, os objetivos de investimento, a situação financeira, a capacidade de suportar perdas, e a compreensão dos riscos inerentes a essa atividade de investimento por parte dos investidores. A cada dois em dois anos, essa avaliação é objeto de revisão (sendo que, no que diz respeito à capacidade de suportar perdas, essa revisão deve ser feita anualmente com base numa simulação de perdas calculadas em 10% do patrimônio líquido do investidor).

Não obstante o anterior, a omissão da prestação da informação necessária às averiguações acima explanadas ou a conclusão, por parte do prestador de serviços, de que determinado investidor não tem conhecimentos e experiência suficiente para realizar determinados investimentos não poderá, em qualquer caso, impedir esse investidor de investir em qualquer projeto de financiamento colaborativo (artigo 21.º, n.ºs 4 e 6). A única consequência será, nestes casos, a receção pelo investidor de uma advertência de risco enviada pelo prestador de serviços de financiamento colaborativo, na qual se deve indicar claramente o risco de perda total do montante investido. Os investidores que estejam nessa situação deverão declarar expressamente que receberam e compreenderam a advertência antes de prosseguir para a confirmação do investimento. Semelhante procedimento será exigido quando um investidor não sofisticado aceitar uma oferta de financiamento colaborativo de montante superior ao valor mais elevado entre (i) € 1.000, ou (ii) 5% do seu patrimônio líquido.

Acresce uma medida adicional de proteção a investidores não sofisticados, introduzida pelo artigo 22.º do Regulamento, que consiste no estabelecimento de um período de reflexão pré-contratual obrigatório: caso tenha interesse em realizar determinado investimento, o investidor insere a sua oferta ou manifestação de interesse no investimento na plataforma, momento em que se inicia um período de reflexão de quatro dias. Caso, nesse período, o investidor se arrependa da decisão de investimento, poderá dar sem efeito a sua oferta ou manifestação de interesse *ad nutum* e sem qualquer penalização. Caso seja adotada a modalidade de gestão individual de carteira de empréstimos (em que o prestador de serviços pode concluir operações de investimento discricionariamente, dentro dos limites do mandato conferido pelo investidor), este período de reflexão aplica-se apenas à outorga do mandato e não a cada operação de investimento.

Por último, são definidas regras relativas às comunicações comerciais e publicitárias (artigos 27.º e 28.º), as quais visam assegurar, sobretudo, que as mesmas são claras, corretas, coerentes com as fichas de informação fundamental sobre os investimentos a que digam respeito (caso aplicável), e que as mesmas não induzem em erro nem conferem destaque desproporcionado a determinados projetos ou ofertas individuais de financiamento. Em todo o caso, clarifica-se que as autoridades nacionais de supervisão não podem exigir que estas comunicações sejam objeto de notificação e aprovação *ex ante* (sem prejuízo da possibilidade de intervenção *ex post*, nos termos do artigo 30.º, n.º 2, alínea b)).



## 4. Regulamentação

---

Refira-se, por fim, que, ao longo do Regulamento, é feita referência à posterior adoção, por parte da Comissão, de normas técnicas de regulamentação do regime nele previsto, nos termos dos artigos 10.º a 14.º do Regulamento (UE) n.º 1095/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, sobre a base de projetos elaborados pela ESMA. Atendendo à extensão das questões relativamente às quais o Regulamento prescreve uma regulamentação técnica posterior, é de esperar que esta assuma a maior importância na integração e detalhe da regulação da atividade do *crowdfunding* e funcione como uma importante fonte de orientações de atuação para as autoridades nacionais.

## 5. Aspetos do futuro enquadramento jurídico dos serviços de financiamento colaborativo em Portugal

---

### 5.1. O Regulamento e o direito nacional

Portugal, como atrás foi referido, é um dos vários Estados-Membros da UE que avançou para uma regulação nacional do fenómeno do *crowdfunding*, tendo optado por regular tanto o *crowdfunding* chamado financeiro (de capital e por empréstimo) como as principais modalidades de *crowdfunding* não financeiro (de donativo e com recompensa). O legislador nacional regulou esta matéria através do RJFC, aprovado pela Lei n.º 102/2015, de 24 de agosto, o qual foi, posteriormente, complementado pela Lei n.º 3/2018, de 9 de fevereiro (que, para além de introduzir algumas alterações ao RJFC, definiu o regime sancionatório aplicável à atividade de financiamento colaborativo), e regulamentado pelo Regulamento da CMVM n.º 1/2016.

Versando o Regulamento sobre a prestação de serviços colaborativos consistentes na facilitação da concessão de empréstimos e na colocação sem garantia de instrumentos ou valores mobiliários através de plataformas de *crowdfunding*, é forçoso concluir que, mesmo tendo em conta a delimitação negativa do âmbito de aplicação do Regulamento que se explicitou na secção 3.1 *supra*, haverá uma área de sobreposição relevante entre o Regulamento e o regime português do financiamento colaborativo.

Considerando o efeito direto do Regulamento na ordem jurídica dos vários Estados-Membros da UE, quando o mesmo passar a regular as atividades de *crowdfunding* sobre que versa - o que, nos termos do respetivo artigo 51.º, ocorrerá a partir de 10 de novembro de 2021 - o regime português do financiamento colaborativo ver-se-á amputado de uma parte relevante do seu campo de aplicação. Isto decorre da conjugação das regras gerais sobre a cessação da vigência da lei com o princípio do primado do direito da UE.

No entanto, uma vez que o âmbito de aplicação das regulamentações nacional e europeia não é totalmente coincidente, não resultará direta e necessariamente do Regulamento a revogação total do enquadramento nacional desta disciplina, nada obstando a que, por exemplo, o financiamento

colaborativo de vertente social ou não financeira continue a regular-se pelas disposições da lei nacional, na parte aplicável.

Em todo o caso, sendo necessária intervenção legislativa ao nível interno, designadamente para aprovação de um regime sancionatório compatível com o disposto nos artigos 39.º e 40.º do Regulamento e para transposição das alterações introduzidas à DMIF II (pela Diretiva (UE) 2020/1504 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de outubro de 2020), e à Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019 (por força do artigo 47.º do Regulamento), parece ser da maior conveniência que o legislador português aproveite o ensejo para clarificar o âmbito de aplicação do regime jurídico do financiamento colaborativo, conferindo desta forma maior coerência ao conjunto da regulamentação da atividade do *crowdfunding* no território português.

Ademais, Portugal deverá nomear a autoridade a que será confiada a responsabilidade de desempenhar as funções de supervisão e exercer as demais competências previstas no Regulamento, no que diz respeito aos prestadores de serviços de financiamento colaborativo estabelecidos no respetivo território. Sem presumir substituir-nos a uma deliberação que sempre carecerá de devida ponderação em canais próprios, o natural será que a escolha venha a recair sobre a Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários (“CMVM”), atendendo a que esta entidade tem, atualmente, a responsabilidade pela regulação e supervisão das atividades de financiamento colaborativo de capital e de empréstimo (artigo 15.º do RJFC), bem como pela fiscalização, averiguação, instrução e aplicação de medidas sancionatórias respeitantes ao financiamento colaborativo em Portugal.

## 5.2. A intermediação financeira e o regime das ofertas públicas

A atividade de financiamento colaborativo, tal como definida no Regulamento, implicará, em certos casos, a prática de atividades de intermediação financeira. Tal será o caso, por exemplo, da colocação sem garantia de instrumentos financeiros através de uma plataforma de *crowdfunding*. Por essa razão, o n.º 2 do artigo 10.º do RJFC dispunha que as atividades de financiamento colaborativo realizadas ao abrigo daquele regime apenas poderiam implicar a emissão de instrumentos financeiros se a intermediação fosse feita *“por intermediário financeiro, nos termos da legislação aplicável ao mercado de instrumentos financeiros”* (cfr., também, os artigos 289.º, n.º 2, e 290.º, ambos do CVM).

No entanto, com a aprovação do Regulamento e da Diretiva (UE) 2020/1504 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de outubro de 2020, que isenta do âmbito de aplicação da DMIF II os prestadores de serviços de financiamento colaborativo na aceção do Regulamento, deverá ser refletida (até 10 de maio de 2021) essa opção do legislador da UE através da introdução dessa isenção no regime nacional aplicável às atividades de intermediação financeira (provavelmente, no n.º 3 do artigo 289.º do CVM).

Este desenvolvimento, que se saúda por evitar uma onerosa “dupla autorização” para intermediários de *crowdfunding* de capital, é consequência direta do estabelecimento das novas regras de autorização, requisitos prudenciais e supervisão previstas no Regulamento e que passam, no que

diz respeito às atividades de financiamento colaborativo desenvolvidas no seu âmbito de aplicação, a ter aplicação direta.

Por outro lado, as ofertas de valores mobiliários feitas através das plataformas de *crowdfunding* serão, na esmagadora maioria dos casos, ofertas públicas, nos termos do artigo 109.º do CVM<sup>20</sup>, sendo, no entanto, plenamente aplicável a isenção da aplicação do Título III do referido Código (incluindo as regras relativas à exigibilidade de prospeto) no que diz respeito às ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários cujo valor total na UE seja inferior a €5.000.000, calculado em função das ofertas realizadas ao longo de um período de 12 meses.

O afastamento do regime do prospeto, no que diz respeito às ofertas de financiamento colaborativo realizadas nos termos do Regulamento, em favor dos requisitos de informação específicos nele consagrados, foi um resultado deliberadamente querido pelo legislador, como é expressamente referido nos Considerandos (16) e (17) do Regulamento. Foi, também, a razão da fixação do limiar de €5.000.000 por oferta como fronteira ao âmbito de aplicação do Regulamento, bem como a derrogação temporária da aplicação do Regulamento, prevista no seu artigo 49.º, aplicável nos Estados-Membros que tenham optado por colocar o limiar da isenção da exigência de publicação de prospeto em valor inferior a €5.000.000 em aplicação do Regulamento do Prospeto.

Aparentemente, tendo em conta a lei nacional vigente, as sociedades emitentes de valores mobiliários distribuídos através de oferta realizada em plataforma de *crowdfunding* terão (continuarão a ter) a classificação de sociedade aberta, nos termos do artigo 13.º do CVM<sup>21</sup>, classificação essa que atrai um enquadramento jurídico oneroso e particularmente desajustado se pensarmos que todo o regime do *crowdfunding* se dirige principalmente a constituir uma fonte de financiamento alternativo para pequenas e médias empresas. Seria, assim, de toda a conveniência que a lei nacional incluísse uma disposição que claramente consagrasse a existência de uma exceção ao regime das sociedades abertas quando a aquisição dessa natureza resultasse apenas do recurso ao financiamento colaborativo, tal como este é regulado pelo Regulamento e no respeito pelos respetivos limiares quantitativos.

## 6. Conclusão

A partir do momento em que o regime previsto no Regulamento passar a aplicar-se à atividade do *crowdfunding*, ou seja, a partir de 10 de novembro de 2021, o panorama europeu do *crowdfunding* sofrerá uma alteração significativa, com a existência de regras comuns, coordenadas com as demais regras de origem europeia no domínio do mercado de capitais e das atividades de investimento, um regime simples de controlo regulatório da atividade transfronteiriça no espaço

---

20 Isto mesmo é expressamente admitido pela CMVM, no respeitante a ofertas feitas ao abrigo do RJFC, nas suas "Perguntas e respostas sobre financiamento colaborativo", disponíveis em [https://www.cmvm.pt/pt/AreadoInvestidor/Faq/Pages/FAQs-Crowdfunding\\_industria.aspx](https://www.cmvm.pt/pt/AreadoInvestidor/Faq/Pages/FAQs-Crowdfunding_industria.aspx). Cfr., igualmente, o que refere, a este propósito, Clara Martins Pereira, *Op. cit.*, pp. 35 e ss.. Vide, no entanto, as dúvidas manifestadas por Ana Sâ Couto e Frederico Romano Colaço, *Op. cit.*, p. 133, que aqui ecoamos, sobre a articulação entre os artigos 13.º e 111.º do Código dos Valores Mobiliários no que diz respeito à qualificação da oferta.

21 Neste sentido, João Vieira dos Santos, *Regime...*, cit., p. 668, Clara Martins Pereira, *Op. cit.*, p. 37, e Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 591.

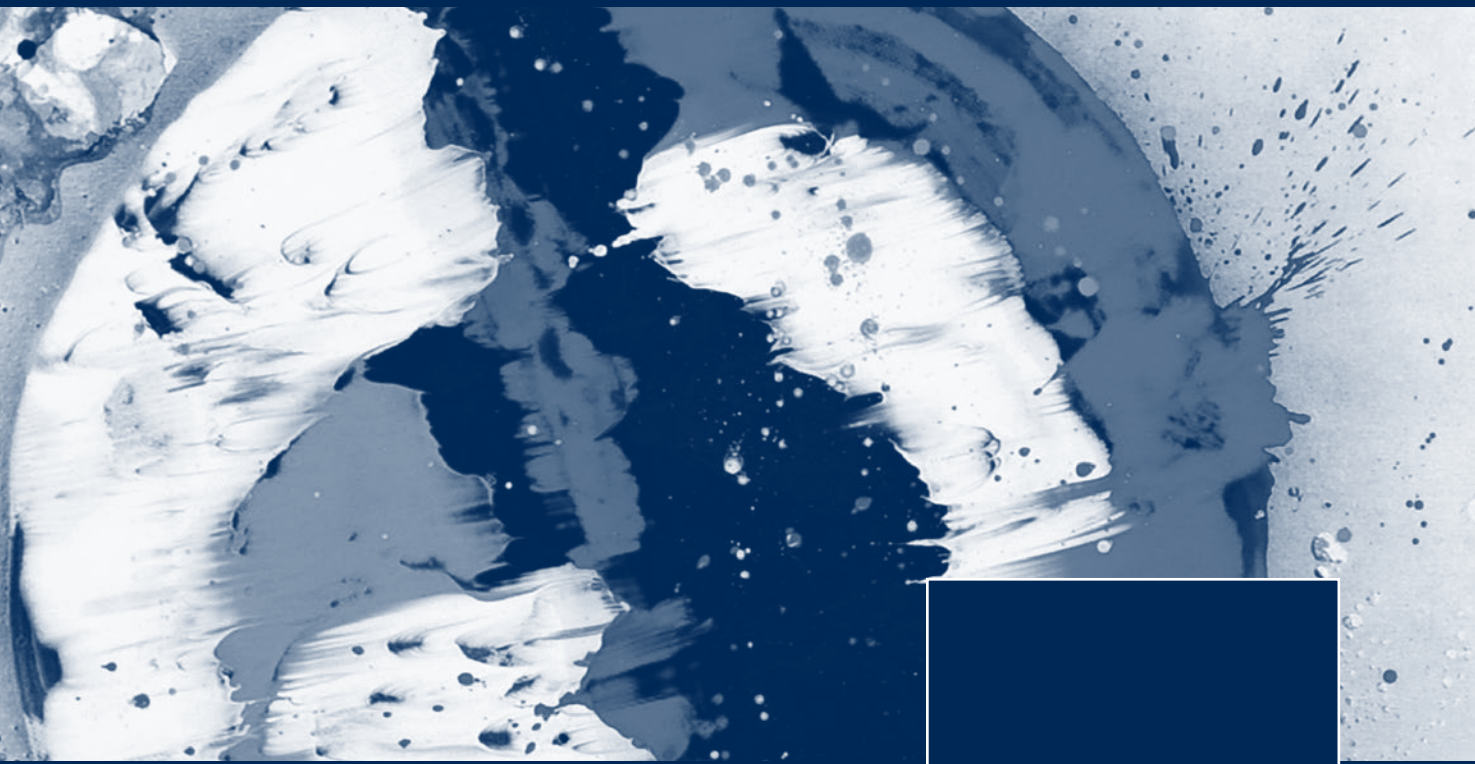
da UE e um quadro de supervisão definido, sobretudo confiado às autoridades competentes dos diversos Estados-Membros.

Julgamos que a iniciativa tem mérito, tanto pelo que, provavelmente, contribuirá para o crescimento e desenvolvimento de um verdadeiro mercado europeu do *crowdfunding*, como pelas bem-vindas clarificações e demarcações de regime relativamente às realidades regulatórias da intermediação financeira e das ofertas públicas.

Não obstante o efeito direto de que o Regulamento, por natureza, está munido, os instrumentos da UE aprovados no contexto da regulamentação europeia desta atividade e o próprio efeito que esta regulamentação terá na ordem jurídica portuguesa exigem uma intervenção legislativa ao nível nacional, não só na clarificação do âmbito de aplicação do RJFC, como na adequação das regras do CVM às características das atividades do *crowdfunding* que passarão a ser praticadas ao abrigo do Regulamento em território nacional.

Aguarda-se com expectativa a produção legislativa neste domínio, bem como a publicação dos atos delegados que darão corpo às normas técnicas de regulamentação do regime europeu do *crowdfunding*. Dados estes passos de caráter técnico e legislativo, e estando as autoridades nacionais preparadas para assumir as novas responsabilidades que lhes serão confiadas neste domínio, resta-nos esperar que o mercado possa florescer e desenvolver-se, no caminho para a tão desejada União do Mercado de Capitais.





Foro de  
Actualidad





España

## LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL EN CK TELECOMS VS. COMISIÓN: UNA DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS EN CONTROL DE CONCENTRACIONES

Jokin Beltrán de Lubiano

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

### **La sentencia del Tribunal General en CK Telecoms vs. Comisión: una declaración de principios en control de concentraciones**

*En su sentencia de 28 de mayo de 2020, CK Telecoms vs. Comisión, T-399/16, ECLI:EU:C:2020:21, el Tribunal General de la Unión Europea ha formulado principios de alcance general en materia de control de concentraciones, como el relativo al estándar de prueba aplicable en este ámbito (probabilidad seria), y ha indicado qué requisitos son necesarios para prohibir una concentración por sus efectos no coordinados o unilaterales, cuando se produce una operación en un mercado oligopolista sin llegar a crear un operador dominante.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

DEFENSA DE LA COMPETENCIA, CONTROL DE CONCENTRACIONES, EFECTOS NO COORDINADOS, ESTÁNDAR DE PRUEBA.

### **The Judgment of the General Court in CK Telecoms: A Statement of Principle in Merger Control**

*In its judgment dated 28 May 2020, CK Telecoms vs. Commission, T-399/16, ECLI:EU:C:2020:21, the General Court of the European Union has laid down general principles of general application for merger control, such as the applicable standard of proof in this field (strong probability), and has formulated the necessary conditions to block a merger for its non-coordinated or unilateral effects, when a merger takes place in an oligopolistic market but falls short of creating a dominant operator.*

**KEY WORDS:**

COMPETITION LAW, MERGER CONTROL, NON-COORDINATED EFFECTS, STANDARD OF PROOF.

**FECHA DE RECEPCIÓN: 27-11-2020****FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-12-2020**

Beltrán de Lubiano, Jokin (2020). La sentencia del Tribunal General en CK Telecoms vs. Comisión: una declaración de principios en control de concentraciones. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 117-125 (ISSN: 1578-956X).

## 1. La decisión de la Comisión Europea en *Hutchinson 3G/Telefónica UK*

---

En marzo de 2015, Hutchinson 3G UK (titular del operador de telefonía móvil británico Three) anunció un acuerdo con Telefónica para adquirir su operador móvil en Reino Unido (O2). Como resultado de esta operación, el número de operadores móviles con red propia en este país se habría reducido de cuatro operadores (las partes en la operación, Three y O2, junto con Vodafone y EE/BT) a tres. La operación se enmarcaba en un contexto generalizado de consolidación en el sector de las telecomunicaciones a nivel europeo y en un debate sobre los efectos para la competencia de estas operaciones "4 a 3" en las que se "perdía" un operador a nivel nacional.

La operación fue notificada a la Comisión Europea de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (el "Reglamento 139/2004") en septiembre de ese mismo año. La notificación dio inicio a un voluminoso procedimiento administrativo dirigido a dilucidar si la operación era susceptible "de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común" en los términos del artículo 2.3 del citado Reglamento. Mediante la Decisión de la Comisión, de 11 de mayo de 2016, *M.7612 Hutchinson 3G UK/Telefónica UK*, esta institución concluyó que, en efecto, la operación obstaculizaría la competencia en el mercado británico de telefonía móvil y, en consecuencia, la prohibió.

En la detalladísima decisión (la versión no confidencial alcanza una extensión de 731 páginas), la Comisión formuló tres teorías del daño que apoyaban esta conclusión. En primer lugar, la Comisión consideró que la operación produciría efectos anticompetitivos en el mercado minorista de telefonía móvil al eliminar un competidor especialmente dinámico en el contexto de un mercado oligopolista. Es importante señalar que la cuota de mercado combinada de O2 y Three se habría quedado entre el 30 y el 40 %, por debajo del umbral del 50 % que se usa como indicador *prima facie* de dominancia. Por tanto, la objeción de la Comisión no estaba basada en que la operación fuera a crear el operador de telefonía móvil dominante en el mercado británico, sino en que se reforzaría una situación de oligopolio con efectos significativamente perjudiciales para la competencia. En segundo lugar, la Comisión estimó que la concentración habría trastocado las alianzas de *network sharing* existentes en el momento (Vodafone-O2 y EE/BT-Three), de forma que era probable que el nivel de inversiones en la red se redujera en el futuro. En tercer lugar, la Comisión consideró que se produciría una reducción de la competencia significativa en el mercado mayorista de telefonía móvil en perjuicio de operadores virtuales (MVNO) y consumidores finales.

## 2. La sentencia del Tribunal General: principios generales

En su sentencia de 28 de mayo de 2020, *CK Telecoms UK vs. Comisión*, T-399/16, ECLI:EU:C:2020:217, el Tribunal General ha anulado la decisión de la Comisión. La anulación habría sido relevante en cualquier caso, dado que se trata de un suceso poco habitual en un ámbito —el del control de concentraciones— en el que pocas decisiones se recurren y aún menos se anulan. Pero la sentencia —dictada por una sala ampliada de cinco jueces, incluyendo al presidente del Tribunal General— reviste una relevancia especial, pues formula principios de aplicación general en todo el ámbito del control de concentraciones.

### 2.1. Estándar de prueba y teorías novedosas de daño

Un primer ámbito en el que la sentencia formula principios de amplio alcance es el estándar de prueba que ha de satisfacer la Comisión para poder concluir que se producirá un obstáculo significativo para la competencia efectiva (conocido como "SIEC", por las siglas en inglés de *significant impediment to effective competition*) y, por tanto, procede prohibir la concentración. A juicio del Tribunal, el estándar de prueba adecuado para acreditar la existencia de un SIEC es el de "probabilidad seria" (*strong probability*). En los términos habituales de la cultura jurídica anglosajona, el estándar de prueba de probabilidad seria que formula el Tribunal es más estricto que el estándar civil general de preponderancia de la prueba —en el que un hecho se considera probado cuando su certeza es más probable que improbable—, pero menos exigente que el estándar penal general, en el que un hecho se debe acreditar "más allá de la duda razonable". La sentencia también aclara que el estándar de prueba no es sustancialmente diferente en casos de efectos unilaterales o no coordinados —en los que el daño para la competencia proviene de la acción unilateral de cada competidor, al esperarse que estos compitan con menor intensidad posconcentración (como es el caso de la operación entre Three y O2)— que en los casos de efectos coordinados —en los que el daño a la competencia proviene de la mayor facilidad para coordinarse entre competidores que produce una operación (es el caso de otros precedentes relevantes del Tribunal, como *Airtours/First Choice*)—.

La conclusión de la sentencia en este aspecto supone un revolcón importante para la Comisión y previsiblemente dará como resultado una mayor actividad de investigación por parte de esta institución cuando investiga los efectos probables de las concentraciones que se le notifican, para así tratar de asegurar que sus conclusiones se adecuan a este estándar más exigente.

Además, la sentencia recalca que las teorías del daño más prospectivas (que se fundamentan en cadenas de causa-efecto menos obvias e inmediatas) requieren una prueba de una calidad superior y que los tribunales han de ser especialmente exigentes a la hora de analizar la prueba. Aunque la Comisión puede fundamentarse en estas teorías del daño más novedosas (sería el caso de las *killer acquisitions* o las concentraciones con efectos en la innovación, de gran actualidad), el Tribunal lanza en la sentencia una clara señal a la Comisión de que esperará que cualquier decisión de esta naturaleza no se base en especulaciones más o menos fundadas, sino en un edificio probatorio de cimientos sólidos.

## 2.2. Valor de las directrices y precedentes de la Comisión

En el ámbito del control de concentraciones es habitual apoyarse asiduamente en las directrices y comunicaciones publicadas por la Comisión Europea y en la práctica administrativa de esta que se va formando precedente a precedente, dado que, como ya hemos dicho, la actividad judicial es escasa y no existen numerosos precedentes judiciales. En la sentencia, el Tribunal aclara qué valor debe conceder a estas autoridades de naturaleza administrativa.

En relación con las directrices, el Tribunal aclara que estas vinculan a la Comisión, pero no vinculan ni guían el análisis del Tribunal General. No obstante, esto no significa que el Tribunal no pueda hacer suyas las orientaciones y apreciaciones de la Comisión Europea o que se pueda guiar por ellas.

En relación con los precedentes de casos concretos de la Comisión, el Tribunal cita con cierta frecuencia otras decisiones de la Comisión Europea en el sector de las telecomunicaciones para usarlos como parámetro de comparación con respecto a las conclusiones y decisiones que se adoptaron en la decisión recurrida.

El resultado de lo anterior es que la Comisión Europea debe tener un cuidado especial para mantener la coherencia entre las orientaciones generales y concretas que ofrece en su práctica decisoria y las decisiones futuras, pero que el Tribunal puede apartarse con facilidad de estos precedentes si lo considera adecuado.

## 2.3. Marco temporal

La sentencia contiene alguna precisión de interés sobre el marco temporal del análisis, es decir, el periodo en el que debe verificarse la obstaculización significativa a la competencia efectiva. Sin llegar a formular una teoría general, la sentencia afirma que en el caso concreto el análisis debía hacerse *"en un lapso de tiempo relativamente amplio en el futuro"*. Esto se debe a que en un mercado oligopolista como el del sector de las telecomunicaciones, por un lado, es necesario realizar inversiones a largo plazo y, por otro, los consumidores quedan vinculados por contratos de varios años de duración. En consecuencia, el análisis de la Comisión no puede quedarse simplemente en lo que pueda suceder inmediatamente después de la concentración, y debe tratar de analizar lo que pueda suceder en el citado *"lapso de tiempo relativamente amplio"*.

## 2.4. Umbral de significatividad

Por último, la sentencia también recalca que el Reglamento 139/2004 exige a la Comisión analizar por qué los efectos anticompetitivos que podrían seguir a una concentración son "significativos". En el caso concreto, la referencia sumaria que la Comisión hacía en un párrafo de la decisión no es suficiente, a juicio del Tribunal, para acreditar que este umbral de significatividad se ha superado.

## 3. La sentencia del Tribunal General: análisis de operaciones “oligopolistas”

---

### 3.1. El análisis de las operaciones de concentración en mercados oligopolistas

En 1989, cuando se introdujo el primer reglamento dirigido a implementar un sistema de control de concentraciones, las concentraciones que se consideraban incompatibles con el mercado común y que, por tanto, debían prohibirse eran aquellas que *“crear[an] o reforzar[an] una posición dominante en el mercado”*. Esta regla permitía a la Comisión objetar a aquellas operaciones en las que las entidades concentradas alcanzaban dicha posición (por poner un ejemplo muy abstracto, una operación en la que dos empresas con un 30 % de cuota de mercado se fusionaran, alcanzando una cuota combinada del 60 %).

Sin embargo, en 2004, al reconsiderarse el sistema de control de concentraciones, existía una preocupación sobre la laguna que este test legal originaba en aquellas operaciones en las que no se creaba o reforzaba una empresa con esa posición de dominio (por tanto, operaciones completamente compatibles), pero, no obstante, la existencia de un mercado muy concentrado en pocos operadores (en otras palabras, un oligopolio) llevaba a la conclusión de que la concentración sí tenía esa capacidad de reducir la competencia y debía prohibirse igualmente.

En consecuencia, se tomó la decisión de ampliar el test legal según el cual una concentración se considera incompatible con el mercado común, de forma que el Reglamento 139/2004 prevé un criterio o test general (*“concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado”*), del que el test antiguo (creación o refuerzo de una posición dominante) es simplemente un subconjunto de operaciones de concentración en las que se entiende que se produce ese obstáculo significativo para la competencia efectiva. La sentencia es la primera oportunidad en la que un tribunal se pronuncia sobre la aplicación de este estándar más amplio a una operación en la que no se crea una posición dominante (recuérdese que en este caso EE/BT ya tenía una cuota de mercado del 30-40 %, sustancialmente similar a la cuota combinada de O2-Three) y sobre los efectos de la competencia que se derivarían de la conducta futura unilateral de los tres operadores restantes.

El Tribunal confirma que la reforma legal de 2004 permite a la Comisión prohibir estas operaciones “oligopolistas” en las que no se crea o refuerza una posición de dominio, pero exige que el efecto perjudicial en las condiciones competitivas del mercado sea equivalente al que se produciría con la creación o refuerzo de una posición de dominio.

En particular, el Tribunal formula dos requisitos cumulativos para que se produzca este perjuicio competitivo que descansan en la redacción literal del considerando 25 del Reglamento 139/2004. El primer requisito es que la concentración “oligopolista” debe implicar la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes de la concentración ejercían entre sí (en otras palabras, deben ser competidores especialmente cercanos). El segundo requisito es que la con-

centración debe implicar una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes (en otras palabras, la empresa adquirida debe ejercer una importante presión competitiva en el mercado).

### 3.2. Valor de las cuotas de mercado

El Tribunal confirma que, si el ejercicio de definición de mercado es correcto, las cuotas de mercado (y otras medidas basadas en estas, como el Índice de Herfindahl-Hirschman) pueden usarse como “indicios” de que existen problemas concurrenciales asociados a la operación corporativa en cuestión. No obstante, un análisis de cuotas de mercado no es suficiente por sí solo para constatar una obstaculización significativa a la competencia efectiva y, por tanto, debe ir acompañado de un análisis completo del resto de los factores que puedan ser relevantes.

Por el contrario, si una de las entidades parte de la concentración tiene una cuota de mercado particularmente pequeña, el Tribunal sí acepta que esto puede ser una muestra de que no existirán efectos anticompetitivos significativos asociados a la concentración.

### 3.3. ¿Qué es una importante presión competitiva?

Uno de los dos requisitos para que se produzca una reducción de la competencia como consecuencia de una concentración en un mercado oligopolista es que la operación implique la reducción de importantes presiones competitivas en el mercado.

Según la Comisión, se produciría una obstaculización significativa a la competencia efectiva cuando se elimina una fuerza competitiva importante del mercado. Para que una empresa alcance este nivel de importancia, esta debe tener una influencia mayor que la que sugiere su cuota de mercado, pero no necesitaría distinguirse especialmente de sus competidores en términos de impacto sobre la competencia.

El Tribunal achaca a la Comisión una confusión conceptual que le permitiría calificar, en un mercado oligopolista, a cualquier empresa como una fuerza competitiva importante y, por tanto, tener un amplio margen discrecional para prohibir operaciones sin analizar en detalle la presión competitiva que las partes de la concentración ejercen entre sí. Por el contrario, según la sentencia, el criterio relevante es el de eliminación de “presiones competitivas importantes”, que requiere verificar, primero, que se produce una reducción de la presión competitiva sobre los demás competidores y, segundo, si se produce una desaparición de importantes presiones competitivas que las partes de la concentración ejercen entre sí.

### 3.4. Cercanía competitiva de las partes

La sentencia recalca la importancia que tiene la cercanía de las partes como competidores en el análisis de la concentración. En efecto, el Tribunal afirma que los efectos de una concentración pueden depender “*más de la proximidad de los productos de las partes de la operación que de sus respectivas cuotas de mercado*”. La desaparición de “*importantes presiones competitivas que las*

*partes en la concentración ejercían entre sí*” constituye el efecto unilateral más directo de una concentración sobre un mercado oligopolista.

Ahora bien, no es suficiente con demostrar que las partes de una concentración son competidores inmediatos, sino que estos deben ser competidores *particularmente* inmediatos. De lo contrario, puesto que en un oligopolio todas las empresas tienden a ser competidores cercanos entre sí, la Comisión adquiriría el poder de prohibir toda concentración que se produjera en este tipo de mercados.

### 3.5. Análisis económico de precios y eficiencias

En relación con los métodos económicos que se usan habitualmente en el análisis de concentraciones, el Tribunal hace dos apreciaciones de interés.

En primer lugar, la sentencia acepta en general el uso de los llamados “GUPPI” (*gross upward pricing pressure index*) para analizar el impacto de la operación en los precios esperados futuros. No obstante, el Tribunal constata, por un lado, que los GUPPI siempre predicen un aumento de precios en cualquier concentración entre competidores y, por el otro, que toda concentración en mercados oligopolistas tiende a producir un incremento de precios en el corto plazo. Por tanto, para evitar que cualquier operación se considere anticompetitiva, es necesario establecer un umbral de significatividad en cuanto a la subidas de precios.

En segundo lugar, el Tribunal ingenia un nuevo concepto de eficiencias además del habitualmente usado por la Comisión. Las eficiencias “tradicionales” son aquellas que permitirían contrarrestar los efectos anticompetitivos de una operación mediante la reducción de costes marginales, mejora de calidad o incremento de la innovación que beneficien a consumidores, sean inherentes a la concentración y puedan ser verificadas. Estas eficiencias se tienen en cuenta solo después de que se haya verificado que la concentración tiene efectos anticompetitivos, y su prueba incumbe a la parte notificante.

Pues bien, en el contexto de un análisis cuantitativo-económico relativo a posibles subidas de precios producidas por la concentración analizada, el Tribunal considera que incumbe a la Comisión tener en cuenta aquellas eficiencias “estándar” que se derivan de la reducción de duplicidades consustancial a toda operación de esta naturaleza, que pueden tener un impacto a la baja en los precios. Esto implica que, si la Comisión decide realizar un ejercicio cuantitativo, este análisis debe considerar las fuerzas que afectan a los precios en ambas direcciones, sin poder usar solamente un método que siempre predice subidas de precios.



## 4. El resultado de la sentencia en el caso y su impacto futuro

---

### 4.1. El resultado en el caso

En aplicación del marco conceptual descrito, el Tribunal analiza y desecha cada una de las tres teorías del daño. En relación con la primera teoría (reducción de competencia en el mercado minorista), la sentencia concluye que Three no ejercía una presión competitiva especialmente destacable y que esta empresa y O2 no eran competidores particularmente cercanos en general. Además, el análisis cuantitativo de los precios de la Comisión no superaba el umbral de significatividad exigible por comparación con otros precedentes.

En relación con la segunda teoría del daño (impacto de la operación en las redes de *network sharing*), el Tribunal concluye que la posible divergencia producida por la operación no es suficiente para alcanzar el umbral exigido por el Reglamento 139/2004. Además, no se habría probado un vínculo causal suficiente entre el supuesto mayor coste de inversión que se produciría por la operación y las inversiones que fueran a realizarse por los competidores. En cualquier caso, el objetivo de las normas de competencia es proteger el proceso competitivo, no a los competidores; por tanto, un perjuicio a un competidor no es, por sí mismo, suficiente para prohibir una operación.

Por último, en relación con la tercera teoría del daño (reducción de competencia en el mercado mayorista), el Tribunal considera que ni las cuotas en el mercado mayorista de Three ni su reciente progresión justificaban que fuera calificada de “fuerza competitiva importante”. El mero hecho de que Three desempeñase un papel más importante del que cabría esperar de su cuota de mercado no basta, especialmente cuando no se cuestiona que la cuota de mercado de Three fuera modesta.

### 4.2. El impacto futuro de la sentencia

Esta sentencia, que ha sido recurrida ante el Tribunal de Justicia por la Comisión Europea, es de referencia obligada para todo los operadores que se enfrentan a operaciones corporativas en mercados concentrados. La sentencia parte de una preocupación del Tribunal General de ceñir la discrecionalidad de la Comisión para prohibir operaciones en la medida de lo posible a aquellos casos en los que los efectos anticompetitivos sean más evidentes.

Además, la sentencia representa una clara señal para esta institución de que el Tribunal realizará un análisis muy exigente de los análisis económicos de la Comisión no solo en este caso, sino en los que vengan en el futuro. Es de esperar que la política de control de concentraciones europea —que ya se caracteriza por un nivel de sofisticación y análisis muy profundo— incremente aún más las exigencias de colaboración que se imponen a las partes notificantes y al resto de las empresas y entidades interesadas.

Como hemos indicado, la Comisión ha recurrido la sentencia ante el Tribunal de Justicia en casación. En resumen, el recurso de la Comisión se centra en tratar de rebatir el marco conceptual que

configura la sentencia, en relación con el estándar de prueba (que debería ser de preponderancia de probabilidades, y no de probabilidad seria), los requisitos necesarios para fundamentar un obstáculo significativo a la competencia efectiva en una operación oligopolista y la aplicación de un umbral de significatividad y una obligación de considerar las “eficiencias estándar”. Sin duda, la resolución de este recurso será de gran relevancia y tendrá que seguirse muy de cerca.

España

## LAS MEDIDAS DE MORATORIA Y REDUCCIÓN DE RENTA APROBADAS A RESULTAS DEL COVID-19

Iván Abad Lloria y Rafael Castillo Echevarría

*Abogados del Área de Derecho Inmobiliario de Uría Menéndez (Madrid)*

### **Las medidas de moratoria y reducción de renta aprobadas a resultas del COVID-19**

*El Gobierno de España ha aprobado una gran cantidad de medidas para paliar los efectos adversos de la pandemia sobre los colectivos más vulnerables. Cosa distinta es la eficacia o el acierto de tales medidas. En materia de arrendamientos, y con el objetivo de facilitar el pago de la renta, el RD-L 11/2020 introdujo medidas para arrendatarios de vivienda habitual considerados vulnerables. Poco después, y en cuanto a locales, el RD-L 15/2020 aprobó medidas destinadas a proteger a autónomos y pymes. Más recientemente, se ha aprobado el RD-L 35/2020 como una "continuación y mejora" del anterior. Otras dos normas contienen también previsiones dirigidas a determinados arrendamientos de locales.*

*Asimismo, en el ámbito autonómico, el Gobierno catalán aprobó el D-L 34/2020, que permite a los arrendatarios afectados por órdenes de suspensión de actividad o de restricción del aprovechamiento material del inmueble obtener reducciones parciales de renta y gastos. Por tanto, en este momento, coexisten en dicha comunidad autónoma dos normas, el RD-L 35/2020 y el D-L 34/2020, que regulan la misma cuestión, situación que genera numerosas incertidumbres.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

COVID-19, ESTADO DE ALARMA, SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD, AUTÓNOMOS, PYMES, MORATORIA ARRENDATICIA, REBAJAS DE RENTA, ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA HABITUAL, ARRENDAMIENTOS PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA.

## Measures on rent deferrals and reductions approved as a result of COVID-19

*The Spanish government has approved a large number of extraordinary measures to reduce the adverse effects of the pandemic on vulnerable groups. The effectiveness of such measures could be challenged. Concerning leases, and in order to facilitate rental payment, RD-L 11/2020 introduced certain relief measures for vulnerable residential lessees. Shortly thereafter, and in relation to commercial leases, RD-L 15/2020 approved measures to protect the self-employed and small and medium-sized enterprises (SMEs). More recently, RD-L35/2020 has been passed as a “continuation and improvement” of the latter. Two other pieces of legislation also include measures aimed at specific types of commercial leases.*

*In addition, at a regional level, the Catalanian government has passed D-L 34/2020, which allows commercial lessees whose activities have been suspended or have been affected by restrictions on the use of their rented property to obtain from their lessors partial reductions in rent and other expenses. Therefore, at the moment, there are two regulations (RD-L 35/2020 and D-L 34/2020) in Catalonia on the same subject matter, a situation which raises vast uncertainty.*

### KEYWORDS:

COVID-19, STATE OF ALARM, STATE OF VULNERABILITY, SELF-EMPLOYED, SMEs, RENT DEFERRALS, RENT REDUCTIONS, RESIDENTIAL LEASES, COMMERCIAL LEASES.

**FECHA DE RECEPCIÓN: 27-11-2020**

**FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-12-2020**

Abad Lloria, Iván; Castillo Echevarría, Rafael (2020). Las medidas de moratoria y reducción de renta aprobadas a resultas del COVID-19. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 126-150 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción

---

Desde que la Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo de 2020 la situación de pandemia internacional, el legislador español ha reaccionado con la implantación de un amplio paquete de medidas urgentes y de carácter extraordinario con el objetivo de amortiguar el impacto de la crisis sanitaria, económica y social provocada por el coronavirus SARS-CoV-2, causante de la enfermedad COVID-19, en especial, en lo que respecta a los colectivos más desfavorecidos por las consecuencias de esta crisis.

La parálisis de la sociedad y la actividad del tejido empresarial español por las restricciones y medidas de orden sanitario aprobadas para luchar contra el COVID-19, amparadas en las sucesivas declaraciones del estado de alarma en España, han tenido un notable impacto en la capacidad económica de una parte importante de la población y, particularmente, de los trabajadores por cuenta ajena, autónomos y pequeños y medianos empresarios, que han visto cómo sus ingresos se reducen sustancialmente y, por tanto, también lo hace su capacidad de hacer frente a sus gastos y necesidades primarias.

En este contexto, se han promulgado un conjunto de medidas extraordinarias de corte social y económico en materia de arrendamientos tanto de vivienda como para uso distinto del de vivienda.

En cuanto a arrendamientos de vivienda, con el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer

frente al COVID-19 ("RD-L 11/2020")<sup>1</sup>, se aprobó el primer paquete de medidas de ámbito estatal<sup>2</sup> destinadas a paliar los efectos adversos ocasionados por la crisis del COVID-19 en las familias y los colectivos vulnerables inmersos en una situación de gran dificultad o incapacidad para hacer frente a sus gastos y obligaciones cotidianas, entre los que se encuentra, naturalmente, el pago de la renta arrendaticia de sus viviendas habituales.

En lo que respecta a arrendamientos para uso distinto del de vivienda, son dos las normas de ámbito estatal que, con carácter general, contemplan medidas destinadas a proteger a autónomos y pymes que se encuentren en situación de incapacidad financiera para cumplir con su obligación de pago de la renta arrendaticia a resultas de esta crisis: (i) el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo ("RD-L 15/2020")<sup>3</sup>; y (ii) el reciente Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria ("RD-L 35/2020")<sup>4</sup>.

El preámbulo de ambas normas menciona que, a falta de acuerdo entre las partes, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos ("LAU") no prevé causa alguna de exclusión del pago de la renta por fuerza mayor o por declaración de estado de alarma u otras causas (salvo lo previsto en el artículo 26, aplicable a estos arrendamientos vía artículo 30), y que tampoco la regulación del Código Civil sobre fuerza mayor ofrece una solución idónea en esta situación, finalizando el del RD-L 15/2020 con la mención de que procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, mención de la que ha prescindido el preámbulo del RD-L 35/2020.

Al margen de las citadas normas, también prevén medidas relativas al pago de la renta de arrendamientos para uso distinto del de vivienda, (i) en el ámbito estatal, tanto el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica ("RD-L 23/2020")<sup>5</sup>, que en su artículo 10 regula la posibilidad de que los arrendatarios cuyos arrendadores sean administradores de infraestructuras ferroviarias soliciten a estos una moratoria o reducción de renta, como el Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo ("RD-L 25/2020")<sup>6</sup>, que permite que arrendatarios de inmuebles destinados a determinadas actividades turísticas puedan instar a sus arrendadores a solicitar la moratoria hipotecaria regulada en esta norma a los efectos de que tales arrendadores (deudores hipotecarios) les trasladen, como moratoria de renta, el 70 % de la moratoria hipotecaria obtenida de las entidades financiadoras; y (ii), en Cataluña, el Decreto-ley 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendado (el "D-L 34/2020")<sup>7</sup>, que permite a los arrendatarios afectados por órdenes de suspensión de actividad o de restricción del aprovechamiento material del inmueble obtener reducciones parciales de renta y otros gastos asumidos bajo el contrato.

Tanto el RD-L 11/2020 como el RD-L 15/2020 se aprobaron en el seno del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ("RD 463/2020"), cuya vigencia finalizó, tras seis prórrogas, el 21 de junio de 2020. Tanto el RD-L 23/2020 como el RD-L 25/2020 se dictaron poco después de finalizar este. Por su parte, el RD-L 35/2020, que según su preámbulo supone una "*continuación y mejora*" de lo previsto en el RD-L 15/2020, se ha dictado

en el marco del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 ("RD 926/2020"), inicialmente vigente hasta el 9 de noviembre de 2020 y actualmente en vigor, tras haber sido prorrogado<sup>8</sup>, hasta el 9 de mayo de 2021. Finalmente, la norma catalana referida fue aprobada pocos días antes de la declaración del segundo estado de alarma.

## 2. Medidas relativas a arrendamientos de vivienda de carácter estatal

---

### 2.1. Introducción

En lo que respecta a las medidas con impacto en la obligación de los arrendatarios de pagar la renta, las introducidas por el RD-L 11/2020 permitían a los que estuvieran en situación de vulnerabilidad económica (i) beneficiarse de aplazamientos temporales en el pago de las rentas o incluso de la condonación parcial de su deuda (artículos 3 a 8), así como (ii) solicitar ayudas transitorias de financiación bancaria avaladas y subvencionadas por el Estado destinadas a facilitar el pago de las rentas (artículo 9<sup>o</sup>), y/o (iii) acceder a las ayudas directas introducidas mediante el nuevo "*Programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual*" (artículo 10) encaminadas a facilitar a los arrendatarios de vivienda el pago de sus rentas o la devolución de las ayudas transitorias de financiación obtenidas.

### 2.2. Ámbito objetivo de aplicación

El RD-L 11/2020 se refiere expresamente a los arrendamientos de vivienda habitual vigentes y suscritos al amparo de la LAU. De acuerdo con el artículo 2.1 de la LAU, se considera arrendamiento de vivienda aquel que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial es satisfacer la necesidad de vivienda permanente<sup>10</sup> del arrendatario (excluyéndose naturalmente a las personas jurídicas).

### 2.3. Beneficiarios de las medidas

Pueden ser beneficiarios de la moratoria arrendaticia de vivienda habitual (artículos 3 a 8) los arrendatarios de vivienda habitual con contratos de arrendamiento de vivienda vigentes y sujetos a la LAU que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica.

Concurre situación de vulnerabilidad económica conforme al artículo 5 del RD-L 11/2020 cuando se dan conjuntamente los siguientes requisitos<sup>11</sup>:

- i. Que la persona obligada al pago de la renta, pase a estar en situación de desempleo, se vea afectada por un expediente temporal de regulación de empleo (ERTE) o haya reducido su jornada por motivo de cuidados, en caso de ser empresario, u otras circunstancias similares.

- ii. Que, como consecuencia de lo anterior, se verifique una pérdida de ingresos que sitúe el conjunto de los ingresos de la unidad familiar<sup>12</sup> en el mes anterior a la solicitud por debajo de los siguientes múltiplos del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual<sup>13</sup> ("IPREM"):
- Tres veces el IPREM, con carácter general (1.613,52 €/mes en 2020 y 1.694,70 €/mes en 2021) que se aumentará en 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo de la unidad familiar (0,15 en caso de unidad familiar monoparental) y por cada persona mayor de sesenta y cinco años.
  - Cuatro veces el IPREM (2.151,36 €/mes en 2020 y 2.259,60 €/mes en 2021) incrementado en 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo de la unidad familiar (0,15 en caso de unidad familiar monoparental), en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.
  - Cinco veces el IPREM (2.689,20 €/mes en 2020 y 2.824,50 €/mes en 2021) en caso de que la persona obligada a pagar la renta sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65 %, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.
- iii. Que la renta, más los gastos y suministros básicos<sup>14</sup>, sea superior o igual al 35 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- iv. Que las personas que componen la unidad familiar no sean propietarias o usufructuarias de alguna vivienda en España, excepto en los casos en que (a) la hayan obtenido por herencia y únicamente sobre una parte alícuota; (b) se acredite la no disponibilidad de la vivienda por causa de separación o divorcio o por causas ajenas a su voluntad; o (c) cuando la vivienda resulte inaccesible por razón de discapacidad de su titular o de algún miembro de la unidad familiar.

## 2.4. Acreditación del cumplimiento de los requisitos por los arrendatarios y aplicación indebida

La concurrencia de la situación de vulnerabilidad económica debe ser acreditada por el solicitante mediante la presentación al arrendador de los documentos listados en el artículo 6 del RD-L 11/2020. Sin embargo, si el solicitante no puede aportar alguno de los documentos requeridos, podría sustituirlo por una declaración responsable en la que justifique los motivos relacionados con las consecuencias de la crisis del COVID-19 que le impiden su aportación, aunque deberá aportarlos con posterioridad a la finalización del estado de alarma o de sus prórrogas.



El artículo 7 establece las consecuencias derivadas de la aplicación indebida de las medidas extraordinarias por quienes no se encuentren en situación de vulnerabilidad o quienes voluntaria y deliberadamente busquen situarse o mantenerse en dicha situación, considerándolos responsables de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de las medidas excepcionales (sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que su conducta pudiera dar lugar). El importe de los daños, perjuicios y gastos no puede ser inferior al beneficio indebidamente obtenido.

## 2.5. Moratoria o reducción de renta obligatoria para grandes tenedores y empresas o entidades públicas de vivienda

La moratoria o reducción de renta prevista en el artículo 4 se instrumenta como una medida forzosa y de aplicación automática para arrendadores que tengan la consideración de empresas o entidades públicas de vivienda<sup>15</sup> o que sean grandes tenedores, siempre que sus arrendatarios acrediten encontrarse en situación de vulnerabilidad económica.

Se entiende por "gran tenedor" *"la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m<sup>2</sup>"* (artículo 4.1).

Por tanto, los arrendadores que no fueran entidades o empresas públicas de vivienda o no tengan la consideración de grandes tenedores no quedaban sujetos a la moratoria arrendaticia obligatoria del artículo 4, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo previsto en el artículo 8 para el resto de los arrendadores<sup>16</sup>.

Tratándose de arrendadores sujetos a la aplicación automática de la moratoria, conforme a la redacción original del RD-L 11/2020, los arrendatarios en situación de vulnerabilidad contaban con un plazo de un mes desde la entrada en vigor de la norma (*i. e.*, hasta el 2 de mayo de 2020) para solicitar el aplazamiento temporal y extraordinario de la renta, siempre que no hubieran alcanzado ya un acuerdo con su arrendador para el aplazamiento o la condonación (total o parcial) de la renta arrendaticia.

Como señala Fuentes-Lojo Rius (2020), *"del contenido de la normativa (arts. 4, 6 y 8) parece desprenderse que el arrendatario vulnerable tan solo podrá solicitar la medida de la moratoria pero no la reducción [condonación] de la renta, sin perjuicio de que el gran tenedor esté facultado a otorgar la que considere más oportuna en cada caso"*. En todo caso, solicitada la aplicación de una u otra medida, el arrendador cuenta con un plazo de siete días laborables (*i. e.*, hábiles) para comunicar al arrendatario la opción escogida entre (i) la condonación del 50 % de la renta y (ii) la moratoria o aplazamiento del pago de la renta.

Aunque del precepto se desprende con claridad la obligación del arrendador de contestar a la solicitud recibida (*"el arrendador comunicará expresamente al arrendatario"*), como indica Palá Laguna (2020), la norma guarda silencio sobre las consecuencias en caso de falta de respuesta por parte del arrendador. Este autor considera que *"ante el silencio del arrendador, a lo que tendrá derecho el arrendatario será a la moratoria de la deuda arrendaticia en los términos indicados,*

*como se infiere de la rúbrica de este artículo 4, (...), y además es a la moratoria a lo que según el precepto ha de contraerse la solicitud del arrendatario". Sin embargo, no puede descartarse que los jueces y tribunales interpreten que, ante el silencio incumplidor del arrendador, el derecho de opción (entre la moratoria o la condonación parcial) queda trasladado a la parte no incumplidora, es decir, al arrendatario, lo que parecería incentivar a los arrendadores a contestar en todo caso a las solicitudes recibidas de los arrendatarios que hayan justificado debidamente su situación de vulnerabilidad, y ello sin perjuicio de la eventual conveniencia de hacer una reserva para los casos en que los arrendatarios hayan cumplido tan solo "parcialmente" con la exigencia de acreditación que les impone el artículo 6 del RD-L 11/2020.*

Como se verá en el apartado 3.6, parece que con el RD-L 35/2020 el legislador ha tomado razón de los interrogantes que se planteaban en la práctica ante el silencio del arrendador, indicando para los supuestos contemplados en dicha norma que la ausencia de respuesta debe conllevar la aplicación de la medida escogida y solicitada por el arrendatario.

Aunque inicialmente la posibilidad de solicitud por el arrendatario estaba prevista hasta el 2 de mayo de 2020, en atención a la evolución de la pandemia en España, el Gobierno ha decretado la prórroga de esta posibilidad en sucesivas ocasiones, la última de ellas hasta el 31 de enero de 2021<sup>17</sup>.

Ambas medidas se aplican mientras dure el vigente estado de alarma (actualmente hasta el 9 de mayo de 2021) o sus prórrogas y podrían prorrogarse mensualmente en caso de que persista la situación de vulnerabilidad del arrendatario, hasta un máximo en todo caso de cuatro meses.

Aplicada la moratoria arrendaticia (no en caso de condonación o reducción parcial de la renta), el arrendatario está obligado a devolver las rentas aplazadas, una vez superada su situación de vulnerabilidad, mediante el pago fraccionado de la renta durante al menos los tres años siguientes de vigencia del contrato de arrendamiento o el plazo restante del arrendamiento, si este fuera inferior, sin que puedan aplicarse penalidades o intereses al arrendatario por razón del aplazamiento.

No obstante, la moratoria de rentas concedida al arrendatario queda automáticamente levantada desde la primera mensualidad en la que este disponga de las ayudas transitorias de financiación subvencionadas y avaladas por el Estado (artículo 4.4 del RD-L 11/2020), y deberá abonar en dicha mensualidad las rentas efectivamente aplazadas con cargo a la ayuda recibida.

## **2.6. Moratoria optativa para otros arrendadores**

Para los arrendadores que no caen en el ámbito subjetivo de aplicación del referido artículo 4, el artículo 8 establecía un mecanismo de modificación excepcional y transitoria de la renta arrendaticia no obligatorio para el arrendador. Así, siempre que arrendador y arrendatario no hubieran alcanzado un acuerdo previo para el aplazamiento o la condonación de la renta, el arrendatario en situación de vulnerabilidad tenía hasta el 2 de mayo de 2020 para iniciar negociaciones con su arrendador y tratar de acordar un aplazamiento del pago de la renta.

Recibida la solicitud del arrendatario, el arrendador contaba igualmente con siete días hábiles para aceptar (o rechazar) la propuesta del arrendatario y/o plantear posibles soluciones alternativas. Por tanto, dado que no estaban obligados a alcanzar dicho acuerdo, parece que esta medida tan solo pretendía incentivar que las partes alcanzaran un acuerdo voluntario (sin que esta norma regule la posibilidad de que las partes imputen la fianza arrendaticia al pago de alguna/s mensualidad/es de renta, a diferencia de lo previsto en el RD-L 15/2020 y en el RD-L 35/2020). En defecto de acuerdo, el RD-L 11/2020 habilita expresamente a los arrendatarios en situación de vulnerabilidad a acogerse al programa de financiación bancaria subvencionada por el Estado destinado al pago de rentas arrendaticias (artículo 8.3).

El plazo de solicitud por estos arrendatarios también fue extendido, aunque a diferencia de los contratos con arrendadores empresas o entidades públicas o grandes tenedores, tal prórroga solo alcanzó hasta el 2 de julio de 2020<sup>18</sup>.

## 3. Medidas relativas a arrendamientos para uso distinto del de vivienda de ámbito estatal y carácter general

---

### 3.1. Introducción

Las previsiones relativas a la renta arrendaticia del RD-L 15/2020 y las del RD-L 35/2020 son idénticas, *mutatis mutandis*, en lo que respecta a (i) los contratos a los que les son aplicables; (ii) los arrendatarios que pueden beneficiarse de lo previsto en estos; y (iii) la aplicación cuando el arrendador no es empresa o entidad pública o gran tenedor (ambos utilizan el mismo concepto de “gran tenedor” que el ya referido RD-L 11/2020). No obstante, ambas normas difieren en lo que respecta a las posibles medidas a aplicar cuando el arrendador sí es empresa o entidad pública o gran tenedor, para los que el RD-L 35/2020 ha previsto un régimen muy similar al que prevé, para arrendamientos de vivienda, el RD-L 11/2020.

### 3.2. Ámbito objetivo de aplicación

Ambas normas prevén su aplicación tanto a los arrendamientos de inmueble para uso distinto del de vivienda como a los arrendamientos de industria (artículos 1 y 2).

En cuanto a los arrendamientos de uso distinto del de vivienda, son los previstos en el artículo 3 de la LAU (artículo que mencionan expresamente el RD-15/2020 y el RD-L 35/2020) y consisten en la cesión en arriendo de un inmueble (y no otros elementos) por el arrendador para que el arrendatario ejerza una actividad distinta de la de vivienda (*e. g.*, industrial, comercial, artesanal, profesional, etc.).

En lo que respecta a los contratos de arrendamiento de industria (denominados en ocasiones contratos de arrendamiento de negocio), son aquellos por los que el arrendador cede en arriendo

al arrendatario no solo el inmueble, sino también todos aquellos elementos (materiales e inmateriales) necesarios para la explotación de una actividad económica (*e. g.*, trabajadores, licencias, mobiliario, *software*, etc.). Se rigen por lo previsto en los artículos 1542 y siguientes del Código Civil y son habituales en algunos sectores, como por ejemplo el hotelero.

En ambos casos, el contrato debe tener por objeto un inmueble afecto a la actividad económica del arrendatario (artículo 3). Por tanto, no sería de aplicación lo previsto en ambas normas para contratos sobre inmuebles que el arrendatario pone a disposición de la actividad (económica o de otro tipo) de terceros.

### 3.3. Beneficiarios de las medidas

De conformidad con el preámbulo de ambas normas, estas tratan de proteger a arrendatarios autónomos y pymes que se encuentren en situación de incapacidad financiera *"para hacer frente al cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones de pago de renta de locales en alquiler que pone en serio riesgo la continuidad de sus actividades"*.

Ello se materializa en la necesidad de que los arrendatarios cumplan con dos requisitos (artículo 3). El primero es distinto según se trate de un autónomo o una pyme, mientras que el segundo (que consiste en el cumplimiento de una de dos circunstancias alternativas) es idéntico para ambos tipos de arrendatario.

El primer requisito para los autónomos consiste en que, o bien a 14 de marzo de 2020 (RD-L 15/2020), o bien a 25 de octubre de 2020 (RD-L 35/2020), estuvieran afiliados y en situación de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos ("RETA"), en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar o en una de las mutualidades sustitutorias del RETA.

Para las pymes, el primer requisito consiste en que no se superen los límites establecidos en el artículo 257.1 de la Ley de Sociedades de Capital, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio ("LSC").

El artículo 257.1 de la LSC regula los requisitos que deben cumplir las sociedades para formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados. Así, exige que, durante dos ejercicios consecutivos, reúnan, a fecha de cierre de cada uno, al menos dos de las siguientes tres circunstancias: (i) activo no superior a cuatro millones de euros; (ii) importe neto de cifra anual de negocios no superior a ocho millones de euros; y (iii) número medio de trabajadores no superior a cincuenta. Por tanto, surge la duda de si el RD-L 15/2020 y el RD-L 35/2020 exigen que el arrendatario no supere los tres límites o si bastaría con que no superara dos de ellos. Lo cierto es que, si la intención del legislador era esta segunda, hubiese sido más lógico que la referencia en estas normas fuera al cumplimiento de los requisitos para formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, y no a la superación de los límites.

Igualmente, se plantea el interrogante de si tales requisitos deben medirse a nivel individual de la empresa arrendataria o, en el caso de que esta pertenezca a un grupo, a nivel consolidado. No

parece que la finalidad de estas dos normas fuera proteger a arrendatarios que, de forma consolidada, superen los límites mencionados, si bien es cierto que el tenor literal de las normas no contempla la medición a nivel grupo.

El segundo requisito consiste en el cumplimiento de una de las dos siguientes circunstancias:

- i. O bien que la actividad del arrendatario haya quedado suspendida como consecuencia de la entrada en vigor del RD 463/2020 (RD-L 15/2020) o RD 926/2020 (RD-L 35/2020), o por órdenes dictadas por la autoridad competente o las autoridades competentes delegadas (al amparo del Real Decreto correspondiente).

Aunque el Anexo del RD 463/2020 reguló directamente la suspensión de la apertura al público de determinadas actividades, no ocurrió lo mismo con el RD 926/2020, por lo que la mención que hace el RD-L 35/2020 a la suspensión por la entrada en vigor del RD 926/2020 no parece acertada.

- ii. O bien, si la actividad no ha sido suspendida, que la facturación del mes natural anterior al de la solicitud del arrendatario se haya visto reducida en, al menos, un 75 % en relación con la facturación media mensual del trimestre al que pertenece dicho mes referido al ejercicio anterior.

Ninguna de las dos normas prevé expresamente las consecuencias de que el arrendatario no ejerciera actividad durante el ejercicio anterior. No obstante, no parece que la intención de las normas sea proteger únicamente a los arrendatarios que llevan más de un año desarrollando su actividad, por lo que entendemos que la consecuencia más lógica en ese caso sería tomar como valor de comparación aquel que estuviera disponible y que fuera razonable utilizar.

### **3.4. Acreditación del cumplimiento de los requisitos por los arrendatarios y aplicación indebida**

El artículo 4 de ambas normas regula únicamente la acreditación del segundo de los requisitos. Así, en cuanto a la suspensión de la actividad, se acreditará mediante certificado expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (RD-L 15/2020 y RD-L 35/2020), por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso (RD-L 15/2020) o por la entidad competente para tramitar el cese de actividad extraordinario regulado en el artículo 17<sup>19</sup> del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 ("RD-L 8/2020")<sup>20</sup> (esto último, solo previsto en RD-L 35/2020).

En lo que respecta a la reducción de facturación, se acreditará mediante la presentación por el arrendatario de una declaración responsable en la que, sobre la base de información contable y de ingresos y gastos, haga constar tal reducción en al menos un 75 %. Contemplan igualmente las normas que, en el caso de que el arrendador así lo requiera, el arrendatario deberá mostrar sus libros contables al arrendador para acreditar la reducción de la actividad. Por tanto, parece razonable concluir que el arrendador podrá negarse al otorgamiento de la medida (o, mejor

dicho, condicionar su otorgamiento) mientras el arrendatario no le muestre, si así lo solicita el arrendador, la documentación contable que sustente la reducción de facturación recogida en su declaración responsable.

Como decíamos, ninguna de las dos normas prevé la forma de acreditar el cumplimiento del primer requisito, si bien ello no debería plantear excesivos problemas: en cuanto a los autónomos, bastaría con aportar el alta en el RETA o régimen equivalente a la fecha correspondiente y, en lo que respecta a las pymes, aportando las cuentas anuales en las que se evidencie que no se superan los límites del artículo 257.1 de la LSC.

Tanto el RD-L 15/2020 como el RD-L 35/2020 (artículo 5) establecen que los arrendatarios que se hayan beneficiado de las medidas en materia de renta contempladas en cada uno de ellos sin cumplir los mencionados requisitos serán responsables de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de los gastos generados por la aplicación de estas medidas, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta de los arrendatarios pueda dar lugar<sup>21</sup>.

### **3.5. Medidas previstas cuando el arrendador no es empresa o entidad pública ni gran tenedor**

Para estos casos, ambas normas prevén, en su artículo 2, que el arrendatario, autónomo o pyme que cumpla los requisitos antes expuestos podrá solicitar, o bien hasta el 23 de mayo de 2020 (RD-L 15/2020), o bien antes del 31 de enero de 2021 (RD-L 35/2020), un aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o una rebaja de la renta no se hubiese acordado por las partes voluntariamente.

Como ocurre con el RD-L 11/2020, este tipo de arrendador no está obligado a otorgar aplazamiento o rebaja de la renta alguno. No obstante, tanto el RD-L 15/2020 como el RD-L 35/2020 permiten que las partes puedan disponer de la fianza arrendaticia en el marco del acuerdo alcanzado, que podrá servir para el pago total o parcial de alguna/s mensualidad/es de renta. Si tal fuera el caso, el arrendatario deberá reponer el importe dispuesto en el plazo más breve de los dos siguientes: (i) un año desde el acuerdo entre las partes; o (ii) la vigencia del contrato. Si el arrendatario no procediera a tal reposición, en nuestra opinión habría argumentos para considerar que se trata del incumplimiento de una obligación esencial por parte del arrendatario. Igualmente, entendemos que para que el arrendador pueda proceder a recabar el importe de la fianza del organismo autonómico competente, bastaría que, o bien se aportara una solicitud firmada por ambas partes, o bien el arrendador aportara copia de la novación contractual.

Como novedad, y para mayor incentivo de los “pequeños tenedores” al otorgamiento de reducciones de renta, el RD-L 35/2020 contempla que estos arrendadores podrán computar en 2021 para el cálculo del rendimiento del capital inmobiliario como gasto deducible la cuantía de la rebaja de la renta que voluntariamente hubiesen acordado a partir del 14 de marzo de 2020 correspondiente a las mensualidades devengadas en los meses de enero, febrero y marzo de 2021, siempre que el inmueble se dedique a determinadas actividades, y con algunas limitaciones<sup>22</sup>.

### 3.6. Medidas previstas en el RD-L 15/2020 cuando el arrendador es empresa o entidad pública o gran tenedor

El artículo 1 del RD-L 15/2020 prevé que el arrendatario (autónomo o pyme que cumpla los requisitos antes expuestos) podía solicitar a su arrendador (empresa o entidad pública o gran tenedor) y hasta el 23 de mayo de 2020, una moratoria en el pago de la renta durante el periodo de duración del estado de alarma (y sus prórrogas) y las mensualidades siguientes, prorrogables una a una, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con el impacto provocado por el COVID-19, hasta un máximo, en total, de cuatro mensualidades.

La renta aplazada no devenga intereses ni implicará penalizaciones, y el arrendatario la devolverá (siendo la primera cuota pagadera en la mensualidad siguiente a la finalización de la moratoria) en el más corto de los siguientes dos periodos: dos años o la vigencia del contrato.

Esta clase de arrendador sí está obligado a conceder la moratoria solicitada, siempre que las partes no hubiesen alcanzado ya un acuerdo de moratoria o reducción de renta.

Esta regulación plantea algunos interrogantes:

- i. En primer lugar, si la moratoria abarca únicamente la renta o también otros gastos que asuma contractualmente el arrendatario. Lo cierto es que la norma únicamente menciona la renta, y el artículo 4.2 del Código Civil prohíbe la aplicación extensiva de las normas excepcionales<sup>23</sup>. Ello es coherente con la previsión expresa que, como veremos, sí se ha incluido en el RD-L 15/2020.
- ii. Si los arrendatarios, autónomos o pymes, deben cumplir con los requisitos indicados en cada mes que pretendieran la aplicación de la moratoria (hasta el mencionado límite de cuatro mensualidades), pudiendo los arrendadores, por tanto, solicitar la acreditación del cumplimiento de tales requisitos al comienzo de cada mensualidad. Parece lógico entender que el arrendatario que requiera la aplicación de la moratoria debe cumplir los requisitos para ello en cada periodo de devengo de la renta (habitualmente, mensual) para el que pretenda tal aplicación o, al menos, si pretendiera su aplicación en las mensualidades siguientes a la finalización del estado de alarma declarado por el RD 463/2020. Refuerza esta interpretación la expresión utilizada por el RD-L ("*prorrogables una a una*").
- iii. Cuál es la primera mensualidad afectada por la moratoria. En atención al tenor literal de la norma, entendemos que sería la primera renta pagadera a partir de la entrada en vigor del estado de alarma, lo cual podría implicar el carácter retroactivo de la medida. En consecuencia, surge la duda de si el arrendatario puede solicitar la devolución de rentas ya abonadas. Existen argumentos jurídicos en contra (*dolo facit qui petit quod redditurus est*), pero también podría defenderse que no es coherente aplicar la moratoria, por ejemplo, a la renta de mayo, y no a la de abril, si el arrendatario también cumplía los requisitos entonces. En cualquier caso, una solución razonable podría ser aplicar la renta ya abonada a la mensualidad siguiente a la finalización de la moratoria (pues esta es, en todo caso, por un máximo de cuatro meses).



- iv. Las consecuencias de la resolución anticipada del contrato sin que el arrendatario haya devuelto la totalidad de las rentas aplazadas. Dado que el RD-L 15/2020 establece que la devolución ha de ser, en todo caso, dentro del plazo de vigencia del contrato, podría entenderse directamente que la resolución anticipada implica la obligación de pago anticipado de la parte de la moratoria pendiente, si bien lo conveniente sería regularlo expresamente en la novación que suscriban las partes.
- v. Si es posible o no que el arrendatario solicite la moratoria si las partes habían pactado con anterioridad un aplazamiento o rebaja de la renta. Del tenor literal del RD-L 15/2020 ("*siempre que*") parece desprenderse que no es posible, más aun teniendo en cuenta que se trata de pactos entre profesionales. No obstante, a la vista de la regulación contenida en el RD-L 35/2020 (véase apartado 3.7 siguiente), sería posible interpretar que cabe aplicar la moratoria del RD-L 15/2020 solo durante el periodo que no quedara cubierto por el acuerdo previo entre las partes relativo al aplazamiento o rebaja.

### **3.7. Medidas previstas en el RD-L 35/2020 cuando el arrendador es empresa o entidad pública o gran tenedor**

Por su parte, el artículo 1 del RD-L 35/2020 prevé que el arrendatario, autónomo o pyme que cumpla los requisitos antes expuestos, podrá solicitar de este tipo de arrendador<sup>24</sup>, y antes del 31 de enero de 2021, la aplicación de una de las siguientes dos medidas:

- i. O bien una reducción del 50 % de la renta durante el tiempo que dure el estado de alarma declarado por el RD 926/2020, sus prórrogas, y hasta un máximo de cuatro mensualidades adicionales.
- ii. O bien una moratoria del pago de la renta durante el tiempo que dure el estado de alarma declarado por el RD 926/2020, sus prórrogas, y hasta un máximo de cuatro mensualidades adicionales. En este caso, al igual que la moratoria prevista en el RD-L 15/2020, (a) la renta aplazada no devenga intereses ni implicará penalizaciones; (b) la primera cuota será pagadera en la mensualidad siguiente a la finalización de la moratoria; y (c) el arrendatario debe proceder a la devolución en el más corto de los siguientes dos periodos: dos años o la vigencia del contrato. Se prevé expresamente que los importes aplazados se repartirán de manera proporcional (es decir, las cuotas serán de igual importe).

En virtud del artículo 1.3, el arrendador deberá comunicar su decisión al arrendatario en el plazo de siete días hábiles desde que este haya formulado su solicitud de forma fehaciente<sup>25</sup>. Es decir, pese a que es el arrendatario quien tiene la facultad de solicitar una de las dos medidas, la que se aplicará finalmente (reducción o moratoria) será la elegida por el arrendador. No obstante, debe tenerse en cuenta que la ausencia de respuesta por parte del arrendador en el plazo indicado implica la aplicación de la medida solicitada por el arrendatario.

En todo caso, si el arrendatario basa su solicitud en la reducción de facturación y el arrendador le exige que muestre sus libros contables, en los términos indicados en el apartado 3.4, entendemos,

como apunta Magro Servet (2020), que tal exigencia "*interrumpe el plazo de respuesta y empezarán de «0» los siete días desde la exhibición de los libros contables (...)*".

La medida que corresponda será de aplicación a partir de la mensualidad siguiente a la finalización de los indicados plazos (artículo 1.3).

El artículo 1.2 del RD-L 35/2020 excluye expresamente de la reducción o moratoria cualesquiera gastos que, conforme al contrato, corresponda soportar al arrendatario (previsión expresa que no se incluyó en el RD-L 15/2020, según se ha expuesto).

Por tanto, el arrendador que sea empresa o entidad pública o gran tenedor está igualmente obligado a conceder la moratoria o reducción de la renta siempre que las partes no hubiesen alcanzado ya un acuerdo al respecto. No obstante, a diferencia de lo que ocurría con el RD-L 15/2020, se hace constar expresamente (artículo 1.4) que si las partes hubiesen llegado a un acuerdo que afectara únicamente a una parte del periodo comprendido por el estado de alarma declarado por el RD 926/2020, y sus prórrogas, así como a un máximo de cuatro mensualidades posteriores, los arrendatarios podrán solicitar la moratoria o reducción, pero únicamente para la parte del periodo no afectada por el acuerdo.

También como novedad respecto del RD-L 15/2020, el artículo 6 del RD-L 35/2020 establece que las medidas referidas no serán de aplicación si el arrendador está en concurso de acreedores o si, a resultas de la aplicación de tales medidas, el arrendador se encuentra en probabilidad de insolvencia<sup>26</sup> o ante una insolvencia inminente o actual, de conformidad con lo establecido en la Ley Concursal, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo ("TRLR"), lo que deberá probar el arrendador.

Según se desprende de lo expuesto, la regulación contenida en el RD-L 35/2020 resuelve algunos de los interrogantes prácticos que surgían con las previsiones del RD-L 15/2020<sup>27</sup>.

No obstante, se mantienen otros, para los que incluso se incrementa su importancia: fundamentalmente, si el arrendatario debe acreditar el cumplimiento de los requisitos mencionados para cada mensualidad a la que pretenda aplicar la rebaja o moratoria, pues el límite máximo de duración es en el RD-L 35/2020 mayor que el previsto en el RD-L 15/2020 (y, si bien el RD-L 35/2020 no contiene, como sí contenía el RD-L 15/2020, la expresión "*prorrogables una a una*", sí menciona que los cuatro meses adicionales son como "*máximo*"). En relación con esto último:

- i. El preámbulo del RD-L 35/2020 hace hincapié en la "*proporcionalidad*" de las medidas adoptadas, proporcionalidad que no parecería darse si, por ejemplo, un arrendatario, por cumplir durante una mensualidad los requisitos necesarios, pudiera beneficiarse de las medidas durante todo el plazo previsto en la norma (actualmente, hasta el 9 de mayo de 2021, más cuatro posibles mensualidades adicionales).
- ii. Asimismo, si prevaleciera la tesis de necesidad de cumplimiento mensual de los requisitos por parte de los arrendatarios, surgen otras dudas, como por ejemplo si el arrendador puede elegir para algunas mensualidades la rebaja del 50 % y para otras la moratoria del total.

## 4. Otras medidas relativas a arrendamientos para uso distinto del de vivienda de ámbito estatal

---

### 4.1. Contratos de arrendamiento en los que el arrendador es un administrador de infraestructuras ferroviarias

El artículo 10 del RD-L 23/2020 contempla que las entidades públicas empresariales de administración de infraestructuras ferroviarias<sup>28</sup> podrán acordar con los arrendatarios de sus inmuebles para uso distinto del de vivienda una moratoria o reducción de la renta por el impacto provocado por el COVID-19. Para ello, se exigía solicitud de los arrendatarios en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del RD-L 23/2020 (esto es, hasta el 25 de julio de 2020).

Por ello, la disposición adicional 1.<sup>a</sup> del RD-L 35/2020 excluye de su ámbito subjetivo de aplicación a estos arrendatarios, pero extiende el plazo para que puedan solicitar lo previsto en el artículo 10 del RD-L 23/2020 hasta el 24 de enero de 2021.

De esta regulación merece la pena destacar que no regula los requisitos que deben cumplir los arrendatarios para solicitar a los arrendadores la aplicación de una moratoria o reducción de renta y que no se prevé la obligación de estos arrendadores de otorgar tal moratoria o reducción ("*podrán acordar*").

### 4.2. Inmuebles destinados a determinadas actividades turísticas

Por su parte, el RD-L 25/2020 aprobó, entre otras, una moratoria de préstamos hipotecarios otorgados para la financiación de inmuebles afectos a una actividad turística.

El análisis de esta norma queda fuera del objeto del presente foro, si bien apuntamos sus principales características: (i) pueden acogerse a ella los deudores hipotecarios (trabajadores autónomos y personas jurídicas con domicilio social en España) que experimenten dificultades financieras a resultas del COVID-19 y que no se hayan acogido ni a las moratorias aprobadas por el RD-L 8/2020 o por el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo (el "RD-L 19/2020")<sup>29</sup>, ni a las acordadas voluntariamente por deudor y acreedor tras la entrada en vigor del RD 463/2020, con excepciones y salvo renunciaciones<sup>30</sup>; (ii) se entenderá que existen dificultades financieras cuando en el promedio mensual de las mensualidades de marzo a mayo de 2020 se experimente una bajada de ingresos o de facturación de al menos un 40 % respecto del mismo periodo en el ejercicio anterior; (iii) el contrato de préstamo ha de estar sujeto a legislación española, y la actividad debe desarrollarse igualmente en territorio nacional; (iv) la moratoria alcanza al pago de principal de los préstamos con garantía hipotecaria sobre inmuebles afectos al desarrollo de una actividad del sector turístico; (v) se entenderá por estas actividades las que tengan determinados CNAE<sup>31</sup>; (vi) la moratoria abarcará las cuotas impagadas desde el 1 de enero de 2020<sup>32</sup> y tendrá una duración de hasta doce mensualidades; (vii) el pago del importe aplazado podrá redistribuirse entre las cuotas restantes o, alternativamente, ampliarse el plazo de vencimiento del contrato en un número de meses equivalente al de la duración de la moratoria; y (viii) las personas jurídicas que se acojan a

esta no podrán distribuir beneficios, realizar devoluciones de capital, recomprar acciones propias o retribuir el capital en forma alguna hasta que finalice la moratoria.

Lo relevante a nuestros efectos son las previsiones del artículo 7 del RD-L 25/2020, según el cual, si el inmueble afecto al desarrollo de una actividad turística de las previstas en la norma fuese objeto de un contrato de arrendamiento:

- i. El beneficiario de la moratoria hipotecaria deberá conceder a su arrendatario una moratoria en el pago del arrendamiento de al menos un 70 % de la cuantía de la moratoria hipotecaria, siempre que las partes no hubiesen acordado ya dicho aplazamiento o una condonación total o parcial.
- ii. Al igual con que con el RD-L 15/2020, surge la duda de si cualquier aplazamiento o condonación total o parcial de renta impide que el arrendatario pueda instar al arrendador a solicitar esta moratoria hipotecaria (y a trasladarle el 70 % correspondiente). Al tratarse de profesionales, así podría entenderse, si bien también es posible defender que el traslado del 70 % de la moratoria hipotecaria podría ser por el periodo no cubierto por el previo acuerdo entre las partes, en línea con lo regulado en el RD-L 35/2020.
- iii. Por otro lado, aunque el RD-L 25/2020 se limita a hacer constar que en este caso la moratoria de la renta debe ser equivalente al 70 % de la moratoria hipotecaria, entendemos que en todo caso debe aplicarse un límite máximo igual a doce mensualidades de la renta arrendaticia, desde el 1 de enero de 2020.
- iv. Asimismo, consideramos que el arrendatario debería devolver las rentas aplazadas por traslado de la moratoria hipotecaria durante la vigencia del contrato de arrendamiento, sin que esté disponible para este la opción que el RD-L 25/2020 le concede al arrendador (deudor hipotecario) de ampliar el plazo contractual. La finalidad del artículo 7 parece ser que se traslade al arrendatario parte (el 70 %) del alivio conseguido por el arrendador con la moratoria hipotecaria, y no que el arrendador deba soportar la carga de financiación que se impone legalmente a las entidades financieras (por otro lado, propia del negocio de estas, y no de la actividad del arrendador).
- v. Si el deudor hipotecario no está en dificultades financieras a resultas del COVID-19 en los términos expuestos (y, por tanto, no puede exigir la moratoria hipotecaria), el arrendatario podrá instar a su arrendador para que solicite igualmente la moratoria hipotecaria, para lo que le facilitará la documentación necesaria a los efectos de acreditar que concurren en el arrendatario tales dificultades.
- vi. En este caso, (a) no parece posible que, si el arrendador ya se había beneficiado de alguna de las moratorias hipotecarias, pueda el arrendatario forzarle a renunciar a alguna de estas para acogerse a la del RD-L 25/2020 y a que, en consecuencia, le traslade el 70 % correspondiente; y (b) si se traslada la moratoria al arrendatario, será este, y no el arrendador, quien quede impedido para distribuir beneficios, realizar devoluciones de capital, recomprar acciones propias o retribuir el capital en forma alguna hasta que finalice la moratoria.

## 5. Medidas relativas a arrendamientos para uso distinto del de vivienda de ámbito autonómico: Cataluña

---

### 5.1. Introducción

El Gobierno autonómico catalán ha aprobado el D-L 34/2020, que se proyecta sobre la misma materia que la estatal. Según la exposición de motivos, (i) su aprobación es necesaria por el impacto que las medidas de protección de la salud pública han tenido en los ingresos de los sectores afectados, suponiéndoles dificultades para hacer frente a sus obligaciones contractuales (en particular, el pago de la renta de los locales); (ii) los principales afectados por tales medidas públicas son los autónomos y las pymes; (iii) se pretende "*incentivar la autonomía de la voluntad*"; (iii) se trata de una solución expeditiva, en sintonía con el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>33</sup>; y (iv) busca evitar el incremento de la "*indeseable litigiosidad*" (pese a que, paradójicamente, justo a continuación indica que las medidas del D-L 34/2020 son compatibles con el derecho de los contratantes de acudir a los jueces y tribunales para ejercitar otras pretensiones).

### 5.2. Ámbito de aplicación objetivo

Las medidas previstas en el D-L 34/2020 se aplican exclusivamente a contratos de arrendamiento suscritos a partir del 1 de enero de 1995 sobre inmuebles en Cataluña que (i) se dediquen a actividades industriales o comerciales<sup>34</sup> y (ii) se vean afectados por medidas que adopte la autoridad competente relativas a la suspensión de la actividad o de restricción del aprovechamiento material del inmueble.

A este respecto, destacamos que las medidas de suspensión de actividad o restricción de aprovechamiento material pueden haber sido dictadas por cualquier autoridad competente para ello, ya sea estatal, autonómica, o local.

Asimismo, la reciente aprobación del RD-L 35/2020 ha implicado que coexistan en Cataluña dos normas, ambas vigentes en la actualidad<sup>35</sup>, que regulan básicamente la misma cuestión. Ello ha intensificado el debate sobre los contratos de arrendamiento a los que se debe aplicar el D-L 34/2020, para lo que habrá que acudir a las normas de derecho interregional.

Así, el artículo 10.5 del Código Civil establece que, a falta de elección expresa de las partes, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estos estén situados (*lex rei sitae*). Por tanto, entendemos que si las partes pactan válida y expresamente la sujeción de un contrato de arrendamiento sobre un inmueble situado en Cataluña a derecho común español (o, si fuera el caso, a cualquier ley extranjera, en ambos casos por tener la ley elegida alguna conexión con el contrato), las previsiones del D-L 34/2020 no serían aplicables. Más dudoso parece el caso en el que las partes simplemente pactaran la sujeción del contrato a la LAU, pues habrá que dilucidar si esta implica, o bien una elección indirecta del derecho común español (con exclusión,

por tanto, del derecho civil catalán y, en consecuencia, del D-L 34/2020), o bien una mera referencia a la norma vigente en el momento de la celebración del contrato (en la gran mayoría de los casos, probablemente el contrato de arrendamiento se habrá celebrado cuando la LAU era la única norma vigente en Cataluña respecto de arrendamientos urbanos), en cuyo caso será más difícil entender que no se aplique el D-L 34/2020.

### 5.3. **Ámbito de aplicación subjetivo**

Todos los arrendatarios bajo los citados contratos, sin excepción, pueden beneficiarse de las medidas previstas en el D-L 34/2020. Es decir, esta norma no se ha dirigido a proteger únicamente a pymes y autónomos, como sí han hecho las normas estatales (RD-L 15/2020 y RD-L 35/2020), y ello pese a que, según se ha indicado, en la exposición de motivos del D-L 34/2020 se reconoce a pymes y autónomos como los más duramente golpeados por las medidas de suspensión o restricción de las actividades económicas que justifican la aprobación de la norma.

Tampoco distingue la norma catalana entre pequeños y grandes arrendadores y, por tanto, el D-L 34/2020 es de aplicación a todas las personas, físicas o jurídicas, que tengan la condición de arrendador.

### 5.4. **Primera etapa: procedimiento de renegociación**

La norma trata de primar la autonomía de la voluntad al disponer que, concurriendo el supuesto objetivo de aplicación, el arrendatario podrá requerir al arrendador, por burofax (o de otra forma fehaciente), "*una modificación razonable y equitativa de las condiciones del contrato*", al efecto de restablecer el equilibrio de las prestaciones, y ello de acuerdo con las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos.

No obstante, esa presunta primacía de la autonomía de la voluntad carece de virtualidad práctica, en tanto que (i) la norma contempla unas medidas de aplicación automática si las partes no llegan a un acuerdo (apartado 5.5 siguiente), con lo que el Gobierno catalán ha debilitado la posición jurídica del arrendador en esa renegociación inicial, ya que otorga al arrendatario un mínimo garantizado; y (ii) la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> del D-L 34/2020 permite a los arrendatarios hacer uso de las facultades atribuidas por la norma al margen o con independencia de los acuerdos a que hubiesen llegado las partes antes de su entrada en vigor.

### 5.5. **Medidas aplicables a falta de acuerdo durante el procedimiento de renegociación**

A falta de acuerdo entre las partes en el plazo de un mes desde el requerimiento del arrendatario:

- i. en el caso de suspensión de la actividad, la renta y demás cantidades a cargo del arrendatario se verán reducidas en un 50 % mientras dure la suspensión; y

- ii. en el caso de restricción parcial del aprovechamiento del inmueble, la renta y demás cantidades a cargo del arrendatario se reducirán, mientras permanezcan vigentes las medidas restrictivas, en una cantidad proporcional a la mitad de la pérdida del aprovechamiento del inmueble, restricción que se medirá objetivamente por la reducción de aforo o de horarios o por otras limitaciones impuestas por la norma restrictiva.

En relación con lo anterior, conviene destacar lo siguiente:

- i. que la norma catalana no regula, a diferencia de la normativa estatal (tanto para vivienda como para uso distinto de vivienda), la posibilidad de otorgar, forzosamente, moratorias, sino que las únicas medidas disponibles son las quitas (parciales);
- ii. que, a diferencia de lo que indica expresamente el RD-L 35/2020 (y podía deducirse razonablemente del RD-L 15/2020), las medidas contempladas en el D-L 34/2020 afectan no solamente a la renta, sino también a los otros gastos asumidos; y
- iii. en lo que respecta a las restricciones parciales de aprovechamiento, la norma se refiere, para fijar la rebaja de la renta, a las reducciones o limitaciones impuestas por la normativa, y no a las reducciones o limitaciones (por ejemplo, de aforo) que efectivamente sufra el correspondiente inmueble.

El D-L 34/2020 prevé igualmente que, si el arrendatario llevara a cabo servicios de entrega a domicilio o recogida de productos en el inmueble, ello no impedirá a aplicación de las referidas medidas.

Se establece además que dichas medidas serán efectivas desde el requerimiento de renegociación que formalmente remita el arrendatario. Por tanto, el arrendador no deberá emitir facturas hasta la anterior de las siguientes fechas: aquella en la que las partes lleguen a un acuerdo o aquella en la que finalice el plazo de renegociación de un mes.

Asimismo, se permite al arrendatario exigir al arrendador que impute total o parcialmente las garantías prestadas por el arrendatario al pago de las cantidades vencidas y no pagadas en concepto de renta y demás importes debidos bajo el contrato de arrendamiento. Ello con la excepción de la fianza legal<sup>36</sup> y cualesquiera otras garantías depositadas en el correspondiente organismo público. En ese caso, los arrendatarios deberán reponer el importe dispuesto en el plazo de un año desde la finalización de las medidas adoptadas por la autoridad competente<sup>37</sup>, pero siempre antes de la finalización del contrato (si ocurriera con anterioridad).

Exclusivamente en lo que respecta a los contratos sobre inmuebles afectados por medidas de suspensión de actividad, se prevé que, si estas permanecen en vigor durante más de tres meses en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor del D-L 34/2020, el arrendatario estará facultado a desistir, sin penalización (lo que nos lleva a entender que, si se hiciera uso de esta facultad, tampoco serían aplicables las cláusulas penales expresamente pactadas para el caso de desistimiento por parte del inquilino durante el plazo de obligado cumplimiento), desde que tenga lugar tal circunstancia, mientras se mantenga, y hasta tres meses después del cese completo de las medidas de suspensión. Se requiere, para ello, el preaviso por el arrendatario de, al menos, un mes.



## 6. Conclusiones

---

La crisis ocasionada en nuestro país por la pandemia del COVID-19 y las medidas adoptadas por las autoridades para combatirla han tenido un fuerte impacto en la capacidad económica de buena parte de la población, en particular de las familias compuestas por trabajadores autónomos y pequeños y medianos empresarios, lo que ha dificultado en muchos casos que puedan cumplir puntualmente sus obligaciones contractuales, incluyendo la del pago de la renta arrendaticia. Ello ha llevado a que el Gobierno haya aprobado una serie de medidas extraordinarias dirigidas a rebajar la carga económica que supone el cumplimiento de esta por los arrendatarios, lo que también se ha visto complementado en algunos casos con medidas adoptadas por los Gobiernos autonómicos.

En lo que respecta a los arrendamientos de vivienda, el RD-L 11/2020 introdujo, entre otras cuestiones, una serie de medidas decididamente encaminadas a facilitar a los arrendatarios en situación de vulnerabilidad económica el pago de las rentas de su vivienda habitual. Por un lado, a las entidades y empresas públicas de vivienda y a los grandes tenedores de vivienda (es decir, titulares de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1500 m<sup>2</sup>) se les impuso una moratoria de renta automática u obligatoria (o, en su caso, la reducción parcial de la renta) de hasta cuatro meses cuando los arrendatarios en situación de vulnerabilidad económica lo solicitaran (siendo el plazo para tal solicitud, actualmente, hasta el 31 de enero de 2021). Para el resto de los arrendadores, el RD-L 11/2020 pretendió fomentar que las partes alcanzaran un acuerdo voluntario para el aplazamiento o la condonación de rentas, cuya solicitud por el arrendatario debía tener lugar antes del 2 de julio de 2020. Por el otro lado, la referida norma introdujo la línea de ayudas transitorias de financiación bancaria avaladas y subvencionadas por el Estado destinadas a facilitar el pago de las rentas (*Línea avales arrendamiento COVID-19*) y el programa de ayudas directas a arrendatarios para facilitar el pago de sus rentas o la devolución las ayudas transitorias de financiación (*Programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual*).

En cuanto a los arrendamientos de inmuebles para uso distinto del de vivienda, así como de industria, las dos normas dictadas por el Gobierno<sup>38</sup> con carácter general (RD-L 15/2020 y RD-L 35/2020) tienen como únicos beneficiarios a los arrendatarios autónomos o pymes cuyas actividades hayan sido objeto de suspensión o que hayan experimentado una drástica reducción (al menos el 75 %) de su facturación.

Asimismo, ambas normas únicamente obligan a los arrendadores que sean empresas o entidades públicas, o grandes tenedores (definidos estos igual que en el RD-L 11/2020) a otorgar moratorias de renta (de hasta cuatro meses en el caso del RD-L 15/2020, siendo el periodo previsto en el RD-L 35/2020 de mayor duración —segundo estado de alarma, más sus prórrogas, y hasta un máximo de cuatro meses adicionales—), si bien el RD-L 35/2020 ha previsto, en línea con lo regulado en el RD-L 11/2020, la posibilidad de que el arrendador opte por otorgar, como alternativa a la moratoria, una reducción de renta del 50 %.

En cambio, para los arrendadores que no tengan la consideración de empresas o entidades públicas, o grandes tenedores, las normas tan solo prevén la posibilidad de que el arrendatario pueda

solicitar un aplazamiento temporal y extraordinario del pago de la renta, sin que tales arrendadores estén obligados a otorgarlo, si bien se permite a las partes imputar la fianza al pago de alguna mensualidad de renta y, en el caso del RD-L 35/2020, también se contemplan beneficios fiscales si los arrendadores acceden a llegar a acuerdos con sus arrendatarios y estos ejercen determinadas actividades.

Ambas normas, cuya redacción, como hemos visto, contiene muchos puntos abiertos a interpretación jurídica, han generado, además de estas incertidumbres, rechazo tanto en el colectivo de los arrendatarios como en el de arrendadores. Respecto de los primeros, porque únicamente pueden beneficiarse de las medidas determinados arrendatarios (pymes o autónomos) y estas, que consisten en moratorias (salvo bajo el RD-L 35/2020, que permite que el arrendador opte por una reducción del 50 %) son obligatorias únicamente si los arrendadores son empresas o entidades públicas o grandes tenedores, un tipo de arrendador que, según algunas estimaciones, por ejemplo, tan solo supone un 3 % del total del sector hostelero<sup>39</sup>. Y, en cuanto a los arrendadores (grandes tenedores), porque se les está obligando a asumir las citadas medidas sin compensación alguna por parte de las Administraciones públicas.

Tampoco parece que la aprobación de estas normas esté contribuyendo a evitar la litigiosidad que era esperable vistas las consecuencias de la pandemia, lo cual, junto con la mitigación de algunos de los efectos indeseables que esta crisis está teniendo, debería ser una de sus finalidades. A la vista están algunas de las primeras resoluciones de juzgados de primera instancia, dictadas ya con el RD-L 15/2020 en vigor, en las que se ha reconocido, si bien fundamentalmente de forma cautelar<sup>40</sup>, aunque también se ha dictado ya alguna sentencia<sup>41</sup>, la posibilidad de acudir a figuras como la *rebus sic stantibus* para reequilibrar las prestaciones contractuales.

La norma aprobada en Cataluña (D-L 34/2020), en cambio, tiene por beneficiarios a todos los arrendatarios (no solo autónomos o pymes) de locales destinados a actividades industriales o comerciales (en sentido amplio), bajo contratos suscritos con posterioridad al 1 de enero de 1995, siempre que sus actividades hayan sido objeto de órdenes de suspensión (para los que el D-L 34/2020 también contempla un derecho de desistimiento, sin penalización) o el inmueble objeto de medidas de restricción de su aprovechamiento material. La norma prevé un plazo de renegociación de un mes, transcurrido el cual sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, se aplicarán reducciones de renta, sin que el D-L 34/2020 tampoco distinga si el arrendador es gran tenedor o no.

En nuestra opinión, la norma catalana es de dudosa constitucionalidad teniendo en cuenta el reparto de competencias previsto en la Constitución (*e. g.*, artículo 149.1.1.<sup>ª</sup>, 8.<sup>ª</sup> y 13.<sup>ª</sup> en lo que respecta a competencias exclusivas del Estado), si bien la inconstitucionalidad de la norma, en su caso, solo puede ser declarada por el Tribunal Constitucional y a la fecha de remisión del presente foro el D-L 34/2020 no ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad. En todo caso, aunque no se presentara finalmente recurso alguno, no cabe olvidar la posibilidad de que un juez o tribunal ordinario planteara una cuestión de inconstitucionalidad en un proceso en el que su decisión dependiera de la validez del D-L 34/2020, de oficio o a instancia de parte (por ejemplo, de un arrendador que se hubiese negado a otorgar las medidas previstas en esta norma, dando lugar a la reclamación judicial del arrendatario).

Al margen de lo anterior, las medidas previstas en el D-L 34/2020 podrán considerarse más protectoras para los arrendatarios, pero sin duda son mucho más gravosas para los arrendadores (a los que se les aplican con independencia de que se trate de un particular en situación, él mismo, de vulnerabilidad).

En definitiva, tan solo podemos esperar que la situación en nuestro país evolucione de tal forma que no sea necesario que las autoridades aprueben nuevas medidas de este tipo. Si, lamentablemente, la evolución no fuera positiva, sería deseable que las nuevas medidas que se adopten se centren en otorgar ayudas directas, como vienen reclamando los arrendatarios de los sectores más golpeados por la crisis ocasionada por la pandemia<sup>42</sup>, y no en desplazar la carga a los arrendadores.

## Bibliografía

---

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción (2020). Arrendamientos de vivienda, epidemia del COVID-19 y estado de alarma. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 780, pp. 2430 - 2455.

PALÁ LAGUNA, Emilio (2020). Breve examen de las medidas adoptadas para los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad. *Diario La Ley*, 9617, Sección Tribuna, pp. 1- 6.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro (2020). Nuevas medidas legales en arrendamientos de vivienda por la crisis sanitaria del Coronavirus. *Diario La Ley*, 9611, Sección Tribuna, pp. 1-9.

MAGRO SERVET, Vicente (2020). Particularidades del Real Decreto-ley 35/2020 de 22 de diciembre materia de arrendamientos de local de negocio. *Diario La Ley*, 9770, Sección Actualidad COVID-19, pp. 1-13.

## Notas al final

- 1 Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* ("BOE") de 1 de abril de 2020 y en vigor desde el 2 de abril de 2020. Convalidado, conforme a lo previsto en el artículo 86.2 de la Constitución, mediante Resolución de 9 de abril de 2020, del Congreso de los Diputados (BOE de 13 de abril de 2020).
- 2 Aunque su análisis queda fuera del objeto del presente foro de actualidad, no puede desconocerse, no obstante, que en el ámbito autonómico las Comunidades Autónomas, al amparo de sus competencias en materia de vivienda, han adoptado un número nada desdeñable de medidas extraordinarias relativas a los arrendamientos vivienda (complementarias o incluso independientes a las establecidas por el Estado) encaminadas fundamentalmente a reducir la carga económica de los arrendatarios de viviendas en regímenes de protección pública gestionados por las administraciones o empresas o entidades públicas mediante la aplicación de la moratoria y/o la reducción de rentas prevista en el artículo 4 del RD-L 11/2020, así como a implementar el programa de ayudas directas previsto en el artículo 10 del RD-L 11/2020.
- 3 Publicado en el BOE de 22 de abril de 2020 y en vigor desde el 23 de abril de 2020. Convalidado, conforme a lo previsto en el artículo 86.2 de la Constitución, mediante Resolución de 13 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados (BOE de 15 de mayo de 2020).
- 4 Publicado en el BOE de 23 de diciembre de 2020 y en vigor desde el 24 de diciembre de 2020. Pendiente de convalidación, conforme a lo previsto en el artículo 86.2 de la Constitución, en el plazo de 30 días hábiles desde su promulgación el 22 de diciembre de 2020.
- 5 Publicado en el BOE de 24 de junio de 2020, en vigor desde el 25 de junio de 2020. Convalidado, conforme a lo previsto en el artículo 86.2 de la Constitución, mediante Resolución de 15 de julio de 2020, del Congreso de los Diputados (BOE de 18 de julio de 2020).
- 6 Publicado en el BOE de 6 de julio de 2020, en vigor desde el 7 de julio de 2020. Convalidado, conforme a lo previsto en el artículo 86.2 de la Constitución, mediante Resolución de 15 de julio de 2020, del Congreso de los Diputados (BOE de 18 de julio de 2020).
- 7 Publicado en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* ("DOGC") de 22 de octubre de 2020 y en vigor desde ese día. Convalidado mediante Resolución 1005/XII del Parlamento de Cataluña (DOGC de 10 de noviembre de 2020).
- 8 La prórroga fue autorizada mediante resolución de 29 de octubre de 2020 del Congreso de los Diputados (BOE de 4 de noviembre de 2020) y promulgada mediante el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (BOE de 4 de noviembre de 2020).
- 9 El artículo 9 del RD-L 11/2020, desarrollado por las Órdenes TMA/378/2020, de 30 de abril (BOE de 1 de mayo de 2020), TMA/924/2020, de 29 de septiembre (BOE de 1 de octubre de 2020) y TMA/1134/2020, de 30 de noviembre (BOE de 2 de diciembre de 2020), recoge la llamada *Línea de avales arrendamiento COVID-19* para la cobertura total por el Estado de ayudas transitorias de financiación a arrendatarios en situación de vulnerabilidad para el pago de las rentas arrendaticias de su vivienda habitual. En el siguiente enlace pueden consultarse sus características principales: [Línea Avales arrendamiento COVID-19 - ICO](#).
- 10 Aunque en nuestro derecho positivo no hay una definición precisa de vivienda permanente, la jurisprudencia ha entendido que debe atenderse a la finalidad y objeto del contrato de arrendamiento (*i. e.*, a la voluntad real de las partes) y no simplemente a su duración para deslindarlo, por ejemplo, de los arrendamientos de temporada (*cf.* entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1960, de 30 de marzo de 1974 o de 30 de junio de 1976; o, más recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 10 de noviembre de 2016).
- 11 Los requisitos subjetivos exigidos en el artículo 4 de la Orden TMA/378/2020 para la concesión de las ayudas transitorias de financiación avaladas y subvencionadas por el Estado son menos estrictos que los previstos en el RD-L 11/2020 para la aplicación de la moratoria arrendaticia, puesto que la Orden TMA/378/2020 considera vulnerable, con carácter general, al arrendatario cuya unidad familiar tenga unos ingresos inferiores a cinco veces el IPREM mensual. La Orden TMA/378/2020 amplía, por tanto, el ámbito subjetivo de aplicación de las ayudas transitorias de financiación.
- 12 Se entiende por unidad familiar "*la compuesta por la persona que adeuda la renta arrendaticia, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar y su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita, que residan en la vivienda*" (artículo 5.1 del RD-L 11/2020).
- 13 Para el año 2020 el IPREM mensual era de 537,84 € y para 2021 es de 564,29 €.
- 14 Se entiende por gastos y suministros básicos, el importe del coste de "*electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, de los servicios de telecomunicación fija y móvil, y las posibles contribuciones a la comunidad de propietarios*" de la vivienda habitual que corresponda satisfacer al arrendatario (artículo 5.1.b del RD-L 11/2020).
- 15 Incluyendo el fondo social de vivienda de las entidades financieras regulado en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (artículo 4.3 del RD-L 11/2020).
- 16 Como señala Jiménez París (2020), "*cuando el artículo 4 habla en su rúbrica de «empresas», se refiere a empresas públicas de vivienda pues la rúbrica tiene dos periodos «aplicación automática de la moratoria de la deuda arrendaticia en caso de grandes tenedores [primer periodo] y empresas o entidades públicas de vivienda [segundo periodo]*".
- 17 Mediante la disposición final 4.ª del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, publicado en el BOE de 30 de septiembre de 2020 y convalidado, conforme a lo previsto en el artículo 86.2 de la Constitución, mediante Resolución de 15 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados (BOE de 22 de octubre de 2020).
- 18 Disposición final 4.ª.2 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril.
- 19 El artículo 17 del RD-L 8/2020 regula el cese de actividad de trabajadores autónomos.
- 20 Publicado en el BOE de 18 de marzo de 2020, en vigor desde ese día. Convalidado, conforme a lo previsto en el artículo 86.2 de la Constitución, mediante Resolución de 25 de marzo de 2020, del Congreso de los Diputados (BOE de 30 de marzo de 2020).

- 21 No contienen estas normas el matiz, sí incluido en el RD-L 11/2020, sobre que el importe de los daños, perjuicios y gastos no podrá ser inferior al beneficio indebidamente obtenido. No obstante, entendemos que así debe ser, ya que, en caso contrario, se estaría produciendo un enriquecimiento injusto del arrendatario.
- 22 Esto es: (i) será necesario que el arrendatario destine el inmueble al desarrollo de una actividad económica clasificada en la división 6 (comercio, restaurantes y hospedaje, reparaciones) o en los grupos 755 (agencia de viajes), 969 (salas de baile, discotecas y otros locales de ocio), 972 (peluquerías) o 973 (servicios fotográficos, copisterías, etc.) de la sección primera de las tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas aprobadas por Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 29 de septiembre; y (ii) tal cómputo no será posible cuando la rebaja en la renta se compense con posterioridad por el arrendatario mediante incrementos en las rentas posteriores u otras prestaciones o cuando el arrendatario sea persona o entidad vinculada con el arrendador (en los términos del artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades) o esté unido con aquel por vínculos de parentesco.
- 23 Como lo es el RD-L 15/2020, dictado en el seno del estado de alarma.
- 24 El RD-L 35/2020, cuando hace mención a que el arrendador sea “*empresa o entidad pública*” ha eliminado las palabras “*de vivienda*”, que sí se contenían en el RD-L 15/2020 siguiendo lo previsto en el RD-L 11/2020.
- 25 No se hace constar el modo en el que el arrendador debe comunicar tal decisión, si bien entendemos que debería hacerse, al igual que la solicitud del arrendatario, por medio fehaciente.
- 26 Destacamos que el término “probabilidad de insolvencia” no se ha recogido expresamente en el TRLC. No obstante, la Directiva (UE) 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) 2017/1131 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), al menos en sus versiones en inglés, francés, portugués e italiano, sí la contempla (es cuestionable la traducción al castellano).
- 27 *I.e.*, aplicación de las medidas únicamente a la renta y no a otros gastos asumidos por los arrendatarios, primera mensualidad a la que le es de aplicación la medida correspondiente, importe de cada cuota de devolución en caso de moratoria, o qué ocurre si las partes habían llegado a acuerdos previos sobre aplazamiento o rebaja de renta por un periodo inferior al que contempla la norma (si bien, en relación con estos últimos, pueden plantearse otros interrogantes, como qué ocurre si los acuerdos previos eran distintos a la moratoria y reducción de renta que contempla el RD-L 35/2020).
- 28 A las que se refiere el artículo 22.1 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, referencia legal que utiliza el artículo 10 del RD-L 23/2020.
- 29 Publicado en el *BOE* de 28 de mayo de 2020, en vigor desde el 29 de mayo de 2020. Convalidado, conforme a lo previsto en el artículo 86.2 de la Constitución, mediante Resolución de 10 de junio de 2020, del Congreso de los Diputados (*BOE* de 12 de junio de 2020).
- 30 Sí sería posible que el deudor se acogiera a la moratoria prevista en el RD-L 25/2020 pese a haberse beneficiado de una acordada voluntariamente por el acreedor tras la entrada en vigor del RD 463/2020 si el deudor renunciara a esta última. Igualmente, si esta moratoria voluntaria, o a la que se hubiese acogido el deudor bajo el RD-L 8/2020 o el RD-L 19/2020, fuera por un plazo inferior a doce meses, el deudor podrá beneficiarse de la moratoria prevista en el RD-L 25/2020 por el plazo restante hasta alcanzar los mencionados doce meses.
- 31 Esto es, los CNAE 5510 (hoteles y alojamientos similares), 5520 (alojamientos turísticos y otros alojamientos de corta estancia) o 7911 (agencias de viajes).
- 32 Sin que el deudor haya incurrido en mora en relación con cuotas anteriores a dicha fecha.
- 33 Si bien la aprobación del D-L 34/2020 vino precedida por numerosos anuncios relativos a la inminente positivización de la doctrina *rebus sic stantibus*, la norma remite esta a una modificación del Código Civil de Cataluña, que debería tener lugar en el plazo de dos años desde la entrada en vigor del D-L 34/2020.
- 34 De conformidad con lo previsto en la exposición de motivos de la norma, estas deben entenderse en sentido amplio.
- 35 Pese a que el D-L 34/2020 pueda generar dudas sobre su constitucionalidad, lo cierto es que, a la fecha de remisión de este foro, no ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional.
- 36 Curiosamente, la única garantía para la que se prevé esta posibilidad en la normativa estatal (RD-L 15/2020 y RD-L 35/2020).
- 37 Y no desde la disposición de las garantías, a diferencia de lo regulado en la normativa estatal (RD-L 15/2020 y RD-L 35/2020).
- 38 Además del RD-L 23/2020, cuyo artículo 10 contiene previsiones para contratos en los que el arrendador sea un administrador de infraestructuras ferroviarias, y lo previsto en el artículo 7 del RD-L 25/2020, que permite a arrendatarios de inmuebles destinados a determinadas actividades turísticas instar a sus arrendadores a que soliciten la moratoria hipotecaria regulada en este, a los efectos de que les trasladen, como moratoria de rentas, el 70 % de la moratoria hipotecaria obtenida. Ambos se resumen en el apartado 4.
- 39 Según afirma D. José Luis Yzuel, presidente de la Confederación Empresarial de Hostelería de España (Cehe). Véase: [Insatisfacción y decepción entre empresarios hosteleros y autónomos por el Real Decreto-Ley del Gobierno: Se queda corto, muy corto - Confilegal](#).
- 40 Por ejemplo, Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valencia de 25 de julio de 2020 y Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 81 de Madrid de 25 de septiembre de 2020.
- 41 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Barcelona de 8 de enero de 2021.
- 42 Por ejemplo, también el mencionado D. José Luis Yzuel (Cehe). Véase: [Los hosteleros ven ‘insuficiente’ el Plan del Gobierno | @nexotur](#).

España

## LÍMITES Y RESTRICCIONES A LA EXTINCIÓN DE CONTRATOS DE TRABAJO DURANTE LA CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19

Álvaro Navarro Cuéllar y Paula Alonso Barrera

*Abogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)*

### **Límites y restricciones a la extinción de contratos de trabajo durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19**

*Una de las cuestiones laborales que mayor interés jurídico está suscitando durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 es la limitación normativa a extinguir contratos de trabajo. El presente foro de actualidad pretende exponer y analizar las actuales restricciones a la extinción de contratos de trabajo, sus respectivos ámbitos de aplicación y las consecuencias de sus incumplimientos, pese a la opacidad normativa y la incertidumbre judicial en la materia.*

#### **PALABRAS CLAVES:**

DESPIDOS, EXTINCIONES DE CONTRATOS DE TRABAJO, COVID-19, MANTENIMIENTO DEL EMPLEO, EXONERACIONES DE CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL, ERTE.

### **Limits and restrictions to terminate employment contracts during the COVID-19 sanitary crisis**

*One of the labour-related issues that is arousing the highest legal interest during the COVID-19 sanitary crisis is the regulatory limitation to terminate employment contracts. This article aims to explain and succinctly analyse the current restrictions on termination of employment contracts, their respective scope of applications and the consequences of their breaches, despite the regulatory opacity and the judicial uncertainty on the matter.*



**KEY WORDS:**

DISMISSALS, TERMINATIONS OF EMPLOYMENT CONTRACTS, COVID-19, MAINTENANCE OF EMPLOYMENT, EXONERATIONS OF SOCIAL SECURITY CONTRIBUTIONS, COLLECTIVE PROCEDURE TO SUSPEND CONTRACTS OR REDUCE THEIR WORKING TIME.

**FECHA DE RECEPCIÓN:** 30-1-2021

**FECHA DE ACEPTACIÓN:** 7-2-2021

Navarro Cuéllar, Álvaro; Alonso Barrera, Paula (2020). Límites y restricciones a la extinción de contratos de trabajo durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 151-161 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción

---

La crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha obligado al legislador a aprobar, en un periodo de tiempo muy breve, numerosas medidas legislativas para combatir o, al menos contener, sus perjudiciales efectos en la economía española y en nuestro mercado de trabajo.

En este sentido, es destacable que desde el pasado 14 de marzo de 2020, fecha en la que se declaró el estado de alarma en nuestro país (mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19), hasta la actualidad, se han dictado más de quince normas con contenido laboral de gran relevancia, ampliando y completando la legislación laboral en numerosos aspectos, aunque a veces de forma ambigua y mejorable.

Dicha ambigüedad se explica, entre otros motivos, por la repentina pérdida de actividad económica y laboral y por la consiguiente necesidad de adoptar medidas inmediatas a través de una legislación de urgencia.

Buena parte del esfuerzo legislativo subyacente a la normativa laboral aprobada desde el 14 de marzo de 2020 gira en torno a dos pilares: el primero, la salvaguarda de la actividad productiva y, con ella, la supervivencia del tejido empresarial español, mediante la aprobación de normas que facilitan el acceso a medidas coyunturales como la suspensión colectiva de contratos de trabajo y la reducción temporal y colectiva de jornadas de trabajo (los "ERTEs") con la posibilidad de acogerse a exoneraciones de cuotas de Seguridad Social.

El segundo, la salvaguarda y la protección del empleo, mediante la imposición de restricciones a la extinción de contratos de trabajo o mediante la aprobación de medidas complementarias como, por ejemplo, la interrupción del cómputo de la duración de los contratos de trabajo temporales que se hubieran suspendido durante los ERTEs.

Como ya se ha anticipado, muchas de esas normas podrían haber sido más precisas, en especial las que atañen a las restricciones o limitaciones existentes en materia de despidos o extinciones de contratos de trabajo. Por este motivo, el análisis de estas limitaciones en el presente foro de actualidad se realiza con gran cautela ante lo que, previsiblemente, continuará siendo un escenario de producción y evolución normativa sin parangón.

Lo anterior se ve agravado por la delgada línea que separa la coyunturalidad sobre la que se asienta la normativa laboral de urgencia de la que, transcurridos diez meses, se está tornando en una causa de naturaleza estructural, pues si bien se espera que la crisis sanitaria y su incidencia directa en el mercado de trabajo se atenúe progresivamente, la crisis económica resultante de la pandemia se recrudecerá.

En definitiva, en el actual contexto las empresas desearían que se eliminaran o, al menos matizaran, las limitaciones o restricciones a extinguir contratos de trabajo, cuyo análisis jurídico se expondrá a continuación. Esta misma reflexión es la que la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) ha defendido sin éxito en los encuentros que ha mantenido con el resto de agentes sociales para acordar la quinta prórroga de los ERTes, hasta el próximo 31 de mayo de 2021.

## 2. La limitación a los despidos

La comúnmente llamada prohibición de despedir, que más que una prohibición se trata de una limitación a realizar determinados tipos de despidos vinculados con el COVID-19, apareció en nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (el "RDL 9/2020"). El artículo 2 del citado Real Decreto-ley, que lleva por título "*Medidas extraordinarias para la protección del empleo*", dispone lo siguiente: "*La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido*".

Originariamente, esta limitación de despedir desplegaba sus efectos únicamente hasta el 30 de junio de 2020. Sin embargo, se ha ido prorrogando mediante sucesivos reales decretos leyes, siendo el último de ellos, a la fecha de este foro de actualidad, el Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo (el "RDL 2/2021"), cuyo artículo 3.6 extiende la vigencia de la limitación de despedir hasta el 31 de mayo de 2021.

### 2.1. Limitación causal de los despidos

La limitación a la realización de despidos, en su vertiente individual o colectiva, se circunscribe únicamente a aquellos cuyas causas justificativas sean coincidentes con las que el legislador de urgencia habilitó para acometer los ERTes excepcionales que se regularon para combatir los efectos del COVID-19 en el mercado de trabajo, esto es, la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas —también conocidas como causas objetivas— derivadas de la pandemia.

La fuerza mayor, en este contexto, se define en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (el "RDL 8/2020") como toda pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19

que implique, entre otras, la suspensión o cancelación de actividades, el cierre temporal de locales de afluencia pública, las restricciones en el transporte público o de la movilidad de las personas o mercancías, la falta de suministros que impida continuar con el desarrollo de la actividad, situaciones urgentes y extraordinarias ocasionadas por el contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretadas por la autoridad sanitaria.

Por su parte, las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas no podrán entenderse como justificativas del despido de un trabajador si se encuentran “relacionadas con el COVID-19”, tal y como se prevé literalmente en el artículo 23 del RDL 8/2020. Esta previsión normativa tan escueta pero de tan amplio alcance ha provocado una gran inseguridad jurídica en el tejido empresarial español, además de haber reducido sustancialmente su margen de maniobra para adaptar sus recursos a las circunstancias concurrentes.

Sin perjuicio de lo anterior y a pesar de que el marco regulatorio vigente no es, como se puede apreciar, favorable a las extinciones de contratos de trabajo, las empresas no están impedidas de realizar despidos individuales o colectivos ante la concurrencia de otras causas. Por ello, no constituye un incumplimiento a la limitación de los despidos aquí descrita, la realización de despidos por causas disciplinarias o de despidos objetivos individuales o colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que no guarden relación directa con la situación del COVID-19.

## 2.2. Empresas afectadas por la limitación

Al contrario de lo que sucede con el compromiso de mantenimiento del empleo que, como se verá más adelante en este foro de actualidad, sólo despliega sus efectos sobre aquellas empresas que hayan acometido ERTes excepcionales y, además, se hayan beneficiado de las exoneraciones de cotizaciones de Seguridad Social asociadas a los mismos, esta limitación o restricción a realizar despidos o extinguir contratos de trabajo por causas vinculadas con el COVID-19 es de aplicación a todas las empresas, con independencia de su actividad y del sector en el que operen.

Lo anterior supone que a aquellas empresas que no hayan recurrido a la aplicación de un ERTE excepcional —ya sea de fuerza mayor o por causas objetivas— o que habiendo recurrido a la aplicación de dicha medida de flexibilidad interna, hayan optado por no beneficiarse de las exoneraciones de cuotas de la Seguridad Social, les resultará de aplicación la limitación para despedir pero no así el compromiso de mantenimiento del empleo.

## 2.3. Calificación de las extinciones que vulneren la limitación a despedir

Como prueba de la ambigüedad de la que venimos dando cuenta, la interpretación del artículo 2 del RDL 9/2020 está siendo muy cuestionada por los distintos operadores jurídicos, así como por las empresas que, necesitadas de realizar despidos ante la actual coyuntura social y económica, se enfrentan a un panorama judicial de gran disparidad interpretativa. Y ello porque existen múltiples resoluciones judiciales que analizan despidos —tanto individuales como colectivos— que incumplen la limitación a los despidos, dando lugar a numerosas opiniones doctrinales y de magistrados del orden social sobre el particular, sin que sean coincidentes.

A falta de mención expresa por la propia norma sobre la calificación que merecen los despidos vinculados con el COVID-19 y, por tanto, realizados incumpliendo la limitación promulgada a tal efecto, un sector de la doctrina científica y judicial considera y declara que deben calificarse como improcedentes, mientras que otro sector afirma que deben calificarse como nulos.

Como es sabido, la diferencia entre ambas calificaciones no es baladí y radica en la elección empresarial —salvo contadas excepciones que exceden del objeto de este foro de actualidad— entre el pago de la indemnización legalmente tasada o la readmisión del trabajador junto con el abono de los salarios de tramitación en caso de despido improcedente, frente a la obligada readmisión y el abono de los salarios de tramitación en caso de despido nulo.

Las sentencias y autores que se decantan por la calificación de nulidad sostienen que los despidos que vulneran la limitación introducida por el artículo 2 del RDL 9/2020 se basan en una causa ilícita, por tratarse de una causa prohibida por una ley derivada de una situación de emergencia nacional. En otros casos, el precepto utilizado para defender la nulidad de aquellos despidos que contravienen frontalmente la citada norma ha sido el artículo 6.3 del Código Civil, que señala que los actos contrarios a las normas prohibitivas son nulos de pleno derecho.

Este sector doctrinal se aparta conscientemente de la ya consolidada jurisprudencia del orden social que afirma que los despidos sin causa deben ser calificados como improcedentes. Y lo hace, esencialmente, bajo el pretexto de que el legislador ha creado una nueva categoría de despidos prohibidos por causa de utilidad pública, en un panorama excepcional de emergencia nacional que nada comparte con la realidad social en la que se dictaron los pronunciamientos judiciales previos sobre la materia.

En este contexto, el Juzgado de lo Social número 29 de Barcelona, en sentencia de 28 de julio de 2020 (stcia. núm. 180/2020), sostuvo que la normativa surgida durante el estado de alarma tiene por objetivo primordial evitar las extinciones de contratos de trabajo vinculadas con la crisis sanitaria, ya sean individuales o colectivas, motivo por el cual pone a disposición de los empresarios medidas alternativas y temporales para hacer frente a una situación crítica. En consecuencia, ese juzgado declaró que la decisión empresarial de extinguir un contrato de trabajo vulnerando una regulación excepcional e imperativa debe ser declarada nula en aplicación del artículo 6.3 del Código Civil. Para alcanzar dicha conclusión, el juzgado prestó especial atención a la exposición de motivos del RDL 8/2020 que establece que *“se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos”* y a la exposición de motivos del RDL 9/2020 que, por su parte, advierte que el objetivo de las medidas temporales es que *“las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo”*.

Del mismo modo, el Juzgado de lo Social número 6 de Oviedo, en sentencia de 22 de octubre de 2020 (stcia. núm. 363/2020), declaró la nulidad de un despido realizado como consecuencia de la inactividad empresarial causada por las restricciones derivadas del COVID-19, por constituir éste una *“infracción de la prohibición establecida”* y bajo el pretexto de que en *“caso de considerarse improcedente (...) la relación laboral podría extinguirse unilateralmente por voluntad empresarial en virtud del derecho de opción, con lo cual la prohibición quedaría en una mera declaración de intenciones”*.

Más controvertida es la sentencia de 6 de julio de 2020 del Juzgado de lo Social número 3 de Sabadell (stcia. núm. 93/2020), que también abogó por la nulidad de un despido en un supuesto en el que la extinción se había producido sin estar aún vigente la limitación introducida por el RDL 9/2020.

Sin perjuicio de lo anterior, el criterio mayoritario es el de aquellas sentencias y autores que se decantan por la calificación de improcedencia de los despidos acometidos vulnerando la limitación de despedir prevista en el artículo 2 del RDL 9/2020, y que sostienen, en aplicación de la jurisprudencia del orden social, que los supuestos de nulidad de los despidos están tasados por la ley y que, al no preverse expresamente la nulidad en estos supuestos, la calificación debe necesariamente ser la de la improcedencia.

También señalan estas resoluciones y autores que no existe una prohibición de despedir a causa del COVID-19, sino una enumeración de causas que, de estar vinculadas con la crisis sanitaria, no justificarían por sí mismas el despido y, por tanto, en la medida en la que la jurisprudencia del orden social afirma que los despidos sin causa no son nulos sino improcedentes, aquellos que se realicen contraviniendo el citado artículo 2 del RDL 9/2020 han de ser calificados como improcedentes.

En este sentido se han dictado al menos veinte sentencias, resultando especialmente ilustrativa la sentencia de 10 de julio de 2020 del Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona (procedimiento núm. 348/2020) que, ante un despido disciplinario simulado para eludir la citada limitación, reconoció que si bien es cierto que *“en nuestro régimen jurídico laboral la extinción del contrato de trabajo debe responder a una justa y tasada causa, no admitiéndose el simple desistimiento empresarial (...) la calificación de un despido sin causa, con arreglo a una consolidada doctrina jurisprudencial, incluso aplicable a los despidos no comunicados por escrito, verbales o incluso tácitos, es la improcedencia. Y no la nulidad, que queda reservada para los casos más graves, con vulneración de derechos fundamentales, o relacionados con situaciones susceptibles de especial protección (...) previstos en el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores”*.

Siguiendo este mismo hilo argumental, ese juzgado defendió que el régimen previsto en el Código Civil para el fraude de ley y el abuso de derecho —artículos 6.4 y 7.2, respectivamente— no impone la nulidad del acto jurídico, sino la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir para el fraude de ley —la calificación de improcedencia del despido— y la indemnización para el abuso de derecho —la indemnización estatutaria prevista para los despidos improcedentes—. Del mismo modo, ese juzgado sostiene que la nulidad prevista para los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas en supuestos de despidos sin causa ha sido tratada en numerosas ocasiones por la jurisprudencia del orden social y que, a no ser que en el futuro la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la excepcione en atención a las especiales circunstancias provocadas por el COVID-19, no existe óbice a aplicarla y para resolver, en base a ella, que la consecuencia de incumplir la norma que limita los despidos vinculados con el COVID-19 ha de ser necesariamente la improcedencia.

Esta tesis cobra más fuerza si se tiene en cuenta que la norma que regula la limitación para despedir por causas vinculadas con el COVID-19 no prevé un efecto distinto al previsto jurisprudencialmente y que el legislador, a pesar de haber tenido múltiples oportunidades para completar la nor-

ma, calificando expresamente como nulos los despidos vinculados con el COVID-19, únicamente ha optado por disponer que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción descritas en este foro de actualidad, *“no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”*.

La disparidad interpretativa es de tal magnitud que el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona en sentencia de 15 de diciembre de 2020 (stcia. 283/2020), no ha calificado ni como improcedente ni nulo un despido individual vinculado con el COVID-19, sino como procedente. Y ello, porque dicho Juzgado considera que la limitación normativa a los despidos analizada en este foro de actualidad debe ser inaplicada por vulnerar el derecho a la libertad de empresa consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En materia de despido colectivo, hasta la fecha solo se conocen cuatro resoluciones judiciales que analicen extinciones contractuales vinculadas con el COVID-19. Entre ellas, la sentencia de 26 de octubre de 2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (stcia. núm. 10018/2020), que declaró nulo un despido colectivo por fundarse en las mismas causas que justificaban el ERTE de fuerza mayor derivada del COVID-19 aún vigente en la empresa.

Por su parte, la sentencia de 25 de noviembre de 2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (stcia. núm. 1036/2020), entendió que la pérdida de una contrata durante la crisis sanitaria constituye un supuesto de fuerza mayor previsto expresamente en el artículo 22 del RDL 8/2020, y que, por tanto, el despido colectivo derivado del mismo debe ser calificado como *“no ajustado a derecho”* (calificación que equivale a improcedente en los despidos individuales).

Sin embargo, la sentencia de 11 de diciembre de 2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (stcia. 66/2020), declaró, en un supuesto muy similar, que un despido colectivo fundado en la resolución de un contrato de prestación de servicios a causa de la pérdida de actividad de la empresa comitente debe considerarse ajustado a derecho.

Sin perjuicio de la mayor o menor consistencia de estos argumentos, la realidad es que el hecho de que el legislador no haya incorporado una aclaración sobre los efectos del incumplimiento a la limitación de los despidos, deja en manos de los órganos judiciales la decisión de ceñirse a la doctrina tradicional o apartarse de ella a la luz de las excepcionales circunstancias, por lo que no es descartable que cualquiera de estos pronunciamientos puedan convertirse en doctrina judicial de referencia. Parece claro, por tanto, que se precisará que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo unifique doctrina sobre la cuestión.

En definitiva, la confusión que suscita la norma, unida a la existencia de un panorama judicial incierto, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provoca en las empresas, exige a los empleadores extremar las cautelas a la hora de planificar y acometer despidos mientras continúe en vigor la limitación aquí descrita.

## 3. El compromiso de mantenimiento del empleo

---

### 3.1. Ámbito de aplicación

El compromiso de mantenimiento del empleo surgió por primera vez en la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, bajo la rúbrica *“Salvaguarda del empleo”*. Su redacción original, un tanto parca y escueta, consistía en un único párrafo del siguiente tenor: *“Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad”*.

En los sucesivos reales decretos leyes aprobados durante la pandemia esta redacción fue mejorándose y aclarándose, llegando a modificarse hasta cuatro veces.

En esencia, el compromiso de mantenimiento del empleo lo adquieren las empresas (i) que hayan aplicado o estén aplicando ERTes excepcionales por el COVID-19 (ya sean por fuerza mayor o por causas objetivas) o ERTes impeditivos o limitativos de actividad (que se han regulado normativamente durante la pandemia y que se dirigen a empresas que se ven impedidas de realizar su actividad o con limitaciones para desarrollarla con normalidad), y (ii) que se hayan beneficiado o se sigan beneficiando de exoneraciones de cuotas de Seguridad Social.

Además, el citado compromiso de mantenimiento del empleo es de carácter nominativo, dado que los contratos de trabajo que el legislador exige conservar son los de aquellos trabajadores afectados por los ERTes indicados en el párrafo anterior, siempre que, además, su empleador se haya beneficiado de las exoneraciones de cuotas de la Seguridad Social, en los términos ya expuestos. Por el contrario, parece claro que el compromiso no se adquiere respecto de aquellos trabajadores que no hayan tenido sus contratos suspendidos o sus jornadas de trabajo reducidas en aplicación de los citados ERTes, o respecto de los que sus empleadores no se hayan beneficiado de las exoneraciones de cuotas de la Seguridad Social.

Sin embargo, esta aproximación al ámbito de aplicación del compromiso de mantenimiento del empleo se ha ido matizando con las distintas normas aprobadas durante la pandemia hasta la aprobación del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (el “RDL 30/2020”) que, en su artículo 5, establece que el compromiso se valorará en atención a las características de los distintos sectores, y en particular, a las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo, lo que apuntaría, por ejemplo, a las empresas del sector turístico. Sin embargo, de nuevo, la norma no es todo lo precisa que hubiese sido deseable, pues no explica en qué consiste dicha valoración.

Asimismo, la redacción actual de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 establece que no resulta de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos de la normativa concursal.



### 3.2. Periodo de salvaguarda del empleo

Tal y como se ha anticipado, la norma prevé un plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad empresarial que, según la redacción vigente de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, debe entenderse como la fecha de la reincorporación al trabajo efectivo de las personas afectadas por el ERTE, aunque dicha reincorporación tenga carácter parcial o solo afecte a una parte de la plantilla.

Sin perjuicio de lo anterior y a pesar de la literalidad de la norma, no es descartable que se realicen revisiones, caso por caso, a fin de verificar que no se está realizando un ejercicio abusivo de la norma, de forma que, por ejemplo, se reincorpore del ERTE a un porcentaje de la plantilla prácticamente insignificante con el único objetivo de anticipar lo máximo posible el cómputo del citado plazo de seis meses y así lograr que el compromiso de mantenimiento del empleo finalice antes de lo realmente debido.

Por otro lado, y aunque es una opinión minoritaria, hay magistrados del orden social de la jurisdicción que consideran que el plazo de los seis meses debe considerarse desde un plano individual, de forma que deba computarse desde el momento en el que cada trabajador reanude su actividad.

En relación con este periodo de salvaguarda del empleo, existen dos particularidades adicionales. La primera, para las empresas que se hayan beneficiado por primera vez de las exoneraciones de cotizaciones de Seguridad Social con posterioridad al 27 de junio de 2020, para las cuales el plazo de seis meses comienza a computarse desde esa misma fecha, esto es, desde el 27 de junio de 2020. La segunda, para las empresas que se beneficien de exoneraciones por aplicación de las medidas del RDL 30/2020 o del RDL 2/2021, que, entre otras cosas, regulan ERTes impeditivos o limitativos de actividad —que, como se ha visto, están dirigidos a empresas que se ven impedidas de realizar su actividad o con limitaciones para desarrollarla con normalidad tras la entrada en vigor de dichas normas—. Estas empresas tendrán que respetar un plazo adicional de mantenimiento del empleo de seis meses. No obstante, en este último caso, si dichas empresas estuvieran afectadas por un periodo de mantenimiento del empleo previo, el inicio del nuevo periodo de seis meses comenzará a computarse desde la finalización del periodo anterior.

### 3.3. Extinciones de contratos de trabajo compatibles con el compromiso de empleo

El apartado segundo de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 se pronuncia expresamente sobre una serie de supuestos que, de producirse, no supondrían el incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo. Así, no supone un incumplimiento del citado compromiso: (i) la implementación de un despido disciplinario que, posteriormente, sea declarado procedente; (ii) la baja voluntaria de un trabajador; (iii) el fallecimiento, la jubilación o la incapacidad permanente del trabajador; o (iv) la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos siempre que no concurra una voluntad extintiva y, por tanto, constituya una mera interrupción del trabajo y no un despido.

Sin perjuicio de que el listado de supuestos exentos del compromiso de mantenimiento del empleo pudiera completarse por vía jurisprudencial o legislativa con otras causas como, por ejemplo, el fallecimiento o la incapacidad permanente del empresario persona física, por tratarse de supuestos en los que no existe una continuidad en la actividad, hasta la fecha parece tratarse de un listado cerrado.

En relación con los despidos disciplinarios, debe repararse en que cuando la norma dispone que su implementación no constituye un incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo, matiza que los despidos disciplinarios deben ser declarados procedentes. Ello plantea algunas dudas porque es posible que los despidos disciplinarios no sean impugnados judicialmente y que, por tanto, no puedan ser declarados judicialmente como procedentes. En este caso, resulta razonable considerar que en la medida en que no cabe obligar a un trabajador a impugnar su despido, no debería entenderse que el compromiso se ha incumplido.

La doctrina científica también se ha planteado qué ocurriría si la extinción del contrato de trabajo se instase por un trabajador como consecuencia de una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo o como consecuencia de un incumplimiento grave de las obligaciones empresariales (como por ejemplo, en caso de impago del salario del trabajador). En estos casos no sería descartable que los órganos jurisdiccionales realizaran una interpretación expansiva de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) en materia de despidos colectivos (STJUE de 11 de noviembre de 2015, Asunto *C-422/14 Pujante Rivera*) que considera que las decisiones de los trabajadores de extinguir sus contratos de trabajo como consecuencia de una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo deben computar a los efectos de determinar si se superan o no los umbrales del despido colectivo, por entender que si bien este tipo de extinciones se instan formalmente por los trabajadores afectados, son ajenas a su voluntad e imputables directamente a una decisión empresarial. En caso de seguirse tal interpretación, dichas extinciones podrían equipararse a despidos a estos efectos y, por tanto, conllevar un incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo.

Por último, en relación con los contratos temporales, el apartado segundo de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 también aclara que el compromiso de mantenimiento del empleo no se incumple cuando el contrato temporal (se entiende que aquél válidamente formalizado) se extingue por la expiración del tiempo convenido o por la realización de la obra o servicio objeto del contrato.

### **3.4. Consecuencias del incumplimiento del compromiso de empleo**

El apartado quinto de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 establece que las empresas que incumplan el compromiso de mantenimiento del empleo deberán reintegrar la totalidad del importe de las exoneraciones de las que se hubieran beneficiado, junto con el recargo y los intereses de demora correspondientes, previa actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (“ITSS”).

La literalidad de la norma es clara y parece decantarse por la devolución de todas las exoneraciones, aunque el incumplimiento del compromiso del mantenimiento del empleo se haya producido

respecto de un único trabajador. Así lo interpreta la propia ITSS en una nota informativa de 6 de diciembre de 2020 en la que, siguiendo el criterio de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social que, a su vez, ha sido confirmado por la Tesorería General de la Seguridad Social en un informe de 10 de noviembre de 2020, concluye que atendiendo al espíritu y finalidad de la norma —ex. 3.1 del Código Civil—, así como a su tenor literal que establece que se “*deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones*”, debe interpretarse que la devolución cubre la totalidad del importe de las exoneraciones aplicadas, con independencia del número de extinciones que hayan provocado el incumplimiento.

Esta medida ha sido tachada de desproporcionada y abusiva por parte de la doctrina científica, pues su aparente carácter sancionador provoca que el incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo conlleve una consecuencia extraordinariamente onerosa. Sin embargo, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social sostiene a este respecto que se trata de una medida de carácter excepcional que no tiene naturaleza sancionadora y que, por tanto, no está sujeta al principio de proporcionalidad aunque, a su juicio, es proporcional al objetivo perseguido, esto es, garantizar el empleo de aquellos trabajadores respecto de los que se han adoptado medidas temporales para hacer frente a la crisis sanitaria.

## 4. Consideraciones finales

---

En un contexto legislativo en el que se apuesta por el mantenimiento del empleo y por limitar los despidos, extinguir contratos de trabajo se ha convertido en una potestad empresarial que presenta grandes dificultades y riesgos, especialmente teniendo en cuenta la existencia de pronunciamientos judiciales tan dispares sobre una misma materia.

Por ello, a la espera de que el legislador aclare la norma o que las interpretaciones judiciales se unifiquen, a la hora de planificar y acometer despidos, así como de valorar sus riesgos, las empresas deben tener muy en cuenta las limitaciones existentes para despedir, de momento en vigor hasta el 31 de mayo de 2021, que afectan esencialmente a causas de fuerza mayor o causas objetivas vinculadas directamente con el COVID-19, y si les resulta de aplicación y hasta cuándo, algún compromiso de mantenimiento del empleo como consecuencia de la aplicación, anterior o en la actualidad, de un ERTE con exoneraciones de cuotas de la Seguridad Social.

España

## INCENTIVOS FISCALES PARA GRANDES CONTRIBUYENTES COMO CONSECUENCIA DE LA PÉRDIDA DE FACTURACIÓN POR LA COVID-19

Alberto Artamendi Gutiérrez y Alex Pié Ventura

*Abogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona)*

### **Incentivos fiscales para grandes contribuyentes como consecuencia de la pérdida de facturación por la COVID-19**

*El ordenamiento tributario prevé una serie de incentivos y regímenes fiscales favorables para empresas con una cifra de negocios o volumen de operaciones inferior a ciertos umbrales. Algunas de estas medidas podrían resultar temporalmente de aplicación a empresas de mayor entidad que, como consecuencia del impacto de la COVID-19, vean reducidos en 2020 y 2021 sus volúmenes de facturación. Aunque algunas de estas medidas se limiten a reducir las cargas administrativas de los contribuyentes (por ejemplo, al reducirse la periodicidad de algunas declaraciones), otras podrían tener un mayor impacto financiero.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

FISCAL, IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES, CIFRA DE NEGOCIOS, INCENTIVOS, COVID-19.

### **Tax Incentives for Large Taxpayers as a result of the loss of billing due to COVID-19**

*The Spanish tax system foresees a series of incentives and favorable tax regimes for companies with a turnover or volume of operations below certain thresholds. Some of these measures may also be applicable to larger companies which, as a consequence of COVID-19's impact, are facing lower revenues in 2020 and 2021. While a number of these measures are mainly aimed at reducing taxpayers' administrative burdens (e.g. by reducing the frequency to submit certain tax returns), others may have a more significant financial impact.*

**KEY WORDS:**

TAX, CORPORATE INCOME TAX, TURNOVER, INCENTIVES, COVID-19.

**FECHA DE RECEPCIÓN: 27-11-2020**

**FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-12-2020**

Artamendi Gutiérrez, Alberto; Pié Ventura, Alex (2020): Incentivos fiscales para grandes contribuyentes como consecuencia de la pérdida de facturación por la COVID-19. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 162-173 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción

---

Durante el año 2020, muchos Gobiernos europeos aprobaron contundentes medidas de alivio fiscal para empresas que se encontraban en situación de estrés de tesorería como consecuencia del impacto de la pandemia en su actividad económica. Sin embargo, este no fue el caso del Gobierno de España, que optó en el ámbito fiscal (no así en el laboral) por medidas más tibias, principalmente encaminadas a conceder facilidades de pago focalizadas en pequeños contribuyentes. Es más, también se aprobaron ciertos incrementos de tributación con efectos desde el 1 de enero de 2021 para financiar el gasto extraordinario generado por la COVID-19 y compensar la pérdida de ingresos.

Al tiempo de redactarse este artículo ha transcurrido prácticamente un año desde que la crisis sanitaria causada por la COVID-19 empezó a menoscabar las cifras de resultados de los agentes económicos, por lo que sus efectos se prolongan ya a lo largo de varios periodos impositivos. Este impacto ha sido especialmente profundo en sectores como el turístico, el del ocio o el del espectáculo, cuyo volumen de actividad se ha reducido muy notablemente debido, en parte, a la suspensión de su actividad durante largos periodos de tiempo —incluso en momentos considerados tradicionalmente temporada alta— por imperativo legal o inexistencia de demanda.

Ante esta situación, por suerte, el sistema tributario español contiene un número significativo de disposiciones que podrían suponer un alivio o incentivo fiscal a partir de 2021. Se trata de previsiones anteriores a la pandemia y diseñadas, en su mayor parte, para incentivar la actividad de empresas pequeñas. Por esta razón, su disfrute está condicionado a no superar un determinado volumen de operaciones o importe neto de la cifra de negocios en el periodo impositivo en curso o en el anterior, según el caso. Debido, precisamente, a los efectos económicos de la COVID-19 durante el año 2020, entidades cuyo tamaño les impedía normalmente disfrutar de estas medidas podrían, de manera transitoria, acogerse a estos incentivos a partir del año 2021.

Sin duda, se trata de una significativa —y, probablemente, no anticipada— ayuda para permitir a los contribuyentes impulsar y consolidar su recuperación económica cuando la crisis amaine. Por esta razón, resulta sumamente interesante para una adecuada planificación de los ejercicios 2021 y 2022 conocer cuáles son estas medidas fiscales y en qué medida puede cada contribuyente beneficiarse de ellas.

Con el fin de facilitar esta labor, en este artículo analizamos brevemente cuáles son las principales medidas vinculadas al volumen de actividad de los contribuyentes que podrían resultar de aplicación y que se encuentran en normas tan diversas como la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (“LIS”), el Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, o incluso en las normas reguladoras del Concierto vasco y el Convenio navarro.

Advertimos, no obstante, que las limitaciones de formato de esta publicación nos impiden desarrollar pormenorizadamente los requisitos para aplicar cada una de estas medidas o los efectos concretos que estas podrían tener en cada contribuyente, por lo que este artículo debe tomarse como un guion general para considerar en el marco de un análisis detallado con los asesores fiscales de cada sociedad en la fase de planificación.

## 2. Impuesto sobre Sociedades (“IS”)

### 2.1. Bases imponibles negativas

Los límites que, con carácter general, resultan aplicables a la compensación de bases imponibles negativas varían en función del importe neto de la cifra de negocios de la entidad, de acuerdo con la siguiente tabla:

INCN	Límite
Hasta 20 millones de euros	70 %
Entre 20 y 60 millones de euros	50 %
A partir de 60 millones de euros	25 %

Con independencia de lo anterior, todos los contribuyentes pueden siempre compensar un importe mínimo de un millón de euros en cada ejercicio. Además, estos límites no se aplican a las rentas correspondientes a quitas o esperas consecuencia de un acuerdo con los acreedores del contribuyente ni tampoco en el período impositivo en que se produzca la extinción de la entidad (salvo que sea consecuencia de una operación de reestructuración acogida al régimen de neutralidad fiscal). Asimismo, tampoco están sujetas a ninguna limitación las entidades de nueva creación en los tres primeros períodos impositivos en que se genere una base imponible positiva.

En consecuencia, una reducción del importe neto de la cifra de negocios causada por los efectos económicos de la COVID-19 podría dar como resultado la posibilidad de utilizar bases imponibles negativas por un importe superior.

No obstante, en sentido contrario, se incrementa el riesgo de perder el derecho a compensar estas bases imponibles negativas en futuras transmisiones de una entidad que ha generado bases imponibles negativas a un nuevo grupo de control que previamente no participara en, al menos, el 25 % del capital social en ella. Esto sucedería cuando la entidad que ha generado estas pérdidas

inicia una actividad nueva o adicional respecto de la que venía realizando tras ser transmitida y esto supone un incremento de más del 50 % de su importe neto de la cifra de negocios respecto a los dos años posteriores a la adquisición (artículo 26.4.c de la LIS). La pérdida de facturación durante la pandemia disminuye, por tanto, el umbral a partir del cual esta pérdida de bases imponibles negativas resulta aplicable.

## 2.2. Pagos fraccionados

Cuando la pérdida de facturación como consecuencia de la COVID-19 haya provocado que la facturación del contribuyente esté por debajo de diez millones de euros, desaparecerá la obligación de llevar a cabo pagos fraccionados mínimos a cuenta del IS (DA 14.<sup>a</sup> LIS).

Además, como es sabido, el artículo 40 de la LIS prevé dos modalidades de determinación de los pagos fraccionados, comúnmente conocidas como modalidad de cuota o simplificada y modalidad de base. Bajo la modalidad de cuota, el pago fraccionado se determina aplicando un porcentaje sobre la cuota íntegra del último período impositivo cuyo plazo de declaración estuviese vencido el día 1 de abril, octubre o diciembre, respectivamente, minorada por determinadas partidas. Bajo la modalidad de base, en cambio, el pago fraccionado se determina a partir de la base imponible de los tres, nueve u once primeros meses del propio ejercicio, determinada según las normas previstas en la LIS. Pues bien, cuando la facturación está o cae por debajo de seis millones de euros, un sujeto pasivo podría plantearse el cambio de modalidad de pago fraccionado. También en el caso de contribuyentes que ya se encontraban por debajo de los seis millones de euros y, por tanto, podían ya optar entre ambos regímenes, cabe plantearse cuál de los dos resulta más beneficioso.

A continuación se desarrollan y valoran estos posibles efectos y sus consecuencias:

### DESAPARICIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR PAGOS FRACCIONADOS MÍNIMOS Y DE LOS TIPOS INCREMENTADOS DEL PAGO FRACCIONADO

El primer efecto positivo que podría derivarse de la disminución de la cifra de negocios guarda relación con las normas de pago fraccionado mínimo. Así, los contribuyentes cuyo importe neto de la cifra de negocios en los doce meses anteriores a la fecha en que se inicie el período impositivo sea, al menos, diez millones de euros están obligados a aplicar, con carácter general, un tipo de gravamen incrementado del 24 % en el pago fraccionado (frente al 17 % aplicable con carácter general). Además, el importe del pago fraccionado no puede ser inferior al 23 % del resultado contable de los tres, nueve u once primeros meses del año (DA 14.<sup>a</sup> de la LIS). Estas reglas dejarán de ser aplicables, en el año 2021, a aquellas sociedades que, como consecuencia de la pandemia, hayan visto su cifra de negocios de 2020 reducida por debajo de los diez millones de euros.



## CAMBIO DE MODALIDAD DE PAGO FRACCIONADO CUANDO EL IMPORTE NETO DE LA CIFRA DE NEGOCIOS NO SUPERA LOS SEIS MILLONES DE EUROS

- i. Cambio a modalidad de cuota cuando el importe neto de la cifra de negocios disminuye por debajo de los seis millones de euros

La modalidad de cuota se considera en la LIS como régimen general para los sujetos pasivos con un importe neto de la cifra de negocios de hasta seis millones durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicie el período impositivo al que corresponda el pago fraccionado (*i. e.*, en 2021 estarán obligados a aplicar la modalidad de base los contribuyentes cuya cifra de negocios superara ese umbral en 2020). No obstante, estos pueden también optar por la modalidad de base mediante la correspondiente declaración censal durante los meses de enero y febrero (o los dos primeros meses del período impositivo si este no coincide con el año natural).

Para una sociedad cuyo período impositivo finalice el 31 de diciembre de 2020, el plazo de declaración del IS termina el 25 de julio de 2021. Por tanto, el último período impositivo cuyo plazo de declaración estuviese vencido el día 1 de abril de 2021 (a efectos del primer pago fraccionado de 2021) no sería el correspondiente a 2020, sino el correspondiente a 2019. En cambio, al tiempo de presentarse el segundo y tercer pagos fraccionados (en los meses de octubre y diciembre, respectivamente), sí habría vencido el plazo de declaración del IS de 2020, por lo que la cuota a considerar sería la del período impositivo 2020. La siguiente tabla resume esta información:

Pago fraccionado 2021	Período impositivo a considerar
1.º pago fraccionado (abril)	2019
2.º pago fraccionado (octubre)	2020
3.º pago fraccionado (diciembre)	2020

Por tanto, si se opta por esta modalidad en 2021, el primer pago fraccionado se tendrá que efectuar teniendo en cuenta los resultados del año 2019, anteriores a la pandemia. En consecuencia, cabe anticipar que este pago arrojaría un importe a ingresar, mientras que los dos siguientes ya reflejarían el efecto de la crisis económica y sanitaria. Por tanto, no está claro que, al menos a corto plazo, la modalidad simplificada resulte más interesante: si la recuperación económica es muy pronunciada y permite a los sujetos pasivos generar bases imponibles positivas suficientes para compensar las pérdidas del año 2020 (con los nuevos límites ya comentados en el apartado anterior), podría compensar más el pago en modalidad de cuota. Si, en cambio, la recuperación es más tibia o —como lamentablemente parecen reflejar los indicadores— la crisis se prolongara también durante la primera mitad del año 2021, entonces la modalidad de cuota supondrá un anticipo superior, concentrado en el mes de abril.

Por tanto, debe hacerse un análisis caso por caso de la situación de cada agente económico, las pérdidas que ha acumulado y sus previsiones para el año 2021. Si se llega a la

conclusión de que la modalidad de base es la más apropiada, debería optarse por la modalidad de base en los plazos indicados.

- ii. Cambio de modalidad cuando el importe neto de la cifra de negocios ya era inferior a seis millones de euros

También en este caso debe valorarse cuál de las dos alternativas resulta más beneficiosa para los contribuyentes, teniendo en cuenta las mismas consideraciones que se han señalado en el apartado anterior. Esta opción debe ejercitarse durante el mes de febrero de 2021.

### 2.3. Obligaciones de precios de transferencia

Las obligaciones en materia de precios de transferencia que deben asumir los contribuyentes dependen también, en muchos aspectos, de su importe neto de la cifra de negocios (medido en este caso en términos de grupo). En particular:

- i. La documentación de precios de transferencia tendrá un contenido simplificado cuando el importe neto de la cifra de negocios del período impositivo inmediato anterior sea inferior a cuarenta y cinco millones de euros.
- ii. Las sociedades que tengan la consideración de entidad de reducida dimensión en los términos de la LIS (ver apartado 2.6 *infra*) podrán presentar su documentación de precios de transferencia a través de documento normalizado (obligación “supersimplificada”).
- iii. La obligación de presentar la información país por país afecta exclusivamente a grupos cuyo importe neto de la cifra de negocios sea, al menos, de setecientos cincuenta millones de euros.

Cabe destacar asimismo que, de modo indirecto, también se ve afectado el importe máximo de la sanción derivada de la falta de aportación o la aportación de forma incompleta, o con datos falsos, de la documentación de precios de transferencia. Así, cuando la Administración no realice correcciones a la valoración de las operaciones vinculadas, la sanción es el 1 % del importe neto de la cifra de negocios (salvo que este sea mayor al 10 % del importe conjunto de las operaciones sujetas al IS, IRPF o IRNR, en cuyo caso esta cantidad operaría como límite máximo), y al reducirse este importe se reduce también el límite de la sanción.

Por otro lado, la ralentización de la actividad económica también podría conducir a que el conjunto de operaciones realizadas por una entidad con una misma persona o entidad vinculada cayera por debajo del umbral de declaración de 250.000 euros, lo que eximiría a esta entidad de la obligación de documentar las operaciones con esa contraparte. No obstante, se mantendría la obligación de informar sobre estas operaciones en el modelo 232 aun cuando no se supere este límite, respecto a aquellas operaciones del mismo tipo que empleen el mismo método de valoración, cuando el importe del conjunto de estas en el período impositivo sea superior al 50 % del importe neto de la cifra de negocios de la entidad.

## 2.4. Exención sobre dividendos y plusvalías

Con la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 se ha introducido, con carácter general, una reducción del 5 % sobre el importe de los dividendos y plusvalías derivados de la transmisión de participaciones en entidades que pueden beneficiarse de la exención recogida en el artículo 21 de la LIS.

No obstante, esta reducción no será de aplicación a los dividendos o participaciones en beneficios percibidos por entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a cuarenta millones de euros, siempre y cuando se cumplan los restantes requisitos establecidos en el nuevo apartado 11 del artículo 21 de la LIS. Por tanto, la reducción de facturación durante el año 2020 podría permitir sobrevenidamente el disfrute de esta exención a los contribuyentes.

## 2.5. Deducciones

### i. Deducción por I+D

El importe neto de la cifra de negocios puede influir, en algunos casos, en el importe máximo de la deducción por gastos de investigación y desarrollo que puedan aplicar los contribuyentes.

Así, con carácter general, el importe de las deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades (I+D, creación de empleo, etc.) no puede exceder conjuntamente del 25 % de la cuota íntegra minorada en las deducciones para evitar la doble imposición internacional y las bonificaciones (o del 50 %, en algunos casos).

No obstante, en el supuesto de que los gastos de investigación y desarrollo del período impositivo superen el 10 % del importe neto de la cifra de negocios del mismo, la deducción por I+D generada en dicho período impositivo podrá quedar excluida de este límite, y aplicarse o abonarse con un descuento del 20 % de su importe en la primera declaración que se presente transcurrido un año desde la finalización del período impositivo en que se generó la deducción, hasta un importe adicional de dos millones de euros.

### ii. Deducciones para evitar la doble imposición internacional

En el caso de los contribuyentes cuyo importe neto de la cifra de negocios sea al menos de veinte millones de euros durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicie el período impositivo, el importe de las deducciones para evitar la doble imposición internacional no puede exceder conjuntamente del 50 % de la cuota íntegra.

Por tanto, en 2021 esta limitación dejará de ser aplicable a las entidades cuya cifra de negocios haya caído por debajo de los veinte millones de euros en el año 2020.

## 2.6. Régimen de entidades de reducida dimensión

Las entidades de reducida dimensión, definidas en los términos del artículo 101 de la LIS, gozan de un régimen tributario especial que presenta varias ventajas. Fundamentalmente, los requisitos para acceder a este régimen son:

- que el importe neto de la cifra de negocios de la entidad en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a diez millones de euros; y
- que la entidad no tenga la consideración de entidad patrimonial. Si se trata de una entidad que forma parte de un grupo de sociedades, el importe neto de la cifra de negocios se referirá al conjunto de entidades pertenecientes a dicho grupo.

Los incentivos fiscales aplicables a las entidades que cumplan los anteriores requisitos son los siguientes:

### i. Libertad de amortización por creación de empleo

Una sociedad que, a resultas de su cifra de negocios de 2020, tenga la consideración de entidad de reducida dimensión en 2021, podrá amortizar libremente los elementos los elementos nuevos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias adquiridos en 2021, siempre que se cumpla con el requisito de creación de empleo.

Para dar cumplimiento a este requisito, sería necesario que, durante los años 2021 y 2022, la plantilla media total de la empresa se incrementara respecto de la plantilla media de 2020, y ese incremento se mantuviera durante los años 2023 y 2024.

Aunque por lo general el cumplimiento de este requisito resulta incierto (obliga a realizar previsiones con un horizonte temporal elevado), podría ser de aplicación a sociedades que se vieran obligadas a despedir trabajadores en 2020 y, tras la recuperación de su actividad, incrementen nuevamente su plantilla en los próximos años. La cuantía de la inversión que, en su caso, podrá beneficiarse del régimen de libertad de amortización será la que resulte de multiplicar 120.000 euros por el incremento de la plantilla media.

### ii. Amortización acelerada

Los elementos nuevos del inmovilizado material, inversiones inmobiliarias e inmovilizado intangible podrán amortizarse fiscalmente por el doble del importe previsto en las tablas de amortización.

Asimismo, determinados elementos del inmovilizado intangible (principalmente, los fondos de comercio), que bajo régimen general pueden amortizarse fiscalmente a razón del 5 % anual, podrán amortizarse por las empresas de reducida dimensión a razón del 7,5 % anual.

Es interesante recordar que los elementos que hayan sido adquiridos en un ejercicio en que la entidad tiene la condición de entidad de reducida dimensión podrán seguirse amortizándose de forma acelerada en los ejercicios posteriores, con independencia de que la entidad conserve o pierda dicha condición en esos ejercicios.

### iii. Pérdidas por deterioro de créditos a tanto alzado

Con carácter general, las pérdidas por deterioro de los créditos derivadas de las posibles insolvencias de los deudores solo son fiscalmente deducibles cuando concurren una serie de circunstancias objetivas (transcurso de seis meses desde el vencimiento, declaración de concurso del deudor, etc.). No obstante, las entidades de reducida dimensión pueden deducir estas pérdidas, sin necesidad de que concurren tales circunstancias, hasta el límite del 1 % de su cifra de deudores.

### iv. Reserva de nivelación

Este mecanismo permite a las entidades de reducida dimensión minorar hasta en un 10 % su base imponible positiva de un determinado ejercicio (con la correlativa obligación de dotar una reserva indisponible por el importe de esta minoración) y adicionar esas cantidades a la base imponible de los períodos impositivos que concluyan en los cinco años inmediatos y sucesivos, siempre que el contribuyente tenga una base imponible negativa, y hasta el importe de esta. El importe restante deberá adicionarse a la base imponible del último período impositivo correspondiente a ese plazo de cinco años. De esta forma, las entidades que hayan visto reducida su cifra de negocios podrán crear un colchón de tributación para el caso de que en los próximos cinco años sufran pérdidas, evitando el anticipo innecesario de impuestos.

## 2.7. Tributación en territorios forales

### i. País Vasco

La normativa reguladora del Concierto Económico establece una serie de reglas sobre dónde y conforme a qué normativa deben tributar los sujetos pasivos del IS en función de su domicilio fiscal, de su volumen de operaciones y de dónde se genera este último. La reducción del importe neto de la cifra de negocios podría, por tanto, permitir (o, en algunos casos, obligar) a los contribuyentes a modificar su régimen sustantivo de tributación. Estas reglas también pueden liberarles de la obligación de repartir sus ingresos entre los territorios forales y la Administración central, con el consiguiente ahorro de costes burocráticos.

Conviene analizar con profundidad esta posibilidad (o, incluso, obligación) de modificar el régimen sustantivo de tributación, dado que los regímenes forales difieren moderadamente del régimen común en cuanto a normas para la determinación de la base imponible, deducciones y bonificaciones. Lamentablemente, el análisis de estas particularidades excede del ámbito de este artículo y requiere un análisis particularizado de cada caso concreto para estudiar las consecuencias positivas o negativas de este cambio. Nos limitaremos, por

tanto, a recordar brevemente cuáles son con carácter general las reglas que determinan el régimen de tributación y la asignación de la recaudación, empezando por las de los sujetos pasivos con domicilio social en el País Vasco:

- Cuando el volumen de operaciones (en los términos definidos en el artículo 14 de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco) en el año 2020 haya sido inferior a diez millones de euros, en 2021 tributan exclusivamente ante las Diputaciones Forales y conforme a normativa de la Diputación Foral correspondiente.
- Cuando el volumen de operaciones haya sido superior a diez millones de euros, pero más del 25 % de su volumen de operaciones se haya generado en territorio foral, tributarán conforme a la normativa foral de la Diputación foral correspondiente, pero repartirán su recaudación entre la Administración Central y las Diputaciones forales en proporción al volumen de operaciones realizado en cada territorio.
- En el resto de los casos, tributarán conforme a la normativa estatal repartiendo su recaudación de la misma forma que se ha descrito en el apartado anterior.

Los sujetos pasivos y las sociedades con domicilio fiscal en territorio común, pero que tuvieran actividad en los territorios forales siguen un régimen similar pero inverso:

- Por debajo de diez millones de euros solamente tributan en territorio común con arreglo a normativa común.
- Cuando superan los diez millones de euros y generan más del 25 % de su volumen de operaciones en territorio común, aplican normativa común, pero reparten su recaudación entre las distintas Administraciones.
- En el resto de los casos, tributan y reparten la recaudación conforme a normativa foral.

## ii. Navarra

Los criterios expuestos en relación con el País Vasco resultan igualmente aplicables, *mutatis mutandis*, a efectos de determinar la exacción del impuesto en Navarra, con la salvedad de que el umbral de volumen de operaciones que determina el cambio de régimen (en los términos definidos en el artículo 19 de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra) es, en este caso, de siete millones de euros y no de diez millones de euros.

## 3. Impuesto sobre el Valor Añadido (“IVA”)

---

Apuntamos finalmente y de forma breve algunos posibles efectos en el ámbito del IVA y de otros impuestos:

### 3.1. Periodicidad de la declaración de IVA y retenciones

Aquellos contribuyentes cuyo volumen de operaciones, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (“Ley del IVA”), se sitúe en 2020 por debajo de los 6.010.121,04 euros podrán presentar sus declaraciones de 2021 (modelos 303) con periodicidad trimestral, salvo que voluntariamente se inscriban en el registro de devolución mensual o en el sistema de suministro inmediato de información (“SII”) o tributen bajo el régimen especial de grupo de entidades.

De igual modo, el mismo umbral de volumen de operaciones (los 6.010.121,04 euros) determinará que la declaración de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF (modelo 111) deba presentarse con periodicidad trimestral o mensual.

### 3.2. Régimen especial del criterio de caja de IVA

Con carácter general, podrán acogerse al régimen especial del criterio de caja los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones durante el año natural anterior no haya superado los dos millones de euros. No obstante, la opción por la aplicación de este régimen debe ejercitarse durante el mes de diciembre del año anterior, por lo que ya no resulta posible aplicarlo en 2021 a las sociedades que no optaran expresamente por él durante el pasado mes de diciembre.

### 3.3. Obligación de llevar los libros registro a través del SII

Sin perjuicio de la opción por seguir llevando los libros registro del IVA a través del SII de forma voluntaria, los contribuyentes cuyo volumen de operaciones se sitúe en 2020 por debajo de los 6.010.121,04 euros dejarán de estar obligados a hacerlo, salvo que estén inscritos en el registro de devolución mensual o tributen bajo el régimen especial de grupo de entidades.

## 4. Otras cuestiones

---

### 4.1. Exención en el IAE

Estarán exentas del Impuesto sobre Actividades Económicas las entidades que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a un millón de euros (medida en términos de grupo). A este respecto, deberá atenderse a la cifra del penúltimo ejercicio previo al periodo de declaración. Así, una sociedad cuyo periodo impositivo coincida con el año natural y tenga en el año 2020 un importe neto de la cifra de negocios inferior a un millón de euros, estará exenta de este impuesto



en el periodo impositivo 2022. Si la reducción de actividad se prorroga durante 2021, también se vería afectada por la exención el ejercicio 2023.

## **4.2. Obligaciones contables**

Finalmente, y aunque no se trata de una cuestión estrictamente fiscal, cabe mencionar brevemente que la caída de facturación unida a la pérdida de activos o de empleados podría provocar también que los contribuyentes pudieran sobrevenidamente formular cuenta de pérdidas y ganancias, balance, estado de cambios en el patrimonio y memoria simplificada, o incluso pasar a aplicar el Plan General de Contabilidad para pymes.

Para poder disfrutar de esta simplificación administrativa es necesario no superar durante dos ejercicios consecutivos al menos dos de los siguientes tres límites: (i) 4.000.000 de euros del total de las partidas de activo (11.400.000 euros para el caso de la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada); (ii) 8.000.000 de euros de importe neto de la cifra de negocios (22.800.000 euros para el caso de la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada) y (iii) cincuenta empleados (doscientos cincuenta para el caso de la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada).

España

## IMPACTO DE LA REFORMA FISCAL EN LAS SOCIEDADES HOLDING

Carlos Durán Haeussler

*Abogado del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona)*

### **Impacto de la reforma fiscal en las sociedades holding**

*El 1 de enero ha entrado en vigor la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (“LPGE”).*

*Entre otras subidas de impuestos, la LPGE ha incrementado la presión fiscal sobre las rentas que obtienen las sociedades holding residentes fiscales en España en forma de dividendos y ganancias de capital provenientes de participaciones significativas en entidades españolas y extranjeras.*

*A continuación se analizan brevemente las modificaciones introducidas por la LPGE en este ámbito y su impacto práctico en los grupos empresariales o patrimoniales estructurados a través de sociedades holding.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO 2021, HOLDING, EXENCIÓN, DOBLE IMPOSICIÓN, TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL, ATAD.

### **Impact of the Spanish tax reform on holding companies**

*On 1 January 2021 the Spanish Budget Bill for fiscal year 2021 (“**2021 Budget Bill**”) has entered into force.*

*Among other tax increases, the 2021 Budget Bill has implemented significant changes that negatively affect the tax treatment of income, in the form of dividends and gains, obtained by Spanish holding companies with qualifying interests on Spanish and foreign corporations.*

*This article briefly analyses these tax changes and its practical impact on corporate and investment groups structured through holding companies.*

**KEY WORDS:**

BUDGET BILL FOR FISCAL YEAR 2021, HOLDING, PARTICIPATION EXEMPTION, DOUBLE TAXATION, TAX TRANSPARENCY RULES, CFC RULES, ATAD.

**FECHA DE RECEPCIÓN:** 27-11-2020

**FECHA DE ACEPTACIÓN:** 1-12-2020

Durán Haeussler, Carlos (2020). Impacto de la reforma fiscal en las sociedades *holding*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 174-184 (ISSN: 1578-956X).

La participación de una sociedad *holding* en otra entidad puede producir situaciones de doble imposición cuando los beneficios que ya han sido gravados en el Impuesto sobre Sociedades (“IS”) de la entidad participada son percibidos por la sociedad *holding* y esta vuelve a tributar por ellos en su IS. Básicamente, la percepción de los beneficios de la participada por parte de la sociedad *holding* puede ocurrir de dos formas: mediante la distribución de dividendos o mediante la transmisión de la participación de la filial por un valor superior a su coste de adquisición. En este último caso, el sobreprecio pagado por el comprador refleja el valor de las reservas acumuladas y no distribuidas durante el periodo de tenencia de la participación (reservas que pueden ser expresas, por haber sido dotadas con cargo a beneficios que ya han tributado en la entidad participada, o tácitas, por corresponder a plusvalías no realizadas en sus activos o a un fondo de comercio, en cuyo caso estos beneficios latentes se gravarán en sede de la filial cuando se materialicen en la obtención de rentas). Este fenómeno, que un mismo beneficio (el generado por la entidad participada) tribute dos veces en sede de dos contribuyentes distintos (en el IS de la participada y en el de la sociedad *holding*), se conoce en la jerga tributaria como la “doble imposición económica”.

La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (“LIS”) prevé mecanismos para evitar que esto suceda, es decir, para que los dividendos y plusvalías derivadas de participaciones no sufran una doble imposición económica, pero lo hace solo con respecto a las denominadas “participaciones significativas”, en los términos que luego se dirán. Por un lado, el artículo 21 de la LIS establece un régimen de exención sobre dividendos y plusvalías derivados de la participación en entidades residentes en España y en el extranjero (“**Exención**”); por otro lado, el artículo 32 de la LIS establece un sistema de imputación mediante deducción en relación con los dividendos recibidos de entidades extranjeras (“**Deducción**”).

La Exención se aplica practicando un ajuste negativo al resultado contable de la sociedad española accionista que incorpora el dividendo o la plusvalía (que de esa forma evita que la renta se incorpore a su base imponible y sea objeto de gravamen por segunda vez) y se proyecta sobre participaciones estables en las que, en esencia, se cumplen estos requisitos:

- i. El porcentaje de participación, directo o indirecto, en el capital o en los fondos propios de la entidad participada es al menos del 5 por ciento o, siendo inferior, el valor de adquisición de la participación es superior a 20 millones de euros;
- ii. La participación se mantiene durante al menos un año; y
- iii. Adicionalmente, en el caso de participaciones en entidades no residentes en territorio español, que la filial haya estado sujeta y no exenta por un IS extranjero a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que

se reparten o en los que se participa o durante todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación cuando la renta obtenida deriva de una transmisión (se considera cumplido este requisito cuando la entidad participada es residente fiscal en un país con el que España tiene suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información).

La aplicación de la Deducción supone que el dividendo distribuido por la sociedad participada extranjera sí se integra en la base imponible de la *holding* española, que a cambio deduce de su cuota íntegra el impuesto extranjero efectivamente pagado por la filial sobre los beneficios con cargo a los cuales se distribuyen los dividendos con el límite de la cuota íntegra que correspondería pagar en España por tal renta si se hubiera obtenido en territorio español. En la práctica, respecto de los dividendos distribuidos por una entidad participada extranjera, la Deducción se aplica cuando no se cumplen los requisitos para aplicar la Exención (señaladamente el de tributación mínima a un tipo nominal del 10 por ciento). En términos generales, cuando se puede optar entre ambos sistemas, la Exención es preferible a la Deducción porque esta última, a diferencia de la primera, supone el pago de IS en España cuando el IS pagado por la participada es inferior al 25 por ciento de IS que hubiera pagado en España si la renta se hubiera obtenido por una entidad española.

Durante las últimas décadas, en línea con las tendencias internacionales adoptadas por la mayoría de los países de nuestro entorno, la normativa del IS ha venido ampliando el ámbito de aplicación de la Exención. En este sentido, la aprobación de la LIS supuso que, a partir del 1 de enero de 2015, la aplicación de la Exención, antes limitada a las rentas obtenidas por la participación en entidades extranjeras, se ampliara a las rentas derivadas de la participación en entidades españolas. La Exposición de Motivos de la LIS señalaba entonces que *“Uno de los aspectos más novedosos de esta Ley es el tratamiento de la doble imposición. Tras el dictamen motivado de la Comisión Europea n.º 2010/4111, relativo al tratamiento fiscal de los dividendos, resulta completamente necesaria una revisión del mecanismo de la eliminación de la doble imposición recogida en el Impuesto sobre Sociedades, con dos objetivos fundamentales: (i) equiparar el tratamiento de las rentas derivadas de participaciones en entidades residentes y no residentes, tanto en materia de dividendos como de transmisión de las mismas, y (ii) establecer un régimen de exención general en el ámbito de las participaciones significativas en entidades residentes. La presente Ley incorpora un régimen de exención general para participaciones significativas, aplicable tanto en el ámbito interno como internacional (...). Este nuevo mecanismo de exención constituye un mecanismo de indudable relevancia para favorecer la competitividad y la internacionalización de las empresas españolas. Asimismo, el régimen de exención en el tratamiento de las plusvalías de origen interno simplifica considerablemente la situación previa, que incluía un complejo mecanismo para garantizar la eliminación de la doble imposición”*.

Sin embargo, la LPGE supone, por primera vez desde el año 2015, una limitación al ámbito de aplicación cualitativo (**“Acceso”**) y alcance cuantitativo (**“Alcance”**) de la Exención. En este caso, la Exposición de Motivos de la LPGE declara que *“En el Impuesto sobre Sociedades se modifica el precepto que regula la exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español para prever que los gastos de gestión referidos a tales participaciones no sean deducibles del beneficio imponible del contribuyente, fijándose que su cuantía sea del 5 por ciento del dividendo o renta*

*positiva obtenida, de forma que el importe que resultará exento será del 95 por ciento de dicho dividendo o renta". La LPGE justifica la conveniencia (que no necesidad) de la modificación señalando que "Esta regulación es conforme con la facultad que, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre, de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, conservan los Estados miembros para prever que los gastos de gestión referidos a la participación en la entidad filial no sean deducibles del beneficio imponible de la sociedad matriz, pudiendo fijarse a tanto alzado sin que, en este caso, su cuantía pueda exceder del 5 por ciento de los beneficios distribuidos por la sociedad filial". Subyace a todo ello la necesidad de incrementar la recaudación sobre este tipo de rentas.*

A continuación se analizan brevemente las referidas limitaciones al Acceso y Alcance de la Exención y su correlativa incidencia en el régimen de la Deducción, que resultan de aplicación para los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2021. Como se verá, el impacto práctico de las modificaciones en los grupos empresariales o patrimoniales estructurados a través de sociedades *holding* no es menor y se incrementará la tributación de este tipo de rentas.

## 1. Sociedades *holding* españolas

---

### 1.1. Modificaciones en el Acceso a la Exención

Desde una perspectiva cualitativa, la LPGE modifica el primer párrafo de la letra a) del apartado 1 del artículo 21 de la LIS suprimiendo la aplicación de la Exención cuando los dividendos o ganancias de capital derivan de una participación inferior al 5 por ciento que tiene un valor de adquisición superior a 20 millones de euros. Esta supresión supone una limitación en el Acceso a la Exención de las rentas derivadas de este tipo de participaciones que, desde 2015 y por razones no evidentes, se venían considerando como participaciones significativas a estos efectos. En consecuencia, a partir de ahora, solo serán participaciones significativas con Acceso a la Exención las que supongan una participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad participada de al menos el 5 por ciento (sin que un porcentaje inferior con un valor de adquisición superior a 20 millones de euros permita ya salvar la doble imposición económica).

Para atemperar el impacto de la supresión en situaciones vigentes a la entrada en vigor de la LPGE, se introduce la disposición transitoria cuadragésima en la LIS en virtud de la cual las participaciones ya adquiridas en los períodos impositivos iniciados con anterioridad al 1 de enero de 2021 que tuvieran un valor de adquisición superior a 20 millones de euros sin alcanzar el porcentaje mínimo del 5 por ciento seguirán aplicando el régimen fiscal de la Exención (siempre que cumplan el resto de los requisitos previstos en ella) durante los períodos impositivos que se inicien dentro de los años 2021, 2022, 2023, 2024 y 2025.

Esta modificación conlleva la adaptación de la letra a) del apartado 6 del artículo 21 suprimiendo la mención a las participaciones inferiores al 5 por ciento que tiene un valor de adquisición superior a 20 millones de euros.

Adicionalmente, la limitación del Acceso a la Exención conlleva la necesidad de adaptar otras disposiciones de la LIS para excluir de su ámbito de aplicación las rentas de este tipo de participaciones inferiores al 5 por ciento que tienen un valor de adquisición superior a 20 millones de euros, tales como:

- i. La letra a) del apartado 1 y el apartado 4 del artículo 32 de la LIS para excluirlas del ámbito de aplicación de la Deducción (con el régimen transitorio de la disposición transitoria cuadragésima para los períodos impositivos que se inicien dentro de los años 2021, 2022, 2023, 2024 y 2025); y
- ii. El apartado 1 del artículo 16 de la LIS, que en lo que respecta a la deducibilidad de gastos financieros deja de incluir en el beneficio operativo considerado a efectos del cálculo del 30 por ciento los ingresos financieros derivados de dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que no se alcance un porcentaje de participación, directo o indirecto, de al menos el 5 por ciento, aunque su valor de adquisición supere los 20 millones de euros. A partir de 1 de enero de 2021, estos ingresos financieros dejarán de formar parte del beneficio operativo considerado a estos efectos.

En definitiva, como consecuencia de estas modificaciones y con la excepción del régimen transitorio previsto en la disposición transitoria cuadragésima de la LIS, para los períodos iniciados desde 1 de enero de 2021 únicamente podrán ser participaciones significativas aquellas que representen un porcentaje de participación, directo o indirecto, en el capital o en los fondos propios de la entidad participada de al menos el 5 por ciento.

## 1.2. Modificaciones en el Alcance de la Exención

Desde una perspectiva cuantitativa, la LPGE limita el Alcance de la Exención añadiendo un nuevo apartado, el 10, al artículo 21. En línea con la legislación vigente en algunos países de la Unión Europea (“UE”) a raíz de la trasposición de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros (“**Directiva Matriz-Filial**”), este apartado establece que el importe de los dividendos y el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación significativa a los que resulte de aplicación la Exención se debe reducir, a efectos de la aplicación de dicha Exención, en un 5 por ciento en concepto de “gastos de gestión” referidos a dicha participación.

La reducción del Alcance de la Exención motiva la adaptación de otros preceptos de la LIS para asegurar la coherencia y neutralidad de la modificación. En concreto, se modifican:

- iii. El apartado 4 del artículo 32 de la LIS que establece el régimen de la Deducción para prever que su importe, conjuntamente con el importe de la deducción para evitar la doble imposición jurídica internacional establecida en el artículo 31 de la LIS, no pueda exceder de la cuota íntegra que correspondería pagar en España por los dividendos percibidos de la entidad extranjera si se hubieran obtenido en territorio español, reduciendo a estos efectos el importe de los dividendos en un 5 por ciento en concepto de “gastos de gestión” referidos a dichas participaciones;

- iv. El artículo 64 de la LIS para establecer que el importe del 5 por ciento del dividendo que se haya integrado en la base imponible individual de la sociedad perceptora del dividendo por aplicación de lo establecido en el apartado 10 del artículo 21 de la LIS tampoco debe ser objeto de eliminación para determinar la base imponible consolidada del grupo fiscal (aunque dicho importe debiera eliminarse contablemente conforme a los criterios establecidos en las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre); y
- v. Los apartados 10 y 12 del artículo 100 de la LIS que regula la imputación de rentas positivas obtenidas por entidades no residentes de conformidad con el régimen de transparencia fiscal internacional (“TFI”) para establecer que se integrará en la base imponible de la sociedad española un 5 por ciento de los dividendos y de la ganancia derivada de la transmisión de la participación de la entidad extranjera, en concepto de gastos de gestión, aunque correspondan a rentas positivas que ya hayan sido objeto de imputación. Volveremos sobre esta cuestión en el siguiente apartado.

En la práctica, la limitación del Alcance de la Exención supone que un 5 por ciento del dividendo o de la ganancia de capital derivada de la transmisión de la participación significativa tribute en el IS, resultando un tipo efectivo de gravamen del 1,25 por ciento (consecuencia de aplicar el tipo general de gravamen del 25 por ciento al 5 por ciento de la renta integrada en la base imponible) y del 1,5 por ciento para las entidades de crédito y de hidrocarburos (cuyo tipo especial de gravamen es del 30 por ciento). Donde antes no se pagaba, porque la Exención era del 100 por ciento, ahora se pagará.

Debe repararse, además, que conforme a la literalidad de la norma este coste fiscal del 1,25 por ciento sobre el importe del dividendo se acumularía en cada eslabón de la cadena de sociedades españolas que pudieran existir en la medida en que no se ha previsto una “cláusula de escape” similar a la que sí se introdujo en el año 2015 en el apartado 1 a) *in fine* del artículo 21 de la LIS (cuando el contribuyente puede acreditar que los dividendos o ganancia de capital ya se han integrado efectivamente en la base imponible de una entidad directa o indirectamente participada por la sociedad ahora perceptora). Durante la tramitación parlamentaria de la LPGE se presentaron enmiendas para prever que no se produjera este efecto perverso e incluso para que las reservas ya generadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LPGE no vieran limitado su Alcance. Ninguna de estas enmiendas prosperó. Con toda probabilidad, esta circunstancia fomentará la estructuración horizontal de los grupos empresariales y desincentivará las cadenas verticales de sociedades.

Otra cuestión de especial relevancia (y que, en su caso, confiamos en que sea confirmada formalmente por la interpretación administrativa emanada de la Dirección General de Tributos en la respuesta a la solicitud de consultas tributarias vinculantes) es cómo afecta la limitación del Alcance de la Exención a la tributación en el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (“IRNR”) de los dividendos distribuidos por las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros a sus socios no residentes fiscales en España y de las ganancias de capital derivadas de la transmisión de sus participaciones. En concreto, la duda que podría suscitarse es si debe seguir entendiéndose como no obtenida en territorio español (esto es, como no sujeta a tributación en el IRNR) la totalidad de la renta que se corresponda con las reservas dotadas con cargo a las rentas exentas o con diferencias



de valor, imputables en ambos casos, a las participaciones en entidades no residentes que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 de la LIS o si, por el contrario, como consecuencia de la reducción del Alcance, el porcentaje equivalente a las rentas integradas en la base imponible de la Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros como consecuencia de la aplicación del nuevo apartado 10 del artículo 21 de la LIS sí pasa a estar sujeto a tributación en el IRNR. Le parece a quien suscribe este documento que una interpretación finalista y sistemática de la normativa debería llevar indefectiblemente a considerar que la renta, íntegramente, debe seguir entendiéndose como no sujeta al IRNR en la medida en que las rentas que hayan gozado de la Exención están conceptualmente exentas, a pesar de que a efectos de su integración en la base imponible del IS su cuantía se reduzca en un 5 por ciento (el contraste en la redacción de esto último entre la LPGE y el troncado Proyecto de Ley de Presupuestos Generales para el año 2019 no arroja dudas).

Como excepción a la limitación del Alcance de la Exención, se introduce un nuevo apartado 11 en el artículo 21 de la LIS que mantiene la exención plena del 100 por ciento sobre los dividendos derivados de participaciones significativas cuando concurren las siguientes circunstancias (cuya concurrencia en la práctica se antoja improbable):

- i. Que la entidad matriz que perciba los dividendos tenga un importe neto de la cifra de negocios en el período impositivo inmediato anterior inferior a 40 millones de euros, no tenga la consideración de entidad patrimonial y que, con carácter previo a la constitución de la entidad filial mencionada a continuación, no forme parte de un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio ni tenga un porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de otra entidad igual o superior al 5 por ciento;
- ii. Que los dividendos o participaciones en beneficios procedan de una entidad filial constituida con posterioridad al 1 de enero de 2021 en la que se ostente, de forma directa y desde su constitución, la totalidad del capital o los fondos propios; y
- iii. Que los dividendos o participaciones en beneficios se perciban en los períodos impositivos que concluyan en los 3 años inmediatos y sucesivos al año de constitución de la entidad filial.

## 2. Sociedades españolas con *holdings* extranjeras

---

### 2.1. Impacto de la TFI

Al tiempo de redactar estas líneas se tramita en las Cortes Generales el Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal ("**PLMPFF**"). Entre otras cuestiones, el PLMPFF transpone al Derecho español las normas previstas en la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior ("**ATAD**").

La interacción de la limitación del Alcance de la Exención prevista en la LPGE, por un lado, y las modificaciones que específicamente se introducen en el régimen de TFI por la LPGE y el PLMPFF (de aprobarse en su redacción actual), por otro lado, ampliaría notablemente los supuestos en los que una entidad española debería aplicar el régimen de TFI y, en consecuencia, tributar en España por las rentas financieras obtenidas por una sociedad *holding* extranjera en la que participe en un 50 por ciento o más.

Conceptualmente, la aplicación del régimen de TFI previsto en la LIS supone que una sociedad residente fiscal en España debe reconocer fiscalmente (y tributar en el IS español) las rentas pasivas que obtiene una sociedad extranjera controlada y radicada en un país de nula o baja tributación, a pesar de que las rentas no hayan sido legalmente objeto de distribución mediante dividendos o no se hayan realizado mediante la transmisión de la participación. El régimen de TFI trata de evitar con ello que una sociedad española en lugar de obtener rentas pasivas y tributar por ellas en cada ejercicio al 25 por ciento, las deslocalice y residencie en una entidad extranjera (titular de los activos generadores de las rentas pasivas) constituida en un país de baja o nula tributación, consiguiendo con ello diferir la tributación en España hasta el momento en que la sociedad española perciba dividendos o transmita la participación en la entidad extranjera.

Sin ánimo de exhaustividad, el régimen de TFI debe aplicarse cuando concurren tres circunstancias:

- i. La entidad residente en España tiene, directa o indirectamente, una participación igual o superior al 50 por ciento de la entidad no residente (esto es, el control);
- ii. Los impuestos pagados por la entidad no residente en relación con las rentas pasivas obtenidas son inferiores al 75 por ciento del que se hubiera pagado en España (esto es, con carácter general, inferiores al 18,75 por ciento); y
- iii. La entidad no residente carece de la correspondiente organización de medios materiales y personales para la obtención de sus rentas o, teniéndolos, obtiene rentas pasivas que conforme a la LIS deben transparentarse e imputarse a la sociedad española.

El PLMPFF introduce modificaciones en el régimen de TFI para implementar en España las exigencias mínimas de los artículos 7 y 8 de ATAD.

Nada modifica respecto a la primera circunstancia, el control de la entidad extranjera, que se define en los amplios términos previstos originalmente en la LIS.

Tampoco se modifica en el PLMPFF la segunda circunstancia, la ausencia o baja tributación de la entidad extranjera. Sin embargo, como consecuencia de la limitación del Alcance de la Exención en la LPGE descrita anteriormente, los dividendos y ganancias derivadas de participaciones significativas extranjeras obtenidos por una sociedad española que antes quedaban totalmente exentos (si se cumplían los requisitos indicados anteriormente), a partir del 1 de enero de 2021 tributan en España a un tipo del 1,25 por ciento con carácter general. Por ello, en caso de que una sociedad española estructure su inversión extranjera a través de una *holding* extranjera que se beneficie de un régimen de exención total, esta circunstancia se entenderá cumplida porque el 0 por ciento de

IS pagado por la sociedad extranjera sobre estas rentas es inferior al 1,25 por ciento de IS que se hubiera pagado en España por las mismas (esta circunstancia no concurriría si, en lugar de gozar de una exención plena, la *holding* extranjera pagara un mínimo del 0,9375 por ciento sobre las rentas financieras, pues en tal caso se pagaría el 75 por ciento o más del 1,25 por ciento que hubiera correspondido pagar en España por la misma clase de rentas).

Lo anterior no sería especialmente relevante si el régimen de TFI mantuviera la redacción actual respecto a la tercera circunstancia, regulada en el apartado cuarto del artículo 100 de la LIS, que excluye de la consideración de rentas pasivas imputables en transparencia a la sociedad española los dividendos y ganancias derivados de participaciones significativas en los siguientes términos: *"4. No se imputarán las rentas previstas en las letras b) y e) anteriores, en el supuesto de valores derivados de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades que otorguen, al menos, el 5 por ciento del capital de una entidad y se posean durante un plazo mínimo de un año, con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no cumpla los requisitos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta Ley"*. Sin embargo, el PLMPFF elimina este apartado cuarto, de forma tal que estas rentas pasan a ser imputables en TFI sin excepción. Esta supresión fue cuestionada por el Consejo de Estado en su dictamen sobre el PLMPFF por cuanto podía afectar a *"situaciones o estructuras de buena fe y dotadas de racionalidad empresarial que no constituyen esquemas o montajes artificiales"*, pero de contrario se defendió su oportunidad porque respondía a la exigencia del artículo 7 de ATAD (exigencia que no es ni mucho menos evidente) y porque *"las consecuencias prácticas de este ajuste son muy reducidas ya que en la mayoría de los casos operaría la exención prevista en el artículo 21 de la Ley del Impuesto, relativo a la "exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español"*. Evidentemente, al tiempo de la preparación del PLMPFF, cuya memoria de impacto se publicó el 23 de octubre de 2018, no se anticipó la limitación del Alcance en la Exención que se incluiría en la LPGE y se entendió que la supresión del apartado cuarto del artículo 100 de la LIS era una cuestión residual (se decía al respecto que *"el impacto recaudatorio debería ser, en principio, de escasa magnitud"* y que *"con datos del ejercicio 2015 (declaraciones presentadas en 2016), en el IS solamente 17 entidades computaron aumentos al resultado contable por las rentas imputadas del régimen de transparencia fiscal internacional, por un importe total de rentas positivas de 31,1 millones de euros"*).

A resultas de lo anterior, la concurrencia de la segunda y tercera circunstancias va a ser más frecuente y habitual, cuando no típica, a partir de 1 de enero de 2021 en relación con estructuras *holding* extranjeras controladas por sociedades españolas. La consecuencia práctica de todo ello será la obligatoriedad de que la sociedad española reconozca en su IS y tribute por las rentas financieras obtenidas por su *holding* extranjera, aun cuando no hayan sido legalmente distribuidas en forma de dividendo o realizadas en forma de ganancia de capital a través de la transmisión de su participación. En definitiva, la reforma fiscal del régimen de TFI amplía su ámbito de aplicación en relación con sociedades *holding* extranjeras.

Adicionalmente, la LPGE modifica los apartados 10 y 12 del artículo 100 de la LIS para establecer que las rentas por dividendos o ganancias, respectivamente, que ya se hayan imputado en la base imponible de la sociedad española de conformidad con el régimen de TFI, se reducirán en un 5 por ciento en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones cuando sean per-

cibidas por la sociedad española. En función de cómo se interprete esta previsión, en flagrante contradicción con lo previsto en el apartado 9 del artículo 100 del PLMPFF proyectado, se produciría una doble tributación de las rentas derivadas de participaciones significativas: primero, en el momento de su imputación bajo TFI porque la limitación del Alcance comportaría que un 5 por ciento de las mismas tribute en sede de la sociedad española a un tipo efectivo del 1,25 por ciento; y, segundo, en el momento posterior de su distribución efectiva o realización como ganancia por parte de la sociedad española, al reducirse su importe nuevamente en un 5 por ciento. La doble imposición que pudiera llegar a producirse en estos casos parece incompatible con el mandato de ATAD que en su artículo 8 establece que *“5. Cuando la entidad distribuya beneficios al contribuyente y dichos beneficios distribuidos se incluyan en la renta imponible del contribuyente, el importe de las rentas incluidas con anterioridad en la base imponible con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7 se deducirá de la base imponible al calcular la deuda tributaria con respecto a los beneficios distribuidos, a fin de garantizar que no se produzca una doble imposición”*.

Finalmente, el PLMPFF introduce una novedad relevante, y positiva, en el que pasaría a ser el apartado 15 del artículo 100 de la LIS, que excluye del ámbito de aplicación de la TFI a las rentas obtenidas por sociedades *holding* residentes en la UE cuando concurren determinadas circunstancias. Dejando de lado la exclusión prevista para las instituciones de inversión colectiva, hasta el momento, la exclusión con respecto al resto de entidades aplicaba cuando la entidad residente en la UE se hubiera constituido y operara por un motivo económico válido y, además, realizara una actividad económica. La subjetividad de los condicionantes de la exclusión era fuente de conflicto. La novedad consiste en la eliminación del requisito de que la entidad residente en la UE se haya constituido y opere por un motivo económico válido. A partir de ahora, para evitar la aplicación del régimen de TFI con respecto a las entidades *holding* residentes fiscales en la UE bastará con acreditar que llevan a cabo una *“actividad económica”* (concepto difuso en el ámbito de las entidades *holding* y cuyos contornos en el artículo 5 de la LIS y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE no son plenamente coincidentes).

### 3. Sociedades *holding* de la UE y del Espacio Económico Europeo con inversión en España

En consonancia con la modificación del Acceso a la Exención introducida en el IS, la LPGE modifica dos aspectos del apartado 1 del artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (*“IRNR”*), aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (*“LIRNR”*):

- i. La letra c) para excluir del ámbito de aplicación de la exención interna aquellas ganancias patrimoniales obtenidas sin mediación de establecimiento permanente por residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o en otro Estado integrante del Espacio Económico Europeo cuando dichas ganancias patrimoniales deriven de la transmisión de participaciones inferiores al 5 por ciento, aunque tengan un valor de adquisición superior a 20 millones de euros; y
- ii. La letra h) para dejar fuera del ámbito de aplicación de la exención interna relativa a los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus ma-

trices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo aquellos dividendos derivados de participaciones en una entidad española inferiores al 5 por ciento, aunque tengan un valor de adquisición superior a 20 millones de euros (la LPGE introduce una disposición transitoria segunda en la LIRNR en virtud del cual las participaciones adquiridas en los períodos impositivos iniciados con anterioridad al 1 de enero de 2021 que tuvieran un valor de adquisición superior a 20 millones de euros sin alcanzar el porcentaje mínimo del 5 por ciento seguirán gozando del régimen de exención durante los períodos impositivos que se inicien dentro de los años 2021, 2022, 2023, 2024 y 2025).

Estas modificaciones suponen la equiparación *mutatis mutandis* de la limitación del Acceso de la Exención previsto en la LIS al ámbito de la LIRNR (limitaciones que en todo caso pueden quedar superadas por las exenciones totales o parciales que para las ganancias o dividendos en su caso prevean los convenios para evitar la doble imposición suscritos entre el país de la UE y del Espacio Económico Europeo de residencia de la sociedad matriz y España).

España

## EL NUEVO IMPUESTO DE TRANSACCIONES FINANCIERAS

Violeta Pina Montaner

*Abogada del Área Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)*

### **El nuevo Impuesto de Transacciones Financieras**

*El pasado 16 de enero entró en vigor el Impuesto sobre las Transacciones Financieras, con el que España pretende gravar la adquisición onerosa de las acciones de determinadas sociedades españolas cotizadas, siguiendo el movimiento iniciado por otros países como Francia o Italia. Este impuesto, con el que el Gobierno español tiene previsto recaudar 850 millones de euros, reviste gran complejidad tanto por las dudas que plantean algunos supuestos de sujeción y exención como por la mecánica operativa con la que se va a efectuar su recaudación.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

IMPUESTO DE TRANSACCIONES FINANCIERAS, SOCIEDADES COTIZADAS, IBERCLEAR, ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA.

### **The new Financial Transaction Tax**

*On 16 January, the Financial Transaction Tax entered into force, allowing Spain to tax the acquisition of listed shares issued by Spanish companies, following the trend initiated by other countries, such as France and Italy. The Spanish Government expects to collect EUR 850 million through this tax which is very complex due to the doubts raised on the taxable events and applicable exemptions along with the procedure to be established for its collection.*

#### **KEYWORDS: FINANCIAL**

TRANSACTIONS TAX, LISTED COMPANIES, IBERCLEAR, TAX ADMINISTRATION.

**FECHA DE RECEPCIÓN: 20-1-2021**

**FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-1-2021**

Pina Montaner, Violeta (2020). El nuevo Impuesto de Transacciones Financieras. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 185-192 (ISSN: 1578-956X).

# 1. Introducción

---

Ante la falta de acuerdo por parte de los Estados miembros de la Unión Europea para la adopción de una Directiva sobre la implantación armonizada de un Impuesto sobre Transacciones Financieras ("ITF"), España inició la tramitación parlamentaria para la aprobación de su propio impuesto con una configuración muy similar al introducido en Francia o en Italia.

Dicha tramitación concluyó el 7 de octubre de 2020 con la aprobación del Proyecto de Ley por el Senado, y el 16 de enero de 2021 entró en vigor la [Ley 5/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre las Transacciones Financieras](#) ("Ley del ITF").

Por su parte, a la fecha de este artículo, el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el procedimiento de presentación e ingreso de las autoliquidaciones del ITF se encuentra pendiente de aprobación, y lo mismo ocurre con el Proyecto de Orden por la que se aprueba el modelo 604 del ITF. Consecuencia de lo anterior es que se haya retrasado el [plazo](#) para la presentación de las autoliquidaciones del ITF correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2021, que se efectuará en el plazo previsto para la presentación e ingreso de la autoliquidación correspondiente al mes de mayo de 2021 (del 10 al 20 de junio de 2021). Por lo tanto, las primeras autoliquidaciones del impuesto se presentarán a partir del 10 de junio de 2021.

Este impuesto, con el que el Gobierno español tiene previsto recaudar 850 millones de euros, reviste gran complejidad tanto por las dudas que plantean algunos supuestos de sujeción y exención como por la mecánica operativa con la que se pretende efectuar su recaudación. Algunas de estas dudas se han aclarado en un documento de [preguntas frecuentes](#) que publicó a principios de enero de 2021 la Administración tributaria en su página web y que ha sido objeto de actualización en febrero.

## 2. Principales características del impuesto

---

### 2.1. Hecho imponible y tipo de gravamen

El ITF es un impuesto de naturaleza indirecta que grava al tipo de gravamen del 0,2 % las adquisiciones a título oneroso de acciones representativas del capital social de sociedades de nacionalidad española, con independencia del lugar de residencia del adquirente, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- i. Que la sociedad tenga sus acciones admitidas en un mercado español, o de otro Estado de la Unión Europea, que tenga la consideración de regulado conforme a lo previsto en la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros, o en un mercado considerado equivalente de un tercer país según lo dispuesto en el artículo 25.4 de dicha Directiva.



- ii. Que el valor de capitalización bursátil de la sociedad sea, el día 1 de diciembre del año anterior a la adquisición, superior a 1000 millones de euros. Para el período comprendido entre la entrada en vigor de la Ley del ITF (16 de enero de 2021) y el 31 de diciembre de 2021, este requisito se referirá al 16 de diciembre de 2020.

Adicionalmente, el ámbito del ITF se extiende a las adquisiciones de acciones constituidas por certificados de depósito representativos de las acciones (ADR) o aquellas que deriven de la ejecución o liquidación de obligaciones o bonos convertibles o canjeables, instrumentos financieros derivados u otros instrumentos financieros.

De acuerdo con el tenor literal de la ley, solo quedan sujetas las adquisiciones de acciones definidas en los términos del artículo 92 de la Ley de Sociedades de Capital, y por consiguiente quedan excluidas del hecho imponible las adquisiciones de otros valores negociables, cuyo subyacente son acciones, como por ejemplo los derechos de suscripción preferente o los *warrants* (esta cuestión ha sido confirmada por la Administración tributaria en la respuesta a la pregunta 1.4 del documento de preguntas frecuentes).

Asimismo, la entrega de las acciones debe llevarse a cabo a título oneroso y ello coloca fuera del ámbito del impuesto a las adquisiciones resultantes de un aumento de capital liberado típicas de los programas de retribución de accionistas conocidos como *scrip dividend* (véase la respuesta de la Administración tributaria a la pregunta 1.7).

La Ley del ITF prevé la publicación en la Sede electrónica de la Administración tributaria de un listado de las sociedades españolas que cumplen con el requisito del valor de capitalización. En este [enlace](#) se encuentra el primer listado referido a las adquisiciones de acciones que tengan lugar en el presente ejercicio 2021. En todo caso, tal y como se pone de manifiesto en la disposición transitoria única del Proyecto de Real Decreto, la lista es meramente informativa, sin que la ausencia de una sociedad que reúna las condiciones excluya la aplicación del ITF.

## 2.2. Exenciones

La Ley del ITF declara exentas diversas categorías de adquisiciones de acciones que, en esencia, se corresponden con emisiones de acciones (*i. e.*, mercado primario) y operaciones de carácter instrumental. Entre otras, cabe destacar las siguientes:

- i. Las adquisiciones derivadas de la emisión de acciones o de ADR. Por tanto, esta exención resultaría aplicable a las entregas de acciones en el marco de ampliaciones de capital, al corresponderse con emisiones de acciones. Ello incluiría las adquisiciones derivadas de la ejecución de bonos convertibles, de forma que únicamente quedarían sujetas y no exentas del ITF las entregas de acciones como consecuencia de la ejecución de bonos canjeables.
- ii. Las adquisiciones derivadas de una oferta pública de venta de acciones tal como se define en el artículo 35.1 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, en su colocación inicial entre inversores. En este caso, la Administración tributaria se ha ocupado de aclarar en el documento de preguntas frecuentes que la exención cubre todos los supuestos

previstos en el artículo 35 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores —y no únicamente en el apartado 1— (véase la respuesta a la pregunta 2.1. del documento de preguntas frecuentes).

- iii. Las adquisiciones previas a las citadas en las letras a) y b) anteriores, realizadas con carácter instrumental por los colocadores y aseguradores contratados por los emisores u oferentes con el propósito de realizar la distribución última de esas acciones entre los inversores finales, así como las adquisiciones en cumplimiento de sus obligaciones.
- iv. Las adquisiciones de acciones entre entidades que formen parte del mismo grupo en los términos del artículo 42 del Código de Comercio.
- v. Las adquisiciones de acciones a las que sea susceptible de aplicación el régimen especial de las fusiones y otras operaciones de reestructuración del Impuesto sobre Sociedades. Para acogerse a esta exención no resulta necesaria la aplicación efectiva del régimen especial, sino que bastará con que la operación pueda encuadrarse en los supuestos previstos en la norma (véase la respuesta a la pregunta 2.9. del documento de preguntas frecuentes).
- vi. Las adquisiciones de acciones propias, o de acciones de la sociedad dominante efectuadas por cualquier otra entidad que forme parte de su grupo en los términos del artículo 42 del Código de Comercio, realizadas en el marco de un programa de recompra que tenga como único propósito alguno de los objetivos siguientes:
  - 1.º La reducción del capital del emisor.
  - 2.º El cumplimiento de las obligaciones inherentes a los instrumentos financieros de deuda convertibles en acciones.
  - 3.º El cumplimiento de las obligaciones derivadas de los programas de opciones de acciones u otras asignaciones de acciones para los empleados o los miembros de los órganos de administración o supervisión del emisor o de una entidad del grupo.

Esta exención no formaba parte del Proyecto de Ley y fue incluida con posterioridad en el trámite de enmiendas. Según se desprende de su contenido, su finalidad en los supuestos 2.º y 3.º sería evitar la duplicidad de pago del ITF en dos operaciones consecutivas: la adquisición de la autocartera y la entrega a empleados o bonistas respecto de bonos canjeables. Ahora bien, parece que únicamente resultaría aplicable en el contexto de un programa de recompra, y no en relación con las compras de autocartera que se realicen con regularidad con, entre otros, dichos objetivos, lo que desvirtuaría el alcance de la exención y su finalidad.

A fin de que se apliquen las exenciones, la Ley del ITF establece la información que debe comunicar el adquirente a la entidad obligada a la presentación e ingreso del impuesto, esto es, al sujeto pasivo. Así, tal y como veremos a continuación, en numerosas ocasiones el adquirente contribuyente y el sujeto pasivo serán entidades distintas.

### 2.3. El sujeto pasivo y el contribuyente

El adquirente de las acciones es el contribuyente del ITF, si bien el sujeto pasivo podrá ser una persona o entidad distinta dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Con independencia del lugar donde esté establecido, el sujeto pasivo será la empresa de servicios de inversión o entidad de crédito cuando realice la adquisición por cuenta propia. Este es el único supuesto en el que el contribuyente y el sujeto pasivo serán la misma entidad.

A estos efectos, la Administración tributaria ha aclarado en el documento de preguntas frecuentes (véase la respuesta a la pregunta 5.1) que las entidades que cumplen con dichas condiciones son las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que, estando autorizadas para la negociación por cuenta propia (letra c del artículo 140.1 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores), realicen las adquisiciones sujetas al impuesto por cuenta propia, con independencia de qué intermediario financiero ejecute la operación. En particular, en el caso de entidades españolas, serán las entidades de crédito y las sociedades de valores, excluyendo las agencias de valores, las sociedades gestoras de carteras y las empresas de asesoramiento financiero.

En el supuesto de que la adquisición no se realice por una empresa de servicios de inversión o entidad de crédito que actúe por cuenta propia, se aplicarán las reglas que se describen a continuación para determinar el sujeto pasivo que actuará como sustituto del contribuyente (esto es, podrá exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas).

- i. En el caso de que la adquisición se realice en un centro de negociación, el sujeto pasivo será el miembro del mercado que la ejecute. No obstante, cuando en la transmisión de la orden al miembro del mercado intervengan uno o más intermediarios financieros por cuenta del adquirente, el sujeto pasivo será el intermediario financiero que reciba la orden directamente del adquirente.
- ii. Si la adquisición se ejecuta al margen de un centro de negociación, en el ámbito de la actividad de un internalizador sistemático, el sujeto pasivo será el propio internalizador sistemático. No obstante, cuando en la adquisición intervengan uno o más intermediarios financieros por cuenta del adquirente, el sujeto pasivo será el intermediario financiero que reciba la orden directamente del adquirente.
- iii. Si la adquisición se realiza al margen de un centro de negociación y de la actividad de un internalizador sistemático, el sujeto pasivo será el intermediario financiero que reciba la orden del adquirente de los valores o realice su entrega a este último en virtud de la ejecución o liquidación de un instrumento o contrato financiero.
- iv. En relación con los supuestos anteriores, en el documento de preguntas frecuentes, la Administración tributaria define intermediario financiero como las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión españolas o extranjeras con autorización para la ejecución de órdenes por cuenta de clientes (letra b del artículo 140.1 del texto refundido de la

Ley del Mercado de Valores). En el caso de entidades españolas, conforme a este criterio, tendrían la condición de sujeto pasivo las entidades de crédito, las sociedades de valores y las agencias de valores (véase la respuesta a la pregunta 5.2 del documento de preguntas frecuentes).

- v. En el caso de que la adquisición se ejecute al margen de un centro de negociación y sin la intervención de ninguna de las personas o entidades a que se refieren los párrafos anteriores, el sujeto pasivo será la entidad que preste el servicio de depósito de los valores por cuenta del adquirente.
- vi. En este último caso, el adquirente debe comunicar a la entidad depositaria las circunstancias que determinan la obligación de ingresar el impuesto, así como su cuantificación.
- vii. La falta de la comunicación anterior o de información errónea que suponga una incorrecta aplicación de una exención o del cálculo del ITF por parte del sujeto pasivo podrá implicar que el adquirente sea responsable solidario de la deuda tributaria del ITF.

## 2.4. Cálculo del impuesto y devengo

Como regla general, la base imponible del ITF a la que resultará aplicable el tipo de gravamen del 0,2 % está constituida por el importe de la contraprestación por la adquisición, sin que se incluyan ninguno de los gastos o costes asociados a la operación (entre otros, la norma menciona los costes de transacción derivados de los precios de las infraestructuras de mercado o las comisiones por la intermediación).

Si no fuera posible determinar el importe de la contraprestación, la base imponible será el valor correspondiente al cierre del mercado regulado más relevante por liquidez el último día de negociación anterior al de la operación. Esta regla resulta aplicable, por ejemplo, a la adquisición de acciones sujetas al ITF cuando la contraprestación se realice en especie o en el marco de la retribución de empleados (véanse las respuestas a las preguntas 4.3. y 5.10 del documento de preguntas frecuentes).

No obstante lo anterior, la Ley del ITF contiene reglas especiales para la determinación de la base imponible para supuestos específicos. Así, cuando la adquisición de las acciones proceda, por ejemplo, de bonos canjeables o de instrumentos financieros derivados, la base imponible será el valor establecido en el documento de emisión de los bonos o el precio de ejercicio fijado en el contrato de derivados, respectivamente.

Asimismo, cuando se ejecuten adquisiciones y transmisiones de un mismo valor, ordenadas o ejecutadas por el mismo sujeto pasivo, respecto de un mismo adquirente y que se liquiden en una misma fecha, la base imponible se calculará de forma que solo queden sujetas a tributación las acciones finalmente adquiridas.

El devengo del impuesto se produce en el momento en que se efectúe la anotación registral de los valores a favor del adquirente en una cuenta o registro de valores, ya sea en una entidad que

preste el servicio de custodia o en el sistema de un depositario central de valores, derivada de la liquidación de la operación o del instrumento financiero que origine la adquisición de los valores. Para aquellas adquisiciones efectuadas en mercados secundarios oficiales de valores u otros centros de negociación, se entenderá producida en la fecha de la liquidación de la operación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (véase la respuesta a la pregunta 3.2. del documento de preguntas frecuentes).

### 3. Procedimiento para la presentación y el ingreso de las autoliquidaciones del ITF

---

El 23 de octubre de 2020 se publicó el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el procedimiento de presentación e ingreso de las autoliquidaciones del ITF (el "Proyecto de Real Decreto"). En esencia, establece los dos tipos de procedimientos a través de los que los sujetos pasivos pueden realizar la presentación e ingreso del impuesto.

El período de liquidación del ITF es mensual y su plazo de presentación es del 10 al 20 del mes siguiente al correspondiente período de liquidación. No obstante, para este primer ejercicio de aplicación —2021—, la presentación e ingreso de las autoliquidaciones correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2021 se efectuará en el plazo previsto para la presentación e ingreso de la autoliquidación correspondiente al mes de mayo de 2021 (del 10 al 20 de junio de 2021). Por lo tanto, las primeras autoliquidaciones del impuesto no se presentarán hasta el 10 de junio de 2021.

#### 3.1. El procedimiento de presentación y pago del ITF se realiza a través de Iberclear

De conformidad con lo dispuesto en el Proyecto de Real Decreto, la presentación e ingreso del ITF se realizará a través de Iberclear en los supuestos y con arreglo a las condiciones que se mencionan a continuación.

##### 3.1.1. LAS ADQUISICIONES SE ANOTAN EN CUENTAS VINCULADAS A IBERCLEAR, COMO ENTIDAD ENCARGADA POR LA ENTIDAD EMISORA DE LA LLEVANZA DEL REGISTRO CONTABLE DE DICHOS VALORES O COMO DEPOSITARIA EN VIRTUD DE UN ENLACE DIRECTO O INDIRECTO CON OTRO DEPOSITARIO CENTRAL DE VALORES ESTABLECIDO EN EL EXTRANJERO.

En este caso, la presentación e ingreso de las autoliquidaciones del impuesto se realizarán obligatoriamente a través de Iberclear, siempre que los sujetos pasivos, actuando por cuenta propia o ajena, sean participantes de Iberclear o tengan una cuenta en los registros de las entidades participantes de Iberclear.

En cualquier otro supuesto, los sujetos pasivos pueden optar por utilizar esta vía. A modo de ilustración, esto ocurrirá cuando el sujeto pasivo tenga una cuenta de forma indirecta (*i. e.*, a través de otro intermediario) en una entidad participante de Iberclear.

El ejercicio de la opción implica que el sujeto pasivo tendrá la obligación de presentar e ingresar las autoliquidaciones del ITF a través de Iberclear para todas las adquisiciones de acciones en las que tenga tal condición que deban ser objeto de liquidación e ingreso. Para ello, deberá designar una entidad participante de Iberclear, que será aquella que intervenga en la cadena de custodia de la adquisición, si bien, en el caso de que intervengan distintas entidades participantes en las operaciones del sujeto pasivo, podrá nombrar a una de estas a su elección.

### 3.1.2. LAS ADQUISICIONES SE ANOTAN EN CUENTAS VINCULADAS A UN DEPOSITARIO CENTRAL DE VALORES ESTABLECIDO EN EL EXTRANJERO, SALVO QUE ACTÚE EN CALIDAD DE ENTIDAD PARTICIPANTE DE IBERCLEAR.

Los sujetos pasivos pueden optar por presentar e ingresar las autoliquidaciones del ITF a través de Iberclear, siempre que se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

- i. Iberclear y el depositario central de valores establecido en la Unión Europea o en un tercer Estado reconocido para prestar servicios en la Unión Europea han suscrito un acuerdo de colaboración. Si un sujeto pasivo ejerce la opción en virtud de este acuerdo, se aplicarán las reglas previstas en el supuesto anterior.
- ii. En ausencia del citado acuerdo de colaboración, el depositario central de valores establecido en el extranjero ha suscrito un acuerdo con una entidad participante de Iberclear en la que mantenga una cuenta de terceros, para la presentación e ingreso de las autoliquidaciones del ITF a través de Iberclear.
- iii. Los sujetos pasivos han acordado con una entidad participante en Iberclear que se encargue de la presentación y el ingreso de las autoliquidaciones del ITF correspondientes a la totalidad de las adquisiciones de acciones sujetas al impuesto.

## 3.2. El procedimiento de presentación y pago del ITF se realiza directamente por el sujeto pasivo

En los supuestos en los que no proceda realizar la presentación e ingreso de la autoliquidación a través de Iberclear, el sujeto pasivo deberá presentar en el plazo comprendido entre los días diez y veinte del mes siguiente al correspondiente periodo de liquidación mensual una autoliquidación del impuesto e ingresar la deuda tributaria.

España

## MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN DE CONTROL DEL COMERCIO EXTERIOR DE MATERIAL DE DEFENSA Y DE PRODUCTOS Y TECNOLOGÍAS DE DOBLE USO

Javier Abril Martínez

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

### **Modificaciones del régimen de control del comercio exterior de material de defensa y de productos y tecnologías de doble uso**

*El Real Decreto 494/2020, de 28 de abril, que entró en vigor el pasado 30 de abril de 2020, introdujo ciertas modificaciones en el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso. Estas modificaciones persiguen, por un lado, intensificar el control de las exportaciones de material de defensa y otro material en determinados casos, y, por otro, aunque en menor medida, agilizar la burocracia vinculada a las importaciones de material de defensa.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

EXPORTACIONES, CONTROL, MATERIAL, DEFENSA, DOBLE USO.



## Amendments of the legal regime on the export controls of defense materials and dual use products and technologies

*Royal Decree 494/2020, of 28 April, with entry into force on 30 April 2020, approved certain amendments on Royal Decree 679/2014, of 1 August, which approves the Regulations on the control of exports of defense material, other material and dual-use products and technologies. These amendments are aimed at intensifying the export controls on defense material as well as, to some extent, to speed up the bureaucracy which is linked to the imports of defense materials.*

### KEY WORDS:

EXPORTS, CONTROL, MATERIALS, DEFENSE, DUAL-USE.

FECHA DE RECEPCIÓN: 27-11-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-12-2020

Abril Martínez, Javier (2020). Modificaciones del régimen de control del comercio exterior de material de defensa y de productos y tecnologías de doble uso. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 193-198 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción

---

El pasado 29 de abril de 2020, durante el confinamiento ordenado por el estado de alarma que se prolongó desde marzo hasta junio de ese año como consecuencia de la primera ola de la pandemia de COVID-19, se publicó en el *BOE* núm. 119 el Real Decreto 494/2020, de 28 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto. Este último aprobaba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso, por el que se desarrollaba reglamentariamente la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y doble uso.

El Real Decreto 494/2020, que entró en vigor al día siguiente de su publicación (es decir, el 30 de abril de 2020), ha pasado relativamente desapercibido para la mayoría de los operadores jurídicos, seguramente como consecuencia de las fechas y las extraordinarias circunstancias en que fue aprobado y publicado. Sin embargo, aunque las modificaciones que ha introducido en el Real Decreto 679/2014 podrían ser tomadas como meramente puntuales o, incluso, anecdóticas, constituyen una reforma de calado que afecta, fundamentalmente, al régimen de exportación de material de defensa y de determinados tipos de materiales que, por su naturaleza o por su uso, son considerados como potencialmente “letales” (equipos policiales, material de seguridad o de antidisturbios, etc.).

## 2. Finalidad de la reforma

---

El preámbulo del Real Decreto 494/2020 —que, de forma significativa, resulta inusualmente extenso si se toma en consideración lo puntual y limitadas que, *a priori*, parecerían las modificaciones que introduce en el régimen de control de comercio exterior de material de defensa, otro material y productos y tecnologías de doble uso— destaca que la reforma del Real Decreto 679/2014 se estructura en torno a tres vectores de modificación:

- i. El reforzamiento del régimen de control de las exportaciones españolas de material de defensa y otro material *"en determinados casos"*. Esta intensificación de los controles se justificaría, según reza el propio preámbulo, en *"la necesidad de controlar adecuadamente las exportaciones cuando así lo aconsejen la sensibilidad de la operación y los intereses nacionales"*.

No está de más recordar, en relación con esta cuestión, que la reforma del Real Decreto 679/2014 fue aprobada no mucho tiempo después de la polémica suscitada por ciertos grupos políticos a colación de las exportaciones españolas de material de defensa a Arabia Saudí y de la posibilidad de que ese material estuviera siendo utilizado en sus intervenciones militares en Yemen.

- ii. De forma vinculada con el anterior objetivo, el reforzamiento de las facultades legalmente conferidas a la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso (JIMDDU), prevista en el artículo 14 de la Ley 53/2007, con la finalidad de dotarle de facultades específicas para establecer mecanismos de seguimiento y control en destino de las exportaciones de material de defensa y otro material.
- iii. Por último, en el ámbito de las importaciones de material de defensa, la modificación de la redacción de los documentos que tienen que ser emitidos por la *Dirección General de Armamento y Material del Ministerio de Defensa (DGAM)*; si bien en este caso, como pone de manifiesto el propio preámbulo, esta modificación perseguiría, en principio, *"agilizar la tramitación de documentos entre diferentes jurisdicciones"*.

Es importante significar que, en respuesta a una serie de preguntas formuladas por el Grupo Parlamentario VOX en el Congreso de los Diputados respecto de cómo afectaría esta reforma a las exportaciones españolas de material de defensa y de seguridad (que se han revelado, sin duda, muy dinámicas en estos últimos años y que han contribuido con un alto valor añadido tanto al sector de I+D+i como al, desgraciadamente, cada vez más menguante tejido industrial de España), el Gobierno proporcionó una respuesta por escrito en la que se aclaraban ciertas cuestiones sobre el alcance y los objetivos perseguidos por la reforma:

- i. Así, en primer lugar, el Gobierno quería dejar claro que la reforma solo afectaría a las exportaciones de lo que denomina *"armamento letal"*, en el que se incluye tanto el propio *"material de defensa"* como otro tipo de material, tales como *"los equipos policiales y antidisturbios"*. Por el contrario, la reforma no operaría ni afectaría a las exportaciones de productos y tecnologías de doble uso, dado que estos continúan encontrándose sujetos a un régimen de control armonizado en el conjunto de la Unión Europea (Reglamento (CE) n.º 42872009 del Consejo, de 5 de mayo, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso).
- ii. En segundo lugar, el Gobierno negaba las acusaciones de que la reforma solo perseguiría un interés político de erigir mayores barreras a la exportación de material de defensa por empresas españolas, y afirmaba que, bien al contrario, la reforma *"favorece[ría] el apoyo a la internacionalización de las empresas españolas"*, puesto que coadyuvaría al establecimiento y profundización *"de una relación de confianza entre países que comparten intereses comerciales"*.

- iii. En este sentido, si bien no explicitaba las razones en su respuesta parlamentaria, el Gobierno aseguraba que *“las garantías adicionales que aporten las autoridades del país de destino deberían facilitar la apertura de mercados y reforzar los parámetros empleados en la evaluación de determinadas operaciones a destinos sensibles”* (sic).

De acuerdo con el Gobierno de la nación, la reforma operada por el Real Decreto 494/2020 aproximaría la legislación española a regímenes de control de exportaciones de material de defensa de nuestro entorno, y citaba a tal efecto a los Estados Unidos de América (que tiene vigente el denominado programa *Blue Lantern*), Alemania y Suiza, además de informar de que *“las autoridades suecas han incluido [la] herramienta [de control] en la reforma que están llevando a cabo en la actualidad en su sistema de control de exportaciones”*.

### 3. Contenido de las modificaciones introducidas en el Real Decreto 679/2014 por el Real Decreto 494/2020

Conforme se ha anticipado, las modificaciones introducidas en el Real Decreto 679/2014 se pueden sintetizar, fundamentalmente, en tres áreas: (a) el reforzamiento de las facultades de la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso (JIMDDU); (b) el establecimiento de un mecanismo de seguimiento y verificación en destino de las exportaciones; y, finalmente, (c) la emisión de un “certificado de último destino” respecto de las importaciones por parte de la DGAM.

#### 3.1. El reforzamiento de las facultades de control de las exportaciones de la JIMDDU

La JIMDDU es el órgano facultado, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 53/2007, para informar las autorizaciones administrativas de material de defensa y material equivalente. Su informe tiene carácter preceptivo y vinculante, por lo que ninguna exportación puede producirse (cuando menos, no de forma válida) si no cuenta previamente con el informe favorable de la JIMDDU.

Los apartados uno y dos del artículo único del Real Decreto 494/2020 modifican, respectivamente, la redacción vigente de los artículos 4 y 18 del Real Decreto 679/2014 en el siguiente sentido:

- i. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 4 del Real Decreto 679/2014 para facultar que la JIMDDU pueda establecer *“para cada autorización”*, previa valoración de su *“conveniencia”*, *“mecanismos de verificación, seguimiento y colaboración entre gobiernos”*.
- ii. Se añade también un apartado 11 al artículo 18 del referido Real Decreto 679/2014, en el que se concreta en qué consiste el mecanismo de verificación, seguimiento y colaboración respecto de la mercancía exportada, que veremos a continuación. Antes, hay que destacar, no obstante, dos previsiones singulares que se contemplan en relación con este mecanismo:

- Por un lado, que se trata de un mecanismo que JIMDDU puede establecer de forma “*excepcional*” y solo para “*determinadas operaciones*”, para lo que se recabará “*la colaboración del gobierno del país importador*”.
- Por otro lado, que los gastos derivados de la aplicación de este mecanismo, en los casos en los que se decida su establecimiento, “*serán financiados con cargo a las disponibilidades presupuestarias de cada Departamento interviniente*”, por lo que, al menos en apariencia, la decisión de la JIMDDU no afectará económicamente a las empresas exportadoras.

### **3.2. El mecanismo de seguimiento y verificación en destino de las exportaciones mediante la emisión de un “*certificado de último de destino de control ex post*”**

En aquellos casos “*excepcionales*” en los que la JIMDDU decida el establecimiento de un mecanismo de este tipo (decisión que deberá ser tomada, de acuerdo con el preámbulo del Real Decreto, “*cuando así lo aconsejen la sensibilidad de la operación y los intereses nacionales*”), la JIMDDU deberá iniciar un expediente *ad hoc* “*en el que se definirán todos los términos de la verificación*”, según lo previsto en el primer párrafo del nuevo apartado 11 del artículo 18 del Real Decreto 679/2020.

El mecanismo de seguimiento y verificación se concretará, según el párrafo segundo del nuevo apartado 11 del artículo 18, mediante un documento de control consistente en un “*certificado de último destino de control ex post que incluye una cláusula de verificación en destino, y que será emitido por la autoridad competente del país destinatario del producto*”. A tal efecto, el apartado tres del artículo único del Real Decreto 494/2020 añade un nuevo apartado e) en el artículo 30.1 del Real Decreto 679/2020 en virtud del cual se introduce en el régimen autorizador de las exportaciones de material de defensa y material equivalente el denominado “*Certificado de último destino de control ex post*”.

El nuevo certificado de control *ex post*, que debe ser emitido por las autoridades competentes del país importador (o del país introductor, en el caso de expediciones de material), se concreta, a su vez, en un nuevo anexo VI.23 que se introduce en los anexos que se integran en el Real Decreto 679/2014. La novedad más relevante de este nuevo certificado, sin duda, se recoge en el epígrafe D del anexo VI.23.

Sintetizando someramente el contenido del referido epígrafe D), en él se incluyen una serie de “*garantías*” que deben ser proporcionadas por la autoridad competente del país al que van destinadas las mercancías. Entre estas garantías destacan:

- i. Una “*cláusula de uso en el territorio nacional*” en virtud de la cual la autoridad competente del país importador debe adquirir el “*compromiso de no utilización del producto fuera del territorio del país importador*”; y
- ii. Una “*cláusula de verificación*” en destino del producto exportado, en virtud de la cual el Gobierno del país importador de la mercancía adquiere el compromiso de colaborar con las autoridades de control de España en el seguimiento y control de la mercancía exportada.

### 3.3. La emisión de un "*certificado de último destino*" por parte de la Dirección General de Armamento y Material (DGAM)

Las modificaciones introducidas por el Real Decreto 494/2020 se completan, por último, con la reforma de la redacción del apartado c) del artículo 30.2 del Real Decreto 679/2014. Este artículo —recordemos— regula los "*modelos de documentos de control aplicables*" a las operaciones de importación e introducción de material de defensa y de productos y tecnologías de doble uso (cuando las autoridades de algún país lo requieran para el control de sus exportaciones y expediciones).

De acuerdo con la reforma operada en el apartado c) del artículo 30.2 del Real Decreto 679/2014, la DGAM será el órgano responsable de emitir un "*certificado de último destino*" que operará, cuando así sea necesario, de "*certificado de usuario final*" cuando así lo requieran las autoridades del país exportador o expedicionario de las mercancías.

## 4. Conclusión

---

Si bien es loable la introducción de mecanismos de verificación y control de materiales tan sensibles como lo son los materiales de defensa y equivalentes, estos mecanismos no deben constituir un obstáculo ni una dificultad añadida para las empresas españolas que operan en este importante sector de actividad. Es deseable, por lo tanto, que las autoridades españolas hagan un uso medido y suficientemente justificado del mecanismo y que su establecimiento no suponga, en ningún caso, una barrera adicional de exportación en el, ya de por sí, muy competitivo mercado internacional de material de defensa.

Portugal

## INVESTIGAÇÕES INTERNAS E COMPLIANCE: UM “PRÉ-PROCESSO PENAL”?

Francisco Proença de Carvalho e Mafalda Fuzeta da Ponte  
*Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Lisboa)*

### **Investigações internas e Compliance: Um “pré-processo penal”?**

*Atendendo à crescente tendência de responsabilização das pessoas coletivas e dos seus dirigentes, os programas de cumprimento normativo têm assumido uma grande relevância no seio da vida das empresas. Nesses programas, incluem-se as investigações internas, que visam apurar / confirmar a prática de certos ilícitos. Com o presente texto pretendemos fazer uma resenha das principais limitações que este tipo de investigações enfrenta no nosso Direito, alertando para o facto de que, dentro de um contexto de “direito penal empresarial”, estas investigações são, cada vez mais, uma fase prévia ou paralela ao processo penal “formal” a ter em consideração.*

#### **PALAVRAS-CHAVE:**

INVESTIGAÇÃO INTERNA, CUMPRIMENTO NORMATIVO, COMBATE À CORRUPÇÃO, PROCESSO PENAL.

### **In-house investigations and compliance: a pre-criminal proceeding?**

*Considering the growing trend towards the accountability of legal persons and their managers, compliance programs have assumed great relevance within the life of companies. These programs include in-house investigations, which aim to ascertain / confirm the practice of certain unlawful acts. With the present text, we intend to summarise the main limitations that this type of investigations face in light of Portuguese Law, highlighting that, within a “business criminal law” context, these investigations are becoming a previous or parallel phase to the “formal” criminal proceeding.*

#### **KEYWORDS:**

IN-HOUSE INVESTIGATIONS, COMPLIANCE, FIGHT AGAINST CORRUPTION, CRIMINAL PROCEEDING.

FECHA DE RECEPCIÓN: 27-11-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-12-2020

Proença de Carvalho, Francisco; Fuzeta da Ponte, Mafalda (2020). Investigações internas e compliance: um “pré-processo penal”? *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 199-206 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introdução

---

A evolução legislativa e jurisprudencial respeitante à responsabilidade penal e contraordenacional das pessoas coletivas e respetivos dirigentes associada ao dano reputacional que práticas ilícitas podem causar, tornaram os programas de cumprimento normativo (*compliance*) um tema com crescente e imparável importância na vida das empresas. Essa relevância já existe há vários anos nos setores regulados, mas tem vindo a estender-se à generalidade do tecido empresarial. Um sistema de *compliance* bem delineado e efetivamente aplicado, confere às empresas e a quem nelas exerce posições de direção uma maior proteção relativamente aos cada vez maiores e diversificados riscos penais, contraordenacionais e reputacionais.

Neste artigo, abordaremos uma matéria específica de *compliance*: as investigações internas corporativas. Apesar de serem uma prática há vários anos instituída noutras jurisdições, trata-se de uma realidade relativamente recente em Portugal, podendo ainda subsistir algum preconceito quanto à possibilidade das empresas realizarem investigações “próprias” sobre alegados ilícitos praticados na sua organização.

Embora não exista (ainda) regulação específica sobre esta matéria, desde que respeitados determinados limites e princípios (alguns abordaremos neste artigo), nada impede que as empresas adotem estes procedimentos. Pelo contrário, poder-se-ão considerar uma exigência de sistemas de *compliance* efetivos dentro de um contexto de comprometimento das empresas com o Estado no combate a fenómenos ilícitos, especialmente de cariz económico-financeiro. Não entendemos esta matéria como uma espécie de “processo penal privado”. Não se trata de substituir o papel das autoridades públicas competentes na investigação de ilícitos. No entanto, dentro de um contexto de “direito penal empresarial” é cada vez mais uma fase prévia ou paralela ao processo penal “formal” a ter em consideração. Se bem executadas, estas investigações podem representar uma colaboração muito útil entre as empresas e os investigadores públicos na prevenção e repressão da criminalidade e impactar positivamente na posição jurídica da empresa num qualquer processo.

Estes procedimentos internos têm vindo a gerar crescente importância na nossa atividade como advogados em matéria penal e contraordenacional. É cada vez mais comum a contratação de advogados externos às empresas e de especialistas em *Forensic* para a realização destes procedimentos com o objetivo de lhes conferir maior profissionalismo, rigor e objetividade. Sendo matéria que não está especificamente regulada na lei, consideramos relevante abordar alguns dos temas, problemas e cautelas que entendemos deverem ser considerados em investigações internas.



## 2. Considerações gerais

---

### 2.1. O conceito

A investigação interna é uma fase dos sistemas de *compliance* que tem por finalidade apurar / confirmar determinados factos potencialmente ilícitos levados ao conhecimento da empresa, por exemplo através de denúncia, auditorias internas, notícias de imprensa ou mesmo por uma qualquer ação das autoridades judiciais, como por exemplo buscas e acusações.

Na prática, realizam-se normalmente através de meios de obtenção e análise de informação constante de fontes públicas, dos arquivos e servidores da empresa, realização de entrevistas a colaboradores (incluindo os “suspeitos”) e execução de procedimentos de análise de e-mails profissionais. Na sequência da investigação realizada e da elaboração de um relatório final sobre os factos apurados, a empresa poderá tomar decisões mais fundamentadas quanto às opções a adotar, as quais poderão passar, por exemplo, por procedimentos laborais, penais e de alteração dos mecanismos de controlo interno.

### 2.2. A estratégia nacional do combate à corrupção

Em setembro de 2020, foi apresentada a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024 (cfr. [ficheiro.aspx \(portugal.gov.pt\)](https://www.portugal.gov.pt)). Resulta claro do texto que se pretende acentuar uma cultura de maior envolvimento do setor privado no combate a este fenómeno. Uma das prioridades em destaque é precisamente *“comprometer o setor privado na prevenção, deteção e repressão da corrupção”*. Nesse capítulo, destaca-se a intenção política de dar às empresas um papel central na prevenção e deteção de práticas corruptivas, estabelecendo-se a obrigatoriedade de adoção de programas de cumprimento normativo *“nas empresas de grande e média dimensão e a previsão de consequências para a sua não adoção”* (como por exemplo, a não satisfação da condição de acesso a procedimentos de contratação pública e sanções contraordenacionais). Por outro lado, pretende-se ir mais longe do que o regime previsto no artigo 11.º do Código Penal e dar incentivos positivos para que as empresas adotem estes sistemas, nomeadamente criando mecanismos legais mais claros e amplos (à semelhança do que acontece noutras jurisdições) de isenção ou atenuação da responsabilidade penal, administrativa e contraordenacional das pessoas coletivas. Ao mesmo tempo, com este aprofundar do envolvimento das instituições privadas vislumbram-se *“ganhos também do ponto de vista da prevenção, deteção e repressão de comportamentos ilícitos por parte das pessoas individuais, nomeadamente por via da possibilidade de denúncia no canal da empresa, e conseqüente investigação interna, e do seu contributo para a responsabilização penal ou contraordenacional da pessoa individual”*.

Destaca-se também a intenção de fazer constar da lei processual as condições em que a prova obtida em investigações internas pode ser valorada em processo penal ou contraordenacional. Esta é matéria omissa e quase tabu no nosso sistema, pelo que, muito embora ainda estejamos apenas no campo das “boas intenções”, espera-se que efetivamente se venha a fazer uma maior clarificação deste tema para que se acentue a segurança jurídica num campo que levanta ainda algumas dúvidas aos intervenientes no sistema.

### 2.3. O elo entre o Estado e as Empresas

Conforme já antecipado, com exceção de alguns setores regulados (como por exemplo, bancário e financeiro e, muito especialmente, no âmbito da prevenção do branqueamento de capitais) não existe ainda qualquer regulação geral sobre os procedimentos e auditorias internas. Estamos, por isso, no puro campo da autorregulação: cada empresa adota (se e quando assim entender) procedimentos específicos de averiguação e de controlo interno. Ainda assim, estas práticas são, cada vez mais, incentivadas pelo Estado, que pretende incrementar uma cultura de cooperação entre as entidades públicas e as empresas, na descoberta e punição de ilícitos.

Existem claras vantagens nesta “parceria público-privada” entre Estado e empresas. Por um lado, se as empresas conduzirem os seus próprios procedimentos de averiguação e investigação interna, e se, depois disso, comunicarem o sucedido à entidades competentes, o Estado, por esta via, terá acesso a meio de prova que dificilmente obteria de outro modo. Na realidade, tratando-se de prova que é recolhida no seio da empresa, parece evidente que é a própria empresa que consegue obter mais facilmente essa prova. Aliado a este fator, existirá uma redução de custos do Estado (que, assim, pode levar a cabo uma investigação menos minuciosa).

Por outro lado, as empresas têm todo o interesse em evitar ou reduzir as sanções que lhes podem ser aplicadas e, uma boa forma de o alcançar, é através da prevenção, aliada à deteção e reação empresarial (cfr. TAVARES LOBATO, José Danilo, *Considerações Críticas sobre Criminal Compliance e Corrupção*, in *Novos Estudos sobre o Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2020, pp. 28 e 29). Além disso, afigura-se altamente vantajoso para a empresa não estar envolvida num escândalo penal ou contraordenacional, pelo que a investigação e controlo internos apresentam-se como importantes instrumentos antecipatórios e preventivos. Em última análise, a existência de mecanismos efetivos de *compliance* pode servir para demonstrar que o ilícito foi cometido contra ordens ou instruções expressas de quem de direito, o que pode ser decisivo para desresponsabilizar a pessoa coletiva (cfr. SOUSA MENDES, Paulo de, *Law Enforcement & Compliance*, in *Novos Estudos sobre o Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2020, p. 17).

## 3. Os principais desafios e limitações

A grande maioria das investigações internas — sendo conduzidas no seio e pela própria empresa — incidem sobre um comportamento ou omissão por parte de um ou mais trabalhadores da empresa. Por esse motivo, surgem algumas limitações à prática e à condução das investigações intrínsecas à própria relação (laboral) que se estabelece entre o empregador — a empresa que leva a cabo a investigação — e o trabalhador — o indivíduo alvo dessa investigação. Há, portanto, alguns desafios que se colocam às investigações internas, que derivam do direito do trabalho.

Por outro lado, e na medida em que a averiguação interna pode conduzir à descoberta de um ilícito penal, também têm de se nortear pelos princípios do nosso direito processual penal. Porém, e porque estas investigações internas não são conduzidas pelo Estado, mas sim pelo próprio empregador, poderá haver mais discricionariedade e facilidade na obtenção da prova, o que, *do outro lado da moeda*, traz maiores cautelas ao procedimento.

Além disso, as auditorias e investigações internas devem ter sempre um barómetro presente, materializado no princípio da proporcionalidade, sob pena de se incorrer no risco de existir violação de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

### 3.1. O direito do trabalho

*Ponto prévio* a qualquer investigação interna não pode deixar de ser — por imposição expressa do Código do Trabalho — o respeito pelos direitos de personalidade do trabalhador. Entre estes direitos, encontra-se o direito à confidencialidade de mensagens e de acesso à informação. Com efeito, aquando de uma investigação interna — a qual, muitas vezes, poderá passar por averiguar o conteúdo de mensagens eletrónicas — o empregador deve ter presente que o trabalhador goza de confidencialidade e reserva de todas as mensagens e comunicações de carácter pessoal. Reconhecemos que, não raras vezes, pode ser ténue a linha que separa o pessoal do profissional. Assim, sendo lícito ao empregador controlar o desempenho profissional do seu trabalhador, pode ser importante definir bem as regras de utilização do correio eletrónico profissional. Por esta via, o empregador poderá ter mais facilidade em aceder ao conteúdo dos correios trocados, conquanto que a delimitação entre contexto profissional e pessoal está melhor definida. Neste campo, parece-nos também importante que não sejam realizados pesquisas genéricas aos e-mails profissionais, mas que as análises forenses sejam delimitadas por parâmetros concretos, como por exemplo, palavras chave sobre a matéria profissional em investigação.

*Em primeiro lugar*, o empregador — portanto, a empresa que pretenda *investigar* o seu trabalhador — tem que ter presente a finalidade com que irá proceder à *investigação* do seu trabalhador: Já existem indícios de uma prática ou omissão ilícita? Há uma mera desconfiança de que algum ilícito possa ter sido cometido (ou possa vir a ser)? É apenas uma auditoria de rotina? Estes são alguns exemplos de questões que o empregador tem que ver respondidas, pois que, consoante as respostas e, por conseguinte, consoante a finalidade da investigação, os métodos, meios e recursos para proceder a essa investigação serão variáveis.

*Em segundo lugar*, e consoante a finalidade da auditoria (*i.e.*, conforme as repostas que forem dadas às questões acima), a empresa terá que optar entre seguir uma investigação interna *ad hoc* ou se, ao invés (ou até cumulativamente), escolhe adoptar um dos procedimentos tipificados na lei. É que, por um lado, nada proíbe o empregador de implementar e conduzir uma investigação atípica, não regulada e prevista na lei. De facto, bastará que o empregador observe os direitos do trabalhador para que possa conduzir a sua própria investigação, determinando, por si, o conteúdo, o prazo, os meios de obtenção de informação, etc.. Por outro lado, o empregador poderá optar por seguir uma de duas vias, diretamente previstas no Código do Trabalho: (i) procedimento prévio de inquérito; e (ii) procedimento disciplinar. A escolha entre um procedimento e outro terá que ver, essencialmente, com os dados e informação que o empregador já tem na sua posse: ou seja, se o empregador já está em condições de emitir uma nota de culpa (fundamentada), então, parece que o mais lógico será seguir diretamente para o procedimento disciplinar. No entanto, se o empregador não está ainda munido da informação necessária (como seja o lugar e tempo da infração, as circunstâncias concretas da mesma, etc.), então, neste caso, poderá ser iniciado um procedimento prévio de inquérito. Seguindo-se um dos procedimentos tipificados, especial aten-

ção é necessário ter quanto aos requisitos e prazos de cada um desses procedimentos, sob pena de invalidade dos mesmos.

Por fim, e *em terceiro lugar*, e consoante a finalidade do meio de investigação, algumas cautelas devem ser tidas em consideração com os meios utilizados, para recolha da informação. Referimo-nos, designadamente, às limitações respeitantes à gravação de chamadas telefónicas (que não pode servir para controlar o desempenho profissional do trabalhador, cfr. n.º 1 do artigo 20.º do CT), à videovigilância (que apenas é permitida para proteção de pessoas e bens, cfr. n.º 2 do artigo 20.º do CT), aos dados obtidos através de dispositivos de geolocalização, à recolha de dados biométricos (que visa o mero controlo da assiduidade, cfr. artigo 202.º do CT), etc. Significa isto que, para que o empregador possa fazer uso da informação recolhida através destes meios, essa recolha tem que estar legitimada pelo fim a que se destina, sob pena de não poder ser utilizada. Além disso, a própria instalação dos mecanismos utilizados tem de ser, ela mesma, válida, respeitando as normas em vigor em cada momento.

Uma nota final merece ser dada ainda a respeito de uma outra cautela já implícita no que acima referimos, mas que convém realçar: a proteção de dados pessoais. De facto, a matéria de proteção de dados tem sido fortemente regulada, quer a nível internacional, quer a nível nacional, donde têm derivado fortes exigências para as empresas, aquando do tratamento dos dados pessoais dos seus colaboradores. Por esse motivo, no seio de uma investigação interna, assume particular relevância o tratamento cuidadoso dos dados pessoais dos trabalhadores envolvidos nessa investigação. Isto até porque, decerto, que a empresa não estará interessada em sujeitar-se a cometer uma infração, no âmbito da condução de uma auditoria interna, pelo incorreto tratamento dos dados pessoais dos seus colaboradores. Não obstante, há que ter presente que se trata de proteção de dados *pessoais*, de tal modo que aí não se incluem os dados que sejam profissionais, ainda que a linha, por diversas vezes, seja ténue.

### **3.2. O direito processual penal: a estrutura *tradicional* do processo penal e a validade da prova obtida**

De um outro *prima*, "*a investigação funciona como motor de arranque do processo penal*" (cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, A investigação criminal como motor de arranque do processo penal, Polícia Portuguesa, Lisboa, nº 122, (Mar-Abr 2000), p. 2-5.). Tradicionalmente, o nosso direito processual penal assenta numa estrutura muito típica: inicia-se com a notícia do crime; segue-se o inquérito; depois, abrir-se-á, ou não, instrução; terminando o processo com o julgamento e eventual fase de recursos. O processo em si e os distintos órgãos que levam a cabo cada uma das etapas está expressamente tipificado na lei.

Com efeito, as investigações e auditorias internas, na medida em que se destinam a descobrir ou a fundamentar um determinado ilícito ou infração, podem vir a dar origem a um processo penal, mas acabam por se intrometer naquele que é o *percurso normal* e tradicional do processo. Isto porque o inquérito, a investigação compete ao Ministério Público, cujo trabalho é coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal. Ora, em nenhum destes momentos há, aparentemente, margem para a intervenção do empregador, que levou por sua conta uma investigação própria (ainda que, posteriormente, se possa constituir Assistente). Não obstante, desde que cumpridas as regras para

obtenção lícita de prova e o respeito pelo direito de personalidade do indivíduo, não parece haver motivos para proibir a intervenção do empregador, o qual, entre outros, poderá noticiar o crime ao Ministério Público. Porém, já parece estranho que o empregador possa carrear para o processo informação e dados que, de outra forma, o Ministério Público não poderia ter obtido.

A este propósito, é importante realçar que alguns desafios e obstáculos podem colocar-se ao nível probatório. Na realidade, algumas cautelas é necessário ter com os meios de obtenção de prova. Nessa medida, além dos pressupostos impostos pelo Código do Trabalho (já acima referidos), há que ter em devida conta as normas do Código de Processo Penal. Tudo isto para assegurar a validade da prova, para que esta possa vir a ser lícitamente carreada para um processo (iniciado ou a iniciar) e aí ser devidamente valorada. Obviamente que os métodos proibidos de prova previstos no artigo 126.º do Código de Processo Penal aplicam-se, por maioria de razão, nas investigações internas realizadas por entidades privadas. Aliás, especiais cautelas devem ser adotadas, para que o “feitiço não se vire contra o feiticeiro” e sejam as empresas responsabilizadas por crimes praticados no decurso de investigações.

Por fim, deve ser ponderado o equilíbrio (muitas vezes, difícil) entre o direito à não incriminação do trabalhador e a cooperação que o mesmo deve ter com o procedimento (tipificado ou não) de investigação interna. Ou seja, por um lado, o próprio Código do Trabalho parece aceitar que o empregador valora a confissão do trabalhador; por outro lado, *“já é duvidoso que o empregador possa conduzir o trabalhador à sua auto-incriminação, sem lhe dar conta do contexto em que o faz”* (cfr. cfr. ALMEIDA, Joana, *Investigações Internas: Ponderações e limites*, in *Novos Estudos sobre o Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2020, p. 74).

### 3.3. O direito constitucional: os direitos das pessoas coletivas e das pessoas singulares

Intimamente ligado com o ponto anterior, está a potencial violação dos direitos fundamentais do indivíduo-alvo da auditoria interna. De facto, *“o sistema jurídico não pode contemporizar com a violação da esfera da privacidade dos trabalhadores ou com a realização de interrogatórios pela entidade empregadora que obriguem à autoincriminação dos trabalhadores”* (cfr. SOUSA MENDES, Paulo de, *Law Enforcement & Compliance*, in *Novos Estudos sobre o Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2020, pp. 19 e 20).

Portanto, observadas que estão, entre outras, as regras já acima identificadas, a investigação e auditoria interna deverá ter sempre como barómetro princípio da proporcionalidade, em sentido lato. Como tal, em primeiro lugar, a *adequação* impõe que as medidas tomadas sejam ajustadas ao fim que se destinam (seja iniciar um despedimento, seja monitorizar a atividade da empresa, seja descartar/confirmar a potencial prática de uma infração). Em segundo lugar, a necessidade determina que a medida tomada seja aquela que, entre várias que se encontram à disposição do empregador, menos lesa os direitos do trabalhador. Por fim, e em terceiro lugar, a proporcionalidade em sentido estrito pressupõe que as *vantagens* que potencialmente sejam alcançadas ultrapassem os *prejuízos* que daí advêm. Deste modo, uma investigação interna que não obedeça a estes critérios e, sobretudo, que não seja por eles pautada, poderá ser facilmente sindicada, do ponto de vista da sua legalidade.

## 4. Conclusões

---

Observando o que existe de melhores práticas de *compliance* no mundo e as intenções políticas de promoção da cooperação entre entidades privadas e públicas no combate à criminalidade económico-financeira, prevê-se que os próximos tempos serão de progressos em Portugal em matéria de generalização dos programas de cumprimento normativo e de maior responsabilização das empresas nesta matéria.

No campo penal, não obstante o princípio da legalidade obrigar o Ministério Público a proceder à abertura de inquérito e a investigar sempre que toma conhecimento da prática de um crime, a realidade é que o Estado tem meios limitados de investigação. Na prática, é natural que centre as suas atenções na criminalidade mais violenta, com maior projeção pública e danosidade social. Por esta razão, parece-nos uma ilusão ou um “momento de sorte” ter semelhante “empenho” das entidades públicas na investigação de ilícitos cujo dano se reflete, essencialmente, no seio de uma empresa privada. As investigações internas podem, assim, ter uma relevante importância como uma espécie de “pré processo penal” em que parte do trabalho realizado possa ser devidamente aproveitado num processo criminal “oficial”. Quanto mais o investigador “público” puder aproveitar do trabalho realizado pelo investigador “privado”, melhores são as possibilidades de sucesso de um processo-crime para investigação e repressão em tempo útil de eventuais práticas ilícitas ocorridas nas organizações privadas.

É desejável que um sistema que tem na sua génese um princípio de autorregulação não seja descaracterizado por uma excessiva regulação. No entanto, no que respeita às investigações internas, um “investigador” que não esteja devidamente consciente dos seus limites legais pode ser propenso ao abuso e à violação de direitos fundamentais, com a correspondente impossibilidade de aproveitamento da prova recolhida num inquérito dirigido pelas autoridades competentes. Afigura-se, assim, desejável que a intenção constante da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção seja convertida em lei e, conseqüentemente, se clarifiquem em lei processual as condições em que a prova obtida em investigação interna pode ser valorada.

Portugal

## A TRIBUTAÇÃO AGRAVADA SOBRE O PATRIMÓNIO IMOBILIÁRIO DETIDO POR ENTIDADES RESIDENTES EM PARAÍÇOS FISCAIS E A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS

António Castro Caldas e Raquel Maurício

*Abogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Lisboa)*

### **A tributação agravada sobre o património imobiliário detido por entidades residentes em paraísos fiscais e a liberdade de circulação de capitais**

*Em Portugal, aplica-se desde há muito uma tributação agravada sobre imóveis adquiridos e detidos por entidades residentes em paraísos fiscais. A Lei do Orçamento do Estado para 2021 alargou a aplicação desta tributação agravada a transações e detenções indiretas, passando a prever-se que ficam sujeitas às taxas agravadas de IMT e IMI não só aquisições de imóveis e sua detenção por entidades residentes em paraísos fiscais, mas também por entidades dominadas ou controladas por estas. Em nossa opinião, esta tributação agravada, incluindo o seu recente alargamento, pode, em alguns casos, constituir uma violação da liberdade de circulação de capitais prevista no Direito da União Europeia e conduzir à anulação das liquidações de imposto que venham a ser emitidas.*



**PALAVRAS CHAVE:**

TRIBUTAÇÃO DO PATRIMÓNIO, IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE A TRANSMISSÃO ONEROSA DE IMÓVEIS, IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE IMÓVEIS, TAXAS AGRAVADAS, OFFSHORE, PARAÍSO FISCAL, LIBERDADES FUNDAMENTAIS DO MERCADO ÚNICO, LIVRE CIRCULAÇÃO DE CAPITALS, TROCA DE INFORMAÇÕES.

## **Aggravated Taxation on Real Estate held by entities Resident in Tax Paradise and Freedom of Capital Circulation**

*Acquisition and ownership of real estate in Portugal by entities resident in tax haven jurisdictions have been subject to higher tax rates for some years now. The Portuguese State Budget Law for 2021 has now extended the application of these increased tax rates by establishing that they shall apply not only to the acquisition and ownership of Portuguese real estate by entities resident in tax haven jurisdictions but also by any entity "dominated or controlled" by such entities. In our opinion, the free movement of capital, provided for in article 63 TFEU, precludes Portugal from enforcing these increased tax rates and may be relied on before the Portuguese courts to support a claim for the annulment of tax assessments issued by the Portuguese tax authority that entail the enforcement of these increased tax rates.*

**KEYWORDS:**

TAXATION OF ASSETS, MUNICIPAL TAX ON THE ONEROUS TRANSMISSION OF REAL ESTATE, PROPERTY TAX, INCREASED RATES, OFFSHORE, TAX HAVENS, FUNDAMENTAL FREEDOMS OF THE SINGLE MARKET, FREE MOVEMENT OF CAPITAL, INFORMATION EXCHANGE.

**FECHA DE RECEPCIÓN: 27-11-2020**

**FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-12-2020**

Castro Caldas, António; Maurício, Raquel (2020). A tributação agravada sobre o património imobiliário detido por entidades residentes em paraísos fiscais e a liberdade de circulação de capitais. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 207-221 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introdução

---

Foi publicada, no passado dia 31 de dezembro de 2020, a Lei n.º 75-B/2020 de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2021 e que, entre outras alterações, veio alargar a tributação agravada, até agora aplicável apenas à aquisição e detenção de imóveis em Portugal por entidades com "*domicílio fiscal em país, território ou região sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças*" (denominados de forma simplificada por "*paraísos fiscais*"), a entidades "*dominadas ou controladas, direta ou indiretamente*" por estas.

Na verdade e já há alguns anos que, quer o Código do Imposto sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis ("IMT"), quer o Código do Imposto Municipal sobre Imóveis ("IMI") previam a aplicação de taxas mais altas, para além da não aplicação de isenções, quando estivessem em causa a aquisição ou detenção de imóveis por entidades residentes em paraísos fiscais<sup>1</sup>.

Para este efeito, a Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro, recentemente alterada pela Portaria n.º 309-A/2020, de 31 de dezembro<sup>2</sup>, contém a lista dos ditos paraísos fiscais, na qual se incluem 80 jurisdições<sup>3</sup>.



Com a Lei do Orçamento do Estado para 2021, esta tributação agravada foi alargada às chamadas transações indiretas, em que a aquisição e detenção não são feitas diretamente por uma entidade residente num paraíso fiscal, mas antes por entidades “*dominadas ou controladas*” por estas.

Neste artigo descrevemos de forma sumária este regime de tributação agravada, cujo âmbito foi agora alargado por efeito da Lei do Orçamento do Estado para 2021, e analisamos a sua compatibilidade com a liberdade de circulação de capitais, prevista no artigo 63.º e ss do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) e que é aplicável não apenas a operações entre Estados-Membros, mas também a operações que envolvam um Estado-Membro e um país terceiro.

## 2. A tributação agravada sobre imóveis adquiridos e detidos por entidades residentes em paraísos fiscais:

### 2.1. Tributação agravada em sede de IMT

Em sede de IMT, a tributação agravada de aquisições realizadas diretamente por entidades residentes em paraísos fiscais foi introduzida logo na versão inicial do Código, no artigo 17.º, n.º 4<sup>4</sup>, que dispunha que *“a taxa é sempre de 15%, não se aplicando qualquer isenção ou redução, sempre que o adquirente tenha a residência ou sede em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, sem prejuízo da isenção prevista no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho”*.

Esta mesma taxa passou para 8%, por efeito da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro (que aprovou o Orçamento do Estado para 2007), e depois para os atuais 10%, por efeito da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro (que aprovou o Orçamento do Estado para 2012).

Para além desta taxa agravada e como resulta da transcrição acima, ficou também vedado aos sujeitos passivos beneficiar de taxas reduzidas, ou de qualquer isenção, salvo a prevista no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 540/76.

Este agravamento da tributação não se aplica, contudo, sempre que o adquirente seja pessoa singular (conforme artigo 17.º, n.º 7, do Código do IMT)<sup>5</sup>.

Com a Lei do Orçamento do Estado para 2021 veio agora alargar-se a aplicação da taxa agravada de 10% sempre que o adquirente *“seja uma entidade dominada ou controlada, direta ou indiretamente, por entidade que tenha domicílio fiscal em país, território ou região sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças”* (conforme artigo 17.º n.º 4, al. b), do Código do IMT).

Ficando também vedado a estes adquirentes beneficiarem de taxas reduzidas e de isenções, nos termos aplicáveis aos adquirentes residentes em paraísos fiscais (conforme artigo 17.º, n.º 4, do Código do IMT).

Para efeitos da definição do conceito de “*entidade dominada ou controlada*”, o legislador optou por remeter para o conceito de “*relação de domínio nos termos estabelecidos no artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais*”.

Por outro lado, a Lei do Orçamento do Estado para 2021 deixou intocada a exclusão deste regime agravado das aquisições feitas por pessoas singulares residentes em paraísos fiscais, sem deixar explícito se essa exclusão é extensível a aquisições *indiretas* por pessoas singulares residentes em paraísos fiscais por exemplo a, aquisições realizadas por entidade que não seja residente num paraíso fiscal, mas seja detida a 100% por uma pessoa singular residente numa dessas jurisdições.

Em nossa opinião, tais operações não podem ficar sujeitas às taxas agravadas, não só porque o conceito de entidade “*dominada ou controlada*” compreendido no quadro das regras do Código das Sociedades Comerciais apenas inclui entidades dominadas ou controladas por sociedades e não por pessoas singulares, mas também e mesmo que assim não se entendesse, por uma questão de igualdade, já que não teria qualquer sentido tratar de forma diferente e para este efeito o investimento direto e o investimento indireto.

## 2.2. Tributação agravada em sede de IMI

Em sede de IMI, a tributação agravada sobre a detenção de imóveis em Portugal por entidades residentes em paraísos fiscais também já constava da versão original do Código do IMI, que dispunha que “*para os prédios que sejam propriedade de entidades que tenham domicílio fiscal em país, território ou região sujeitos a um regime fiscal claramente mais favorável, constantes de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, a taxa do imposto é de 5%*” (conforme artigo 112.º, n.º 3, na redação inicial do Código do IMI)<sup>6</sup>.

Esta taxa chegou a ser reduzida para 1% e 2%<sup>7</sup>, por efeito da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de dezembro (que aprovou o Orçamento do Estado para 2007), tendo sido novamente elevada para 5%, por efeito da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (que aprovou o Orçamento do Estado para 2011), e sendo atualmente de 7,5%, em virtude da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro (que aprovou o Orçamento do Estado para 2012).

Por outro lado, o legislador cuidou de excluir do âmbito de aplicação da isenção prevista para os terrenos para construção que figurem no inventário de empresas que tenham por objeto a construção de edifícios para venda, e para imóveis adquiridos para revenda, os imóveis detidos por entidades residentes num paraíso fiscal (conforme artigo 9.º, n.º 7, do Código do IMI).

Por último, este agravamento da tributação não se aplica sempre que o adquirente seja pessoa singular (conforme artigo 112.º, n.º 17, do Código do IMT).

À semelhança do que sucedeu com o IMT, a Lei do Orçamento do Estado para 2021 veio alargar a tributação agravada à detenção *indireta* por entidades residentes em paraísos fiscais, já que as regras acima descritas deixam de se aplicar apenas a imóveis cujo proprietário seja uma entidade residente num paraíso fiscal, mas também em todos os casos em que o sujeito passivo do imposto

seja uma entidade dominada ou controlada, direta ou indiretamente, por uma entidade residente num paraíso fiscal (conforme artigo 112.º, n.º 4, do Código do IMI).

Aplicando-se, nesta sede, uma remissão equivalente para o conceito de *"relação de domínio"* previsto no artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais e a mesma exclusão de aplicação da taxa agravada quando *"prédios que sejam propriedade de pessoas singulares"* (conforme artigo 112.º, n.º 17, do Código do IMI), o que levanta as mesmas questões acima destacadas para o IMT.

### 2.3. Tributação agravada em sede de AIMI

Quando foi criado o Adicional ao Imposto Municipal sobre Imóveis ("AIMI")<sup>8</sup>, o legislador seguiu a mesma estratégia que já tinha adotado para o IMT e o IMI e consagrou que *"para os prédios que sejam propriedade de entidades sujeitas a um regime fiscal mais favorável, a que se refere o n.º 1 do artigo 63.º-D da Lei Geral Tributária, a taxa é de 7,5 %"* (conforme artigo 135.º-F, n.º 4, do Código do IMI, na redação inicial, hoje artigo 135.º-F, n.º 5).

À semelhança do IMT e do IMI, estas taxas agravadas não se aplicam a imóveis que sejam propriedade de pessoas singulares (conforme artigo 135.º-F, n.º 6, do Código do IMI).

Por outro lado e uma vez que na determinação do valor tributável para efeitos de AIMI não releva *"o valor dos prédios que no ano anterior tenham estado isentos ou não sujeitos a tributação em IMI"* (conforme artigo 135.º-C, n.º 3, al. a), do Código do IMI), na medida em que o Código do IMI veda a aplicação das isenções acima referidas para terrenos para construção e imóveis detidos para revenda, sempre que sejam detidos por entidades residentes num paraíso fiscal, essa limitação também é aplicável em sede de AIMI.

Por último, o artigo 135.º-J, n.º 3 do Código do IMI refere ainda que a dedução à coleta equivalente ao valor do imposto e prevista nesse mesmo artigo não é aplicável quando os *"imóveis sejam detidos, direta ou indiretamente"*, por entidade residente em paraíso fiscal.

No que se refere à Lei do Orçamento do Estado para 2021 e ao contrário do que sucedeu com o IMT e o IMI, esta não estendeu a tributação agravada a imóveis indiretamente detidos por entidades residentes em paraísos fiscais (o legislador terá reconhecido que tamanho acréscimo da carga fiscal poderia aproximar-se vertiginosamente do conceito de confisco).

No entanto e ainda que a Lei do Orçamento do Estado para 2021 não altere diretamente o regime do AIMI, ao impedir, como vimos, a aplicação das isenções de IMI a terrenos para construção e imóveis adquiridos para revenda também, no caso de situações de detenção *indireta*, esta lei poderá comportar um agravamento da tributação não só em sede de IMI, mas também de AIMI<sup>9</sup>.

## 3. A liberdade de circulação de capitais

---

### 3.1. Definição

A liberdade de circulação de capitais é uma das quatro liberdades fundamentais do mercado comum, consagrada nos tratados da União pela primeira vez graças ao Tratado de Maastricht.

Atualmente esta liberdade encontra-se prevista no artigo 63.º do TFUE, que determina que *“são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros”*, a par da proibição de restrições aos pagamentos entre estas jurisdições.

O TFUE não fornece uma definição de liberdade de circulação de capitais. No entanto, o conceito tem vindo a ser densificado pela doutrina e pela jurisprudência, em especial do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), no sentido de cobrir a transferência de ativos e a realização de investimentos, incluindo em instrumentos financeiros, ações ou até, na parte que nos interessa agora, imóveis, entre Estados, incluindo Estados Membros da União e entre estes e Países terceiros.

A liberdade de circulação de capitais admite algumas exceções, nos termos dos artigos 64.º e 66.º do TFUE, exclusivamente com referência a movimentos de capitais relacionados com os países terceiros<sup>10</sup>.

Fora destes casos, a liberdade de circulação funciona, à semelhança das demais, como regime regra que admite restrições delimitadas e cuja interpretação deve ser restritiva<sup>11</sup>.

Em especial em matéria de fiscalidade, a liberdade de circulação de capitais tem o seu campo de aplicação privilegiado nas áreas não harmonizadas, numa dimensão essencialmente de proibição da discriminação, que, por um lado, respeite as competências próprias dos Estados-Membros e, por outro, assegure que, por via de distinções na carga fiscal, os Estados-Membros não criam injustificadamente restrições ao funcionamento do mercado comum.

A este respeito, estabelece o artigo 65.º, n.º 1, do TFUE que a liberdade de circulação de capitais não deverá prejudicar o direito de os Estados-Membros:

*“a) Aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido;*

*b) Tomarem todas as medidas indispensáveis para impedir infrações às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal e de supervisão prudencial das instituições financeiras, preverem processos de declaração dos movimentos de capitais para efeitos de informação administrativa ou estatística, ou tomarem medidas justificadas por razões de ordem pública ou de segurança pública.”*

E ainda que, essa mesma liberdade não deve prejudicar *"a possibilidade de aplicação de restrições ao direito de estabelecimento que sejam compatíveis com os Tratados"* (conforme artigo 65.º, n.º 2, do TFUE).

No entanto, as **medidas e restrições** acima referidas *"não devem constituir um meio de **discriminação arbitrária**, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos"* (conforme artigo 65.º, n.º 3, do TFUE).

### 3.2. Concretização da liberdade de circulação na jurisprudência do TJUE

Como referido, os tratados da União não contêm uma definição de livre circulação de capitais. Sem prejuízo, a questão tem vindo a ser analisada em abundância pelo TJUE, tendo este tribunal vindo a fornecer importantes elementos para sua densificação.

Em particular, o TJUE identificou como restrições a esta liberdade todas as medidas (fiscais ou de outra natureza) que os Estados-Membros consagrem e que sejam *"suscetíveis de dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro ou de dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados"*<sup>12</sup>.

Por isso, e em matéria fiscal, uma das primeiras questões a analisar a respeito da liberdade de circulação de capitais é a de saber se o estabelecimento de uma determinada tributação diferenciada é suscetível de desincentivar ou dissuadir o investimento naqueles termos. Ora, na maioria dos casos, a criação de uma tributação agravada em função da residência do sujeitos passivos tem precisamente esse efeito.

O que, aliás, o TJUE já considerou verificar-se a respeito de diferenças de tratamento na tributação da detenção de imóveis, por residentes e não residentes em França<sup>13</sup>, ou, num caso português, de ganhos ou mais-valias decorrentes da alienação de imóveis, quando realizadas por residentes e não residentes<sup>14</sup>.

Por outro lado, o mesmo tribunal esclareceu, que *"como resulta da sua letra, o artigo 63.º TFUE estabelece a livre circulação de capitais não apenas entre Estados-Membros mas igualmente entre Estados-Membros e países terceiros"*, pelo que *"o artigo 63.º TFUE proíbe de modo geral todas as restrições aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros e entre os Estados-Membros e países terceiros"*<sup>15</sup>.

Assim e quando não esteja em causa qualquer uma das exceções admitidas pelo tratado, nos artigos 64.º e 66.º, só será possível à luz do TFUE uma restrição à livre circulação de capitais, seja entre Estados-Membros, seja entre Estados-Membros e países terceiros, se *"essa distinção não constitu[ir] um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais"*<sup>16</sup>.

Para que tal aconteça, é necessário, nas palavras do TJUE, que as situações objeto de um tratamento diferenciado, em função da residência dos sujeitos passivos (ou de qualquer outro critério),

sejam "situações não comparáveis objetivamente" ou que essa diferença de tratamento seja "justificada por razões imperiosas de interesse geral"<sup>17</sup>.

Quanto à primeira, e socorrendo-nos, mais uma vez, das próprias palavras do TJUE, "o caráter comparável de uma situação transfronteiriça com uma situação interna deve ser examinado tendo em conta o objetivo prosseguido pelas disposições nacionais em causa, bem como o objeto e o conteúdo destas últimas"<sup>18</sup>. No entanto, não se pode aceitar que determinadas situações não são comparáveis pelo simples facto de envolverem um investimento de ou em países terceiros, já que isso retiraria todo o conteúdo útil ao artigo 63.º do TFUE<sup>19</sup>.

Quanto à segunda, o TJUE já admitiu, por exemplo, que a necessidade de preservar a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros e os países terceiros<sup>20</sup> ou a eficácia do controlo fiscal e a necessidade de prevenir a fraude fiscal<sup>21</sup> podem constituir razões imperiosas de interesse geral. No entanto, o mesmo tribunal também já explicou que uma restrição com fundamento em "razões imperiosas de interesse geral" tem de ser adequada para garantir a realização do objetivo por ela prosseguido e não pode ir além do necessário para o alcançar<sup>22</sup>.

### 3.3. A liberdade de circulação de capitais e a prevenção do abuso fiscal

O TJUE já se debruçou, em diversas ocasiões, sobre a admissibilidade de restrições à livre circulação de capitais com fundamento na prevenção ou no combate ao abuso das normas fiscais<sup>23</sup>, inclusivamente a respeito de movimentos de capitais entre Estados-Membros e países terceiros.

A este respeito, destacamos, pela sua atualidade, o **Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, processo C-135/17**.

Neste processo estava em causa a aplicação de regras de imputação de rendimento (comumente designadas por *Controlled Foreign Company Rules*) a entidades residentes na Alemanha que detivessem pelo menos 1% do capital social de entidades estabelecidas em países terceiros e cujos lucros, de natureza passiva, estivessem "sujeitos a uma tributação baixa".

Neste contexto, o TJUE concluiu, em primeiro lugar, que esta regulamentação constituía uma restrição à liberdade de circulação de capitais, na medida em que, ao impor uma tributação mais agravada (por via da imputação) a entidades residentes que investissem em países terceiros de baixa tributação, desincentivava o investimento de entidades alemãs nesses países terceiros.

Por outro lado, o TJUE considerou que, mesmo que tal distinção se apoiasse no "lugar de residência" da entidade participada, referido no artigo 65.º, n.º 1, al. a) do TFUE, tal distinção não poderia *tout court* ser admitida ao abrigo desse preceito, já que, como vimos, esse artigo, como as demais restrições, deve ser interpretado de forma restritiva e sem admitir que, em virtude de uma restrição à livre circulação, se produza uma discriminação arbitrária ou injustificada (conforme artigo 65.º, n.º 3, do TFUE).

Assim, para que tal restrição fosse admitida, era necessário que a diferença de tratamento assestasse em critérios objetivos que tornassem as duas situações objetivamente distintas - o que, segundo o TJUE não acontecia naquele caso - ou que se justificassem em *razões imperiosas*.

Em relação a estas, o TJUE entendeu que elas se resumiam, em substância, à prevenção da fraude e evasão fiscais e concedeu, naturalmente, que essas finalidades constituíam razões imperiosas.

Concedeu igualmente que a imputação de rendimentos passivo de entidades residentes em países terceiros, sujeitas a baixa tributação, constituía uma medida adequada à concretização daquelas finalidades.

Já no que respeita à proporcionalidade em sentido estrito da medida, o TJUE começou por notar que *"a mera circunstância de uma sociedade residente deter uma participação numa outra sociedade estabelecida num país terceiro não pode, enquanto tal, servir de base a uma presunção geral de fraude e evasão fiscais e justificar, a esse título, uma medida fiscal que afete a livre circulação de capitais"*<sup>24</sup>. O que aliás não constituía entendimento novo, sendo possível encontrar afirmações equivalentes noutros arestos do Tribunal<sup>25</sup>.

Assim, é necessário que exista, no caso concreto, uma componente de artificialidade na transação<sup>26</sup> e a circunstância de estarmos perante uma entidade residente num país terceiro que obtém rendimento passivo sujeito a baixa tributação não é suficiente para sustentar a conclusão de que tal investimento é, em todos os casos e sem exceção, artificial.

Segundo o TJUE esta afirmação valerá indiscutivelmente para qualquer situação em que esteja em causa investimento entre Estados-Membros.

Já no quadro de relações entre Estados-Membros e países terceiros, o TJUE introduz uma nuance, admitindo alguma flexibilidade *"em função da disponibilidade de medidas administrativas e regulamentares que permitam, sendo caso disso, um controlo da veracidade desses elementos"*<sup>27</sup>.

Assim, segundo o TJUE, havendo essas medidas, nomeadamente, criadas através de *"obrigações convencionais, que estabeleçam um quadro jurídico de cooperação e mecanismos de troca de informações entre as autoridades nacionais em causa e que possam efetivamente permitir às autoridades fiscais alemãs verificar, se for caso disso, a veracidade das informações relativas à sociedade estabelecida [no país terceiro], fornecidas para demonstrar que a participação do referido sujeito passivo nesta última sociedade não tem origem num expediente artificial"*, então uma legislação nacional que de forma automática presume o abuso e opera um agravamento da tributação, em função da circunstância de a entidade participada estar estabelecida num Estado Terceiro e aí auferir rendimentos passivos sujeitos a uma tributação mais baixa do que a nacional, seria contrária ao Direito da União.

Refira-se que a alusão a mecanismos de troca de informação e a subordinação da admissibilidade de restrições à livre circulação de capitais com países terceiros a situações em que estes mecanismos não existam já tinha sido afirmada anteriormente pelo TJUE, inclusivamente em casos envolvendo Portugal.



E em todas as situações a conclusão foi igualmente no sentido de que, existindo mecanismos de cooperação e troca de informações entre autoridades tributárias que permitam ao Estado-Membro verificar, por exemplo, o cumprimento de uma condição para (i) a obtenção de um benefício fiscal; (ii) para a desaplicação de uma tributação mais agravada; ou, como vimos, para (iii) a demonstração da inexistência de qualquer situação artificial, então esse Estado-Membro não pode, pura e simplesmente, ignorar esses mecanismos, e manter de forma automática a restrição à livre circulação de capitais<sup>28</sup>.

## 4. Conformidade do regime de tributação agravada de entidades residentes num paraíso fiscal com a liberdade de circulação de capitais (conclusão)

---

A introdução de um regime de tributação agravada sobre o património, quando estejam em causa imóveis adquiridos e detidos por entidades residentes num paraíso fiscal, não é, como vimos, uma novidade.

No entanto, o alargamento agora introduzido, que faz cair nas malhas desta tributação, não apenas investimentos imobiliários diretos, mas também indiretos, resultará certamente num aumento do número de transações sujeitas às taxas agravadas e levantará, estamos seguros, muitas dúvidas que, provavelmente, só serão esclarecidas cabalmente pelos nossos tribunais.

Sem prejuízo destas dúvidas, há um aspeto que a nós não nos levanta dúvidas: estabelecendo a lei portuguesa, quer na sua atual versão quer na anterior, uma distinção em termos de taxa de IMT e IMI (para além dos limites ao acesso a taxas reduzidas e isenções) em função do lugar em que se situa o *domicílio fiscal* do adquirente (direto ou indireto) dos imóveis, agravando as taxas para aqueles que sejam entidades residentes num paraíso fiscal, **essa lei consagra uma distinção de tratamento que desincentiva o investimento de residentes nestes países no parque imobiliário português.**

E ao fazê-lo, **tal legislação deve ser tratada como uma restrição à liberdade de circulação de capitais**, tal como concretizada na jurisprudência do TJUE e que, como já vimos, não exclui deste conceito transações relativas a imóveis<sup>29</sup>. Esta restrição, embora já existente na tributação agravada prevista na versão até agora em vigor da lei, torna-se muito mais relevante e premente ao ampliar de forma exponencial o âmbito de aplicação dessas taxas agravadas.

Assim e seguindo de perto a posição do TJUE, para que seja admissível uma tal restrição seria necessário que estivessem em causa **situações objetivamente diferentes**, à luz das finalidades da norma portuguesa que estabelece a tributação agravada.

Ora, não é segredo para ninguém que a criação de taxas agravadas como estas, entre outras "*penalizações*" que se espalham pela legislação fiscal Portuguesa com respeito às entidades residentes num paraíso fiscal, têm como finalidade primordial o combate à fraude e evasão fiscais.



Pela falta de transparência ou pelos baixos níveis de tributação, o legislador presume que a existência de uma destas entidades mancha, em todos os casos e circunstâncias, as transações económicas com uma nódoa de opacidade e/ou artificialidade, que teima em não sair e que alegadamente permite subtrair à tributação os rendimentos que são transferidos para estas entidades.

Não deixa, contudo, de ser curioso que a opacidade e artificialidade de que falamos quando nos debruçamos sobre entidades residentes num paraíso fiscal reside sobretudo em matérias de tributação sobre o rendimento — que, em alguns casos, pode ser móvel -, mas dificilmente em matérias de tributação sobre o património imobiliário, que, com sabemos, não vai a lado nenhum.

A este respeito, é ilustrativa a nota explicativa constante da Proposta 61/XIV, que está na origem das alterações introduzidas pela lei do orçamento do Estado para 2021 que agora se discutem, onde se refere o seguinte: *“O mecanismo dos paraísos fiscais caracteriza-se, regra geral, por um regime fiscal extremamente favorável, em termos de impostos sobre o **rendimento**, pela ausência do controlo das atividades desenvolvidas, pela permanência do sigilo bancário e comercial e pela falta de transparência e ausência de troca de informações. Através desse mecanismo, as empresas ou pessoas registam os **lucros** não no país onde fazem os negócios e ganham esse dinheiro, mas sim nos paraísos fiscais, para beneficiarem dessas vantagens, não sendo os seus lucros sujeitos a impostos sobre rendimentos nem as suas receitas taxadas.”*

Por isso e por muito que possa existir uma diferença entre uma entidade residente num país cujo regime de tributação seja efetivamente muito mais favorável e um sujeito passivo português ou residente numa outra jurisdição em termos de tributação do seu rendimento ou mesmo em termos de transparência, essa diferença não basta para afirmar que, objetivamente a situação não é a mesma. Note-se que está em causa na tributação em sede de IMT e depois de IMI é a força económica que se manifesta pela compra do imóvel e pela sua detenção. E essa força económica é a mesma, quer esteja em causa uma entidade portuguesa ou uma entidade residente num paraíso fiscal.

Assim, a restrição à liberdade de circulação de capitais **só se poderá manter, se a diferença de tratamento que ela encerra puder ser justificada por razões imperiosas, que se traduzam em medidas adequadas e proporcionais**<sup>30</sup>.

E se o combate à fraude e evasões fiscais são indiscutivelmente razões imperiosas nesta sede, já nos parece mais difícil concluir que o agravamento das taxas ora tratado seja, por um lado, uma medida adequada e sobretudo proporcional.

Desde logo se consideramos que a presunção de evasão que aqui está em causa se refere essencialmente a temas de tributação do rendimento e não do património. Na verdade, é altamente discutível que seja adequado e muito menos proporcional evitar a transferência artificial de rendimento para jurisdições com níveis de tributação mais baixos, através do agravamento da tributação sobre o património, detido por essa entidade, independentemente da existência e valor de rendimentos gerados, com recurso a esses imóveis, obtidos direta ou indiretamente por entidades residentes nessas jurisdições. Sobretudo, se pensarmos que essas entidades podem nem sequer ser os beneficiários efetivos desses ativos e respetivos rendimentos.

Acresce que não é demais notar que a lista portuguesa de paraísos fiscais é especialmente abrangente, contendo, como vimos em cima, 80 jurisdições. Esta lista não só é ampla, como excede em muito a lista da União Europeia de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais, que contém apenas 12 jurisdições<sup>31</sup>.

Mais, mesmo quando comparada com a lista de países terceiros de risco elevado para efeitos de branqueamento de capitais<sup>32</sup> e a entender-se que a tributação ora em causa serve afinal, não apenas para evitar a fraude e evasão fiscais, mas antes o fenómeno mais alargado do branqueamento de capitais, a verdade é que a lista portuguesa é, não só bem mais abrangente, contendo 80 jurisdições, contra 20 jurisdições contidas naquela lista, como não é sequer coincidente, existindo várias jurisdições contempladas na lista de países terceiros de risco elevado que não se qualificam como paraísos fiscais<sup>33</sup>.

E finalmente, esta medida é, em nossa opinião, manifestamente desproporcional se tomarmos em consideração que, à semelhança do que acontecia no caso do Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, processo C-135/17, **o agravamento das taxas de IMT e IMI em Portugal opera de forma automática**, sempre que esteja em causa uma entidade residente num paraíso fiscal, sem que seja permitido ao contribuinte demonstrar que, no seu caso em concreto não existiu, nenhuma atuação ou construção artificiais.

E este elemento é, como vimos, decisivo para o TJUE, mesmo quando esteja em causa uma restrição à livre circulação de capitais entre Estados-Membros e países terceiros. Neste caso, o TJUE apenas admite tais restrições em situações em que quadro normativo não permite ao Estado-Membro, nomeadamente através da troca de informações e cooperação administrativa com essas jurisdições, verificar se as alegações dos contribuintes quanto à falta de artificialidade são verdadeiras.

Ora, não só a norma portuguesa não dá sequer oportunidade aos sujeitos passivos de fazerem tal alegação (e muito menos demonstração), como a verdade é que é cada vez mais um sinal dos tempos o reforço dos mecanismos de reporte, de assistência administrativa e de troca de informações.

Por um lado, cada vez mais paraísos fiscais celebraram convenções para evitar a dupla tributação ao abrigo das quais se preveem mecanismos de troca de informações<sup>34</sup> ou acordos para troca de informações em matéria fiscal<sup>35</sup> que permitem à Autoridade Tributária recolher informações junto das suas congéneres que lhe permitam validar as informações recebidas dos sujeitos passivos e verificar se estão ou não em causa situações de abuso<sup>36</sup>.

Da mesma forma, algumas dessas jurisdições aderiram à Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal<sup>37</sup> e poderão vir a verificar-se trocas de informação ao abrigo desse mecanismo também.

Assim e em conclusão, parece-nos que a tributação agravada já anteriormente prevista e agora alargada pela Lei do Orçamento do Estado para 2021 em sede de tributação do património poderá, em alguns casos, constituir uma restrição à liberdade de circulação de capitais contrária ao disposto no artigo 63.º e ss do TFUE.

**Esta violação de Direito da União constitui um fundamento de ilegalidade das liquidações que venham a ser emitidas, ao abrigo dessas normas, que pode ser invocado perante tribunais portugueses e legitimar a anulação das mesmas<sup>38</sup>. Sendo que, caso o tribunal português tenha dúvidas quanto a esta matéria, não está afastado o recurso ao TJEU, que, à luz da análise acima feita e a julgar pela jurisprudência que produziu até agora, deverá declarar aquela contradição.**

Por último, não é demais dizer que as alterações que agora se introduziram no Código do IMT e do IMI não se limitam a alargar o âmbito de aplicação desta tributação agravada, apenas em termos teóricos ou com um efeito prático reduzido. Ao passar a abranger investimentos imobiliários apenas porque foram feitos através de estruturas em que se integra uma entidade residente em paraíso fiscal, qualquer que seja a razão para a existência dessa entidade, e ainda que ela não seja a adquirente do imóvel ou não seja sequer a sua beneficiária última, estas normas ganham um potencial de aplicação exponencial quando comparado com a versão até agora em vigor (que, de acordo com a nossa experiência, tinha uma aplicação prática muito limitada, já que é muito raro o investimento direto em imóveis por entidades não residentes e, sobretudo, residentes em paraísos fiscais). Mais, a forma com este alargamento foi desenhado tem potencial para abranger investimentos realizados através de estruturas societárias dotadas de substância e criadas por razões económicas válidas e que, ainda que possam incluir na cadeia acionista entidades residentes em paraísos fiscais, estão muitas vezes sedeadas ou têm os seus beneficiários efetivos estabelecidos dentro da União Europeia, o que nos levará a considerar ainda outras violações de direito comunitário, para além da violação da livre circulação de capitais.

E também para terminar, resta notar que, nos termos das convenções para evitar a dupla tributação celebradas entre Portugal e alguns paraísos fiscais se estabeleceram cláusulas de proibição de discriminação entre residentes de ambos os Estados contratantes que poderão operar, em alguns casos, uma limitação à aplicação das taxas agravadas e assim evitar que Portugal infrinja direito da União<sup>39 40</sup>.

Em conclusão, parece-nos que as normas que preveem taxas de tributação agravadas com estas características dificilmente resistirão a uma interpretação correta do princípio da liberdade de circulação de capitais.

## Notas al final

- 1 Conforme artigo 17.º, n.º 4, do Código do IMT, artigo 112.º, n.º 4, para o IMI, e artigo 135.º-F, n.º 5, para o Adicional ao IMI, ambos do Código do IMI.
- 2 Que eliminou Andorra da lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada claramente mais favoráveis.
- 3 A Portaria n.º 309-A/2020, de 31 de dezembro inclui as seguintes jurisdições: 1. Anguilla 2. Antígua e Barbuda 3. Antilhas Holandesas 4. Aruba 5. Ascensão 6. Bahamas 7. Bahrain 8. Barbados 9. Belize 10. Bolívia 11. Brunei 12. Costa Rica 13. Djibouti 14. Dominica 15. Emirados Árabes Unidos 16. Gâmbia 17. Gibraltar 18. Grenada 19. Guiana 20. Honduras 21. Hong Kong 22. Ilha de Guam 23. Ilha de Kiribati 24. Ilha de Man 25. Ilha de Niue 26. Ilha de Pitcairn 27. Ilha de Queshm 28. Ilha de Santa Helena 29. Ilha de São Pedro e Miguelon 30. Ilha de Tokelau 31. Ilha Norfolk 32. Ilha Tristão da Cunha 33. Ilha Tuvalu 34. Ilhas Bermudas 35. Ilhas Cayman 36. Ilhas Cocos e Keeling 37. Ilhas Cook 38. Ilhas do Canal (inclui Alderney, Guernsey, Great Stark, Herm, Little Sark, Brechou, Jethou, Jersey e Lihou) 39. Ilhas do Pacífico 40. Ilhas Falkland ou Malvinas 41. Ilhas Fiji 42. Ilhas Maldivas 43. Ilhas Marianas do Norte 44. Ilhas Marshall 45. Ilhas Natal 46. Ilhas Palau 47. Ilhas Salomão 48. Ilhas Svalbar 49. Ilhas Turks e Caicos 50. Ilhas Virgens Britânicas 51. Ilhas Virgens dos EUA 52. Jamaica 53. Jordânia 54. Koweit 55. Labuân 56. Líbano 57. Libéria 58. Liechtenstein 59. Maurícias 60. Mónaco 61. Monserrate 62. Nauru 63. Panamá 64. Polinésia Francesa 65. Porto Rico 66. Qatar 67. República Árabe do Yémen 68. República de Vanuatu 69. Samoa Americana 70. Samoa Ocidental 71. Santa Lúcia 72. São Cristóvão e Nevis 73. São Marino 74. São Vicente e Grenadinas 75. Seychelles 76. Suazilândia 77. Sultanato de Omã 78. Tonga 79. Trinidad e Tobago 80. Uruguai.
- 4 Herdeiro do disposto no artigo 33.º, n.º 4, do Código do Imposto Municipal da Sisa e do Imposto Sobre as Sucessões e Doações, introduzido pela Lei n.º 14/2003 de 30 de maio, que dispunha que *"a taxa será sempre de 15%, não se aplicando qualquer isenção ou redução, sempre que o adquirente tenha residência ou sede em país, território ou região, sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças"*.
- 5 O que veio a tornar inútil a manutenção da isenção estabelecida no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de julho, para este efeito, já que esta se aplica à aquisição de imóveis efetuadas com empréstimos concedidos a emigrantes portugueses (obviamente pessoas singulares) nos termos deste diploma.
- 6 Tendo esta tributação agravada sido introduzida pela primeira vez no Código da Contribuição Autárquica, com efeitos a 2002, pela Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2002.
- 7 Para prédios devolutos, há mais de um ano.
- 8 Através da Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2017 e entrou em vigor a 1 de janeiro de 2017.
- 9 Na verdade, desaplicando-se em sede de IMI as isenções para terrenos para construção e imóveis detidos para revenda, sempre que sejam detidos direta ou indiretamente por entidades residentes num paraíso fiscal, esses imóveis, que outrora fugiam à tributação em sede de AIMI com esse fundamento, passarão agora a ser tributados em sede deste imposto (na medida em que se preenchem os demais pressupostos de incidência do AIMI).
- 10 Em especial o artigo 64.º prevê uma cláusula de *standstill* que, mediante determinadas condições, permite manter a aplicação pelos Estados Membros *"a países terceiros de quaisquer restrições em vigor em 31 de dezembro de 1993 ao abrigo de legislação nacional ou da União adotada em relação à circulação de capitais provenientes ou com destino a países terceiros que envolva investimento direto, incluindo o investimento imobiliário, estabelecimento, prestação de serviços financeiros ou admissão de valores mobiliários em mercados de capitais. Em relação às restrições em vigor ao abrigo da legislação nacional na Bulgária, na Estónia e na Hungria, a data aplicável é a de 31 de dezembro de 1999"*.
- 11 Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o parágrafo 60 do Acórdão do TJUE de 26 de fevereiro de 2019, processo C-135/17, e demais jurisprudência aí referida.
- 12 Nesse sentido, veja-se, por exemplo o parágrafo 49 do Acórdão do TJUE de 30 de janeiro de 2020, processo C-156/17 e jurisprudência aí citada.
- 13 Acórdão de 11 de outubro de 2007, processo C-451/05.
- 14 Acórdão de 11 de outubro de 2007, processo C 443/06 e Despacho de 6 de setembro de 2018, processo C 184/18.
- 15 Conforme parágrafos 24 e 25 do Despacho do TJUE de 6 de setembro de 2018, processo C184/18.
- 16 Conforme parágrafo 36 do Despacho do TJUE de 6 de setembro de 2018, processo C184/18)
- 17 Neste sentido, veja-se o Acórdão de 11 de outubro de 2007, processo C 443/06 e jurisprudência aí referida.
- 18 Conforme parágrafo 36 do Acórdão do TJUE 30 de janeiro de 2020 , processo C156/17 e jurisprudência aí referida)
- 19 Neste sentido, veja-se o Acórdão do TJUE de 26 de fevereiro de 2019, processo C-135/17, parágrafo 68 e demais jurisprudência aí referida.
- 20 Neste sentido, veja-se, a título de exemplo, os seguintes Acórdãos do TJUE: Acórdão de 10 de fevereiro de 2011, processos, C-436/08 e C-437/08; Acórdão de 10 de maio de 2012, processos C-338/11 a C-347/11; e Acórdão de 10 de abril de 2014, processo C-190/12.
- 21 Neste sentido, veja-se, a título de exemplo, os seguintes Acórdãos do TJUE: Acórdão de 9 de outubro de 2014, processo C-326/12; Acórdão de 22 de novembro de 2018, processo C-679/17; Acórdão de 12 de setembro de 2006, processo C-196/04; Acórdão de 13 de março de 2007, processo C-524/04; e Acórdão de 3 de outubro 2013, processo C-282/12.
- 22 Neste sentido, por exemplo, o Acórdão do TJUE de 30 de janeiro de 2020 , processo C156/17.
- 23 Ver em especial, Acórdãos citados na nota de rodapé 15.
- 24 Conforme parágrafo 80 do Acórdão do TJUE de 26 de fevereiro de 2019, processo C-135/17.
- 25 Veja-se, em especial, o Acórdão de 24 de novembro de 2016, processo C-464/14, em que o TJUE, num caso referente a Portugal, esclareceu de forma lapidar que *"a simples circunstância de a sociedade que distribui os dividendos estar situada num país terceiro não pode gerar uma presunção geral de fraude fiscal e justificar uma medida de restrição ao exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado (v., por analogia, acórdão de 19 de julho de 2012, A, C48/11, EU:C:2012:485, n.º 32 e jurisprudência referida)"*. No mesmo sentido e a título meramente exemplificativo, vejamos ainda os

seguintes Acórdãos do TJUE: Acórdão de 16 de julho de 1998, processo C-264/96; Acórdão de 21 de novembro de 2002, processo C-436/00; e de 11 de outubro de 2007, processo C-451/05).

26 A este respeito, o TJUE esclarece ainda que a artificialidade aqui em causa não se reduz a uma mera falta de substância económica, tal como definida no caso Cadbury Schweppes (Acórdão do TJUE de 12 de setembro de 2006, processo C-196/04), mas também pode envolver “qualquer dispositivo cujo objetivo principal, ou um dos objetivos principais, seja a transferência artificial de lucros gerados por atividades realizadas no território de um Estado Membro para países terceiros com um baixo nível de tributação” (conforme parágrafo 84 do Acórdão do TJUE de 26 de fevereiro de 2019, processo C-135/17).

27 Conforme parágrafo 91 do Acórdão do TJUE de 26 de fevereiro de 2019, processo C-135/17.

28 A título meramente exemplificativo e para além do Acórdão relativo a um caso português referido na nota de rodapé n.º 20, vejam-se os seguintes Acórdãos do TJUE: Acórdão de 28 de outubro de 2010, processo C 72/09, Acórdão de 10 de Fevereiro de 2011, processo 436/08, Acórdão de 18 de dezembro de 2007, processo C-101/05 e Acórdão de 10 de abril de 2014, processo C-190/12.

29 E já não como uma restrição à liberdade de estabelecimento já que a forma como opera não pressupõe sequer que esteja em causa o desenvolvimento de uma atividade económica em Portugal, com respeito ao imóvel (neste sentido, vejam-se Acórdãos do TJUE de 14 de setembro de 2006, processo C-386/04 e de 11 de outubro de 2007, processo C-451/05).

30 Tendo em conta que não se aplicam *in casu* as exceções previstas nos artigos 64.º e 66.º do TFUE

31 A lista portuguesa, como vimos, contém 80 jurisdições, enquanto a lista da União Europeia, adotada pelo Conselho em 6 de outubro de 2020 integra os seguintes 12 países ou territórios: 1. Samoa Americana 2. Anguila 3. Barbados 4. Ilhas Fiji 5. Guame 6. Palau 7. Panamá 8. Samoa 9. Trindade e Tobago 10. Ilhas Virgens dos Estados Unidos 11. Vanuatu 12. Seicheles.

32 Aprovada através do Regulamento Delegado (UE) 2020/855 da Comissão de 7 de maio de 2020 que altera o Regulamento Delegado (UE) 2016/1675, que completa a Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, mediante a inclusão das Baamas, de Barbados, do Botsuana, do Camboja, do Gana, da Jamaica, da Maurícia, da Mongólia, de Mianmar/Birmânia, da Nicarágua, do Panamá e do Zimbabué no quadro constante do ponto I do anexo e a supressão da Bósnia-Herzegovina, da Etiópia, da Guiana, da República Democrática Popular do Laos, do Sri Lanka e da Tunísia do referido quadro (Texto relevante para efeitos do EEE).

33 É o caso, do Afeganistão, Botsuana, Camboja, Gana, Iraque, Mongólia, Mianmar/Birmânia, Nicarágua, Paquistão, Síria, Uganda, Iémen e Zimbabué, que constam da lista de “Países terceiros de risco elevado que apresentaram um compromisso político escrito de alto nível para remediar as deficiências identificadas e que elaboraram um plano de ação com o GAFI”, aprovada nos termos do artigo 2.º do Regulamento Delegado (UE) 2020/855 referido na nota de rodapé 35, e não são paraísos fiscais.

34 Atualmente estão em vigor acordos para evitar a dupla tributação, com cláusulas sobre troca de informação, celebrados entre Portugal e as seguintes jurisdições qualificadas como paraísos fiscais: Bahrain, Barbados, Emirados Árabes Unidos, Hong Kong, Koweit, Panamá, Qatar, São Marino, Sultanato de Omã e Uruguai.

35 Atualmente estão em vigor acordos para troca de informações em matéria fiscal, celebrados entre Portugal e as seguintes jurisdições qualificadas como paraísos fiscais: Gibraltar, Ilhas Bermudas, Ilha de Man, Ilhas Cayman, Jersey e Santa Lúcia.

36 Em particular, no que se refere aos acordos para troca de informações em matéria fiscal, importa notar que muito embora estes não visem impostos devidos sobre o património, como o IMT ou o IML, mas antes respeitem essencialmente, no caso português, ao IRS e ao IRC, estando em causa uma presunção de abuso quanto à subtração de **rendimentos** ou **lucros** a esses dois impostos, nada impede a Autoridade Tributária de, ao abrigo desses instrumentos, requerer informações que pode e deve aproveitar na sede.

37 À qual, por exemplo, já aderiram a Jamaica e Gibraltar, dois paraísos fiscais.

38 No sentido de que a liberdade de circulação de capitais entre os Estados Membros e os países terceiros, consagrada no artigo 63.º do TFUE tem efeito direito e confere aos particulares direitos que estes podem invocar em juízo, veja-se o Acórdão do TJUE de 24 de novembro de 2016, processo C464/14, e demais jurisprudência citada no parágrafo 24.

39 O TJUE já precisou que “*não se pode excluir que um Estado Membro consiga garantir o cumprimento das suas obrigações resultantes do TFUE, celebrando uma convenção destinada a evitar a dupla tributação com outro EstadoMembro ou um Estado terceiro*” (conforme parágrafo 34 do Acórdão do TJUE de 21 de janeiro de 2020, processo C-613/18).

40 A título de exemplo, do artigo 23.º, n.º 5, da Convenção para evitar a dupla tributação celebrada entre Portugal e a Região Administrativa Especial de Hong Kong estabelece que empresas portuguesas detidas por uma entidade residente em Hong Kong (que é, para estes efeitos, uma jurisdição offshore) “*não ficarão sujeitas [em Portugal] a nenhuma tributação, ou obrigação com ela conexa, diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitas empresas*” detidas por entidades residentes. Assim e porque à luz do direito interno, uma sociedade anónima portuguesa detida na íntegra por entidades portuguesas caso adquira um imóvel seja tributada a uma taxa de IMT de 6,5% (tratando-se por exemplo de um edifício de escritórios) e a 10% se afinal for detida por uma empresa de Hong Kong, a referida cláusula convencional impede, em nossa opinião, a aplicação da taxa agravada de 10%, nestas situações.

Portugal

## ORIENTAÇÕES DA CMVM SOBRE A AVALIAÇÃO DA ADEQUAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES REGULADAS E DE TITULARES DE PARTICIPAÇÕES QUALIFICADAS

Luísa Soares Mendes e Miguel Stokes

*Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Lisboa)*

### **Orientações da CMVM sobre a avaliação da adequação para o exercício de funções reguladas e de titulares de participações qualificadas**

*A CMVM publicou um conjunto de orientações que visam harmonizar e densificar os parâmetros que devem ser considerados no contexto dos procedimentos de avaliação da adequação para o exercício de funções reguladas e titularidade de participações qualificadas num conjunto de entidades sujeitas à supervisão prudencial da CMVM. As orientações dividem-se em duas secções, uma secção com análise e descrição dos parâmetros aplicáveis à avaliação da adequação, e uma segunda secção relativa ao procedimento de avaliação de adequação e à intervenção da CMVM no mesmo.*

#### **PALAVRAS CHAVE:**

ADEQUAÇÃO, FUNÇÕES REGULADAS, PARTICIPAÇÕES QUALIFICADAS, SUPERVISÃO.

## Guidelines for the assessment of the suitability for the performance of regulated duties and holders of qualifying holdings

*The CMVM has published a set of guidelines that aim to harmonize and densify the parameters that must be considered in the context of the procedures for assessing suitability for exercising regulated functions and holding qualified shares in certain entities subject to the prudential supervision of the CMVM. The guidelines are divided into two sections, a section with an analysis and description of the parameters applicable to the suitability assessment, and a second section concerning the suitability assessment procedure and the intervention of the CMVM therein.*

### KEYWORDS:

SUITABILITY, REGULATED DUTIES, QUALIFYING HOLDINGS, SUPERVISION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 27-11-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-12-2020

Soares Mendes, Luísa; Stokes, Miguel (2020). Orientações da CMVM sobre a avaliação da adequação para o exercício de funções reguladas e de titulares de participações qualificadas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 222-231 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Enquadramento

Foram publicadas no passado dia 9 de setembro de 2020 as Orientações da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) sobre a Avaliação da Adequação para o Exercício de Funções Reguladas e de Titulares de Participações Qualificadas (Orientações), que refletem o conjunto de princípios em matéria de supervisão prudencial de instituições financeiras que tem vindo a ser implementado ao longo da última década, em particular, na sequência da crise financeira que surgiu em 2007/2008 e que resultou, designadamente, numa crise de confiança nos mercados financeiros.

Através das Orientações, a CMVM pretende assegurar o rigor na avaliação da adequação para o exercício de funções reguladas (*maxime*, órgãos de administração e supervisão) e de titulares de participações qualificadas de um conjunto de entidades sujeitas à supervisão prudencial da CMVM, a saber: (i) sociedades gestoras de organismos de investimento coletivo; (ii) sociedades de investimento coletivo autogeridas; (iii) sociedades gestoras de fundos de capital de risco; (iv) sociedades de investimento em capital de risco autogeridas; (v) sociedades de capital de risco; (vi) investidores em capital de risco; (vii) gestores de fundos de capital de risco qualificados; (viii) sociedades de empreendedorismo social, (ix) gestores de fundos de empreendedorismo social qualificados; (x) sociedades de investimento alternativo especializado autogeridas; (xi) fundos de investimento de longo-prazo da União Europeia com designação "ELTIF" autogeridos; (xii) sociedades gestoras de fundos de titularização de créditos; (xiii) sociedades de titularização de créditos; (xiv) entidades gestoras de plataformas de financiamento colaborativo; (xv) consultores para investimento autónomos; e (xvi) auditores; com o objetivo de promoverem um elevado padrão ético de comportamento dos participantes no sistema financeiro.

Simultaneamente, pretende a CMVM dar transparência às regras e princípios gerais que pautam a respetiva atuação neste domínio, considerando as finalidades que subjazem à avaliação pruden-



cial da adequação dos titulares de participações qualificadas e de funções reguladas da entidade supervisionada, a saber:

- i. Preservar a estabilidade do sistema financeiro e do regular funcionamento do mercado e prevenir riscos sistêmicos;
- ii. Salvar os legítimos interesses e preservar a confiança dos investidores, clientes e demais agentes do sistema financeiro;
- iii. Promover a gestão sã e prudente das entidades supervisionadas; e
- iv. Remover ou mitigar os riscos decorrentes da não adequação do avaliado.
- v. As Orientações têm o propósito de densificar e harmonizar aqueles que são os critérios definidores de capacidade de exercício de uma função regulada, devendo ser consideradas em conjunto com os demais critérios previstos na legislação aplicável.

## 2. Orientações

---

### 2.1. Exercício de Funções Reguladas

A CMVM define a adequação para o exercício de funções reguladas como a aptidão para assegurar, em permanência, o conjunto de requisitos de adequação previstos no quadro regulatório específico das entidades supervisionadas. De acordo com a CMVM a adequação pressupõe o preenchimento dos requisitos de *(i)* idoneidade; *(ii)* experiência, *(iii)* disponibilidade e *(iv)* independência.

#### 2.1.1. IDONEIDADE

Em primeiro lugar, a CMVM define o requisito da idoneidade como a aptidão do avaliado para o exercício de uma determinada função regulada, tendo em consideração a sua personalidade, características comportamentais, modo de atuação e situação pessoal, profissional e financeira. As Orientações da CMVM indicam os seguintes parâmetros para comprovar a idoneidade do avaliado:

- i. Reputação, credibilidade e confiabilidade (a avaliação social do avaliado);
- ii. Integridade e honestidade (*i.e.*, o avaliado ter uma conduta reta, ética, honrada e moralmente correta, conforme os valores e convicções próprias, bem como os princípios éticos do respetivo setor);
- iii. Liberdade de pensamento, que permita ter capacidade de questionar e contestar propostas ou decisões com as quais tenha objeções;
- iv. Diligência, prudência e profissionalismo;

- v. Cumprimento pontual e integral de deveres e obrigações;
- vi. Capacidade de promoção de uma gestão sã e prudente do património próprio e das entidades por si detidas ou geridas; e
- vii. Prossecução e salvaguarda dos legítimos interesses dos investidores, clientes e demais credores, bem como da entidade supervisionada.

Para concretizar os parâmetros acima referidos, a CMVM considera ainda os factos ou indícios relacionados com os seguintes contextos:

- i. Crimes ou contraordenações que, em especial, se mostrem suficientes para uma abertura de ação de investigação, inquérito, pronúncia, acusação, aplicação de sanções penais ou contraordenacionais;
- ii. Elementos regulatórios que, em especial, se mostrem suficientes para fundamentar uma recusa, revogação, cancelamento ou suspensão de registo, autorização ou licença para exercer ou participar numa atividade comercial, empresarial ou profissional, regulada por uma autoridade de supervisão ou organismo com funções análogas, ou ainda a aplicação de medidas de supervisão relevantes;
- iii. Relacionados com quaisquer autoridades de supervisão, policiais, judiciais, tributárias, nacionais ou estrangeiras e que evidenciem uma atuação não transparente ou não cooperante;
- iv. Disciplinares, deontológicos ou profissionais que, em especial, se mostrem suficientes para fundamentar a cessação unilateral de vínculos laborais ou profissionais, destituição de cargos, proibição ou suspensão de ocupar cargos ou desempenhar funções em empresas ou a aplicação de sanções disciplinares, deontológicas ou de conduta profissional;
- v. Patrimoniais que, em especial, se mostrem suficientes para prejudicar substancialmente a situação financeira de pessoas ou entidades (quer seja do próprio avaliado ou duma entidade em que já tenha exercido cargos ou detido participações); e
- vi. Reputacionais que, em especial, se mostrem suficientes para fundamentar a cessação de contratos, a propositura de ações judiciais ou a apresentação de reclamações, bem como decisões judiciais ou administrativas efetivamente adotadas.

Estes factos e indícios podem ainda ser valorados pela sua gravidade, frequência ou quaisquer outras circunstâncias, considerando como fatores agravantes os factos ou indícios serem:

- i. Relacionados com o sistema financeiro, com relações ou posições de confiança, com o exercício de funções públicas, relações de clientela ou com o tipo de atividade a desempenhar pelo avaliado; e
- ii. Repetidos ou reiterados, bem como a sua reincidência;

Como fatores agravantes ou atenuantes, consoante o caso, a CMVM considera ainda a antiguidade dos factos ou indícios, a sua natureza e contexto, o grau de contribuição do avaliado e a respetiva conduta posterior e a possível assunção e correção voluntária do erro.

A avaliação da idoneidade é sempre binária, irrestrita e individual.

### 2.1.2. EXPERIÊNCIA

Em segundo lugar, a CMVM define o requisito da experiência como a aptidão do avaliado para o exercício de determinada função regulada, revelada pelo seu percurso académico, formativo e profissional, incluindo assim tanto a experiência profissional e prática como a experiência técnica. São seguidos os seguintes parâmetros na avaliação do requisito da experiência:

- i. Conhecimento aprofundado, sólido e atualizado sobre o cargo a exercer, as suas funções e responsabilidades;
- ii. Conhecimento das regras e princípios aplicáveis ao exercício do cargo;
- iii. Capacidade e autonomia técnica;
- iv. Conhecimento suficiente sobre o modelo de negócio, principais atividades e riscos da entidade supervisionada; e
- v. Conhecimento suficiente nas áreas em que o avaliado é coletivamente responsável ou exerce funções de fiscalização.

Relativamente ao percurso profissional do avaliado — critério de experiência prática —, a CMVM refere que são considerados, em especial e por referência aos últimos dez anos, os seguintes aspetos:

- i. Funções e cargos exercidos, a relação destes com o cargo a exercer, os níveis de responsabilidade assumidos e a duração e tempo dedicado aos mesmos (bem como o tempo decorrido desde o último exercício de uma função relevante);
- ii. Inscrição em ordens profissionais ou similares;
- iii. Exercício de cargos ou funções de direção, chefia ou coordenação de equipas e número de colaboradores afetos;
- iv. Natureza, escala e complexidade das entidades em que exerce ou exerceu funções; e
- v. Relevância efetiva da experiência adquirida com o desempenho desses cargos.

Relativamente ao percurso académico do avaliado — a experiência teórica —, a CMVM refere que são considerados, em especial, os seguintes aspetos, e a relação dos mesmos com o cargo a exercer:

- i. Nível e perfil das habilitações académicas;
- ii. Frequência e conclusão de cursos, programas ou formações, bem como a sua duração; e
- iii. Conhecimento teórico e prático adquirido durante o percurso académico.

A avaliação da experiência é gradativa e limitada porque, por um lado, deve ser proporcional às responsabilidades, natureza, escala, complexidade e riscos assumidos pelo avaliado na função regulada a desempenhar e, por outro lado, poderá admitir-se, nomeadamente com a emissão de recomendações por parte da CMVM, a frequência de cursos ou formações para colmatar eventuais lacunas e mitigar os riscos subjacentes a estas.

Por último, importa notar que a CMVM considera relevante o nível de experiência coletivo, pelo que o órgão em causa deverá dispor de experiência coletiva adequada às respetivas responsabilidades e atribuições, prevenindo-se a tomada de decisões com lacunas de experiência, sem prejuízo de cada membro dever possuir um nível mínimo de conhecimento de todas as áreas pelas quais o órgão que integra é responsável.

### 2.1.3. DISPONIBILIDADE

Em terceiro lugar, a CMVM define o requisito da disponibilidade como a aptidão do avaliado revelada pelo tempo que irá dedicar ao exercício da função a exercer. Neste sentido e em linha com o critério utilizado para os demais requisitos, a CMVM estabelece como parâmetros para avaliação da disponibilidade a capacidade efetiva para consagrar o tempo necessário para exercer as funções em condições normais, bem como para consagrar tempo adicional exigível para o exercício do cargo quando exista um acréscimo de atividade.

Para este efeito, a CMVM considera, em especial, as seguintes situações:

- i. Número de cargos em entidades financeiras ou não financeiras exercidos em simultâneo pelo avaliado, incluindo o exercício de cargo de administrador efetivo ou suplente;
- ii. Cargos exercidos em organizações que não prosseguem objetivos predominantemente comerciais;
- iii. Residência do avaliado e o local a partir do qual o cargo ou atividade são exercidos; e
- iv. Necessidade de frequência em ações de formação, no início ou durante o exercício de funções.

A avaliação da disponibilidade é gradativa e limitada. Por um lado, deve ser proporcional às responsabilidades, natureza, escala, complexidade e riscos assumidos pelo avaliado na função

regulada a desempenhar e, por outro lado, poderá admitir-se, através de um juízo de adequação condicionado ou da emissão de recomendações, que o avaliado dedique mais tempo ao cargo ou até que reduza o número de cargos ocupados, mitigando qualquer deficiência de disponibilidade.

Por último, a avaliação da disponibilidade é feita a nível coletivo do órgão em causa.

#### 2.1.4. INDEPENDÊNCIA

Finalmente, o quarto e o último requisito é a independência, definida pela CMVM como a aptidão do avaliado para o exercício de uma função regulada, revelada através dos seus interesses, relações e ligações pessoais, profissionais, de natureza económica e política, atuais e passadas. São observados os seguintes parâmetros de avaliação do requisito da independência:

- i. Inexistência de conflito, efetivo ou potencial, relevante entre os interesses do avaliado e dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização da entidade supervisionada ou de entidade pertencente ao mesmo grupo, bem como as pessoas que dirigem efetivamente essas entidades ou detenham participações qualificadas na entidade supervisionada ou numa entidade do grupo, bem como de outros interesses a que o avaliado deva dar prevalência no exercício da função regulada;
- ii. Inexistência de conexão a grupos de interesses específicos na entidade supervisionada;
- iii. Inexistência de relações ou ligações, pessoais ou profissionais, suscetíveis de influenciar a capacidade do avaliado de formular juízos objetivos e equilibrados ou de reduzir a sua capacidade de tomar decisões de forma autónoma e isenta; e
- iv. Inexistência de benefícios ou de outras circunstâncias, suscetíveis de influenciar a capacidade do avaliado de formular juízos objetivos e equilibrados ou de reduzir a sua capacidade de tomar decisões de forma autónoma e isenta.

Para efeitos de avaliação da independência, a CMVM considera, em especial e relativamente aos últimos cinco anos (quando não exista outra periodicidade definida no quadro regulatório), os seguintes aspetos:

- i. Funções ou cargos, empresariais ou não, exercidos pelo avaliado;
- ii. Relações de parentesco ou análogas entre, por um lado, o avaliado e/ou parentes ou afins até ao terceiro grau e pessoas dependentes ou pessoas que integram permanentemente o mesmo agregado familiar e, por outro lado, os membros dos órgãos de administração e de fiscalização da entidade supervisionada ou de entidade pertencente ao mesmo grupo, bem como as pessoas que dirijam efetivamente essas entidades ou nelas detenham participações qualificadas;
- iii. Relações pessoais, profissionais, de natureza económica e política entre o avaliado, a entidade supervisionada e outras pessoas relevantes; e

- iv. Outras relações profissionais ou de natureza económica entre o avaliado e terceiros suscetíveis de criar um conflito de interesses prejudicial ao exercício das funções reguladas.

A avaliação da independência é sempre binária, limitada ou irrestrita consoante o quadro regulatório específico e individual.

## 2.2. Titulares de Participações Qualificadas

Relativamente aos titulares de uma participação qualificada, a CMVM visa confirmar a aptidão de um acionista de referência para promover a gestão sã e prudente da entidade participada. Para este efeito, a CMVM estabelece os seguintes parâmetros de avaliação da adequação dos titulares de participações qualificadas:

- i. Idoneidade, tal como definida no capítulo 2.1.1 e seguindo os critérios aí definidos;
- ii. Experiência na gestão e exercício de posições jurídicas inerentes às participações detidas noutras entidades, sejam ou não do setor financeiro, bem como experiência no exercício de funções ou cargos de direção em entidades do setor financeiro;
- iii. Solidez financeira, entendida como a capacidade do titular de participação qualificada para financiar a proposta de aquisição e de manter uma estrutura financeira sólida em relação a si e à entidade participada;
- iv. Capacidade de assegurar que a entidade participada cumprirá de forma continuada os requisitos prudenciais aplicáveis (designadamente através da disponibilidade para aportar fundos adicionais);
- v. Transparência completa quanto às fontes de financiamento da aquisição, aumento ou manutenção da participação qualificada, bem como quanto aos respetivos beneficiários efetivos;
- vi. Adequação de eventuais gestores a designar em resultado da aquisição ou aumento da participação qualificada;
- vii. Observância de requisitos procedimentais relativos à aquisição ou aumento de participações qualificadas, de acordo com o quadro regulatório aplicável.

A avaliação dos parâmetros referidos acima na primeira parte do parágrafo a), no parágrafo e) e no parágrafo f) é binária. A avaliação dos demais parâmetros é gradativa, sendo para o efeito considerados a influência do avaliado na entidade participada e o nível de risco de tal influência.

## 3. Procedimentos para a Avaliação da Adequação

---

### 3.1. Instrução do Procedimento e Manutenção dos Requisitos pelo Avaliado e Interessados na Avaliação

Através das Orientações, a CMVM vem sistematizar o procedimento de avaliação de idoneidade no exercício de funções reguladas e de titulares de participações qualificadas nas entidades objeto de supervisão prudencial da CMVM identificadas no capítulo 1, estabelecendo o seguinte:

- i. o avaliado realiza um exercício de autoavaliação, cabendo aos interessados na avaliação confirmá-la, efetuando a sua própria análise, rigorosa, crítica e exaustiva, quanto à observância pelo avaliado de todos os requisitos de adequação aplicáveis;
- ii. caso avaliado reúna os requisitos de adequação aplicáveis de acordo com o quadro regulatório aplicável, o correspondente questionário de avaliação da adequação deve ser preenchido e assinado pelo avaliado e, se for o caso, pelos interessados na avaliação e remetido à CMVM conjuntamente com os respetivos elementos instrutórios;
- iii. a CMVM pode notificar o avaliado e/ou os interessados na avaliação para, em prazo razoável, prestar os esclarecimentos suplementares que se revelem necessários para suprir as deficiências, insuficiências, contradições e/ou obscuridades informativas que sejam detetadas no questionário e/ou nos elementos instrutórios apresentados, de modo a permitir a conclusão da avaliação da adequação; e
- iv. acresce que o avaliado, no exercício de funções reguladas (excluindo-se, portanto, os titulares de participações qualificadas) e os interessados na avaliação devem comunicar à CMVM, no prazo de cinco dias úteis após o respetivo conhecimento, quaisquer factos supervenientes suscetíveis de modificar ou de afetar a observância dos requisitos de adequação, nomeadamente alterações relevantes à informação constante do questionário de avaliação de adequação e dos elementos instrutórios remetidos.

### 3.2. Avaliação da Adequação pela CMVM

O procedimento de avaliação da adequação efetuado pela CMVM obedece a princípios específicos de *(i)* precaução, *(ii)* proporcionalidade e *(iii)* autonomia:

- i. Precaução: O princípio da precaução visa assegurar que é efetuado um juízo de prognose quanto à cobertura ou minimização dos riscos potenciais ou efetivos decorrentes da não adequação.
- ii. Proporcionalidade: O princípio da proporcionalidade visa assegurar designadamente que, nas avaliações de adequação gradativas, a observância dos requisitos de adequação em causa têm em consideração a natureza, a escala, a complexidade e os riscos da função regulada a desempenhar, bem como das entidades supervisionadas e respetivas participadas.



- iii. Autonomia: O princípio da autonomia visa assegurar que é sempre efetuada uma avaliação casuística e atual, independentemente de outras decisões sobre o avaliado e, em particular, decisões anteriores de adequação.

A CMVM não emitirá um juízo favorável de adequação quando a convicção dos riscos de não-adequação seja superior à convicção de adequação, enunciando de forma objetiva e transparente os factos e/ou indícios desfavoráveis e demonstrando que tais factos e/ou indícios são suficientes para concluir pela não adequação à luz das finalidades da avaliação.

No contexto acima referido, sempre que a CMVM conclua que, no decurso do procedimento de avaliação da adequação, com elevado grau de probabilidade, irá formular um juízo negativo de adequação, comunica ao avaliado e aos interessados na avaliação o seu juízo provisório, indicando as razões que o fundamentam e concedendo um prazo para se pronunciarem, desistirem do procedimento, apresentarem elementos instrutórios adicionais ou efetuarem as alterações pertinentes.

Finalmente, consigna-se nas Orientações que, no contexto da prática de colaboração e troca de informações entre autoridades nacionais e internacionais para efeitos de avaliação de adequação, a CMVM promove, sempre que possível, a consulta de outras autoridades, nacionais ou estrangeiras, no sentido de recolher informações sobre o avaliado.

## 4. Conclusão

---

A publicação das Orientações pela CMVM tem o condão de esclarecer e densificar os parâmetros que serão considerados pela CMVM na avaliação de adequação para o exercício de funções regulatórias e titularidade de participações qualificadas no conjunto de entidades objeto de supervisão prudencial da CMVM identificadas no capítulo 1.

Tal esclarecimento e densificação são extremamente importantes para orientar os avaliados, bem como os interessados na avaliação, na preparação do respetivo questionário de avaliação e na disponibilização dos elementos instrutórios relevantes, reforçando a clareza acerca do acervo de informação necessário para que os elementos instrutórios sejam considerados completos e o procedimento de autorização regulatória relevante possa ser concluído dentro de um prazo razoável e sem necessidade de numerosos pedidos de esclarecimento por parte da CMVM. Promove-se assim a eficiência do procedimento regulatório de avaliação da adequação, que beneficia os avaliados, as entidades supervisionadas relevantes e a gestão de recursos da CMVM no exercício das respetivas atribuições de interesse público.

Portugal

## A SUSPENSÃO DOS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO EM PROCESSO PENAL E CONTRAORDENACIONAL POR EFEITO DA LEGISLAÇÃO COVID-19

Adriano Squillacce e Raquel Cardoso Nunes

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

### **A suspensão dos prazos de prescrição em processo penal e contraordenacional por efeito da legislação COVID-19**

*No contexto das diversas leis especiais “geradas” pela pandemia da COVID-19, a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, consagrou a suspensão dos prazos de prescrição durante o período em que a grande maioria dos atos e prazos processuais foram, igualmente, suspensos (em parte dos anos de 2020 e 2021). A aplicação da suspensão dos prazos de prescrição em processos criminais e contraordenacionais quanto a factos ocorridos antes da aprovação deste regime especial suscita a questão da inadmissibilidade deste regime legal face à Constituição da República Portuguesa, porque está em causa a aplicação retroativa da lei penal (e contraordenacional) em desfavor do arguido (pessoas singulares e coletivas), existindo já controvérsia nos Tribunais nesta matéria.*

#### **PALAVRAS-CHAVE:**

PRAZOS DE PRESCRIÇÃO, PRESCRIÇÃO, PROCESSO PENAL, COVID-19.

## The suspension of limitation periods in criminal and administrative proceedings due to the COVID-19 legislation

*In the context of the special laws enacted as a result of the COVID-19 health crisis, Law no. 1-A/2020, of 19 March established the suspension of limitation periods during the same period of time in which most of the procedural acts and deadlines were also suspended (during part of 2020 and part of 2021). The suspension of limitation periods for criminal and administrative offence proceedings for actions that were perpetrated before Law no. 1-A/2020, of 19 March was enacted, raises the question of whether this law breaches the Portuguese Constitution, in particular, the constitutional principle of non-retroactivity of criminal law and contentious administrative offences considered unfavourable for defendants and restrictive of their rights (natural and legal persons), which has raised controversy in recent case law.*

### KEYWORDS:

LIMITATION PERIODS, STATUTE OF LIMITATION, CRIMINAL PROCEEDINGS, COVID-19.

FECHA DE RECEPCIÓN: 27-11-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-12-2020

Squilacce, Adriano; Nunes, Raquel Cardoso (2020). A suspensão dos prazos de prescrição em processo penal e contraordenacional por efeito da legislação COVID-19. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 232-239 (ISSN: 1578-956X).

## 1. O problema

A pandemia provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e pela doença COVID-19 ditou o decretamento do estado de emergência em Portugal em 18 de março de 2020, através do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, tendo sido sucessivamente renovado ou novamente decretado quer em 2020, que já em 2021. Este novo cenário suscitou a necessidade de adequar o funcionamento do ordenamento jurídico português, incluindo os processos judiciais e contraordenacionais, às vicissitudes e constrangimentos decorrentes do estado de emergência.

Um dos primeiros instrumentos legais que foram publicados neste contexto foi a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, entretanto alterada por nove vezes. Esta lei consagrou a vigência de uma situação excecional de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por SARS-CoV-2 e, entre outras medidas, estabeleceu que, durante a vigência dessa situação excecional, considerar-se-iam suspensos os prazos de prescrição e de caducidade relativos a todos os tipos de processos e procedimentos (cfr. artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, da redação original, e artigo 6.º-B, n.ºs 3 e 4 da redação atual, introduzida pela Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro). O facto de, tanto a redação original da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, como a redação atual introduzida pela Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro, estabelecerem que a suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade «*prevalece sobre quaisquer regimes que estabeleçam prazos máximos imperativos de prescrição ou caducidade, sendo os mesmos alargados pelo período de tempo em que vigorar a situação excecional/aos quais acresce o período de tempo em que vigorar a suspensão*» suscita o problema da (in)admissibilidade da aplicação retroativa da lei penal e contraordenacional em sentido desfavorável aos arguidos, sejam estas pessoas singulares ou coletivas (incluindo empresas ou outras entidades).

É que quando aplicadas ao processo penal ou contraordenacional, as normas que determinam a suspensão dos prazos prescricionais são suscetíveis de agravar a posição do arguido e de, dessa forma, colidirem com outros princípios constitucionais, como a não aplicação retroativa da lei penal ou a tutela da confiança (cfr. artigo 29.º, n.º 1, e artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa - “CRP”). É, por exemplo, o caso do arguido que enfrenta um processo crime ou um processo de contraordenação instaurado com base em factos que tenham sido praticados (por ação ou omissão) em momento anterior ao início do período de suspensão da prescrição. Isto porque, se nos guiarmos exclusivamente pela letra da referida lei que prevê a suspensão dos prazos de prescrição — primeiro, desde 9 de março de 2020 até 2 de junho de 2020, e, depois, entre 22 de janeiro e 6 de abril de 2021, por força dos artigos 6.º-A, 7.º, 10.º e 11.º da Lei n.º 16/2020, de 29 de maio, e do artigo 6.º da Lei n.º 13-B/2021, de 5 de abril —, os prazos prescricionais serão, na prática, aumentados, por força desta suspensão.

Perante este agravamento da posição do arguido, logo após a aprovação deste regime especial em março de 2020, as posições que foram sendo tomadas em Portugal defendem, consistentemente, a necessidade de conformar e conciliar o regime da suspensão da prescrição previsto na Lei n.º 1-A/2020 com os princípios constitucionais da não aplicação retroativa da lei penal ou contraordenacional e da tutela da confiança (cfr. José Joaquim Fernandes Oliveira Martins, Juiz de Direito, em *“A Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março - uma primeira leitura e notas práticas”* e em *“Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, e a terceira vaga da pandemia COVID-19”*, in *Julgar online*, março de 2020 e fevereiro de 2021, respetivamente, página 7 e página 8).

Aliás, a necessidade de conformação constitucional da suspensão da prescrição prevista na Lei n.º 1A/2020 assume tanta evidência que a sua não aplicação retroativa a factos passados foi, desde logo, reconhecida tanto por Magistrados do Ministério Público (cfr. Rui Cardoso e Valter Baptista, in «Estado de Emergência — COVID-19 — Implicações na Justiça - Jurisdição Penal e Processual Penal», Centro de Estudos Judiciários, abril de 2020, páginas 533 a 536 e, ainda, entrevista do Procurador da República Rosário Teixeira à revista “Visão”, de 9 de abril de 2020, em que então se alterou para haver prazos de prescrição a correr em processos-crime), como pelos Tribunais Superiores, como é o caso do Tribunal da Relação de Lisboa, que manifestou a sua posição através de dois Acórdãos proferidos em julho de 2020, nos quais foi negada a aplicação retroativa da suspensão da prescrição prevista no regime especial da COVID-19 a factos ocorridos antes da produção de efeitos da Lei n.º 1-A/2020 (cfr. Acórdãos de 21 de julho de 2020, processo n.º 76/15.6SRLSB.L1-5, e de 24 de julho de 2020, processo n.º 128/16.5SXLSB.L1-5). Esta posição foi entretanto adotada também pelo Tribunal da Relação de Guimarães, em Acórdão de 25 de janeiro de 2021 (cfr. processo n.º 179/15.9FAF.G2, igualmente disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

No entanto, com o passar do tempo, têm vindo a ser conhecidas novas decisões jurisprudenciais que apontam em sentido contrário ao que era (e, quanto a nós, ainda é) evidente, defendendo, agora, a aplicação retroativa da suspensão dos prazos prescricionais ditada pela Lei n.º 1-A/2020 ao processo penal e contraordenacional. É, por exemplo, o caso do acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 4 de dezembro de 2020, no processo contraordenacional n.º 164/19.0YUSTR.L1. Esta decisão veio defender a aplicação da suspensão dos prazos prescricionais (e, consequentemente, o seu alargamento no tempo) aos processos contraordenacionais e, bem assim, aos factos anteriores à Lei n.º 1-A/2020. O entendimento subjacente a esta decisão

é o de que a retroatividade da lei que define novos prazos prescricionais em processo penal ou contraordenacional seria admissível, porque a tutela da confiança dos arguidos não abrangeria a identificação exata de todas as causas de prescrição dos procedimentos.

Não raras vezes, estas ideias aparecem associadas ao entendimento de que a vigência da Lei n.º 1-A/2020 e as medidas que aí foram consagradas (incluindo a suspensão da prescrição) encontrariam respaldo constitucional na declaração de estado de emergência de 18 de março de 2020 (cfr. artigo 19.º da CRP), o que as tornaria admissíveis, na linha do que foi entendido pelo Tribunal Constitucional italiano (a decisão e o respetivo comunicado de imprensa estão disponíveis em [https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param\\_ecli=ECLI:IT:COST:2020:278](https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2020:278)). No entanto, como referido mais adiante, também é fundamental recordar que o artigo 19.º, n.º 6, da CRP prevê que «a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afetar (...) a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos (...)».

Neste texto, procuraremos contribuir para a resolução do problema através da análise dos argumentos em confronto e daquela que consideramos ser a única conciliação possível dos vários princípios legais e constitucionais em discussão. Neste contexto, faremos diversas referências às garantias do arguido em processo contraordenacional e aos princípios constitucionais vigentes no processo contraordenacional. Por simplificação linguística, referimo-nos sempre às garantias de defesa previstas no artigo 32.º, n.º 10, da CRP, que remete para as garantias de defesa em processo penal (e, por isso e em particular, para o artigo 29.º da CRP).

## 2. A sucessão de leis penais ou contraordenacionais, o princípio da lei mais favorável ao arguido e prazos de prescrição

---

A regra em Direito Penal e Contraordenacional é a de que o critério para a determinação da lei aplicável é o momento da prática do facto (cfr. artigo 2.º, n.º 1, do Código Penal, e artigo 3.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações): ao agente que pratica um determinado facto punível numa certa data, é aplicável o regime jurídico substantivo vigente nesta mesma data, ainda que a lei substantiva venha a ser alterada no futuro em sentido desfavorável ao arguido.

Contudo, esta regra conhece certas limitações e, em particular, encontra-se limitada pelo princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido, previsto no artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal, e no artigo 3.º, n.º 2, do Regime Geral das Contraordenações: ao agente que praticou um facto num determinado momento, mas que é julgado num momento em que o regime jurídico-penal ou contraordenacional vigente lhe seja mais favorável, aplica-se a lei nova (cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *in Comentário do Código Penal à luz da CRP e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição, 2011, página 95).

É verdade que o princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido também conhece as suas limitações. E, em particular, este princípio está limitado pelo regime das leis temporárias e pelo

disposto no artigo 2.º, n.º 3, do Código Penal: «quando a lei valer para um determinado período de tempo, continua a ser punível o facto praticado durante esse período.» (no mesmo sentido, artigo 3.º, n.º 3, do Regime Geral das Contraordenações). Nestes casos, ainda que a lei nova seja mais favorável ao agente, continuar-se-á a aplicar a lei temporária vigente no momento da prática do facto. Mas também é verdade que, no caso das leis temporárias, o agente sabe que esta lei existe quando pratica o facto.

Transpondo estes princípios e as suas limitações para o problema ora em crise, coloca-se a questão de saber se as normas sobre prazos prescricionais, não contendo em si qualquer incriminação ou definição da conduta censurável, estão também sujeitas às regras acabadas de apresentar.

Esta discussão poderia levar-nos ao debate sobre a natureza substantiva ou mista das normas sobre os prazos de prescrição (sobre uma e outra posição, cfr. Taipa de Carvalho, *in Sucessão de leis penais*, Coimbra Editora, 2.ª edição revista, página 291 e Germano Marques da Silva, *in Direito Penal Português*, volume I, Lisboa: Verbo Editora, página 272, respetivamente).

No entanto, independentemente da posição perfilhada, aos dias de hoje temos como clara a sujeição das normas sobre prazos prescricionais à regra geral do artigo 2.º, n.º 1, do Código Penal (e artigo 3.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações) e ao princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido (cfr. na doutrina, Paulo Pinto de Albuquerque, *in Comentário do Código Penal à luz da CRP e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ob. cit.*, página 95, Leal Henriques e Simas Santos e Maia Gonçalves, *in Código Penal Anotado*, volume I, 2.ª edição, 1997, página 71; na jurisprudência, cfr. o acórdão de 29 de maio de 2003 do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 03P1539, que recupera as conclusões que já resultavam do assento do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Fevereiro de 1989 — processo n.º 038546, *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 384, ano 1989, página 163 — e, a propósito da contumácia como causa de suspensão do processo penal, cfr. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2000, processo n.º 08P2868, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

O problema coloca-se então da seguinte forma: sendo os prazos prescricionais introduzidos pelo artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, da redação original da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março e pelo artigo 6.º-B, n.ºs 3 e 4 da Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro, mais desfavoráveis para o agente, mas sendo cada um destes diplomas uma lei temporária, não deveriam ainda assim prevalecer os novos prazos de prescrição mais longos?

A resposta é, quanto a nós, negativa. À semelhança do que já foi defendido para o processo penal nos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de julho de 2020 (processo n.º 76/15.6SRL-SB.L1-5) e de 24 de julho de 2020 (processo n.º 128/16.5SXLBS.L1-5), acima já referidos, e do que foi sufragado por Germano Marques da Silva («Ética e estética do processo penal em tempo de crise pandémica», *in Revista do Ministério Público*, número especial COVID-19: 2020, páginas 109 a 127), entendemos que a suspensão dos prazos prescricionais relativos aos processos penais e contraordenacionais que tenham por referência factos praticados (por ação ou omissão) em data anterior à vigência da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março e da Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro é violadora do princípio da não aplicação retroativa da lei penal e contraordenacional e, como tal, inadmissível do ponto de vista constitucional.

### 3. A não aplicação retroativa da lei penal ou contraordenacional e a tutela da confiança: a resposta ao problema

---

Um dos princípios constitucionais elementares em matéria criminal e contraordenacional é o princípio da não aplicação retroativa da lei penal (cfr. artigo 29.º, n.º 1, da CRP). Este princípio constitucional impede o legislador e o julgador de (i) qualificar e julgar como crimes ou contraordenações factos já praticados e que não constituíam crime ou contraordenação à data da sua prática e de (ii) aplicar penas, medidas de segurança, coimas ou sanções acessórias mais graves do que aquelas que estavam previstas na data em que os factos foram praticados. Como explicam Gomes Canotilho e Vital Moreira (*in CRP Anotada*, volume I, Coimbra Editora, página 495), «a razão de ser deste princípio básico da constituição penal tem a ver com a própria racionalidade e razoabilidade da censura penal, não fazendo nenhum sentido que alguém possa ser condenado por uma conduta que não era criminalmente relevante no momento da sua prática ou que seja condenado por uma pena mais grave do que a que estava prevista no momento da prática do crime».

O facto de a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, e de a Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro, corresponderem a leis temporárias não altera a circunstância de o alargamento de prazos prescricionais, que foi ditado por uma lei nova, não poder ser aplicado retroativamente. Isto porque o problema de fundo continua a ser um problema de sucessão de leis no tempo. Ora, estando em causa um problema de sucessão de leis no tempo, vigora o princípio da não aplicação retroativa da lei penal, em especial na vertente da não aplicação ao agente de um regime legal mais desfavorável do que aquele que vigorava ao tempo da prática do facto.

A circunstância de a Lei n.º 1-A/2020 (incluindo as suas sucessivas alterações, nomeadamente pela Lei n.º 4-B/2021) ser uma lei temporária significa apenas que, aos factos praticados durante a sua vigência, aplicar-se-ão as regras prescricionais aí definidas (cfr. artigo 2.º, n.º 3, do Código Penal e artigo 3.º, n.º 3, do Regime Geral das Contraordenações). Ou seja, quando estão em causa questões substantivas, mesmo a lei temporária vale, única e exclusivamente, para o futuro e não para o passado.

No que toca à aplicação da lei temporária aos factos praticados durante a sua vigência, a sua sobrevivência depois de findo o período em que vigorou assenta no facto de as leis temporárias não encontrarem a sua razão de ser numa mudança de paradigma punitivo. A este propósito, Figueiredo Dias explica que «a razão que justifica o afastamento da aplicação da lei mais favorável reside em que a modificação legal se operou em função não de uma alteração da conceção legislativa — esta é sempre a mesma —, mas unicamente de uma alteração das circunstâncias fácticas (pense-se nomeadamente em termos de direito penal económico) que deram base à lei. Não existem por isso aqui expectativas que mereçam ser tuteladas, enquanto, por outro lado, razões de prevenção geral positiva persistem.» (*in Direito Penal*, Parte Geral – Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, página 205).

Se as leis temporárias não dão corpo a uma mudança de paradigma punitivo, mas sim a questões de ordem pragmática, então não existe justificação para que se altere a punibilidade do agente



que praticou os factos ilícitos na vigência das novas circunstâncias fácticas, até porque o agente conhecia a punição prevista na lei temporária quando praticou o facto punível durante a vigência deste lei. Assim, o simples término dessas circunstâncias temporárias não deve alterar os prazos prescricionais a que o mesmo está sujeito e que conhecia desde o início.

No caso dos factos praticados durante a vigência da lei temporária, o restabelecimento dos prazos prescricionais não lhes será aplicável, enquanto lei mais favorável, porque o restabelecimento dos prazos prescricionais (neste caso, o final da suspensão após o estado de emergência) não traduz uma alteração da conceção do legislador quanto aos prazos prescricionais, mas é uma simples consequência do restabelecimento da ordem prática e da normalidade, que o agente sabia que não se verificava quando praticou o facto punível (neste caso, durante o estado de emergência). Trata-se, no fundo, de uma questão de tutela das expectativas jurídicas (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, página 495).

Em suma, o agente que pratica factos puníveis durante a lei temporária — que prevê a suspensão da prescrição — não merece a mesma tutela de expectativas jurídicas e de confiança que merece o agente que praticou os factos em data anterior à vigência da situação excecional de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por SARS-CoV-2.

Com efeito, no caso do agente que praticou factos puníveis antes do início do regime especial da suspensão da prescrição pela COVID-19, a suspensão da prescrição não pode ser justificada por maiores ou menores dificuldades de investigação ou realização de atos processuais, já que a proibição da aplicação retroativa da lei penal e contraordenacional existe e está justificada — única e exclusivamente — pela proteção do agente, em particular, pelo direito do arguido à segurança jurídica. Desta forma, a proibição da aplicação retroativa da lei penal e contraordenacional não está associada a razões ou problemas de saúde pública ou dificuldades de investigação e, por isto mesmo, estas razões não podem ser usadas para afastar a proibição de aplicação retroativa da lei substantiva em matéria penal e contraordenacional.

## 4. O estado de emergência e o artigo 19.º, n.º 6, da constituição da república portuguesa

---

Por fim, a circunstância de a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, e de a Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro, terem iniciado a sua vigência durante a situação de estado de emergência em nada altera o que se acabou de referir.

A título prévio, saliente-se que a suspensão dos prazos prescricionais e o decretamento do estado de emergência não foram causa-efeito um do outro. A Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, e a Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro, fazem depender a suspensão dos prazos prescricionais da situação excecional de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da SARS-CoV-2, e não do estado de emergência. E o facto é que, por referência à redação original da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, a situação excecional e a vigência deste diploma estenderam-se no tempo para além do estado de emergência e das suas sucessivas prorrogações (o estado de emergência terminou em 2 de maio de 2020 e a vigência da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, terminou em 3 de junho de 2020).



Sem prejuízo disto, o cerne da questão assenta em que, mesmo que a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, e a Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro, encontrem respaldo constitucional na situação de estado de emergência, a verdade é que, tal como já antecipado acima, o artigo 19.º, n.º 6, da CRP consagra o princípio da não retroatividade da lei penal como um direito intangível, que não pode ser afetado pela declaração de estado de emergência. O que, de resto, resultou expressamente também do artigo 5.º, n.º 1, do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março de 2020: *«Os efeitos da presente declaração não afetam, em caso algum, os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, à não retroatividade da lei criminal, à defesa dos arguidos e à liberdade de consciência e religião.»*

Assim, é a própria CRP que não autoriza que o estado de emergência possa ser usado como “via verde” para afastar a proibição da aplicação retroativa da lei penal (e contraordenacional), através do alargamento de prazos de prescrição quanto a factos praticados antes do estado de emergência. A circunstância de a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, e de a Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro, terem iniciado a sua vigência depois do decretamento da situação de estado de emergência não é apta a ditar a suspensão dos prazos prescricionais aos processos que têm por objeto factos praticados em momento anterior a cada um daquele diplomas.

Latinoamérica

## DELACIÓN COMPENSADA Y COACCIÓN

Gabriel Budnik Ojeda y Matías Palma Rodríguez

*Asociados de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Chile)*

### **Delación compensada y coacción**

*En enero de 2020 la Corte Suprema de Chile revocó el beneficio de delación compensada que la Fiscalía Nacional Económica había otorgado a un delator y que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tuvo por reconocido, al eximirlo de la multa asociada al ilícito infraccional. El presente trabajo se focaliza en la delación compensada, sus requisitos y las consecuencias del reciente fallo de la Corte Suprema de Chile para el futuro de la delación compensada. Dentro de estas consecuencias, se revisa particularmente si la revocación del beneficio podría aumentar la exposición del delator a acciones follow-on, afectando los incentivos para delatarse.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

DELACIÓN COMPENSADA, COACCIÓN, LIBRE COMPETENCIA, ACCIONES FOLLOW-ON.

### **Leniency and undue influence**

*In January 2020, the Chilean Supreme Court revoked the leniency benefit that the National Economic Prosecutor's Office granted to a leniency applicant and the Chilean Competition Court acknowledged, by exempting the applicant from the fine associated to the infraction. This article focuses on the leniency program, its requirements and the consequences of the recent ruling of the Chilean Supreme Court for the future of the leniency programs. Among these consequences, whether the revocation of the leniency benefit could increase the exposure of the leniency applicant to follow-on actions affecting the incentives to cooperate will be analyzed.*

#### **KEYWORDS:**

LENIENCY BENEFIT, COERCION, COMPETITION, FOLLOW-ON ACTIONS.

**FECHA DE RECEPCIÓN:** 27-11-2020

**FECHA DE ACEPTACIÓN:** 1-12-2020

Budnik Ojeda, Gabriel; Palma Rodríguez, Matías (2020). Delación compensada y coacción. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 240-245 (ISSN: 1578-956X).

La colusión es la infracción más dañina a la libre competencia, toda vez que tiene la aptitud objetiva de incrementar los precios, así como de reducir la oferta, variedad y calidad de los bienes y servicios en un mercado determinado. De este modo, la colusión afecta la eficiencia económica, perjudicando no solo a consumidores, sino también, a final de cuentas, a todo el sistema económico. Por ello, tanto en Chile como en muchas otras jurisdicciones, la colusión es el principal foco fiscalizador de las agencias de competencia, siendo caracterizada como *el mal supremo del derecho de la competencia* o el *cáncer de la economía de mercado*.

Para disuadir y perseguir potenciales ilícitos colusorios, la existencia de programas de clemencia o de delación compensada han probado ser herramientas eficaces. Desde su implementación, la delación compensada ha desbaratado cientos de carteles en el mundo entero. De hecho, si bien en Chile esta herramienta existe recién desde el 2009, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Unión Europea la implementaron hace ya varios años, en 1978 y en 1996, respectivamente.

La delación compensada desincentiva la formación y permanencia de carteles, alterando el análisis costo-beneficio que todo agente económico realiza al decidir formar parte de un acuerdo colusorio. Además, la delación compensada facilita a las agencias persecutoras de ilícitos anti-competitivos de prueba inédita, suficiente para fundar una acción por colusión ante los tribunales competentes.

Dado que la obtención de prueba que acredite la existencia de un acuerdo es sumamente difícil, herramientas como las facultades intrusivas y, especialmente, la delación compensada, han mostrado ser efectivas para su obtención. Lo anterior, en especial si consideramos que estos acuerdos, además de clandestinos, son altamente sofisticados (*v. gr.*, a través de algoritmos). Así las cosas, si se toma en consideración que, tal como ocurría en Chile antes de 2009, en ausencia de la delación compensada, es altamente complicada la persecución de carteles, bajo un análisis de política regulatoria, exculpar a un miembro del cartel, es mucho mejor que no sancionar a ninguno de los miembros.

En simple, la delación compensada consiste en un beneficio que se otorga a quien, habiendo intervenido en una conducta colusiva, aporte a la autoridad de competencia respectiva antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta, así como a la determinación de los responsables. Adicionalmente, en algunas jurisdicciones, como en Chile, se incluyen como requisitos copulativos que el postulante no hubiese (i) sido el originador del cartel ni (ii) ejercido coacción para que los otros agentes involucrados participaran del acuerdo.

En relación con el beneficio propiamente tal, en el caso de Chile, el primer aportante de dichos antecedentes obtendrá la exención de la disolución de la personalidad jurídica establecida, la multa establecida para ilícitos anticompetitivos y la responsabilidad penal. Por su parte, el segundo aportante de antecedentes (adicionales) de las características ya descritas, obtendrá la reducción de la multa establecida para ilícitos anticompetitivos, hasta un máximo de 50 % del valor a pagar, y la rebaja en un grado de la pena del delito de colusión. Es importante tener presente que en caso alguno este régimen de exenciones o rebajas podrá extenderse a la eventual indemnización de perjuicios derivadas del ilícito colusivo.

Los incentivos antes descritos han generado que, en Chile, desde la implementación de esta herramienta en 2009, existan diversas investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía Nacional Económica, y ya hay siete casos en que esta ha presentado requerimientos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre la base de antecedentes acompañados en el contexto de una delación compensada, a saber: (i) Tecumseh Do Brasil y Whirlpool; (ii) Pullman Bus, Ruta Vía Curacaví y Atevil; (iii) Enex, Asfaltos Chilenos, Química Latinoamericana y Dynal; (iv) Compañía Sudamericana de Vapores, Compañía Chilena de Navegación Interoceánica, Eukor Car Carriers Inc., MOL y NYK; (v) Biosano, Fresenius Kabi Chile y Sanderson; (vi) CMPC y SCA; y (vii) Biomar, Salmofood, Skretting y Ewos (actualmente en tramitación).

En conformidad a la normativa chilena de competencia, para acceder al beneficio de clemencia y que este no sea posteriormente disputado, un participante de un acuerdo colusorio debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; (ii) abstenerse de divulgar (salvo autorización expresa) la solicitud de estos beneficios hasta que se hubiese formulado el requerimiento o se ordene archivar los antecedentes de la solicitud; (iii) poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar la solicitud del beneficio; y (iv) no haber sido el organizador de la conducta ilícita y que, como tal, no hubiese coaccionado a los otros agentes para que participaran del acuerdo.

El cumplimiento del primer requisito (*i. e.*, aporte de antecedentes precisos, veraces y comprobables) queda a discreción de la Fiscalía Nacional Económica, por lo que es poco lo que se puede ahondar en este punto. La relevancia de los antecedentes dependerá, entre otros, de (i) si la Fiscalía Nacional Económica ya se encontraba investigando un presunto acuerdo colusorio o no; (ii) de si ya existe un primer delator; y (iii) de si dicha prueba es suficiente para acreditar la existencia del acuerdo colusorio. Al respecto, varias autoridades de competencia, incluyendo, por cierto, a la Fiscalía Nacional Económica, han publicado guías (*soft law*) en que explican qué es lo que esperan para dar por cumplido este requisito.

En cuanto al segundo y tercer requisito (*i. e.*, confidencialidad de la solicitud y término inmediato de la participación en el cartel), se hace presente que ambos importan circunstancias que dependen única y exclusivamente del actuar del delator y, si bien se ha sugerido que, con el objeto de obtener más evidencia, el delator no ponga término a la conducta, sino hasta la presentación de la acusación ante el tribunal competente, lo cierto es que en Chile aún no ha cambiado el escenario. Así las cosas, si la Fiscalía Nacional Económica estima que los antecedentes aportados permiten sustentar la acusación, mantener el beneficio dependerá exclusivamente del cumplimiento de estas dos circunstancias por parte del delator.

Ahora, es precisamente en el cuarto requisito, en específico, en lo que dice relación con coacción, donde mayores problemas interpretativos existe. De una simple lectura de los requisitos, la conclusión parece sencilla: *si yo fui el originador (entendido en un sentido amplio y multidimensional) de un cartel y ejercí coacción para que los otros participantes formaran parte de él, entonces no podré optar al beneficio de delación compensada. Pero ¿qué se entiende por coacción?*

Por un lado, siguiendo lo dispuesto en la Sentencia N.º 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Requerimiento de la FNE en contra de CMPC Tissue S.A. y SCA S.A.) en la que se sancionó una colusión en el mercado del papel *tissue*, consistente en la asignación de cuotas de participación de mercado y en fijación de precios de venta de estos productos entre los años 2000 y 2011, se ha entendido por coacción la aplicación o amenaza creíble e inminente de violencia física o psicológica irresistible. En tal sentido, se ha interpretado que la coacción que debe ejercer el originador (entendido en un sentido amplio y multidimensional) es aquella que de forma verosímil e imperiosa anula o vicia totalmente la voluntad del sujeto pasivo para adoptar un curso de acción distinto al exigido por el coaccionante (*i. e., vis absoluta*).

Por otro lado, siguiendo la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, en su sentencia de fecha 6 de enero de 2020, causa rol N.º 1531-2018 (recurso de reclamación respecto de la Sentencia N.º 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), el entendimiento de coacción como *vis absoluta* importaría la supresión de la voluntad de los coaccionados y, por ende, la imposibilidad de existencia de un acuerdo colusorio. Así las cosas, el máximo tribunal chileno adoptó otra postura, entendiendo coacción como *vis compulsiva*, y estableció las siguientes exigencias mínimas de la coacción: (i) injusta (*i. e.,* contraria a derecho), (ii) grave (*i. e.,* temor racional y fundado a verse expuesto a un mal significativo) y (iii) determinante (*i. e.,* suficiente para doblegar la voluntad de la víctima). Bajo esta noción, una amenaza económica contra una persona, consistente en obstaculizar o excluir del mercado a la víctima en caso de no cumplir el acuerdo (*v. gr.,* guerra de precios con el fin de buscar su liquidación), sería suficiente.

Ahora, ¿hasta qué punto una amenaza de guerra de precios o de competencia fuerte es suficiente para acreditar la coacción? Lo anterior, en especial si consideramos que (i) existe la posibilidad real de denunciar ante la Fiscalía Nacional Económica o demandar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cualquier práctica predatoria o exclusoria en general de la mano del abuso de posición dominante; y (ii) las guerras de precios son parte de los mecanismos de sanción propios de los carteles.

Las consecuencias de adoptar una u otra interpretación no es irrelevante, en especial en un derecho que incentiva la competencia en los mercados. Mientras que quienes sostienen que coacción ha de entenderse como *vis absoluta* critican una interpretación alternativa y de forma fatalista anticipan desincentivos a futuras delaciones, aquellos que se adhieren a la interpretación de la Corte Suprema anticipan que la disuasión se generará en la creación de los carteles, toda vez que los originadores sabrán que ya no podrán optar al *seguro* que importa delatarse y, por ende, a eximirse o reducir potenciales sanciones administrativas y penales.

Sea cual sea la postura que finalmente se adopte, lo cierto es que, de la mano del reciente fallo de la Corte Suprema de Chile, en el análisis costo-beneficio que se realice, el originador de un acuerdo colusorio tendrá menos razones para sugerir un acuerdo de tal tipo, mientras que, quien participe, pero no hubiese organizado un cartel, tendrá un incentivo adicional: el originador del cartel no se delatará (o al menos, no tomará con tranquilidad dicha decisión).

Al momento de adoptar una u otra postura, cabe preguntarse, además, si para el análisis costo-beneficio que realice un posible delator, la pérdida del beneficio de la delación compensada produciría algún efecto en futuras acciones de indemnización de perjuicios. Lo anterior ocurriría, por ejemplo, si, como consecuencia de la eventual revocación del beneficio, los particulares que buscan ejercer acciones de daños pudieran tener acceso a las declaraciones y antecedentes que fueron allegados al expediente de la Fiscalía Nacional Económica en el marco de un programa de clemencia. Evidentemente, un eventual delator puede sentirse menos atraído a cooperar si sabe que más tarde su beneficio podría ser revocado y, como consecuencia de ello, los documentos y declaraciones presentados voluntariamente en el marco de un procedimiento de clemencia podrían ser usados en su contra por aquellos que más tarde deseen entablar una acción por daños.

Sobre esta interrogante, sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre bajo la normativa europea a partir de la Directiva 2014/104/UE, se debe tener en cuenta que en Chile no existen reglas especiales sobre el nivel de acceso ni condiciones para la exhibición, preservación y uso de evidencia en el contexto de demandas civiles (*follow-on*) por daños anticompetitivos. Particularmente, no existe una regla especial, como aquella contenida en el artículo 6 de dicha directiva, que limite a los órganos jurisdiccionales al momento de ordenar la exhibición de cierta información proporcionada en el marco de un programa de clemencia.

En este sentido, y como ya se dijo, la delación compensada no otorga inmunidad frente a una eventual indemnización de perjuicios derivada del ilícito colusivo, y, más aún, tampoco ofrece un estándar de reserva o confidencialidad distinto al generalmente aplicable en materia de libre competencia. Es decir, la información que un delator proporciona a la Fiscalía Nacional Económica en el marco de un programa de clemencia será resguardada bajo confidencialidad durante la investigación pertinente, y, una vez que se presente el requerimiento por colusión ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la información será decretada bajo confidencialidad, por dicho tribunal, solamente si su divulgación afecta el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, lo que deberá ser solicitado, a través de petición fundada, por la Fiscalía Nacional Económica al momento de acompañar los antecedentes o por los titulares de la información una vez que tengan acceso a ellos.

De este modo, una vez interpuesta una acción *follow-on* ante el mismo tribunal y una vez que la sentencia por el ilícito de colusión se encuentre firme, los particulares podrán solicitar que se ordene la exhibición de antecedentes que obren en poder de la Fiscalía Nacional Económica, con tal que tengan relación directa con la materia del juicio es decir, sean necesarios para acreditar el daño, la cuantía de los daños o la relación de causalidad entre el ilícito y el daño y no sean, desde luego, aquellas piezas cuya divulgación afectaría el desempeño competitivo de sus titulares.

Por lo anterior, dentro del análisis costo-beneficio que realice un eventual delator, la posibilidad de verse mayor o menormente expuesto al pago de indemnizaciones por daños no se ve afectada en caso de que el beneficio de exención inicialmente otorgado por la Fiscalía Nacional Económica sea posteriormente dejado sin efecto por haber existido coacción, sea cual sea la interpretación que se adopte.

Así las cosas, no caben dudas de que la delación compensada seguirá siendo utilizada y una herramienta fundamental para el desbaratamiento de los carteles. Probablemente, al amparo del golpe de certeza que tendrán los originadores de carteles, no serán ellos quienes necesariamente postularán al beneficio, pero como en todo acuerdo es necesario que existan dos o más competidores en el fin ilícito, la posibilidad de utilizar esta herramienta seguirá vigente y con igual o mayor vigor para los otros participantes. Lo anterior, en especial si se considera la reciente implementación de sanciones criminales de la mano del delito de colusión introducido en Chile mediante la Ley N.º 20.945 (2016), que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia.

Unión Europea

## LA EXCEPCIÓN AL DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN EL SUMINISTRO DE BIENES CONFECCIONADOS CONFORME A SUS ESPECIFICACIONES:

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA  
UNIÓN EUROPEA (SALA SEXTA), DE 21 DE OCTUBRE  
DE 2020, EN EL ASUNTO C529/19 (MÖBEL KRAFT  
GMBH & CO. KG Y ML)

Ana Ortega Redondo

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

**La excepción al desistimiento del consumidor en el suministro de bienes confeccionados conforme a sus especificaciones: La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala sexta), de 21 de octubre de 2020, en el asunto c529/19 (Möbel Kraft GmbH & co. KG y ML)**

*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que la excepción al derecho de desistimiento en contratos de suministro de bienes confeccionados según las especificaciones del consumidor es inherente al propio objeto de tal contrato, de modo que cabe oponer dicha excepción frente al consumidor con independencia de si el empresario ha comenzado la ejecución del contrato.*



**PALABRAS CLAVE:**

CONSUMIDOR, DESISTIMIENTO, EXCEPCIÓN, PRODUCTOS PERSONALIZADOS.

**Exceptions to the consumer's right of withdrawal for the supply of goods made to the consumer's specifications: Judgment of the Court of Justice of the European Union (Sixth Chamber) of 21 October 2020 in case C-529/19 (Möbel Kraft GmbH & Co. KG v. ML)**

*The Court of Justice of the European Union has held that the exception to the right of withdrawal from contracts for the supply of goods made to the consumer's specifications is inherent to the very subject matter of such contracts, and therefore this exception can be invoked against the consumer regardless of whether or not the seller has begun the performance of the contract.*

**KEYWORDS:**

CONSUMER, WITHDRAWAL, EXCEPTION, CUSTOMISED GOODS.

**FECHA DE RECEPCIÓN: 22-1-2021****FECHA DE ACEPTACIÓN: 24-1-2021**

Ortega Redondo, Ana (2020). La excepción al desistimiento del consumidor en el suministro de bienes confeccionados conforme a sus especificaciones: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), de 21 de octubre de 2020, en el asunto c 529/19 (Möbel Kraft GmbH & Co. KG y ML). *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 246-249 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción

---

El derecho de desistimiento se configura como una pieza fundamental en el régimen jurídico de protección del consumidor en los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil. Y ello por cuanto, ante la imposibilidad de comprobar la realidad de los bienes en el momento de la contratación, se permite que el consumidor lo examine —lo vea, toque, pruebe, etc.— y decida entonces si le interesa mantener el bien o, por el contrario, dejar sin efecto el contrato —sin necesidad de justificar el motivo y sin penalización alguna—.

No obstante, el derecho de desistimiento no es aplicable a todos los contratos sujetos a la norma, pues se han establecido determinadas excepciones. Es el caso, por ejemplo, de los contratos que se refieren al "*suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados*" (art. 103.c del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y, en términos similares, el art. 16.c de la Directiva 2011/83).

Tradicionalmente, se ha considerado que esta excepción respondía a la falta de comerciabilidad de los bienes confeccionados conforme a las especificaciones del cliente o personalizados según sus indicaciones. Por ello, se ha planteado qué grado de alteración era necesario para que resultase de aplicación esta excepción y si una modificación que se pudiese deshacer sin ningún coste relevante (p. ej., un mueble modular compuesto por distintas piezas seleccionadas por el consumidor) estaría también sujeta a esta excepción.

De esta forma, parecía que el criterio a tener en cuenta a la hora de valorar la inexistencia del derecho de desistimiento en estos contratos se limitaba a si la alteración era de tal relevancia que el empresario hubiera incurrido en un coste que no pudiese recuperar, para lo cual era necesario que el coste se hubiera devengado.

Esta tesis ha sido descartada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") (Sala Sexta) en su sentencia de 21 de octubre de 2020 dictada en el asunto C-529/19 (Möbel Kraft GmbH & Co. KG c. ML).

## 2. La sentencia del TJUE

---

### 2.1. El litigio en el que se plantea la cuestión prejudicial

Mediante su cuestión prejudicial, el tribunal remitente —esto es, el Amtsgericht Potsdam (Tribunal de lo Civil y Penal de Potsdam, Alemania)— pretende, esencialmente, que se dilucide si el artículo 16, letra c), de la Directiva 2011/83 debe interpretarse en el sentido de que cabe oponer la excepción al derecho de desistimiento prevista en dicha disposición frente al consumidor que ha celebrado un contrato fuera del establecimiento relativo a la venta de un bien que debe confeccionarse conforme a sus especificaciones, aun cuando el profesional no haya comenzado la producción de dicho bien y la adaptación en el domicilio del consumidor no la hayan realizado terceros, sino el propio vendedor, así como si es relevante que hubiera sido posible restablecer los bienes a su estado anterior a la individualización con un coste de desmontaje reducido, cercano al 5 % del valor de los bienes.

Esta cuestión se plantea en el contexto de la demanda presentada por Möbel Kraft GmbH & Co. KG ("Möbel Kraft") frente a ML (un consumidor). Ambas partes suscribieron un contrato de compraventa en virtud del cual ML adquiriría de Möbel Kraft una cocina. Möbel Kraft se comprometía a elaborar el mobiliario y a montarlo en la residencia de ML. El mobiliario sería ensamblado por un tercero siguiendo un esquema de taladrado en cadenas de producción digitales y habría sido montado *in situ*, en el domicilio de ML, por los empleados de Möbel Kraft.

ML desistió del contrato antes de que Möbel Kraft comenzase a elaborar el mobiliario. Sin embargo, Möbel Kraft continuó fabricándolo. En el momento de la entrega, ML se negó a aceptar la cocina. Dadas sus características, los elementos prefabricados podían desmontarse sin pérdida para el empresario, en la medida en que únicamente ciertas partes de la cocina (el panel antisalpicaduras, la encimera, los embellecedores y las piezas de ajuste) se habrían adaptado *in situ* y no se podrían volver a utilizar en otro lugar, por lo que habría sido posible restablecer el bien a su estado anterior a la individualización con un coste de desmontaje reducido, cercano al 5 % del valor de los bienes.

## 2.2. Razonamiento del tribunal

Como se ha adelantado, el TJUE concluye que el artículo 16, letra c), de la Directiva 2011/83/UE debe interpretarse en el sentido de que cabe oponer la excepción al derecho de desistimiento prevista en dicha disposición frente al consumidor que ha celebrado un contrato fuera del establecimiento relativo a la venta de un bien que debe confeccionarse conforme a sus especificaciones, independientemente de si el empresario ha comenzado la producción de dicho bien.

Y ello por cuanto dicha excepción es inherente al propio objeto de tal contrato, a saber, la producción de bienes elaborados conforme a las especificaciones del consumidor. De esta forma, cabe oponer dicha excepción frente a los consumidores desde el momento de la contratación, sin estar supeditada a que se produzca tal acontecimiento y con independencia de si el contrato se ejecuta o está ejecutando por el empresario.

El TJUE menciona dos circunstancias que justifican y refuerzan esta interpretación:

- i. A diferencia de lo que ocurre en relación con otras excepciones, como es el caso de las circunstancias previstas en las letras a), e), i) y m) del artículo 16 —que se refieren a la ejecución de tal contrato—, la excepción prevista en la letra c) no requiere que se produzca ningún acontecimiento posterior a la celebración del contrato fuera del establecimiento relativo al *“suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados”*.
- ii. Una situación en la que la existencia del derecho de desistimiento del consumidor estuviese supeditada al avance de la ejecución del contrato por parte del empresario no sería conciliable con la obligación de información precontractual prevista en el artículo 6.1, letras h) y k), de la Directiva e iría en contra de la seguridad jurídica, ya que, por regla general, el consumidor no está informado sobre dicho avance.

## 3. Conclusión

---

La sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2020 dictada en el asunto c-529/19 (Möbel Kraft GmbH & Co. KG y ML) establece que la excepción prevista en el artículo 16.c) de la Directiva 2011/83, a saber, la producción de bienes elaborados conforme a las especificaciones del consumidor, es inherente al propio objeto de tal contrato, de modo que cabe oponer desde el principio dicha excepción frente al consumidor que trate de hacer valer el desistimiento, sin que esté supeditada a si el empresario ha comenzado a ejecutar el contrato. De esta forma, se refuerza la seguridad jurídica y las expectativas legítimas del empresario de no verse afectado por el ejercicio del derecho del desistimiento como consecuencia de la comercialización de bienes elaborados conforme a las especificaciones del consumidor.

Internacional

## ENGLISH CONTRACT LAW FOR SPANISH LAWYERS GOOD FAITH IN ENGLISH LAW GOVERNED CONTRACTS

Alex Bircham, Gillian Cahill, 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 Dos – La buena fe en los contratos sujetos a ley inglesa**

*Presentamos el segundo 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 explora la notable ausencia de un principio general de buena fe bajo la ley inglesa de los contratos y el impacto de esta ausencia para la redacción e interpretación de los contratos sujetos a ley inglesa.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

BUENA FE, DERECHO INGLÉS.

### **English Contract Law for Spanish Lawyers – Article Two – Good faith in English law governed contracts**

*The second 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 explores the notable absence of any general doctrine of good faith under English contract law and the impact of this absence on the drafting and interpretation of contracts governed by English law.*

#### **KEYWORDS:**

GOOD FAITH, ENGLISH LAW.

FECHA DE RECEPCIÓN: 05-03-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-03-2021

Bircham, Alex; Cahill, Gillian; Wethered, Tom (2021). English Contract Law for Spanish Lawyers – Article Two – Good faith in English law governed contracts. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 250-259 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introduction

---

This is the second in a series of three articles relating to interpretation of contracts under English law. In this **second article** we cover the notable absence of any general doctrine of good faith under English contract law and the impact of this absence on the drafting and interpretation of contracts governed by English law.

Unlike the position in Spain and in many other civil law jurisdictions, there is no general doctrine or principle of good faith by reference to which the English Courts interpret the provisions of English law governed contracts. This means that when an English Court comes to look at how disputed contractual provisions should be interpreted, the Court cannot and will not consider these provisions against the backdrop that both parties are subject to an overriding general principle to act and conduct themselves in good faith.

In fact, the English Courts have consistently rejected any departure from the fundamental principle that no general implied doctrine of good faith exists in English law as a tool for interpretation of contracts, and instead have developed limited “*piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness*” (*Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433 at 439) via, for example, equitable doctrines, legislative solutions and the common law.

However, the parties to an agreement governed by English law may themselves agree an express term in their contract to act “in good faith”. Because “good faith” has no defined meaning, as it does in Spain, such an agreement then raises the question as to what, if any, is the precise content of that obligation and how, if at all, such an obligation may be enforced by the English Courts.

## 2. Express good faith obligations agreed by the parties to a contract

---

In the case of express good faith obligations agreed by the parties in a contract, the key questions will be whether, according to English Contract law and the usual rules of contractual interpretation, it is ascertainable what obligations the parties have undertaken to be performed in good faith and whether it can be verified whether a party has completed these obligations or not.

What this means in practice is that where the parties to a contract expressly provide for a duty to act in good faith, the Courts will give effect to the parties’ intentions in so far as it is possible to ascertain what acting in good faith means.

## 2.1. What might “good faith” mean in English law?

What good faith means in the limited circumstances in which it applies in an English law governed contract will depend on the context in which it is used - i.e., primarily on what the parties have agreed in the contract in question, and on the facts of the case. The starting position is that, at present, no firm conclusions may be drawn - the question remains pending a decision from the Supreme Court. That said, in recent years the lower English Courts have sought to explore what meaning may be ascribed to express duties of good faith agreed in English contracts, and have held, for example, that duties of good faith may:

- prevent one party from taking an action that frustrates the overall purpose of the agreement / other party’s reasonable expectations (*Berkeley Community Villages Ltd v Pullen* [2007] EWHC 1330);
- prohibit knowingly lulling the other party into a false belief (*Costain Ltd v Tarmac Holdings Ltd* [2017] EWHC 319);
- prohibit knowingly supplying untrue information on which the other party will rely (*Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111);
- prohibit improperly accessing the other party’s computer systems (*Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd* [2014] EWHC 2145);
- prohibit negotiating behind the other party’s back (*Al Nehayan v Kent* [2018] EWHC 333); and
- require the disclosure to the other party of all material facts (*Horn v Commercial Acceptances* [2011] EWHC 1757).

The English Courts have also held that a duty of “good faith” would not:

- i. override other contractual rights i.e., prevent a party from exercising a clear express contractual right to which it is entitled, or absolve the other party from its obligation to perform the same (*TSG Building Services Plc v South East Anglia Housing Ltd* [2013] EWHC 1151); or
- ii. require a party to give up its commercial interests - “[a] party subject to a good faith clause is not required to subordinate its own interests so long as the pursuit of those interests does not entail unreasonable interference in the enjoyment of a benefit conferred by express contractual terms so that such enjoyment is rendered worthless or nugatory” (*Overlook v Foxtel* [2002] NSWSC 17; *Qatari Díar* [2010] EWHC (Ch) 1535 [240]).

Readers should note that the above-mentioned cases turn individually on their facts and, pending Supreme Court guidance, must not be taken to be of general application - rather, they are case by case examples of how an English High Court might approach the content of an express contractual obligation to act in good faith. The conclusion here is that, pending a finding from the Supreme Court on this issue, any party wishing to include such provisions in their contract should draft with extreme caution or accept at the outset that their good faith obligation may be more presentation than a concrete, legally binding obligation between contracting parties.

## 2.2. Express good faith obligations in an English law contract

Thus, Spanish lawyers should remain wary; the mere fact that a good faith clause (or similar) exists in the contract does not mean that the English Courts will construe the clause as imposing upon the parties a general duty of good faith. This restrictive approach is demonstrated by the Court of Appeal's decision in the *Medirest* case ([2013] EWCA Civ 200 at [106] – [107]). In *Medirest*, the clause in question provided that the parties would “*co-operate with each other in good faith and will take all reasonable action as is necessary for the efficient transmission of information and instructions and to enable [one party] or, as the case may be, [the other party] to derive the full benefit of the Contract*”. The Court of Appeal refused to accept that the clause provided for a general duty to act in good faith, holding instead that the obligation was confined to the specific circumstances contemplated by the clause:

*“The [contractual] obligation to co-operate in good faith is not a general one which qualifies or reinforces all of the obligations on the parties in all situations where they interact. The obligation to cooperate in good faith is specifically focused upon the two purposes stated in the second half of that sentence.*

*Those purposes are:*

- i. *the efficient transmission of information and instructions; and*
- ii. *enabling the [parties] to derive the full benefit of the contract.”*

Accordingly, the Court of Appeal was in a position to ascertain whether or not those obligations had been fulfilled or breached and therefore whether or not the obligation had been complied with.

Thus, whether or not an express contractual term to undertake certain actions or obligations in good faith in an English law governed contract will be enforceable will depend entirely on whether or not a court can easily ascertain what precise obligations the parties had in mind to be covered by such an express clause. The approach of the English Courts towards such clauses will therefore be restrictive as opposed to expansive.

## 3. Existence of a duty to negotiate in good faith in English law?

---

Independent of the issue of an express term to act in good faith is the long-standing principle of English law that there is no general duty to conduct negotiations in good faith. The reason for this is that, without further contractual definition by the parties, it is extremely difficult for a Court or party to be able to ascertain and verify what “negotiating in good faith” actually means and, crucially, to ascertain whether a party has fulfilled or breached such an obligation. One party's good faith negotiation may be another's bad faith or unacceptable negotiating tactic.

Accordingly, the English courts have long held that no such general principle exists, and that such a duty will generally lack sufficient certainty to be enforceable, and is fundamentally incompatible with the English law principle that each party should be free to pursue its own commercial interests in negotiations. In *Walford v Miles*<sup>1</sup>, the House of Lords (the precursor to the English Supreme Court) explained that:

*"the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact, in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms. (...) A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies."*

Thus, a general contractual agreement to negotiate and agree in good faith will not be enforceable by the English Courts.

A further question then arises as to what amounts to a sufficiently certain "specific" duty to negotiate in good faith that could be enforceable. This issue was discussed in the case of *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA*<sup>2</sup>, where the Court of Appeal held that an express contractual provision to negotiate in good faith could be enforceable provided that it is (i) expressly set out in the agreement, (ii) part of a binding legal agreement, and (iii) drawn by reference to sufficiently concrete and certain parameters/criteria so as to be capable of being evaluated objectively by a third party, such as a Court being capable of evaluating the good faith obligation at a later stage.

In *Petromec*, the parties had agreed an express contractual provision obliging them to negotiate in good faith one of the party's "reasonable extra costs" in upgrading an oil platform. The Court of Appeal found that it was feasible to ascertain the reasonable costs of the upgrade and, consequently, the losses that would arise as a result of a failure to negotiate the upgrade in good faith. In the absence of the usual uncertainty as to the exact meaning and parameters as to what would constitute "good faith negotiations" and the consequences of not fulfilling the same, and given that the Court was able to evaluate objectively if such negotiations had occurred, the Court held it could enforce such an express clause.

The limits of the decision in *Petromec* have been considered and further defined in subsequent cases in lower English Courts, which have, on occasion, come to different conclusions as regards whether or not a *Petromec* type obligation could be enforceable. However, a definitive finding from the Supreme Court has yet to be handed down in this area. As such, the prevailing view remains that the *Petromec* decision does not represent an exception or even a shift away from the traditional English law position as set out in *Walford v Miles*. Rather, in so far as the *Petromec* test permitted the content of the obligation to negotiate in good faith to be fully verified, the two cases are entirely consistent.



## 4. Obligations of good faith implied by the English Courts

---

### 4.1. No general implied duty of good faith in English law

A further issue of recent significant debate is whether the English Courts can or would ever imply a specific duty to act in good faith into a contract in order to give effect to other implied duties of a fundamental nature (e.g., to act honestly). Given the English law restrictive position on express contractual provisions pertaining to good faith, it is to be expected that the Courts would be extremely reticent to potentially look beyond the terms of the parties' agreement and find a duty to act in a certain way that is not contained therein.

Whilst there has been one lower court case (*Yam Seng* [2013] EWHC 111 (QB)) that permitted such an implied finding of a duty of good faith<sup>3</sup> and which was initially followed by some lower courts, this case was received rather controversially and should not be viewed as breaking new ground in this area. Rather, the same and worse issues of uncertainty that plague an express obligation to negotiate in good faith are likely to be found in relation to any such implied terms, which are by their very implied nature more difficult to ascertain in terms of content. Indeed, such a position reflects the current status of English law as set out by *Medirest* where the Court of Appeal confirmed that:

*"...I start by reminding myself that there is no general doctrine of "good faith" in English contract law (...) If the parties wish to impose such a duty they must do so expressly."*<sup>4</sup>

*A fortiori*, there is therefore currently no accepted general implied duty of good faith in English law.

The Court of Appeal in the later case of *MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v Cottonex Anstalt*<sup>5</sup> also determined not to follow the *Yam Seng* approach and made strong pronouncements on the lack of a general organising principle of good faith in English law. In his Court of Appeal judgment, Moore-Bick LJ noted that the *"recognition of a general duty of good faith would be a significant step in the development of our law of contract with potentially far-reaching consequences"* and that, in his view, *"the better course is for the law to develop along established lines"* rather than to encourage judges to look for what he called *"some general organising principle"* drawn from cases of disparate kinds. He concluded that there is *"a real danger that if a general principle of good faith were established it would be invoked as often to undermine as to support the terms in which the parties have reached agreement"*.

*MSC Mediterranean Shipping Company* has therefore effectively curtailed the line of authority that began with the decision in *Yam Seng* and therefore reflects the current state of this issue in English law.

## 5. Statutory duties of good faith

---

In certain specific and limited contexts, duties of good faith may be imposed on the parties to a contract, or with respect to the interpretation of contractual terms, by English law statutes or by specific historic rules of caselaw. A full analysis of all such contexts is beyond the scope of this Article, but for reference important examples include:

- i. **commercial agency:** in an agency relationship regulated by the Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993, a commercial agent has an obligation to *"look after the interests of the principal and act dutifully and in good faith"*<sup>6</sup> (held to mean, in this context, *"fair and open dealing"*);
- ii. **employment:** every English law governed contract of employment contains an implied term that the employee will serve their employer with good faith and fidelity during their employment<sup>7</sup> - this duty has been developed by caselaw to include such matters as, for example, duties not to compete with the employer, not to solicit the employer's customers or employees, and certain duties of confidentiality. Similarly, caselaw has made it clear that an employer must exercise any discretion it has under an employment contract (for example, a decision regarding the award of a bonus or the grant of share options) honestly and in good faith;
- iii. **consumer contracts:** in a consumer contract regulated by the Consumer Rights Act 2015, terms will not be binding *vis-a-vis* the consumer if they are deemed to be *"unfair"*, defined as *"contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer"*<sup>8</sup>; and
- iv. **insurance:** insurance contracts governed by English law are based on the legal principle of *uberrimae fides*, imposing a duty to act *"in the utmost good faith"* on the parties thereto. The precise application of this duty will depend on the circumstances (in particular, whether the insured is a business or consumer), but generally relate to the insured party's duty to disclose material information and circumstances to the insurer so as to enable a fair assessment of risk, not present misleading information, etc.

## 6. Agreements to agree

---

As discussed in Section 3 above, an *"agreement to agree"*, including an agreement to negotiate *"in good faith"*, will normally be regarded by the English Courts as too vague to be legally effective and therefore unenforceable. The English Courts will not take upon themselves the role of working out, and then enforcing, what the parties might have agreed where that is not evidently clear from the terms of the contract.

For example, in an English law governed agreement an exclusivity undertaking given by one party to the contract will not be considered as an obligation to negotiate exclusively with the other party. Although the contract may say this, such a clause would, on its own, not be enforceable. Rather,

it would be considered as an obligation not to negotiate with any third party for a given period; based on English law principles, only a negative obligation not to negotiate with other parties would be enforceable.

## 7. Conclusion and practical advice

---

Whilst there has been some interesting lower Court case law developing in the area of good faith in English law, at present, Spanish lawyers should be extremely cautious about how they approach questions of good faith under English law contracts. Indeed, we expect that the fundamental issue of contractual uncertainty in ascertaining what such a good faith obligation can mean and how it can be enforced will remain an overarching concern for English courts in the coming years. Senior members of the English judiciary have reflected this position highlighting that “(...) *the problems of diminished certainty or the amount of time that might have to be spent in some cases in resolving disputes as to the application of the good faith clause*”<sup>9</sup> are fundamental concerns that cannot be easily resolved.

Therefore, despite much discussion in relation to the lower Court judgments exploring the issue, the fundamental principles remain that:

- i. the English Courts will not have regard to any general doctrine or principle of good faith in the interpretation of English law governed contracts; and
- ii. the imposition of express good faith obligations in English law governed contracts is possible, but subject to the restrictive approach and legal tests stipulated by relevant caselaw (most notably *Medirest* and *Petromec* as described above).

As to how the position may develop in the future, as noted we await a Supreme Court decision on the topic. In the meantime, the departure of the United Kingdom from the European Union will not have any immediate impact on the development of duties of good faith under English contract law; indeed, it may be that political separation and the accompanying desire to promote British sovereignty reduces the likelihood that the English common law will move closer to the civil law systems in this regard.

Considering the above, Spanish lawyers should note the following:

- i. **You cannot rely on good faith terms when drafting/negotiating English law contracts** as it has largely been rejected as a principle by English law, and is considered to be too uncertain.
- ii. **“Agreements to agree” between contracting parties are unenforceable** and should similarly not be relied upon. Unless drafted with sufficiently precise detail such that there is no doubt what the obligations entail and when the parties will have done enough to have discharged them, an “agreement to agree” will not be enforceable.

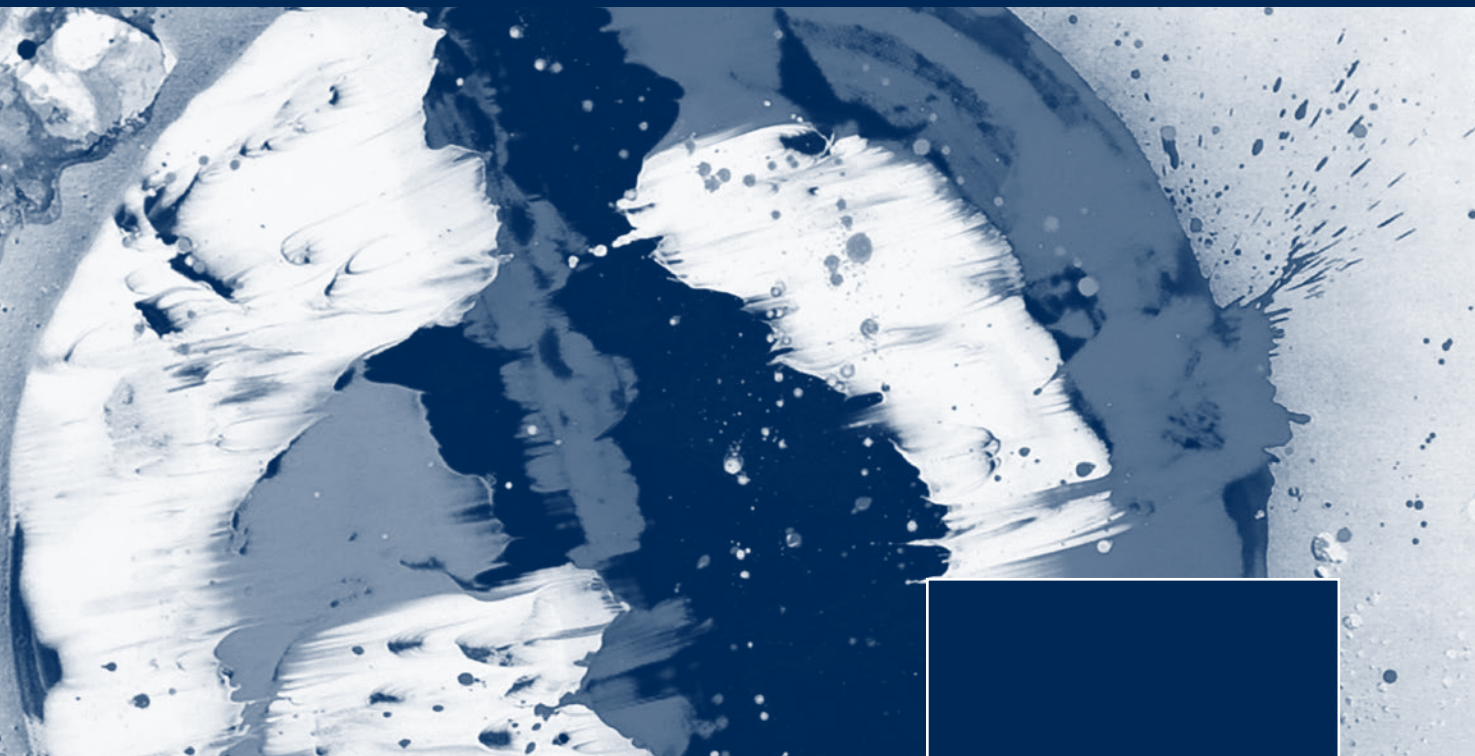
- iii. Notwithstanding the above, elements of good faith can sometimes be successfully incorporated into English law governed documents following the three step test set out in the *Petromec* case. However, care must be taken when drafting such provisions to ensure that the obligation in question is formulated to be an express obligation, within a binding legal agreement and which, crucially, references sufficiently concrete parameters/criteria to allow objective evaluation by a third party.

## Notas al final

---

- 1 [1992] 2 AC 128
- 2 [2005] EWCA Civ 891
- 3 In *Yam Seng*, Leggatt J. in the High Court held that a duty of good faith could be implied into a commercial contract
- 4 [2013] EWCA Civ 200 [105]
- 5 [2016] EWCA Civ 789
- 6 Regulation 3(1) of the Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993
- 7 *Faccenda Chicken Limited v Fowler* [1986] 3 WLR 288
- 8 Section 62(4) of the Consumer Rights Act 2015
- 9 "Coming to Terms with Good Faith" (Lecture at the Singapore Academy of Law, 26 April 2013) Lady Justice Arden





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.<sup>a</sup> 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](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](http://www.uria.com)