Actualidad Jurídica Uría Menéndez

56

Año 2021

Tribuna Abierta

Algunas preguntas y respuestas sobre la COVID-19
Q&A on COVID-19
Antonio Zapatero Gaviria
Jesús Canora Lebrato
Celso Cunha

Artículos

Criptoativos – uma realidade de hoje
Pedro Ferreira Malaquias

El perímetro de vinculación
Cándido Paz-Ares y Martín Jordano Luna

Algunas cuestiones prácticas sobre los fondos europeos *Next Generation EU* y su implantación en España
Ana María Sabiote Ortiz y Pau Panadés Jordà

Elementos para orientar una reforma del sistema ferroviario chileno. Un comentario a propósito del proceso de liberalización de ferrocarriles en España
Matías Larroulet

Foro de Actualidad

España
Portugal
Latinoamérica

URÍA MENÉNDEZ

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:
Título: *Salvaje*. Autor: Abraham Lacalle. Año: 1997. Técnica: Óleo sobre tela. Medidas: 116 x 89 cm

Indexada en las bases de datos de Latindex

Copyright © URÍA MENÉNDEZ ABOGADOS, S. L. P.
ISSN 1578-956X versión impresa
ISSN 2174-0828 versión electrónica
Depósito Legal: M-3281-2002
Periodicidad: cuatrimestral

Para contactar con la redacción de la Revista dirigirse a:
ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ
Príncipe de Vergara, 187 - 28002 Madrid
Tel. 91 586 04 60. Fax 91 586 04 61
e-mail: alejandro.anca@uria.com
www.uria.com

Edición, 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
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.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez

56

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 Algunas preguntas y respuestas sobre la COVID-19
Antonio Zapatero Gaviria
Jesús Canora Lebrato
Celso Cunha

Artículos

29 Criptoativos – uma realidade de hoje
Pedro Ferreira Malaquias

71 El perímetro de vinculación
Cándido Paz-Ares y Martín Jordano Luna

115 Algunas cuestiones prácticas sobre los fondos europeos Next Generation EU y su implantación en España
Ana María Sabiote Ortiz y Pau Panadés Jordà

140 Elementos para orientar una reforma del sistema ferroviario chileno. Un comentario a propósito del proceso de liberalización de ferrocarriles en España
Matías Larroulet

Foro de Actualidad

España

155 La modificación de las concesiones portuarias ante la doctrina del Tribunal Supremo
Manuel Vélez Fraga y Nicolás Nägele García de Fuentes

166 Nuevos desarrollos en el sector farmacéutico. Las resoluciones de archivo de la CNMC en *"Inhaladores AstraZeneca"* y *"AbbVie"*
Alfonso Gutiérrez y François Doumont

174 Autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo 719/2021, de 24 de mayo, y 788/2021, de 3 de junio
Carlos Lora González y Paola Hidalgo Herrero

183 El contrato de hospedaje: residencias de estudiantes y *coliving*
Ignacio M. Nägele García de Fuentes y Raquel Yannone Obregón

192 La inscripción de cláusulas estatutarias o acuerdos de delegación que limiten las facultades representativas de los administradores
Ángela de Olaran Berraondo y Fernando Calbacho Losada

201 Nuevas medidas de intervención sobre el mercado de vivienda de las Islas Baleares
Carlos Lora González y Marina Baena Solís

212 La responsabilidad del porteador en el transporte nacional de mercancías por carretera
Diego José Pérez Rodríguez

225 Prueba ilícita y calificación del despido: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo
Belén Velasco Pardo

234 A vueltas con el retracto de crédito litigioso en ventas de carteras. A propósito de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo
Antonio José Moya Fernández

251 Los plazos de instrucción a la luz de los derechos fundamentales del investigado
Patricia Leandro Vieira da Costa y Belén Adell Troncho

Portugal

259 A liquidação no processo de insolvência: algumas notas práticas
David Sequeira Dinis e Mafalda Fuzeta da Ponte

269 Do dever da Autoridade Tributária e Aduaneira de se conformar com a jurisprudência dos tribunais superiores: alterações recentes
Catarina Fernandes

276 O novo regime do procedimento de injunção em matéria de arrendamento
André Mena Hüsgen

Latinoamérica

283 Construcción y deconstrucción de la doctrina jurisprudencial peruana sobre la incorporación de personas jurídicas como sujeto pasivo al proceso penal
Daniel Ramos Yrigoyen y André Sota Sánchez

293 Directrices para las colaboraciones

Tribuna Abierta

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 56, mayo-agosto de 2021, pp. 7-26

Tribuna Abierta

ALGUNAS PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE LA COVID-19

Q&A ON COVID-19

Antonio Zapatero Gaviria
Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de la Comunidad de Madrid
Doctor en Medicina y Cirugía
Especialista en Medicina Interna

Jesús Canora Lebrato
Doctor en Medicina y Cirugía
Especialista en Medicina Interna

Celso Cunha
Doutor em Biologia
Director da Unidade de Microbiologia Medica. Universidades Nova de Lisboa

Algunas preguntas y respuestas sobre la COVID-19

La COVID-19 ha demostrado ser un auténtico reto desde la perspectiva sanitaria por su elevada virulencia y facilidad de transmisión. Las estrategias para el control de su expansión han sido diversas en los diferentes países, pero resulta muy difícil evaluar su eficacia por la gran cantidad de factores implicados. En este artículo, con una estructura de preguntas y respuestas, expertos de España y Portugal analizan aspectos relacionados con la pandemia, la respuesta de las autoridades sanitarias, la vacunación y las lecciones de salud pública aprendidas.

Palabras clave:
COVID-19, Salud pública, Sanidad.

Q&A ON COVID-19

Covid-19 has proven to be a major challenge from a health point of view given its severity and contagiousness. Countries around the world have designed and implemented diverse strategies, but their efficacy is difficult to measure given the numerous factors that shape their success. In this article, structured as a Q&A, experts from Spain and Portugal analyse key aspects of the pandemic, the strategies of the public health authorities, the vaccination campaigns and the lessons learnt in terms of public health.

Key words:
COVID-19, Public health, Health services.

FECHA DE RECEPCIÓN: 29-7-2021

1. ¿Qué tiene de peculiar el SARS-CoV-2 que ha hecho tan difícil el control de la pandemia?

Los gérmenes necesitan un hospedador para poder multiplicarse y transmitirse a otro sujeto susceptible de adquirir la infección y así mantener su ciclo vital de forma indefinida. Además, hay que añadir que nos encontramos en un mundo globalizado que supone, entre otras cosas, una movilidad enorme de los ciudadanos. Por tanto, en una situación como la referida, en la que coincide un virus altamente transmisible junto con una enorme movilidad social, no podía suceder otra cosa. Pandemia.

La capacidad que tiene un virus de producir la enfermedad en un huésped es lo que se conoce como virulencia. Varía en relación a factores dependientes del huésped o del propio virus. Entre los primeros, hay que señalar la capacidad e integridad de la respuesta inmunológica, la edad, la raza y, muy importante, los determinantes sociales. Los factores dependientes del virus son la cantidad de viriones presentes en el inóculo, la vía de penetración de los mismos al organismo y su velocidad de multiplicación.

La dinámica del contagio del virus depende, por tanto, de factores relacionados con el virus y con los posibles hospedadores.

El número básico de reproducción de una infección (R0) es el número promedio de casos nuevos que genera un caso dado, aunque es variable en función de la situación a lo largo de un período a medida que varía la población susceptible de enfermar. Cuando este número es superior a 1 significa que la infección va a propagarse por la población. Pues bien,

1. *Qual a particularidade do SARS-CoV-2 que tornou tão difícil o controlo da pandemia?*

Apesar do impacto que continua a ter na sociedade, o SARS-CoV-2 não tem revelado um comportamento substancialmente diferente de outros vírus que também afetam o sistema respiratório e são transmitidos, sobretudo, pelo ar. De facto, o modo de transmissão é semelhante ao dos coronavírus sazonais e outros vírus que afetam o trato respiratório, que causam vulgares constipações e com os quais convivemos habitualmente. O impacto nos indivíduos infetados e na sociedade dessas constipações é, geralmente, muito limitado e não há, por norma, necessidade de implementar medidas restritivas de saúde pública para diminuir os contágios. Caso contrário, as medidas apropriadas para conter a disseminação desses vírus respiratórios seriam semelhantes às que foram adotadas em vários momentos desta pandemia para tentar conter a propagação do SARS-CoV-2.

O motivo pelo qual é necessário restringir a disseminação do SARS-CoV-2 deve-se à gravidade dos sintomas que causa, sobretudo em idosos, obrigando muitas vezes ao internamento. A mortalidade devida a infeção por SARS-CoV-2 também é muito superior à verificada noutros vírus respiratórios, incluindo o Influenza, causador da gripe. Esta gravidade dos sintomas, deve-se em grande parte ao facto do SARS-CoV-2 ser capaz de infetar células dos tratos respiratórios superior e inferior, incluindo os pulmões, dando origem a quadros clínicos compatíveis com pneumonia de origem viral. Esta caraterística não é observada na esmagadora maioria dos outros vírus respiratórios, que se limitam a infetar células do trato respiratório superior, não causando

el SARS-CoV-2 tiene una R0 alta (R0 2-3), superior a la gripe (R0 1-1,5), aunque mucho menor que el sarampión (R0 12-18). Además, no es el mismo para las diferentes variantes como hemos comprobado a lo largo de la pandemia, siendo muy superior a esas cifras en algunas de ellas, como la última variante Delta. Por otro lado, SARS-CoV-2 es más contagioso que otros coronavirus porque tiene una mayor afinidad por su receptor.

diretamente pneumonias. Por fim, recordo que não existe um tratamento eficaz e específico para o SARS-CoV-2 e, até há uns meses atrás, também não estavam disponíveis vacinas. Se estas forem disponibilizadas e administradas à grande maioria da população mundial, será muito mais fácil controlar a propagação do vírus, diminuir a frequência de surgimento de novas variantes e voltar, ponderadamente, a alguma "normalidade".

Además de la elevada virulencia de este coronavirus, otro problema que hemos tenido en cuanto al control de la infección ha sido la falta de conocimiento del mecanismo de transmisión. Los virus respiratorios pueden contraerse por diferentes vías:

i. Vía aerosoles, a mayores distancias.

ii. Vía gotas depositadas en superficies, contagio por contacto.

iii. Vía combinada por gotas y por aerosoles en contactos estrechos entre 1 y 2 metros.

La transmisión por gotas se produce cuando una persona está en contacto cercano (dentro de 1 m) con alguien que tiene síntomas respiratorios (por ejemplo, al toser o estornudar) y, por lo tanto, corre el riesgo de que sus mucosas (boca y nariz) o su conjuntiva (ojos) estén expuestas a gotas respiratorias potencialmente infecciosas. La transmisión también puede ocurrir a través de fómites en el entorno inmediato alrededor de la persona infectada. Esto motivó las grandes campañas de desinfección por las calles que nos dejaron imágenes impactantes del ejército en nuestras ciudades.

Sin embargo, después se comprobó que la transmisión del SARS-CoV-2 por aerosoles es más importante, y así lo reconoció finalmente la OMS avanzado el mes de octubre de 2020.

Por tanto, la transmisión por aerosoles sí parece que es la forma más importante de transmisión en interiores, y medidas como mantener la distancia de seguridad de 1,5-2 metros podrían no ser suficientes. En el exterior, el aire libre impide que alcance la carga viral necesaria para contagiar por este medio. Además del tamaño de las gotas, hay que tener en cuenta el flujo de aire en los lugares cerrados. La distribución de las gotas infecciosas depende de la posición de las personas, la frecuencia de los recambios de aire, el tipo de

sistema de distribución del aire y la presencia de otras corrientes de aire en el lugar.

Otro factor importante a considerar es que la transmisión del SARS-CoV-2 no es homogénea y que existe una gran variación en el origen de los casos secundarios, lo que sugiere que no todos los casos contribuyen de la misma forma a la transmisión de la enfermedad. Esto depende en gran medida del factor de dispersión k. Este valor representa la variación con la que se distribuyen los casos secundarios a un caso conocido. Este coronavirus tiene un factor de dispersión de 0,1, lo que significa que:

i. El 70% de los contagiados, no contagian a nadie.

ii. El 10% de los contagiados, contagian al 80%.

Esta asimetría en el contagio demuestra una gran dispersión típica de los contagios por aire, dando lugar al fenómeno conocido con el nombre de supercontagios (eventos supercontagiadores), que se producen en sitios cerrados con mucha concentración de personas, con falta de ventilación, incrementándose el riesgo aún más, si se las personas se quitan las mascarillas. El mayor riesgo se produce cuando esta persona comparte un interior con muchas personas. En resumen, los factores que favorecen los contagios son los siguientes: sitios concurridos y cerrados, cercanía entre los contactos y mala ventilación.

Otra cuestión importante en el cómo evitar el contagio del virus es la identificación de los casos. Los pacientes COVID-19, sean asintomáticos, presintomáticos o sintomáticos, responden a patrones de contagio muy diferentes. Los asintomáticos no desarrollan síntomas en ningún momento, y son responsables del 5 % aproximadamente de los contagios; todo parece apuntar a que son personas con inmunidad celular previa a la pandemia que les permite defenderse bien de la infección. En cambio, los presintomáticos contagian el 45 % y no presentan síntomas hasta pasados unos días (cinco de media,

aproximadamente). Estas personas son las más peligrosas por la dificultad que hemos tenido para identificarlas, recomendarles aislamiento y poder cortar las cadenas de transmisión. El retraso en la identificación de las personas transmisoras ha sido clave en el (des)control de la pandemia.

En los primeros momentos de la pandemia hubo un grave problema de suministro de pruebas diagnósticas. Además, los resultados de las PCR que se realizaban tardaban días, motivo por el que se producían estos retrasos en el diagnóstico. A medida que nos fuimos dando cuenta de la importancia que tenía el reconocimiento rápido de los positivos, vimos que la estrategia diagnóstica no era válida, de ahí que optáramos, a pesar de las innumerables críticas, por la utilización de los test de antígenos. Su principal cualidad era la rapidez en el diagnóstico, solo quince minutos, y aunque fuera una prueba de menor sensibilidad, los resultados fueron obvios. No solo permitía hacer un diagnóstico mucho más precoz, sino que, además, permitía identificar a los individuos con más carga viral y, por tanto, más infectivos.

Esta estrategia nos permitió mejorar nuestros resultados en el control de la pandemia.

En este mismo sentido de la identificación de la infección, apostamos por el estudio del coronavirus en las aguas residuales. Junto con los técnicos del Canal de Isabel II, se desarrolló un sistema de vigilancia en aguas residuales que nos ha permitido conocer la intensidad de la infección correlacionando las cuencas de desagüe con zonas básicas de salud y hospitales. La presencia de coronavirus en las aguas residuales se antecede en unos días al aumento de los casos y de los ingresos. Este trabajo ha sido como hacer millones de PCR a los ciudadanos de Madrid.

2. ¿Podría algún sistema de alerta temprana haber mejorado sustancialmente la lucha contra la pandemia? ¿Estamos ahora en posición de desarrollar un sistema de este tipo?

El R0 proporciona información de la velocidad con que una enfermedad puede propagarse en una población determinada, es decir, el potencial de la transmisión sin ninguna intervención, porque a partir del valor umbral de 1,0 puede indicar cuándo podría ocurrir un brote; un R0 de 2 o 4 indica que hay un contagio acelerado y significativo, en donde cada persona contagia en un día a otras dos o cuatro, respectivamente, de una forma exponencial. Por tanto, una de las medidas más efectivas para el control de la transmisión será identificar precozmente lo que está sucediendo.

Para todos los desastres, ya sean hambrunas, terremotos o tsunamis, necesitamos recibir una alerta lo más temprana posible, y con las pandemias ocurre lo mismo. Una pandemia no surge de repente: comienza con un brote de una enfermedad que luego se transforma en una epidemia localizada, después se propaga a otros países y más tarde se convierte en una pandemia que puede tener el potencial de transformarse en global. Hemos visto que ha sido eso precisamente lo que ha ocurrido.

Desde un punto de vista general, para sospechar de lo que pueda estar sucediendo en el mundo se podría analizar la información generada por los satélites, las búsquedas de información de los usuarios internet y las en-

2. Poderia algum sistema de alerta ter melhorado substancialmente a luta contra a pandemia? Estamos neste momento em condições de desenvolver um sistema deste tipo?

É uma questão pertinente, mas de difícil resposta. A informação disponível sobre as fases iniciais da disseminação do vírus, ainda quando parecia confinado apenas ao território chinês, são muito escassas e muitas vezes de difícil ou mesmo impossível verificação. Infelizmente, apesar de sucessivos apelos de governos, organizações internacionais e cientistas, não tem sido possível obter colaboração atempada e eficaz por parte das autoridades chinesas. Esta opção pela não transparência tem dado origem às mais diversas teorias sobre a origem do SARS-CoV-2 e da própria pandemia. Para além disso, verificou-se ainda uma surpreendente inércia por parte da OMS, que tardou, inexplicavelmente, em reconhecer a gravidade e extensão do problema de saúde pública global com que nos confrontávamos, num momento em que o vírus já afetava vários continentes. Em conjunto, estes dois fatores contribuíram decisivamente para tardar a implementação de medidas eficazes de prevenção e contenção da pandemia. Acresce ainda que os sistemas de saúde, mesmo nos países mais desenvolvidos, não estavam preparados para enfrentar um problema desta dimensão e gravidade, tendo sido obrigados a improvisar em situações críticas e muitas vezes sem meios adequados.

Atualmente, a monitorização da evolução da pandemia, incluindo do surgimento de eventuais novas variantes, a par da vacinação do maior número de indivíduos possível, em todo

tradas en las redes sociales. Los resultados de estos análisis han sugerido que la pandemia de SARS-CoV-2 pudo comenzar el pasado mes de agosto de 2019 y no en diciembre.

En este sentido es interesante mencionar que algunos de los países que menos impacto han sufrido por la pandemia habían sufrido anteriormente el azote de otras epidemias y disponían de un sistema de alerta más desarrollado que en otros países.

o mundo, adquirem um caráter prioritário. Os esforços devem ser concentrados nestes dois principais eixos. De seguida, seria desejável que pelo menos alguns dos erros cometidos, incluindo na transparência, comunicação e qualidade da informação, por parte de alguns governos e organizações internacionais, fossem futuramente evitados. A implementação de sistemas globais de alerta precoce será certamente útil para conter outras pandemias, mas a sua eficácia dependerá sempre da capacidade e da vontade de todos os atores para colaborar na deteção de novos casos e surtos, providenciando informação credível em curto espaço de tempo. Para além disso, as capacidades de resposta instaladas, logísticas, tecnológicas e de recursos humanos, são muito diversas em diferentes países e regiões representando um importante fator limitante à coordenação e uniformização de procedimentos necessários para a implementação de sistemas de alerta precoce de âmbito global. A OMS deveria poder ser capaz de liderar este processo, mas é duvidoso, tendo em conta exemplos recentes, que a curto prazo o consiga.

3. ¿Qué elementos, de salud pública y organización asistencial, han caracterizado a las mejores estrategias contra el virus en las diferentes partes del mundo?

De forma general, podríamos decir que se han establecido dos grandes grupos de estrategias para combatir a este virus: estrategia de erradicación y estrategia de contención o mitigación.

El objetivo de la estrategia de control y máxima supresión de la transmisión es mantener el contagio lo más residual posible y, en última instancia, eliminarlo en determinadas áreas geográficas. Esta estrategia se basa en la capacidad de identificar y trazar las cadenas de transmisión, así como de identificar y gestionar los brotes, y asegurar el aislamiento de casos y contactos. Se ha aplicado con éxito en numerosos países, como Corea del Sur, Taiwán, Singapur, Vietnam o Nueva Zelanda, que, en algunos casos, tenían experiencias previas con los virus MERS (síndrome respiratorio de Oriente Medio) o SARS (síndrome agudo respiratorio severo). También es importante señalar que la mayoría de estos países son islas o penínsulas fácilmente aislables de su entorno. De hecho, una de las primeras medidas que adoptaron fue el cierre de sus aeropuertos.

Otra estrategia de salud pública es la que busca acabar con la pandemia consiguiendo una infección progresiva de la población (inmunidad de grupo). Este modelo puede suponer un control prolongado y costoso, sobre todo para los grupos con mayor riesgo de contraer formas graves de la enfermedad.

3. *Que elementos, de saúde pública e organização do sistema de saúde, caracterizam as melhores estratégias contra o virus nas diferentes partes do mundo?*

Depois duma fase inicial de surpresa e "choque" perante a constatação da gravidade da situação, em que a informação veiculada era muitas vezes contraditória e de surpreendente má qualidade, a poeira parece ter finalmente assentado e o quadro geral é bastante mais nítido. Mais uma vez, infelizmente, a OMS não foi capaz de liderar, mostrando atempadamente os caminhos mais eficazes para conter a propagação do vírus. As consequências foram, provavelmente, muito gravosas, sobretudo em países com sistemas de saúde mais débeis. Perante este cenário inicial, as estratégias mais eficazes para conter a pandemia revelaram ser aquelas que já eram conhecidas há mais de 100 anos pela comunidade médica e científica e que foram utilizadas noutros contextos e com outros vírus respiratórios, como o da gripe na segunda década do século passado. Estas medidas, incluíram a promoção do distanciamento social, a redução da mobilidade e dos contactos no seio da população, o uso obrigatório de máscaras de proteção e a promoção de mediadas básicas de desinfeção e higienização. Parece elementar reconhecer que a implementação destas regras implica a sua compreensão e aceitação pela população. Mudanças tão bruscas nos nossos hábitos e comportamentos nem sempre são fáceis de aceitar. Mais uma vez, a implementação duma estratégia de comunicação clara e rigorosa é essencial, mas ela só se revela eficaz quando quem comunica goza de credibilidade e é respeitado pelos cidadãos. Estes foram, talvez, os fatores que mais

Por último, la estrategia de contención o mitigación ("aplanar la curva") persigue evitar el colapso sanitario. En estos casos se suele actuar cuando el contagio comunitario es elevado y afecta al sistema sanitario. Esta es la estrategia que han seguido la mayor parte de los países de nuestro entorno con el objetivo de reducir el impacto en la vida social y económica de la ciudadanía.

Aunque se ha discutido mucho durante la pandemia sobre cuál es la mejor de las estrategias, el tiempo no ha sido capaz de resolver esta cuestión. Hemos observado que en la mayoría de los países han acontecido las olas en periodos de tiempo similares, incluyendo países como Corea del Sur. Es verdad que la intensidad del impacto en cuanto a número de casos, ingresados, fallecidos ha sido diferente, pero probablemente haya muchos otros factores que no nos permitan comparar a los diferentes países. De hecho, si nos fijamos en el exceso de mortalidad como un indicador de resultado de la gestión de la pandemia en alguna de nuestras comunidades autónomas con más provincias, vemos que existen diferencias entre ellas, aunque las medidas adoptadas marcadas por las autoridades sanitarias de la propia comunidad eran las mismas.

Si tuviéramos que resumir los elementos imprescindibles para la contención de la pandemia tenemos que marcarnos al menos dos objetivos:

i. Frenar la emisión de virus en las situaciones en que se producen los contagios.

ii. Evitar que las personas contagiadas contagien reduciendo los contactos entre personas contagiadas y susceptibles.

En definitiva, hay que frenar las cadenas de transmisión y eso pasa por aplicar alguna de las medidas que son conocidas:

influenciaram a eficácia de implementação e cumprimento de medidas simples e básicas de controlo da pandemia: rigor, clareza, transparência e credibilidade da comunicação. De seguida, podemos considerar outros aspetos como, por exemplo, a capacidade de deteção atempada de novas infeções e o rápido rastreio de contactos. São duas medidas de grande impacto no controlo da propagação do SARS-CoV-2, mas que dependem, em muito larga medida, da capacidade de resposta e robustez dos sistemas de saúde. Aqui, os países mais pobres encontram-se em clara desvantagem. Porém, mesmo nos países mais ricos, nem sempre houve capacidade para implementar essas medidas. Uma referência especial merece ainda a importância da prevenção e da deteção precoce de novas infeções em populações mais vulneráveis, nomeadamente entre os idosos. Este grupo populacional, nem sempre teve e ainda não tem a atenção que já deveria ter merecido tendo em conta a elevada gravidade dos sintomas e mortalidade observada, desde o início da pandemia, nestas faixas etárias. Em consequência também de algum desleixo ou incapacidade, o peso para os sistemas de saúde é muito mais elevado do que poderia ser se tivessem sido implementadas medidas de controlo rigoroso e fiscalização, nomeadamente em lares da terceira idade.

Por fim, tornou-se claro nos últimos meses que a vacinação massiva das populações é a medida mais eficaz no controlo da pandemia. Os países com taxas de vacinação mais elevadas são aqueles em que os números de casos têm diminuído consistentemente permitindo aliviar algumas medidas restritivas de circulação e contacto entre a população, com impacto económico significativo. O SARS-CoV-2 está entre nós e é mais um agente infecioso com que teremos de lidar nas nossas vidas. Talvez para sempre. É urgente controlar a propagação do vírus em todos os países e isso será tão mais fácil e eficaz quanto maior for o número de pes-

A. Rapidez de respuesta, lo que es relevante dado que solo se dispone de dos días desde el contagio para frenar la cadena de contagios.

B. Capacidad de detección de los infectados, porque más del 50 % de los contagios los producen personas que no presentan síntomas (asintomáticos y presintomáticos).

C. Utilización adecuada de las medidas de contención: mascarillas, aislamientos, cuarentenas, limitación de reuniones de personas, gestión de la ventilación.

D. Uso inteligente de la vacuna: vacunar primero a los susceptibles para disminuir la virulencia de la transmisión.

soas vacinadas. Infelizmente, as campanhas de vacinação encontram-se em fases muito diferentes de implementação em vários países. Por falta de vacinas e capacidade logística para as administrar, por falta de dinheiro para as comprar, por falta de confiança das populações nas autoridades governamentais e sanitárias.

4. ¿Cómo pueden afectar las nuevas variantes del virus a la efectividad de las vacunas?

Hasta el momento actual, todas las vacunas disponibles son eficaces contra todas las variantes, sobre todo si atendemos a la reducción de hospitalizaciones y muertes. A pesar de las variantes que siguen apareciendo y que están complicando el deseado final de la pandemia, las personas vacunadas, sobre todo aquellas que han recibido la pauta completa, están protegidas.

Hemos de tener en cuenta que las variantes se producen, sobre todo, por errores en la transcripción del ARN viral que puedan suponer una ventaja para la supervivencia del virus. El hecho de que haya virus circulante y personas susceptibles aumenta esta posibilidad, sobre todo en el contexto de brotes, cuando la transmisión es mayor. Por estos motivos, hemos de vacunar al mayor número posible de personas y en todos los países del mundo. Los que vivimos en el "primer mundo" estamos discutiendo sobre la posibilidad de terceras dosis de vacunas menospreciando el hecho de que, en otros países menos favorecidos, ni siquiera han llegado las primeras.

4. Como podem as novas variantes afetar a eficácia das vacinas?

Trata-se duma questão de muito difícil resposta. Novas variantes irão surgir, tendencialmente com mais rapidez e com maior frequência em países com baixas taxas de vacinação, pouca capacidade de testagem e com uma substancial parte da população vivendo em grandes aglomerados urbanos. Estamos a falar, sobretudo, de países baixa ou média renda. Não se trata duma certeza, mas apenas duma maior probabilidade. Ainda é cedo para dizer, por exemplo, até que ponto a tão falada variante Delta ou mesmo a nova Mu, afetam a eficácia das vacinas aprovadas e atualmente disponíveis na UE. Com os poucos dados indiretos atualmente disponíveis parece prematuro tirar conclusões definitivas. Porém, tomando apenas como exemplo o caso português, parece claro que ou sem variante Delta – de longe a mais prevalente na atualidade – as vacinas têm mostrado ser eficazes na diminuição do número de contágios e na prevenção da doença grave. Para além disso, com os meios, conhecimentos e tecnologias atuais, e caso se verifique necessário, é provável que novas vacinas, dirigidas a eventuais novas variantes, sobretudo no caso das de mRNA, possam ser produzidas e aprovadas com alguma rapidez. Penso, por isso, que mais importante do que nos preocuparmos com novas variantes, devemos continuar focados na vacinação completa do maior número de indivíduos, em todo o mundo, no mais curto espaço de tempo possível.

Neste momento, não existem motivos para alarme, mas devemos continuar a monitorizar com rigor o surgimento e o comportamento de novas variantes, nomeadamente o seu eventual impacto na eficácia das vacinas.

5. ¿Es la vacunación el fin de la pandemia? ¿Qué estrategias de vacunación serían las más aconsejables para los países menos desarrollados y en vías de desarrollo?

Como ha pasado con otras enfermedades infecciosas a lo largo de la historia (la fiebre amarilla, el sarampión, la rubeola, etc.), la vacunación masiva de la población podría erradicar la COVID-19. En el peor de los casos, podría suceder lo que pasa con la vacuna de la gripe o del neumococo y necesitar una dosis de recuerdo al año o a los cinco años. Y otro aspecto importante a considerar, siguiendo con el ejemplo de la gripe, la vacuna no elimina la infección, aunque sí disminuye la posibilidad de tener complicaciones graves.

5. *Será a vacinação o fim da pandemia? Que estratégias de vacinação seriam as mais aconselhadas para os países menos desenvolvidos ou países em desenvolvimento?*

Não creio que a vacinação seja o fim da pandemia, mas já está a contribuir muito para que possamos regressar a algumas rotinas pré-pandemia. O SARS-CoV-2, muito provavelmente, veio para ficar entre nós. Para que a vacinação pudesse, hipoteticamente, representar o fim da pandemia, vários fatores, todos eles muito improváveis, teriam de concorrer. Entre eles, poderia referir a título meramente ilustrativo, a necessidade de vacinar num curto espaço de tempo e manter o estado de imunidade de quase toda a população do planeta. O facto

Como he mencionado antes, para disminuir el número de susceptibles, será necesario hacerlo en todo el mundo y, por tanto, promover programas de vacunación en países menos desarrollados y en vías de desarrollo. Los Gobiernos y las organizaciones internacionales deben tener este objetivo en la cabeza si queremos acabar con la pandemia.

Con el objetivo de garantizar un acceso rápido, justo y equitativo a las vacunas para las personas en todos los países, y como resultado de una colaboración global extraordinaria y única, con más de dos tercios del mundo comprometido, se ha puesto en marcha la iniciativa COVAX para garantizar que las personas en todos los rincones del mundo tengan acceso a las vacunas COVID-19 una vez que estén disponibles, independientemente de su riqueza. COVAX está coordinado por Gavi, Vaccine Alliance, Coalition for Epidemic Preparedness Innovations (CEPI) y la OMS, y pretende ser una plataforma que apoyará la investigación, el desarrollo y la fabricación de una amplia gama vacunas COVID-19, y negociar sus precios. Todos los países participantes, independientemente de sus niveles de ingresos, tendrán el mismo acceso a estas vacunas una vez que se desarrollen. El objetivo inicial es tener dos mil millones de dosis disponibles para fines de 2021, lo que debería ser suficiente para proteger a las personas vulnerables y de alto riesgo, así como a los trabajadores de la salud de primera línea. COVAX ha sido creado para maximizar nuestras posibilidades de desarrollar con éxito vacunas COVID-19 y fabricarlas en las cantidades necesarias para poner fin a esta crisis.

de vários países e regiões se encontrarem em fases muito distintas dos respetivos programas de vacinação e de contenção da pandemia, concorre decisivamente para aumentar a dificuldade de a controlar. A questão que se coloca não é terminar com a pandemia, mas ser capaz de manter o número de novas infeções e casos graves em níveis aceitáveis e manejáveis pelos sistemas de saúde dos diferentes países. Novos surtos irão sempre surgir mesmo em regiões com elevadas taxas de vacinação. A pandemia não termina após a vacinação, mas alguma "normalidade" poderá regressar à sociedade.

6. ¿Cuáles son a su juicio los efectos colaterales y a medio y largo plazo más graves sobre la salud de los ciudadanos que nos ha dejado la pandemia? ¿Cuáles serían las mejores formas de reaccionar contra ellos?

Conocemos el efecto que ha tenido la pandemia en relación con la prestación de asistencia sanitaria. Durante los meses más duros de marzo y abril de 2020, todo el sistema sanitario estuvo prácticamente centrado en la atención de pacientes con COVID-19. Este hecho ha supuesto una disminución de la atención de otros pacientes y, como está bien documentado en la bibliografía internacional, se han reducido las visitas por enfermedades comunes, como la diabetes o la hipertensión, y ha habido retraso en el diagnóstico en algunos pacientes con cáncer o en algunas intervenciones quirúrgicas.

Otro factor importante que ha provocado la COVID-19 ha sido el miedo que se ha generado en los pacientes por acudir a centros sanitarios, prefiriendo en muchos casos otras modalidades de asistencia, como la telemedicina. No obstante, aunque esta situación ha sido patente en los primeros meses de la pandemia, con la mejora progresiva de la pandemia es probable que cambie y volvamos a la situación prepandemia.

Algunos pacientes, después de sobrevivir a la infección, continúan experimentando síntomas relacionados con la COVID-19 después de la fase aguda. Aunque actualmente no existe una definición de consenso, se han utilizado términos como "COVID prolongada", "sín-

6. *Na sua opinião, quais são os efeitos colaterais mais graves que a pandemia terá na saúde dos cidadãos? E quais as melhores formas de contra eles reagir?*

Dentro de alguns anos teremos certamente informação mais completa e rigorosa para elaborar balanços que permitam responder a esta questão. Até lá, apenas poderemos tentar analisar alguns dados dispersos e nem sempre obtidos com as mesmas metodologias e critérios científicos. De um modo geral, penso que devemos considerar dois tipos de efeitos na saúde - diretos e indiretos:

i. *Efeitos diretos, isto é, número de mortes e sequelas de curto e longo prazo nos indivíduos infetados. Se em relação ao número de mortes a estimativa pode ser efetuada com alguma precisão, em Portugal e em muitos outros dos países, noutros a metodologia utilizada na contabilização de mortes por Covid-19 é distinta e nem sempre totalmente transparente. Por exemplo, em vários países, a morte de um paciente internado em UCI devido a Covid-19 é atribuída frequentemente a condições patológicas crónicas concomitantes - insuficiência cardíaca, imunodeficiência, diabetes, etc. Para além disso, é certo que, com o objetivo de construir uma narrativa e imagem positivas, internamente e externamente, muitos governos optam por manipular os números de novos casos, internamentos e mortes. Em consequência, mesmo em relação a efeitos diretos da Covid-19 apenas é possível ter uma visão incompleta do que se passa em muitas partes do mundo.*

drome post-COVID" y "síndrome COVID-19 post-aguda". La guía NICE distingue:

i. COVID-19 aguda: signos y síntomas de COVID-19 durante un tiempo de hasta cuatro semanas.

ii. COVID-19 prolongada.

iii. COVID-19 sintomático persistente: signos y síntomas de COVID-19 de cuatro a doce semanas.

iv. Síndrome post-COVID-19: signos y síntomas que se desarrollan durante o después de una infección consistente con COVID-19, continúan durante más de doce semanas y no se explican por un diagnóstico alternativo.

Actualmente se desconoce la incidencia, la historia natural y la etiología de estos síntomas. Algunos trabajos publicados hablan de que, a los seis meses de la infección, el 76 % de todos los pacientes tenían al menos un síntoma, como fatiga/debilidad muscular, dificultad para dormir, pérdida de cabello, dificultad con el olfato y el gusto y problemas con la movilidad. El 24 % de los casos tuvieron una disminución de la capacidad física en el test de la marcha de los seis minutos. Del mismo modo, también estaba reducida la capacidad pulmonar medida por difusión.

Otros trabajos confirman la posibilidad de encontrar síntomas hasta sesenta días después del ingreso, síntomas cardiopulmonares (como tos y disnea) o pérdida persistente de sabor u olor. El 58 % de los pacientes reportaron problemas nuevos que dificultaban las actividades de la vida diaria. El 40 % de los pacientes no pudieron volver al trabajo debido a problemas de salud.

Por tanto, aunque en la actualidad existan muchas incógnitas sobre este problema, son muchos los pacientes que van a requerir una intervención sanitaria en distintos niveles asistenciales, ya sea en Atención Primaria como en

el hospital, tiempo después de haber sufrido un episodio agudo de COVID-19.

Es importante señalar que los cambios generados por la COVID-19 suponen un aumento de estrés de la población general sometida a cuarentena o confinamiento y de otros grupos de población considerados de riesgo, y desencadena reacciones de ansiedad y depresivas a corto plazo, agravamiento de problemas mentales existentes y generación de casos nuevos en el medio y largo plazo.

Globalmente, se considera que el aumento de los problemas mentales en la postcrisis de manera sostenida y creciente en el medio y largo plazo resulta uno de los principales retos en el impacto en la salud de la crisis por COVID-19 y requiere una atención adecuada por las organizaciones sanitarias. Esta atención adecuada ha de tener en cuenta, por tanto, evitar la patologización inapropiada de los malestares y adversidades que crecerán sin duda con la crisis, y que requieren de una respuesta no sanitaria, sino acorde a su naturaleza social, laboral o económica.

En una encuesta realizada en población general en China en la que participaron 1.210 personas, el 53,8 % clasificó el impacto psicológico de la pandemia como moderado o grave, el 16,5 % refirió sintomatología depresiva de moderada a grave y el 28,8 % ansiedad de moderada a grave. Las mujeres, los estudiantes y el peor estado de salud percibido se relacionaron con mayores niveles de estrés, ansiedad y depresión. En Italia se objetivaron niveles elevados de estrés en comparación con los niveles basales recogidos en estadísticas europeas. También se encontraron mayores niveles de ansiedad en las mujeres y en las personas jóvenes, así como en las personas que tenían algún familiar o conocido diagnosticado.

Las personas con problemas mentales previos a la crisis tienen, por tanto, una mayor susceptibilidad de desarrollar diferentes trastornos o

Em relação a potenciais sequelas em doentes que recuperaram da infeção por SARS-CoV-2, estão já disponíveis dados, por vezes ainda muito dispersos, que descrevem alterações patológicas para além das observadas no trato respiratório. As alterações já reportadas podem estar associadas a diversas sintomatologias pós-Covid-19, de diferente gravidade e afetando o funcionamento de vários órgãos. Estes dados merecem ser acompanhados e analisados com atenção, tanto em relação ao tipo de sintomas como à sua duração, mas, por enquanto, parece ser prematuro tirar conclusões definitivas.

ii. *Efeitos indiretos. Por exemplo, consequências para a saúde de doentes não Covid-19 que não foram atempadamente diagnosticados e/ou tratados em relação a diversas outras patologias. As consequências de atrasos no diagnóstico e respetivo início de tratamento de doenças crónicas – cardiovasculares, oncológicas, endocrinológicas, neurológicas, etc. – e do adiamento de cirurgias programadas são, igualmente, difíceis de calcular com exatidão. A evolução dos indicadores de saúde dos próximos anos fornecerá, certamente, informação suficiente para uma avaliação mais rigorosa do impacto da COVID-19.*

Para além disso, devem igualmente ser consideradas e analisadas eventuais sequelas relacionadas com o aumento do desemprego e a diminuição da atividade económica nalgumas áreas (aumento da pobreza) e o impacto na saúde mental, sobretudo de jovens e idosos.

Como pode ser facilmente constatado, a avaliação do impacto destes efeitos não é uma tarefa de fácil execução. O impacto da pandemia na sociedade está, certamente, subestimado e, com elevada probabilidade, dificilmente iremos conhecer a sua verdadeira dimensão.

sintomatología de ansiedad y depresión, o bien sufrir una recaída de su proceso de base.

Así mismo, las personas con enfermedad por COVID-19 con una importante afectación física y secuelas que limiten su funcionamiento habitual son más susceptibles de presentar sintomatología mental. Un estudio con pacientes hospitalizados por COVID reveló comorbilidades psicológicas con un 26 % de sintomatología ansioso-depresiva.

Según recomienda el Comité Permanente Interinstitucional de Naciones Unidas para la asistencia humanitaria, las actuaciones en Salud Mental y Apoyo Psicosocial han de ser un componente central de cualquier respuesta de Salud Pública y forman parte de la estrategia integral dirigida a prevenir las infecciones, salvar vidas y reducir al mínimo sus efectos que aconseja la OMS.

La pandemia nos ha obligado a buscar soluciones innovadoras para la mejor prestación de los servicios. Se han producido cambios que, en otro contexto, hubieran tardado años en producirse. Principalmente, se ha promovido la actividad no presencial para muchos procesos asistenciales, y los pacientes no han sentido una disminución en la atención.

Sin duda, habrá que recuperar la actividad no COVID-19 en nuestros centros sanitarios. Sin embargo, deberíamos aprovechar esta oportunidad no buscada para planteranos si todo lo que hacíamos antes es realmente necesario seguir haciéndolo. Yo tengo claro que hay un gran potencial de cambio y que debemos aprovecharlo. Por tanto, debemos seguir haciendo lo que hacíamos, pero de forma distinta, priorizando nuestra actividad a aquellas acciones que aporten valor a nuestros pacientes, evitando cualquier riesgo innecesario. No se deben limitar las prestaciones sanitarias, pero hay que priorizar aquellas que son verdaderamente necesarias.

7. ¿Cuáles son las principales lecciones aprendidas de la pandemia en términos de salud pública?

La primera podría ser el haber aprendido que somos vulnerables. A pesar de toda la tecnología y recursos sanitarios que tenemos en el mundo occidental, el impacto de la pandemia en términos sanitarios, sociales y económicos ha sido equiparable a la peor de las guerras sufridas con anterioridad.

Hemos visto diferentes abordajes de la crisis en distintos países. Probablemente, no es posible comparar unos lugares con otros por la gran cantidad de factores diferenciales en las diferentes áreas geográficas. De hecho, la mayoría de las publicaciones que se han realizado en relación con la utilidad de las medidas no se ponen de acuerdo y son muchas veces contradictorias.

En Corea del Sur, ni la aplicación de confinamientos de regiones enteras o de todo un país ni la declaración del estado de alarma/emergencia fueron capaces de contener el brote de una forma más rápida y eficaz que en otros países. Bastaría con medidas enérgicas de detección de casos positivos y el confinamiento exclusivo de los pacientes diagnosticados y también de los contactos estrechos. Recordemos que aún hoy no tenemos un tratamiento estándar para la COVID-19 y que al principio tampoco existían otras medidas farmacológicas como las vacunas para protegernos del virus. Por tanto, la mejor respuesta fue la cuarentena domiciliaria de los contactos de casos confirmados, así como el aislamiento de los enfermos confirmados y sospechosos. Otro tipo de medidas erróneamente generalizadas han sido contraproducentes.

7. Quais são as principais lições a retirar da pandemia em termos de saúde pública?

As principais lições serão sempre aquelas que desejarmos aprender. Antes da pandemia já existia informação suficiente sobre as medidas mais eficazes para lidar com emergências semelhantes. Não foi a primeira, nem será a última vez que a humanidade se irá enfrentar com situações de crise de saúde global. Porém, há sempre aspetos positivos e negativos a analisar e que poderão ajudar a melhorar a qualidade da preparação para futuros eventos. Gostaria, de deixar algumas notas:

Em primeiro lugar, e também como mensagem de esperança, a constatação de que a humanidade possui conhecimentos científicos e meios técnicos capazes de ser rapidamente mobilizados para o combate eficaz a futuras crises de saúde pública global. No entanto, pudemos constatar, mais uma vez, que as desigualdades económicas continuam a representar o fator mais limitante no acesso a cuidados de saúde. A escassez de recursos humanos qualificados, a falta de meios de diagnóstico e a limitada capacidade de vacinação condicionam decisivamente a eficácia de qualquer plano de controlo da pandemia. Para minorar o impacto de futuras crises é necessário promover a capacitação de recursos humanos e fortalecer os sistemas de saúde nos países mais débeis e que revelam maiores dificuldades.

O sucesso do combate e, idealmente, a prevenção de eventos desta dimensão e impacto beneficiará sempre duma atuação coordenada de todos os atores envolvidos. Essa coordenação deverá ser credível, rigorosa e transparente e envolver autoridades de saúde por todos reconhecidas a nível regional, continental e glo-

En este sentido, se ha demostrado a lo largo de la pandemia cómo las poblaciones que han mantenido intervenciones más restrictivas han sufrido en las sucesivas olas una mayor demanda de servicios sanitarios y de fallecimientos que otras que siguieron medidas más dirigidas. Aunque no se sabe con certeza por qué ha sucedido esto, está claro que la evolución de la pandemia depende de la cantidad de susceptibles que tengamos en la población, y, por tanto, a mayor número de susceptibles, mayor será el número de casos y, según algunas publicaciones, de fallecimientos.

Por tanto, esta pandemia debería obligarnos a cambiar. Probablemente, desde muchos puntos de vista, pero vamos a incidir en la necesidad de modificar la forma de prestar los servicios sanitarios. Es un deber para con nuestros pacientes. La COVID-19 ha puesto de manifiesto situaciones mejorables en nuestro sistema sanitario. Y todo eso requiere acción. Hay que evitar la fragmentación, cambiar el modelo organizativo de los hospitales, ajustar la asistencia a las necesidades de los pacientes, coordinarse entre los diferentes niveles asistenciales y potenciar la salud pública y la medicina preventiva. A ver si somos capaces.

Antonio Zapatero Gaviria
Jesús Canora Lebrato

bal. A coordenação de esforços e a promoção de sinergias nas diferentes áreas de intervenção serão sempre cruciais para minimizar o impacto de futuras crises pandémicas nos diferentes países e sociedades.

Algumas palavras, ainda, sobre a importância da definição de estratégias de comunicação coerentes e rigorosas, claras e transparentes. Estratégias de comunicação bem definidas podem assumir um papel fundamental na promoção da credibilidade e confiança dos cidadãos nas autoridades governamentais e sanitárias. Estas últimas deveriam assumir um caráter independente do poder político à semelhança do que já sucede nalguns países.

A promoção da difusão de informação credível e coerente, facilmente entendível por todos, permite mais facilmente mobilizar toda a sociedade para a adoção de medidas de combate a esta ou a futuras pandemias. Finalmente, prevenir a difusão de boatos e notícias deliberadamente falsas, sobretudo nas redes sociais, deverá igualmente assumir um caráter prioritário. É urgente fazer, desde já, um esforço para aumentar a literacia científica da população em geral, muito particularmente na área da saúde. Não esqueçamos que os principais atores serão sempre todos e cada um dos cidadãos.

Celso Cunha

Artículos

Artículos

CRIPTOATIVOS – UMA REALIDADE DE HOJE[1]

Pedro Ferreira Malaquias

Advogado, sócio da Uría Menéndez – Proença de Carvalho (Lisboa)

Criptoativos – uma realidade de hoje

O mundo digital ocupa já hoje um lugar predominante nas nossas vidas e é impossível ignorá-lo, ou mesmo ficar indiferente a ele. A atual pandemia do COVID 19 veio exacerbar a importância e peso da economia digital nas nossas vidas. Ora, hoje em dia, assistimos na economia digital ao nascimento diário de uma pluralidade de ativos com uma base criptográfica que representam, ou pretendem representar, realidades tão díspares como valores mobiliários, meios de pagamento e o acesso a determinados bens ou serviços. Na primeira parte deste artigo tentamos, de um modo essencialmente leigo, ajudar o leitor a entender como nascem e circulam esses ativos, enunciando várias das questões de índole jurídica suscitadas por estes fenómenos, para de seguida, já na segunda parte, dar nota da primeira iniciativa da União Europeia de, através da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos mercados de criptoativos, conhecida como MiCA (Markets in Crypto-Assets), criar uma cobertura legal holística para o tratamento dessas realidades virtuais, tudo de modo a proteger os investidores e a não limitar a inovação nestes mercados.

Palavras-Chave:
Economia digital, Blockchain, Criptoativos, DLTs - Distributed ledger technologies, Bitcoin, Moeda eletrónica, Criptoficha de moeda eletrónica, Criptomoedas, Criptomoedas não referenciadas a ativos, Criptomoedas estáveis, Criptoficha, Criptoficha referenciada a ativos, Criptoficha de consumo, MiCA.

Crypto-Assets – a reality of today

The digital world takes, already today, a predominant place in our lives, being impossible to ignore it or even to stay indifferent to it. The current COVID 19 pandemic only stressed the importance and weight of the digital economy in our lives. We currently observe in the digital economy to the daily birth of plural assets with a cryptographic basis which represent, or aim at representing, realities as diverse as securities, means of payment and the access to certain goods or services. In the first part of this article we try, in an essentially layman's way, assist the reader to understand how these assets are created and how they circulate, identifying several of the legal issues raised by these phenomena and, in the second part, we present the first initiative of the European

1 O presente artigo é uma republicação parcial de um artigo por mim publicado numa edição especial dos Cadernos de Valores Mobiliários, comemorativa dos 20 Anos do Código dos Valores Mobiliários, publicada pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, com algumas notas de atualização mas, sobretudo, com toda uma nova segunda parte dedicada à apresentação da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos mercados de criptoativos, conhecida como MiCA (Markets in Crypto-Assets).

Union to, through a Proposal for a Regulation establishing a European framework for markets in crypto assets, known as MiCA, provide an holistic legal coverage for the treatment of these virtual realities, so as to protect investors and promote innovation in these markets.

Key words:
Digital economy, Blockchain, Crypto-assets, DLTs - Distributed ledger technologies, Bitcoin, Electronic money, Electronic money tokens (e-money tokens), Crypto currencies, Non-backed crypto currencies, Stablecoins, Tokens, Asset-referenced tokens, Asset backed tokens, Security tokens, Investment tokens, Utility tokens, MiCA.

Fecha de recepción: 30-8-2021

Fecha de aceptación: 1-9-2021

Malaquias, Pedro Ferreira (2021). Criptoativos – Uma realidade de hoje. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 29-70 (ISSN: 1578-956X).

1. Introdução

Nos últimos anos, todos temos vindo a aprender a viver num novo mundo, o da economia digital, que se tem vindo a "impor" de um modo cada vez mais assertivo e mesmo quase intrusivo.

E se há uns anos essas "investidas" da economia digital eram, de certo modo, tímidas, a pandemia do Covid 19 veio precipitar os acontecimentos e forçou toda a sociedade a apressar uma aprendizagem e uma convivência com esse novo mundo: desde as compras do supermercado, à entrega de documentos e requerimentos perante autoridades locais e centrais, à encomenda de refeições e até às consultas médicas, já para não falar do teletrabalho, poucos serão os cidadãos que se mantêm à margem da economia digital.

Uma das realidades integrantes da economia digital é, sem sombra de dúvida, o mundo dos criptoativos, os quais assumem uma variedade quási-infinita de conteúdos, formas e representações, o que, naturalmente, complica, desde logo o seu estudo e análise, mas também um tratamento holístico e harmonioso dessa realidade.

Daí também a urgência da sua abordagem, uma vez que os valores investidos em criptoativos são já relevantes, marcando e justificando, por isso, uma atenção especial de todas as partes que possam, ou devam, participar em operações envolvendo criptoativos.

É um dado histórico que o Direito segue a realidade, reagindo à mesma, através da sua regulação, devendo antecipar (se for caso disso) as múltiplas envolventes dessa realidade, regulando-a de acordo com o que forem, a moral, ou usos e costumes da sociedade, prevalecentes em cada momento.

No caso da economia digital, em geral, e dos criptoativos em especial, o processo repete-se: o direito persegue essas realidades, tentando percebê-las, abarcá-las e regulá-las.

Só que, a variedade, constante mutação, complexidade tecnológica e volatilidade de todas as situações a regular, tornam esse esforço regulatório um desafio (quase) sem precedentes.

É nosso objetivo, com o presente artigo, colaborar no esforço de divulgação dessas realidades virtuais e reforçar a necessidade de se avançar, desde já, para uma regulação das mesmas, tão completa quanto possível.

E se essa regulação tiver de inovar em termos de conceitos jurídicos, pois que o faça. O que não podemos é continuar a ver as realidades virtuais continuarem a crescer em importância e valor na nossa sociedade e não lhes dar um enquadramento jurídico tão eficiente quanto possível, com o consequente sacrifício desse bem superior que é a segurança jurídica.

No presente artigo pretende-se, (i) por um lado tentar "desmontar" para os leitores que ainda não estejam familiarizados com esta problemática, alguns dos temas relacionados com os criptoativos, (ii) por outro lado, elencar algumas das principais questões jurídicas levantadas por estes ativos e, por fim (iii) dar uma panorâmica das principais soluções legislativas propostas pelo legislador europeu para a regulamentação destas realidades a um nível pan-europeu.

2. Distributed ledger technologies (DLTS): *blockchain* (e não só)

Quando se fala em criptoativos, há logo dois termos que ocupam um lugar de destaque em qualquer texto: um é "DLT" e o outro é "blockchain".

Uma DLT (*distributed ledger technology*) é uma base de dados descentralizada, normalmente gerida por vários participantes. Contudo pode, ou não, haver um ente ou autoridade central que atue como seu monitor ou garante. Mas sendo uma base de dados descentralizada, ela é mais transparente, o que torna a sua manipulação mais difícil e também mais confiável.

Um *ledger* é o livro-razão ou base de dados no qual se registam todas as transações que, por este ou por aquele motivo, nele devam ser registadas. No mundo bancário, a base de dados registará, por exemplo, todos os débitos e créditos realizados nas diversas contas bancárias. Contudo, há uma diferença não subestimável entre um *ledger* e uma base de dados de características computacionais, já que neste último caso, as alterações do saldo da conta, por exemplo, são feitas pela simples atualização dos registos, enquanto que num *ledger*, as novas transações são anexas ou acrescentadas ao próprio *ledger* e é essa anexação ou acrescento que consolida o registo das transferências de fundos. No sistema bancário, os clientes recebem extratos bancários que contêm o registo de todos os movimentos realizados na sua conta num determinado período. Assim, cada novo movimento é adicionado à base de dados relativa a cada conta de cada cliente. Poderá haver movimentos que representem retornos de movimentos anteriores, mas nenhum movimento poderá, em princípio, ser apagado ou expurgado dessa base de dados, sendo que a base de dados só pode ser atualizada dessa forma, ou seja, através do acrescento de novos movimentos (e não pela eliminação ou alteração de movimentos anteriores) e é nesse sentido que se pode dizer que uma tal base de dados é imutável.

Mas, como dissemos a DLT é uma base de dados descentralizada, significando isto que os seus diversos componentes se encontram em diversos locais, ligados uns aos outros, e que comunicam e coordenam as suas ações através de mensagens passadas de uns para os outros.

Há muitas situações de utilização de bases de dados descentralizadas, nomeadamente em todos os casos em que as empresas recorrem a sistemas de clonagem automática das suas bases de dados para diversos computadores situados em locais geograficamente separados, com vista a protegerem-se de situações de crise, como possam ser ataques informáticos, cortes de energia ou perdas de dados acidentais.

O maior desafio das bases de dados descentralizadas é assegurar que qualquer movimento registado numa delas é imediatamente registado nas demais, de modo a que todas elas sejam confiáveis de igual modo e em simultâneo. Desse modo cria-se confiança nas bases de dados e consistência nos dados nelas registados.

A DLT de referência é a *blockchain*, sem dúvida a mais conhecida e divulgada base de dados na área dos criptoativos.

A *blockchain* (ou cadeia de blocos) é uma tecnologia que permite a inscrição de dados num registo (o *ledger* ou livro-razão) de um modo descentralizado. Cada novo registo na cadeia é integrado num novo bloco, que se une aos anteriores de forma descentralizada e pública, ficando todos esses blocos assim ligados armazenados em equipamentos interligados através de uma rede de computadores distribuídos (os nós ou *nodes*), para evitar qualquer falha central do sistema.

No modelo de cadeia de blocos, cabe aos nós o encargo de armazenar os registos de uma forma descentralizada. Por sua vez, os utilizadores comunicam-se com os nós através da rede. A conservação dos dados (registos) é feita através da réplica de cadeias de blocos.

Assim, na *blockchain* temos por um lado uma rede de operadores "peer-to-peer" (P2P) e, por outro, o livro-razão (*ledger*), que se nos apresenta como um banco de dados distribuído e descentralizado.

Quando uma mensagem ou dado novo entra na rede, a sua transmissão é operada entre todos os nós de uma rede P2P e os dados confirmados por um processo de consenso (algoritmo) entre os nós que participam na rede, que validam as transações ou registos a adicionar aos blocos e, por isso, são compensados. Esse trabalho de confirmação chama-se mineração e os nós que os fazem são conhecidos como os "mineiros".

A informação é normalmente encriptada e privada, não sendo possível fazer-se o rastreio de quem adicionou essa informação à rede. Contudo, a validade da informação é verificada.

Os nós colaboram no processo de armazenagem, partilham e distribuem o registo descentralizado, o que fazem através de um algoritmo de consenso, que permite comprovar e garantir a validade de cada bloco.

Cada bloco tem um conjunto de elementos, que é definido aquando da criação de cada cadeia de blocos, e que tem as suas caraterísticas próprias (corpos de controlo e de informação) nos quais se armazenam as transações, dados, aplicações, o que seja.

Uma vez completado, cada bloco é adicionado à cadeia, assim se criando uma cadeia de blocos. Note-se que tipicamente um bloco armazena informação relativa a várias operações.

A cada bloco é acrescentada no final uma assinatura ou "hash" do bloco, que é uma chave encriptada e que o liga ao bloco anterior da cadeia. O *hash* inclui o número do bloco atual e o número do próximo bloco da cadeia, bem como a data e o momento em que foi assinado, para além da quantidade de transações incluídas no bloco que está ser adicionado.

Como a cadeia é formada por blocos entrelaçados, logo que os dados estejam publicados, os mesmos tornam-se imutáveis, não podendo ser alterados por nenhum membro ou administrador da rede. Estes registos são assim distribuídos de forma descentralizada pelos utilizadores, que podem adicionar novos dados e vê-los, mas já não modificar os dados existentes.

Este sistema de funcionamento dispensa, por isso, a intervenção de terceiros intermediários e torna as transações extremamente fiáveis.

Os clientes ou utilizadores servem-se de aplicações informáticas específicas para transmitir os dados aos nós, que os validam e comprovam, agrupando essas transações em blocos, que são adicionados à cadeia, que os transmite aos restantes nós.

Aqui, torna-se importante que todos os nós tenham acesso à mesma informação, ao mesmo tempo, para que essa informação esteja sincronizada e seja consistente.

Assim, uma vez acrescentado à rede um novo bloco, o que só pode ser feito por um nó, cabe aos restantes verificar que o processo foi feito de uma forma correta e, feita essa verificação, adicionar também esse bloco à cadeia.

Existem fundamentalmente dois mecanismos de operar esse consenso de validação das transações:

i. (O chamado POW (*Proof of Work*) que é um protocolo destinado a afastar ciber-ataques, pelo qual os nós devem resolver um puzzle matemático para validar o bloco candidato. O primeiro que o conseguir recebe a recompensa de poder adicionar o próximo bloco no topo da cadeia e avisa os demais que confirmam a resolução desse puzzle. Este protocolo exige uma grande capacidade computacional e consumo de energia (num estudo de 2019, reclamava-se que o processo de mineração das Bitcoin gastava o equivalente a 0,2% do consumo de energia a nível mundial e produzia o mesmo dióxido de carbono que uma cidade com cerca de meio milhão de habitantes).

ii. A alternativa é o POS (*Proof of Stake*): este sistema de consenso não só assina um bloco e distribui-o aos demais nós da rede, que o comprovam e replicam, cabendo à rede escolher, através de um algoritmo, qual o nó que deve validar o bloco seguinte. Contudo, a escolha do nó que validará o próximo bloco levará em conta o chamado "ownership

stake" que cada nó detém do ativo a que se refere a transação, embora a percentagem de propriedade desse ativo detido por esse nó também determine a quantidade máxima de blocos que pode validar. Uma vez selecionado o nó que valida o próximo bloco, cabe-lhe criar um novo bloco com os dados fornecidos por todas as partes que queiram adicionar dados à cadeia de blocos, após o que validará que os dados estão corretos antes de adicionar o novo bloco ao topo da cadeia, podendo as demais partes controlar que o bloco adicionado está correto.

Recorde-se que a *blockchain*, embora de criação anterior (pelo menos em conceito – 1991), foi lançada e divulgada em 2007 por Satoshi Nakamoto para o desenvolvimento da criptomoeda chamada Bitcoin.

Embora a *blockchain* se tenha tornado conhecida como associada à Bitcoin, enquanto tecnologia de transmissão de dados, pelo seu imediatismo (dispensando intermediários) e fiabilidade, a verdade é que a *blockchain* tem um campo vastíssimo de aplicações possíveis, como sejam, as criptomoedas (de que falaremos adiante), os serviços financeiros, os processos de registo, no setor da saúde, nos contratos, no direito societário, etc.

E sempre que se pensar em regular os criptoativos, há que ter presente a capacidade de evolução das tecnologias e o quase certo aparecimento de novos sistemas de funcionamento destas tecnologias.

Com efeito, a *blockchain* não é a única tecnologia que permite a transmissão de dados num mundo digital e, mais concretamente, no mundo financeiro.

Em 2018 foi criada a IOTA, que é uma criptomoeda da indústria da internet das coisas (IoT). A IOTA usa o Tangle que é um gráfico acíclico dirigido (DAG – *directed acyclic graph*) para o arquivo das transações.

No sistema Tangle existem dois tipos de participantes: os que emitem transações e os que aprovam as transações. As transações emitidas por nós constituem o "site set" do gráfico Tangle, que é o registo para o arquivo das transações. Assim, os sites são componentes ou partes do gráfico Tangle, contendo uma ou mais transações que se relacionam. Os nós são os utilizadores do IOTA que são elegíveis para emitir transações.

No sistema Tangle não há "mineiros" e a responsabilidade de aprovar novas transações pertence a todos, em especial, aos emitentes de transações. Uma transação emitida de novo deverá aprovar duas transações "antigas", tendo para isso de verificar se não há transações conflituantes. À medida que uma transação receba uma aprovação, torna-se aceite pelo sistema com um maior grau de confiança. Se um nó encontrar uma transação que conflitua com outra, não a aprovará.

O Tangle acaba por ser, no essencial, uma cadeia de transações individuais que estão interligadas umas às outras e arquivadas ou guardadas através uma rede descentralizada de nós que participam no sistema.

3. Os criptoativos

3.1. Em geral

Em 2009, a expressão criptoativo confundia-se com a Bitcoin. Desde então, um número imenso de criptoativos foram criados, com caraterísticas mais ou menos semelhantes e, no início de 2020, calculava-se que existissem mais de 5.000 criptoativos, valendo para cima de USD 250 biliões.

Por definição, um criptoativo recorre à criptografia como seu elemento intrínseco.

Mas se é verdade que um criptoativo é quase sempre registado numa DLT, é igualmente verdade que ativos que recorrem à criptografia podem ser registados em bases de dados diversas das DLTs, pelo que estas não devem ser consideradas um elemento essencial de um criptoativo. Na verdade, estes podem ser registados digitalmente com recurso a outras tecnologias.

Para o BCE (Banco Central Europeu), um criptoativo pode ser definido como um "novo tipo de ativo registado em formato digital e disponível com recurso à criptografia que não é, nem representa, um direito financeiro sobre, ou uma dívida para com, uma determinada entidade".

Para a ESMA (*European Securities and Markets Authority*) e para o FSB (*Financial Stability Board*) um criptoativo é um tipo de ativo de natureza privada que depende prioritariamente de criptografia e DLT ou de uma tecnologia similar, como sendo uma componente do seu valor intrínseco.

Já para a EBA (*European Banking Authority*), para além da caraterística supra apontada da criptografia e DLT, considera que um criptoativo não deve ser emitido ou garantido por um banco central ou uma autoridade pública, e deve poder ser usado como um instrumento de troca e/ou para fins de investimento e/ou para acesso a um bem ou serviço.

Em nosso entender, o facto da emissão ou garantia de um criptoativo provir de uma entidade pública, não deve ser determinante na qualificação desse ativo.

Se um criptoativo (i) for registado num qualquer tipo de livro-razão digital distribuído, que esteja protegido criptograficamente e (ii) puder ser utilizado como um instrumento de troca e/ou para fins de investimento e/ou para dar acesso a um bem ou a um serviço e, tendo todas essas características, for emitido por uma entidade pública, isso não o deve desqualificar como criptoativo.

Assim, não deve ser a entidade que o emite ou garante que deve ser determinante na sua qualificação como criptoativo.

Na verdade, no momento atual, os criptoativos podem ser classificados, quanto ao seu emitente, como soberanos ou privados.

Até ao momento apenas a China emitiu um criptoativo soberano, mas há vários Estados em fase avançada no estudo da criação das chamadas "central bank digital currencies" (CBDCs), entendidas como um valor monetário com registo eletrónico, representando um passivo de um banco

central e que pode ser utilizado para a realização de pagamentos. De notar que nos projetos que estão em curso tem sido sublinhado que a emissão de uma CBDC não estará dependente da utilização de uma tecnologia específica, como seja a DLT.

O renminbi digital (também abreviadamente conhecido como RMB digital e e-CNY) ou *Digital Currency Electronic Payment* (DCEP) é uma moeda digital emitida pelo banco central chinês. Trata-se da primeira moeda digital a ser emitida por uma das maiores economias mundiais, tendo começado os seus testes com o público em abril de 2021. O RMB digital tem curso legal e tem um valor equivalente aos dos demais *Chinese Yuan Renminbi* (CNY), como sejam as notas e moedas.

O RMB digital foi concebido para poder funcionar no mercado doméstico e internacional e pretende ser menos oneroso e mais rápido do que as alternativas atualmente existentes para as transações financeiras, podendo mesmo ser utilizado para transações entre dois dispositivos que não estejam *online*.

No seu estádio atual o RMB digital exige uma conta junto de um banco comercial (no que se afasta do anonimato das demais moedas digitais), mas já se admite que no futuro venha a ser desligado do sistema bancário.

A moeda pode ser transferida para outras contas bancárias ou utilizada diretamente com alguns comerciantes e pode ser controlada via uma app ou através de um telemóvel. Em abril de 2021 já tinham sido efetuados mais de 100.000 *downloads* das apps, que foram desenvolvidas por vários bancos. A utilização desta moeda tornou-se possível em lojas como o McDonald's ou o Starbucks e em algumas plataformas de vendas *online*.

O Banco Popular da China teve ocasião de declarar que o objetivo do lançamento do digital era o de substituir em parte a utilização do dinheiro em espécie (notas e moedas), mas não o de acabar ou substituir os depósitos bancários ou as plataformas de pagamento já existentes.

Na Europa, há a destacar a decisão tomada no dia 14 de julho de 2021 pelo Conselho do Banco Central Europeu de lançar a fase de investigação de projeto do euro digital, que durará 24 meses e deverá abordar matérias como a sua conceção e a sua distribuição, tendo também sido já anunciado que o euro digital complementará o euro em espécie (notas e moedas) e não pretenderá substituí-lo.

Esta decisão vem na sequência dos trabalhos de um grupo de estudos (envolvendo o BCE, os bancos centrais, académicos e o setor privado) nas seguintes áreas: o livro-razão (*ledger*) do euro digital; privacidade e branqueamento de capitais; limites à circulação do euro digital; acesso do utilizador final ao euro digital quando não estiver ligado à internet e promoção da inclusão através de mecanismos apropriados.

Nas experiências realizadas utilizando o *Eurosystem TARGET Instant Payment Settlement* (TIPS) e alternativas como a *blockchain* provaram serem capazes de processar mais de 40.000 transações por segundo.

De acordo com essas experiências, a infraestrutura central do euro digital seria amiga do ambiente, já que nas arquiteturas que foram testadas, a energia utilizada para fazer os testes de milhares de transações por segundo é negligenciável quando comparada com o consumo de energia em criptoativos como a Bitcoin.

Mas se no domínio soberano, ainda estamos numa fase incipiente em matéria de criptoativos (embora estejamos certos de que será apenas uma questão de tempo até os exemplos chinês e europeu serem seguidos), já no campo privado temos uma miríade de criptoativos que, tipicamente, são divididos em duas grandes categorias: as criptomoedas e os *tokens*, havendo ainda uma terceira categoria de criptoativos híbridos, quando reúnem as duas caraterísticas, ou partes delas.

Por seu lado, é habitual dividir as criptomoedas em criptomoedas não colateralizadas (*non-backed crypto currencies*) e criptomoedas estáveis (*stablecoins*).

Já para os *tokens*, há muitas classificações possíveis, mas as mais divulgadas são as que se referem aos *token*s de ativos (*asset backed tokens*), em particular aos *tokens* de valores mobiliários (*security tokens*), também chamados às vezes de *token*s de investimento (*investment tokens*) e aos *tokens* de utilidade (*utility tokens*).

Mas convém reter que não existe na doutrina atual, completa unanimidade no que devam ser as caraterísticas definidoras de cada tipo de criptoativo e que a sua variedade é tal que será sempre muito difícil (se não mesmo impossível) encontrar uma definição que abarque todos os tipos e espécies de criptoativos.

Estamos a lidar com realidades muito jovens, de caraterísticas ainda não totalmente estabilizadas e consolidadas, pelo que o seu tratamento terá sempre de ser dinâmico, no sentido de deixar espaço para as evoluções futuras que essas realidades possam vir a ter.

Vamos então esmiuçar um pouco estas duas grandes categorias de criptoativos de origem privada, começando pelos *token*s.

3.2. Os *tokens*

Os *token*s são representações digitais dos bens e direitos que tenham sido introduzidos ou criados num mundo informático.

Não se trata de algo novo, já que a representação de um direito num determinado instrumento é um fenómeno com centenas de anos. Pense-se nos casos em que determinados documentos podiam representar mercadorias ou outros bens.

Existem três grandes tipos de *tokens*:

i. Os que apenas tenham um existência digital e que apenas representam conceitos, mas que não são diretamente materializáveis (as criptomoedas), embora o seu uso possa garantir o acesso a bens materiais ou serviços;

ii. Os que representam digitalmente direitos que existem fora do mundo digital, mas que são de caráter imaterial (por exemplo alguns direitos de crédito ou direitos incorporados em instrumentos financeiros ou societários); e

iii. Os que tendo embora uma existência digital, representam bens com existência material (por exemplo mercadorias, matérias-primas, etc) e/ou direitos sobre esses bens.

Como já referido, há inúmeras classificações de *token*s, em função de critérios como o seu conteúdo ou finalidade.

As mais divulgadas são as dos *security tokens* e as dos *utility tokens*.

3.2.1. UTILITY TOKENS

Pelos *utility token*s, os seus titulares têm acesso a um produto, aplicação ou serviço, em princípio, disponibilizado através de uma rede, tipicamente uma *blockchain*.

Esses *tokens* estão normalmente restringidos à plataforma criada pelo seu emitente, disponibilizando o acesso a um serviço ou produto desenvolvido pelo seu emitente, mas não são aceites fora dessa rede.

Assim, o seu valor deriva unicamente do valor dos serviços ou produtos a que dão acesso. Por isso, haverá que ver, em cada caso, se não valerá mais a pena adquirir diretamente os serviços ou produtos em causa no mercado tradicional, caso estejam disponíveis.

Mas um *utility token* pode ter valor para um revendedor. Se os investidores tiverem a possibilidade de revender esses *utility tokens* num mercado aberto, a plataforma pode exponenciar o seu valor, bem como os ganhos dos seus utilizadores e investidores. Tudo dependerá do modelo de negócio que estiver instituído.

Os *utility token*s também pretendem tipicamente, através da sua emissão, recolher fundos de investidores, os quais se destinam a custear o desenvolvimento dos produtos ou serviços que serão disponibilizados na plataforma em causa. O seu propósito não é a distribuição de rendimentos, mas a disponibilização do acesso aos produtos ou serviços que o seu emitente se propôs oferecer. Os rendimentos gerados serão tipicamente utilizados no desenvolvimento de atualizações dos serviços ou produtos a que os investidores têm acesso através da plataforma.

3.2.2. SECURITY TOKENS

Um *security token* representa uma parcela de um ativo subjacente, que pode ser, por exemplo, uma empresa, um imóvel ou ouro, ativo esse que pode ser transacionado.

Os *security tokens*, também chamados de *asset backed tokens* são uma representação digital de um ativo (bem ou direito) com existência jurídica própria, sendo que por detrás do investimento

realizado, estará o interesse em receber rendimentos do mesmo. Os *security tokens* são criados e concebidos como investimentos e daí serem também chamados de *investment tokens*.

Naturalmente que se o ativo subjacente a um determinado *security token* for um valor mobiliário, na aceção do nosso Código de Valores Mobiliários, toda a regulamentação relativa a esse valor mobiliário será aplicável, designadamente as regras relativas à sua emissão, custódia e circulação.

Por princípio, os *security tokens*, sendo criptoativos, estarão protegidos criptograficamente e serão transacionados através de uma *blockchain*.

3.3. As criptomoedas

3.3.1. INTRODUÇÃO

Recordamos que já demos nota da existência de criptomoedas sem colateral (*non-backed crypto-currencies*) e criptomoedas estáveis (*stablecoins*).

A expressão criptomoedas leva-nos de imediato a pensar em dinheiro, mais concretamente, em dinheiro digital.

A moeda de um país desempenha três funções (i) serve como meio de troca, que permite aos cidadãos e empresas fazer ou receber os pagamentos relativos às operações ou transações em que sejam partes, (ii) pode ser utilizada como unidade de conta, na qual são fixados os preços de bens e serviços e (iii) ser uma reserva de valor, no sentido de preservar o seu valor para transações no futuro.

Juridicamente, uma moeda com curso legal num país terá poder liberatório, na medida em que permite a qualquer devedor de um valor nessa moeda, o cumprimento das obrigações de pagamento que lhe caibam.

Desde cedo que a emissão das moedas é uma prorrogativa soberana, apenas tendo variado do cunhar de moedas, para a emissão do papel-moeda, o qual devia estar coberto por reservas de ouro equivalentes.

Em 1971, desaparece a convertibilidade de moeda em ouro e o dinheiro passa a estar respaldado pelas contas (presentes e futuras) dos países que emitem a moeda.

O dinheiro torna-se assim uma expressão de confiança nas instituições e na economia de cada país.

Falamos então de moeda fiduciária (ou dinheiro "fiat"), já que não é convertível e o seu valor depende do fator confiança em quem a emitiu.

As moedas fiduciárias são constituídas pelo dinheiro físico (moedas metálicas e papel-moeda) emitido por um país, pelas reservas bancárias, entendidas como saldos detidos pelos bancos co-

merciais nos bancos centrais e pelo dinheiro bancário, ou seja, os saldos que os particulares ou as empresas têm no sistema bancário (*lato sensu*) de um país.

Fica assim intuitivo concluir que grande parte do dinheiro que existe hoje em dia apenas tem representação digital, através de anotações em conta.

Tendo o exclusivo da captação de depósitos e, em alguns países, da concessão de crédito, os bancos são, hoje em dia, os principais criadores de dinheiro.

3.3.2. CRIPTOMOEDAS

Stablecoins

Entre a moeda com curso legal, independentemente da sua forma ou representação, e as criptomoedas sem colateral (*non-backed cryptocurrencies*) temos as chamadas criptomoedas estáveis (*stablecoins*).

A extrema volatilidade das criptomoedas, levou alguns agentes do mercado a tentar conceber um criptoativo que protegesse os investidores das flutuações repentinas e/ou excessivas dos valores investidos nesse criptoativo. O capital levantado era assim investido pelo emitente da moeda em ativos que respaldavam (pelo menos parcialmente) o valor da moeda, de modo a evitar ou contrariar flutuações indesejadas do seu valor de mercado.

Assim, à confiança na tecnologia criptográfica que está na sua base, as *stablecoins* acrescentam a confiança nos ativos escolhidos para o respaldo do valor da criptomoeda.

Por isso, o seu valor não decorre apenas da confiança dos investidores no conceito ou projeto, mas também na qualidade dos ativos que respaldam essa criptomoeda.

Tradicionalmente as emissões de *stablecoins* (que começaram em 2014 com a Thether) têm um emitente devidamente identificado, ou utilizam os serviços de custodiantes licenciados, que podem ser objeto de supervisão pelas entidades regulatórias.

Quanto aos ativos que, de algum modo, colateralizam a moeda, estes podem ser de diversa ordem ou tipo, mas principalmente fundos (na maioria das vezes) e normalmente o USD, mas também o Euro, ou outros ativos como imóveis ou mercadorias.

Diem (ex Libra)

Em junho de 2019, o Facebook anunciou a Libra como sendo uma criptomoeda a ser lançada no primeiro semestre de 2020.

A Libra foi concebida para ser uma *stablecoin* (logo, uma criptomoeda e um criptoativo) colateralizada e cumpridora de todas as exigências regulatórias.

Pela utilização da tecnologia *blockchain*, era objetivo da Libra poder transferir fundos de um lado para o outro com a mesma facilidade e o mesmo custo com que se enviam mensagens de texto ou se partilha uma fotografia, assim também contribuindo para a inclusão financeira.

Na governação da Libra encontramos a Associação Libra, uma instituição sem fins lucrativos, que será a única entidade com o poder de criar ou destruir a Libra.

Os investidores que queiram adquirir Libra terão de a comprar com moeda fiduciária e abrir uma conta Libra ou uma carteira Libra (Libra *wallet*) num custodiante Libra ou numa plataforma autorizada. São estas plataformas que vendem a Libra aos investidores ou a trocam novamente por moeda fiduciária. O conjunto dos valores entregues para a compra da Libra formam a reserva Libra, que serve de colateral à moeda emitida e que é investida num cabaz de moedas fiduciárias e em dívida soberana de curto prazo.

A Libra não é um sistema de registo totalmente descentralizado, na medida em que a Associação Libra funciona como um órgão de governo central, que terá também como função a palavra final na confirmação e validação de transações.

Para suportar o lançamento da Libra, o Facebook criou uma filial, a Calabria, cujo objetivo era a criação de uma aplicação informática (App) e uma carteira digital que permitiria o desenvolvimento da carteira digital baseada na Libra.

A Libra é o primeiro projeto de criptomoeda com uma autorização verdadeiramente global e, também por isso, não teve uma adesão entusiástica dos reguladores.

Com as críticas dos reguladores e autoridades centrais, a Libra perdeu muitos dos seus parceiros iniciais (por ex.: PayPal, Visa, eBay, Mastercard, Stripe, etc.) e o projeto está a ser reequacionado. Por outro lado, a Facebook já alterou o nome da Calabria para Novi e, no final de 2020, a Libra foi substituída pelo Diem.

Acreditamos que, à medida que avançam os projetos de CBDCs anteriormente referidos, estas novas formas de dinheiro emitidas pelos bancos centrais irão certamente merecer um tratamento mais favorável do que iniciativas privadas, como a Libra/Diem.

3.3.3. CRIPTOMOEDAS SEM COLATERAL (*NON-BACKED CRYPTOCURRENCIES*)

As criptomoedas mais divulgadas são as chamadas criptomoedas sem colateral (*non-backed cryptocurrencies*) que, como o nome indica, são criptoativos sem qualquer respaldo de ativos que lhes sirvam de suporte de valor.

As criptomoedas são um subtipo das moedas digitais, que pretendem ser um instrumento de troca com representação digital e com recurso a tecnologias de bases de dados descentralizadas (DLTs), tipicamente com recurso à *blockchain* e que procedem ao registo das moedas detidas por cada investidor e das transações realizadas sobre as mesmas.

A criptomoeda mais conhecida é a Bitcoin, criada em 2009, sendo que depois dela já existem para cima de 6.000 outras criptomoedas.

Uma das maiores vantagens da Bitcoin é que permite a transferência de fundos em muito pouco tempo e com custos muito reduzidos.

Pela utilização da *blockchain*, a Bitcoin consegue (i) ser descentralizada, não sendo por isso controlada por uma só entidade ou autoridade, (ii) ser anónima, já que a identidade do utilizador se esconde atrás da sua assinatura digital e (iii) segurança nos registos, já que as transações se tornam irreversíveis, para efeitos de *blockchain*.

A aquisição de Bitcoins pode ser feita através da sua compra numa plataforma ou diretamente junto de outro indivíduo / entidade (transações *over-the-counter*). As compras através de uma plataforma normalmente exigem a identificação do comprador (nome, email e telefone), o mesmo se passando quando o pagamento é feito com cartão de crédito ou por transferência bancária.

Uma vez comprada uma Bitcoin, no mundo Bitcoin apenas haverá um endereço Bitcoin (a chave pública) e uma chave privada, a qual permite o encriptar de assinaturas digitais. Sem a chave privada perde-se o acesso às Bitcoins detidas.

Torna-se assim essencial o arquivo ou conservação da chave privada, arquivo esse que pode ser online numa carteira digital (*digital wallet*) ou offline, numa carteira criada no nosso computador (*desktop wallet*), numa drive USB ou numa folha de papel.

A chave pública, ou endereço Bitcoin, é uma sequência aleatória de números e de letras que é uma espécie de cofre transparente; os outros podem ver o que está lá dentro, mas o seu conteúdo só pode ser movimentado através da chave privada.

Se um utilizador quiser enviar uma Bitcoin para outro utilizador, deverá enviar uma mensagem para o sistema, que deverá conter (i) a parte da transação através da qual essa Bitcoin foi enviada para o seu endereço Bitcoin, (ii) a quantidade de bitcoins que pretende enviar e (iii) a chave pública do destinatário.

A transação é assim divulgada na rede Bitcoin e cabe aos nós (mineiros) verificar que as chaves do ordenador lhe dão acesso ao(s) endereço(s) de onde provieram as Bitcoins que pretende remeter.

A "mineração" é realizada por blocos e não por transações individuais e requer um esforço computacional muito elevado, já que exige a resolução de puzzles computacionais muito difíceis para se descobrir um novo bloco, que depois é adicionado à cadeia de blocos, o que permite ao mineiro ser recompensado com algumas Bitcoins. E é esse o incentivo dos mineiros, para o esforço computacional que têm de desenvolver.

No sistema Bitcoin, o mecanismo a que se recorre para evitar a dupla utilização (*double spend*) usa uma função (o *hash*), que é um algoritmo (*Proof of Work* ou PoW) que transforma um grande número de informações numa sequência numérica hexadecimal de tamanho fixo. O *hash* de um bloco é uma espécie de impressão digital desse bloco. Só quando o mineiro encontrar o *hash*

correto é que ganha o direito a adicionar um novo bloco à rede, após o que os outros nós da rede irão atualizar as suas *blockchain*, acrescentando o bloco que acabou de ser criado.

E isso conclui a transação dessa(s) Bitcoin(s).

4. Algumas breves considerações jurídicas a propósito de criptoativos

4.1. Perspetiva privada

Numa perspetiva civilista, um criptoativo será uma coisa, na medida em que pode ser objeto de relações jurídicas (art. 202º Código Civil), móvel (art. 205º Código Civil) e tipicamente fungível (art. 207º Código Civil).

À data de hoje, entendemos que um criptoativo estará sempre consubstanciado numa anotação em conta, tipicamente, num *ledger*.

O livro-razão é criado pelo emissor do criptoativo, sendo que depois o mesmo pode evoluir para um modelo centralizado (ex.: a Diem) ou para um modelo descentralizado (a Bitcoin).

Esses registos ou anotações em conta estarão tipicamente incorporados num *token*, que os representa, mas que não se confundem com o direito (ou coisa) subjacente.

O *token* acaba por ser uma espécie de ficção jurídica, na medida em que se pode confundir com o direito que "vive" nele, tal como, de certo modo, acontece com os títulos de mercadorias.

Ainda que o *token* nos dê acesso ao direito nele representado, por exemplo a ação de uma sociedade, não se deve confundir com o ativo subjacente. Mas convém reter que haverá situações em que só através do *token* se conseguirá ter acesso ao direito ou ativo subjacente.

O *token* é a representação digital de um direito com conteúdo patrimonial sobre uma coisa, por exemplo um imóvel, ou sobre um direito, por exemplo o direito à prestação de um serviço. O *token* pode ainda representar um direito com caráter pecuniário sobre o emissor quando esteja presente a possibilidade da sua troca por moeda com curso legal. Naturalmente que o *token* pode, por fim, representar uma combinação destes diferentes tipos de direitos.

Acompanhando outros autores, cremos que se deverá distinguir o processo de criação e subscrição de um *token*, do processo de representação digital do ativo subjacente nesse *token*.

O negócio jurídico relativo à criação do *token* é determinado pelo direito que se pretende criar. Assim, se o direito que esteja representado no *token* respeita ao domínio dos instrumentos financeiros ou dos valores mobiliários, pois serão estas as normas a que se deve atender aquando da criação do direito em causa. O mesmo se diga se o direito em causa tiver uma natureza societária, dinheiro eletrónico, etc.

Em cada um destes casos, há que prestar sempre atenção a todo o conjunto de normas vigentes ou aplicáveis nas áreas do direito em causa, bem como àquelas normas que, de algum modo, sejam transversais ao nosso ordenamento jurídico, como a proteção dos dados privados, a defesa do consumidor e o branqueamento de capitais.

Mas o próprio processo de criação de direitos, digitalmente representados, não pode alhear-se das normas imperativas relativas a esse tipo específico de direitos. Estamos a pensar, por exemplo, na impossibilidade de criação de outros direitos reais para além dos que já constam da lei (cfr. art. 1306º Código Civil - «Numerus clausus») (sem prejuízo das discussões doutrinárias à volta desta taxatividade de direitos reais).

Assim, no momento da criação de um direito que se pretenda vir a ser digitalmente representado por um *token*, há que ver se o direito estabelecido permite a criação desse direito e em que condições o mesmo poderá ser exercido e reconhecido pelas normas que o regulam, sob pena de se estar a criar uma representação digital de um direito meramente virtual ou de um não-direito.

Por exemplo, face ao direito atualmente instituído, não se vê como se poderiam criar *token*s que representassem direitos sociais numa sociedade anónima portuguesa que não respeitassem integralmente o processo de criação desses direitos, quando o mesmo está perfeitamente estabelecido na lei. E se o *token* pretendesse criar um direito de cariz societário não seguindo esse processo estabelecido na lei, a eficácia desse direito ficaria altamente comprometida, já que não seria oponível "erga omnes" (e talvez até mesmo em relação ao criador do *token* – tudo dependeria do "direito" em causa). Mas, por exemplo, já nada impede a criação de *token*s que representassem direitos de expressão económica derivados da expetativa de rendimentos das ações de uma sociedade.

No negócio jurídico relativo à representação digital do ativo no *token*, cabe ao emitente determinar, sempre que as mesmas não sejam impostas na lei, as regras a que obedece a representação digital dos ativos subjacentes e a que regras vai obedecer a transmissão e negociação dos mesmos.

Naturalmente, sempre que o ativo tiver um perfil financeiro e, como tal, deva obedecer a um determinado normativo, essas regras estarão fixadas antecipadamente.

Por uma declaração de vontade, o emitente determina, se não o conteúdo do direito a representar digitalmente, pelo menos que direitos serão objeto de representação digital, eventualmente, no que consistem esses direitos, quantos *token*s serão emitidos, a data de emissão, o preço de subscrição, os termos e condições de subscrição, as condições de resgate ou reembolso, qual a tecnologia utilizada para o registo do direito (*blockchain* ou outra), como e onde se comercializam os *token*s emitidos, direito aplicável à emissão (que pode ser diferente do direito aplicável ao ativo subjacente) e toda a demais panóplia de regras aplicáveis (sistemas de votos, etc.) em função do ativo subjacente e/ou do direito representado digitalmente.

Naturalmente que a legitimidade e capacidade do emitente e a validade da forma de declaração negocial e do seu conteúdo, serão aferidas pelo direito aplicável à emissão e ao ativo subjacente.

Na medida em que o *token* permite ou determina que resulte do registo (*ledger*) relativo a essa emissão quem é o titular desse *token*, esse mesmo *token* vai também servir de prova do direito do seu titular, o que confere ao *token* um efeito legitimador. Esse efeito é normalmente acionado pelas chaves (pública e privada) que estão na posse do investidor/titular. Contudo, há que sublinhar que os assentos dos registos de uma DLT têm um efeito legitimador e probatório de um simples documento particular (cfr. os artigos 362º e 373º do Código Civil e o nº 5 do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, que aprova o regime jurídico dos documentos eletrónicos e da assinatura digital, o qual dispõe que: *O valor probatório dos documentos electrónicos aos quais não seja aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos neste diploma é apreciado nos termos gerais de direito.*).

Se recordarmos o processo de criação dos blocos e da confirmação/validação de cada transação (cfr. § 2 supra), ficam evidentes as dificuldades em responder a temas relativos à aplicação das regras sobre proposta contratual e aceitação, da capacidade dos intervenientes, do momento da conclusão do negócio, da aplicação das regras sobre o erro, de temas relativos à prova, do incumprimento (nomeadamente nos casos dos *utility tokens*), da titularidade ou propriedade (a sua prova e o seu exercício, incluindo reclamação ou reivindicação junto de terceiros), do exercício judicial de todos estes direitos, de proteção dos credores dos investidores (como se faz uma penhora?).

Como é por demais evidente, todos estes temas têm de ter um enquadramento jurídico próprio, que tanto pode ser o aplicável a todos os outros negócios realizados no mundo não digital, como pode ter especificidades próprias do mundo digital.

4.2. Perspetiva pública

Os criptoativos levantam várias questões no que concerne à sua regulação, cada uma delas a justificar um estudo próprio, mas que nesta sede nos limitaremos a enunciar.

O desafio regulatório é imenso. Na verdade, sendo os criptoativos realidades digitais, a sua conceção radica em fenómenos como (i) o imediatismo, no sentido de se pretender prescindir de intermediários, (ii) a transnacionalidade ou universalidade, na medida em que podem ser subscritos e transacionados a partir de qualquer ponto do globo e, em muitos casos, (iii) a desregulação, já que, com exceção dos casos em que os criptoativos são claramente classificados como valores mobiliários ou produtos financeiros, tendencionalmente os seus criadores não estão muito focados ou preocupados com o enquadramento jurídico das diversas componentes de cada transação ou negócio jurídico, o que leva a uma (quase total) ausência de um tratamento jurídico adequado a cada situação. Assim, esse tratamento jurídico adequado só poderá existir se o criptoativo for, ou puder ser, classificado como ativo financeiro, uma modalidade de *e-money*, ou qualquer outro tipo de ativo cujo nascimento e vida esteja coberta por uma legislação específica.

Para os demais criptoativos, há que dissecar o modelo de negócio para se apreender que partes ou matérias devem merecer uma tutela jurídica condigna.

Tipicamente assistimos (para além dos criadores dos criptoativos) à intervenção das plataformas de troca ou de compra e venda desses ativos – as chamadas "exchanges", mas também à intervenção das empresas que de alguma forma colaboram ou assistem na emissão, colocação e circulação dos ativos e dos *token*s (empresas de custódia e depósito dos *token*s, de compensação e liquidação de *token*s, e da avaliação e registo dos mesmos).

Haverá que pensar se não será esta a "porta de entrada" do legislador / regulador neste mundo digital, pois que se é verdade que o objetivo primeiro que preside à criação de criptoativos é o seu imediatismo (dispensa de intermediários), a verdade é que (i) em muitos casos a subscrição ou aquisição dos criptoativos deve começar por uma operação de transferência a partir de uma conta de depósito de dinheiro "fiat" numa instituição de crédito regulada e, (ii) acresce que a participação nestas operações das empresas que operam as plataformas e das empresas que fornecem os serviços de custódia, liquidação e depósito de *token*s, podem permitir alguma visibilidade e tangibilidade do lado dos agentes destes mercados e, por aí, introduzir uma maior dignidade jurídica a todas estas realidades.

Será uma tarefa incessante e altamente consumidora de serviços e recursos, pois que haverá que monitorizar constantemente os agentes do mercado, os respetivos produtos e modelos de negócio, para se detetar onde haverá um défice de regulação e/ou de prestação jurídica adequada para todos esses agentes do mercado, em particular, os investidores ou utilizadores.

O objetivo nunca poderá ser o de limitar, constranger ou dificultar o aparecimento de novos produtos ou tecnologias no mundo digital, mas tão só o de dar a todos esses desenvolvimentos um enquadramento jurídico adequado que proteja todos os *stakeholders*: investidores, emitentes, prestadores de serviços, utilizadores, autoridades públicas e a própria economia de cada país.

Mas não nos deixemos iludir: a indústria dos criptoativos tem vivido anos de uma liberdade desenfreada e irá reagir a toda e qualquer tentativa de "formatação" dos seus produtos, serviços e modelos de negócio. Por isso, o desafio tem de ser sentido e vivido por todos os países, eventualmente com sanções sérias para quem persistir em viver fora dos enquadramentos que vierem a ser fixados, para que os "buracos negros" do edifício legal não sejam perniciosamente explorados por agentes menos escrupulosos e para que não se assista a um "legis shopping" desequilibrante.

Só com a colaboração de todos os países se podem ultrapassar as dificuldades regulatórias que decorram da transnacionalidade e volatilidade geográfica do fenómeno dos criptoativos, onde cada interveniente pode estar localizado num país ou ambiente muito diversos, ou não ser sequer capaz de ser encontrável.

Sobre os legisladores recai o ónus de encontrarem soluções juridicamente viáveis para que o mundo digital em geral e dos criptoativos em especial não se transforme num mundo totalmente desregulado, mas antes ao qual continuam a ser aplicáveis as normas em vigor em matéria de proteção de dados, de proteção do consumidor/investidor, de branqueamento de capitais (e todos sabemos a importância que este tema tem no mundo dos criptoativos), da regulação dos serviços financeiros, de ciber-segurança, de fiscalidade, da insolvência, etc.

É verdade que já alguma coisa foi feita, nomeadamente no tema do branqueamento de capitais, mas todavia há um enorme trabalho pela frente, sendo que a conciliação de interesses e posições dos diversos Estados poderá vir a ser uma das maiores barreiras a que teremos de fazer face.

Temos ainda por verdades axiomáticas que, todas as tentativas de regulação destas matérias não podem ser entraves aos desenvolvimentos tecnológicos que irão surgir, bem pelo contrário, devem acompanhar esses desenvolvimentos e que, para que esse exercício possa ter sucesso, os legisladores terão de ter sempre uma mente aberta que pode passar, inclusive, pela criação de novos conceitos técnico-jurídicos e novos paradigmas legais.

O MiCA, que vamos ver já de seguida, é a primeira tentativa de resposta holística por parte do legislador europeu e, como tal merece ser visto com atenção e acarinhado.

5. O MiCA

5.1. Introdução

No dia 24.9.2020 foi publicado pela Comissão Europeia uma Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos mercados de criptoativos, que ficou conhecida como MiCA (*Markets in Crypto-Assets*).

O MiCA é a primeira tentativa séria de regular de um modo abrangente o mercado dos criptoativos e, só por isso, deve ser saudada.

Nesta parte do nosso texto vamo-nos dedicar exclusivamente ao MiCA, sendo que o objetivo é transmitir uma ideia, genérica é certo, por um lado, das matérias que há para regular nestes mercados e, por outro lado, que soluções ou regras devemos esperar relativamente a tais matérias.

Com efeito, os criptoativos não são, na sua maioria, abrangidos pelo âmbito de aplicação da legislação relativa aos serviços financeiros a nível da UE, pelo que não estão sujeitos às disposições sobre a proteção dos consumidores e dos investidores ou sobre a integridade do mercado, entre outras, embora suscitem riscos a esse nível. Por outro lado, vários Estados-Membros promulgaram já legislação relacionada com os criptoativos, o que tem levado a uma fragmentação do mercado.

Assim, e face a tentativas parcelares de alguns Estados-Membros de regularem as matérias relativas aos criptoativos e ao risco daí decorrente de um mercado único fragmentado e a funcionar a diferentes velocidades, a Comissão veio apresentar um conjunto de soluções com o objetivo de as mesmas se poderem impor e aplicar do mesmo modo em qualquer Estado-Membro.

Daí o recurso à figura do Regulamento que, como é sabido, não requer transposição para as ordens jurídicas de cada país, aplicando-se diretamente em todos eles.

Deste modo, empresas e investidores sabem que o quadro jurídico em que atuam é uniforme em todos os países.

Vamos levar-vos a uma visita guiada ao MiCA, tentando apresentar as suas notas mais distintivas e estruturantes.

OS OBJETIVOS DO MICA

O MiCA tem quatro grandes objetivos:

i. **O primeiro objetivo diz respeito à segurança jurídica**. Para que os mercados de criptoativos se desenvolvam na UE, é necessário um quadro jurídico sólido, que defina claramente o tratamento regulamentar de todos os criptoativos não abrangidos pela atual legislação em matéria de serviços financeiros.

ii. **O segundo objetivo consiste em apoiar a inovação**. Para promover o desenvolvimento dos criptoativos e a utilização mais generalizada da DLT, é necessário implementar um quadro seguro e proporcionado a fim de apoiar e inovação e a concorrência leal.

iii. **O terceiro objetivo passa por incorporar níveis adequados de integridade do mercado e de proteção dos consumidores e investidores**, uma vez que os criptoativos não abrangidos pela atual legislação em matéria de serviços financeiros acarretam muitos dos riscos que também se colocam com os instrumentos financeiros mais habituais.

iv. **O quarto objetivo consiste em assegurar a estabilidade financeira**. Os criptoativos estão em constante evolução. Embora o âmbito e a utilização de alguns sejam bastante limitados, outros, como a categoria emergente de «criptomoedas estáveis», são passíveis de se tornarem amplamente utilizados e sistémicos. O MiCA pretende incluir salvaguardas para dar resposta aos potenciais riscos que as «criptomoedas estáveis» podem acarretar para a estabilidade financeira e para uma política monetária harmoniosa.

Convém contudo reter que o MiCA não esgota o tema dos criptoativos e das DLTs, havendo que ter presente a existência de outras iniciativas das autoridades europeias (e nacionais).

Em termos sistemáticos, o MiCA (que tem um total de 126 artigos) seguiu a seguinte estrutura:

A. **Título I - Objeto, âmbito de aplicação e definições (artigos 1º a 3º)** – este Título esclarece o que o MiCA vem regular, a quem ou a quê se aplicam (ou não se aplicam) as regras dele constantes e contém um conjunto de definições (28).

B. **Título II - Criptoativos que não sejam criptofichas referenciadas a ativos ou criptofichas de moeda eletrónica (artigos 4º a 14º)** - este Título regula a emissão e a negociação numa plataforma destes criptoativos.

C. **Título III - Criptofichas referenciadas a ativos (artigos 15º a 42º)** - este Título regula a emissão e a negociação numa plataforma de criptofichas referenciadas a ativos, incluindo as regras relativas às autorizações para a sua emissão, aos mecanismos de governação dos emitentes, à reserva e custódia de ativos, à aquisição dos emitentes e às emissões de criptofichas referenciadas a ativos significativas.

D. **Título IV: Criptofichas de moeda eletrónica (artigos 43º a 52º)** - este Título vem fixar as particularidades a que devem obedecer a emissão e a negociação numa plataforma de criptofichas de moeda eletrónica, incluindo as criptofichas de moeda eletrónica significativas.

E. **Título V: Autorização e condições de funcionamento para prestadores de serviços de criptoativos (artigos 53º a 75º)** – o Título V regula (i) a autorização dos prestadores de serviços de criptoativos, (ii) as obrigações a que os mesmos estão sujeitos na sua atividade, (iii) e as condições para a aquisição de prestadores de serviços de criptoativos.

F. **Título VI: Prevenção dos abusos de mercado ligados a criptoativos (artigos 76º a 80º) –** neste Título esclarece-se o que se entende por abusos do mercado (abuso de informação privilegiada e manipulação de mercado) e proíbem-se todas as condutas que possam levar a tal.

G. **Título VII: Autoridades competentes, EBA e ESMA (artigos 81º a 120º) -** neste Título esclarecem-se as competências das diversas autoridades competentes e como as mesmas devem articular os seus comportamentos e atuações.

H. **Título VIII: Atos delegados e atos de execução (artigo 121º).**

I. **Título IX: Disposições transitórias e finais (artigos 122º a 126º).**

Não nos é possível, por limitação de espaço, abordar todos os capítulos do MiCA, pelo que optámos por nos concentrar nas matérias relativas aos Títulos I a V.

5.2. Título I - Objeto, âmbito de aplicação e definições (artigos 1º a 3º)

Este Título esclarece o que o MiCA vem regular, a quem ou a quê se aplicam (ou não se aplicam) as regras dele constantes e contém um conjunto vasto de definições (28).

Assim, logo no seu artigo 1º, o MiCA informa que vem estabelecer requisitos uniformes no que diz respeito às seguintes matérias:

i. Requisitos de transparência e divulgação para a emissão e admissão à negociação de criptoativos;

ii. Autorização e supervisão de prestadores de serviços de criptoativos, emitentes de criptofichas referenciadas a ativos e emitentes de criptofichas de moeda eletrónica;

iii. Operação, organização e governação dos emitentes de criptofichas referenciadas a ativos, emitentes de criptofichas de moeda eletrónica e prestadores de serviços de criptoativos;

iv. Regras de proteção do consumidor no que respeita à emissão, negociação, troca e custódia de criptoativos;

v. Medidas de prevenção de abusos de mercado destinadas a assegurar a integridade dos mercados de criptoativos.

O artigo 2º, por um lado, fixa um âmbito subjetivo de aplicação positivo (todas as pessoas que emitem criptoativos ou prestam serviços de criptoativos na União) e outro negativo (BCE e bancos centrais nacionais, BEI, empresas de seguros, liquidatários e administradores de insolvência, prestadores de serviços de criptoativos intra-grupo, Fundo Europeu de Estabilidade Financeira e Mecanismo Europeu de Estabilidade e organizações internacionais públicas) e, por outro lado, estabelece a sua não aplicação a criptoativos que sejam comparáveis aos seguintes produtos: instrumentos financeiros (na aceção da Diretiva 2014/65/UE), moeda eletrónica (na aceção da Diretiva 2009/110/CE), depósitos (na aceção da Diretiva 2014/49/UE), depósitos estruturados (na aceção da Diretiva 2014/65/UE) e ativos titularizados (na aceção do Regulamento (UE) n.º 2017/2402), já que, quando tal acontecer, serão essas as normas a aplicar, em primeira mão, a esses criptoativos.

O terceiro e último artigo deste Título I, traz-nos uma série de definições (28), das quais nos permitimos destacar as seguintes:

A. «Tecnologia de registo distribuído» ou «DLT», um tipo de tecnologia que permite o registo distribuído de dados cifrados;

B. «Criptoativo», uma representação digital de valor ou de direitos que pode ser transferida e armazenada eletronicamente, recorrendo à tecnologia de registo distribuído ou a outra tecnologia semelhante;

C. «Criptoficha referenciada a ativos», um tipo de criptoativo que procura manter um valor estável por referência ao valor de várias moedas fiduciárias com curso legal, uma ou várias mercadorias ou um ou vários criptoativos, ou a uma combinação desses tipos de ativos;

D. «Criptoficha de moeda eletrónica», um tipo de criptoativo cujo objetivo principal é ser utilizado como meio de troca e que procura manter um valor estável por referência ao valor de uma moeda fiduciária com curso legal;

E. «Criptoficha de consumo», um tipo de criptoativo destinado a fornecer acesso digital a um bem ou serviço, disponível através da DLT, e aceite apenas pelo emitente dessa criptoficha;

F. «Emitente de criptoativos», uma pessoa jurídica que oferece ao público qualquer tipo de criptoativos ou procura obter a admissão de tais criptoativos numa plataforma de negociação de criptoativos;

G. «Serviço de criptoativo», qualquer um dos serviços e atividades enumerados abaixo, relacionados com qualquer criptoativo:

   • Custódia e administração de criptoativos por conta de terceiros;

   • Operação de uma plataforma de negociação de criptoativos;

- Troca de criptoativos por moeda fiduciária com curso legal;
- Troca de criptoativos por outros criptoativos;
- Execução de ordens relativas a criptoativos em nome de terceiros;
- Colocação de criptoativos;
- Receção e transmissão de ordens relativas a criptoativos em nome de terceiros;
- Aconselhamento em matéria de criptoativos;

H. «Custódia e administração de criptoativos por conta de terceiros», a conservação ou controlo, por conta de terceiros, de criptoativos ou dos meios de acesso a esses criptoativos, quando aplicável sob a forma de chaves criptográficas privadas;

I. «Operação de plataformas de negociação de criptoativos», a gestão de uma ou mais plataformas de negociação de criptoativos, nas quais vários interesses de compra e venda de criptoativos de terceiros podem interagir resultando num contrato com vista à troca de um criptoativo por outro ou de um criptoativo por moeda fiduciária com curso legal;

J. «Colocação de criptoativos», a comercialização de criptoativos recém-emitidos ou de criptoativos já emitidos mas não admitidos à negociação numa plataforma de negociação de criptoativos, destinada a determinados compradores e que não pressupõe uma oferta pública ou uma oferta aos detentores existentes dos criptoativos;

K. «Prestação de aconselhamento sobre criptoativos», consiste em oferecer, apresentar ou concordar em apresentar recomendações personalizadas ou específicas a um terceiro, a pedido do terceiro ou por iniciativa do prestador de serviços de criptoativos que presta o aconselhamento, sobre a aquisição ou a venda de um ou mais criptoativos, ou a utilização de serviços de criptoativos;

L. «Órgão de administração», o órgão de um emissor de criptoativos, ou de um prestador de serviços de criptoativos, nomeado de acordo com o direito nacional, com poderes para estabelecer a estratégia, os objetivos e a orientação geral da entidade e que supervisiona e acompanha a tomada de decisões em matéria de gestão e inclui as pessoas que dirigem efetivamente as atividades da entidade;

M. «Ativos de reserva», o cabaz de moedas fiduciárias com curso legal, mercadorias ou criptoativos que garante o valor das criptofichas referenciadas a ativos, ou o investimento desses ativos.

5.3. Título II - Criptoativos que não sejam criptofichas referenciadas a ativos ou criptofichas de moeda eletrónica (artigos 4º a 14º)

Este Título regula a emissão e a negociação numa plataforma destes criptoativos.

Convém ter presente que neste Título II estamos a lidar com todos os criptoativos que não sejam criptofichas referenciadas a ativos ou criptofichas de moeda eletrónica – trata-se assim de uma categoria de criptoativos residual, definida por exclusão, mas que nem por isso deve ser subestimada em termos de importância e dos volumes que pode significar.

O artigo 4º esclarece-nos sobre quais as condições prévias para que estes criptoativos possam ser emitidos e/ou admitidos numa plataforma de negociação de criptoativos.

Assim temos como condições que:

i. o emitente seja uma pessoa jurídica (singular ou coletiva) que

   - atue com honestidade, equidade e profissionalismo;
   - comunique com os detentores de ativos com criptoativos de forma equitativa, clara e sem induzir em erro;
   - previna, identifique, gira e divulgue quaisquer conflitos de interesse que possam surgir;
   - mantenha todos os seus sistemas e protocolos de acesso de segurança de acordo com as normas aplicáveis da União.

ii. tenha sido elaborado um livro branco relativamente a esses criptoativos, o qual deverá ter sido notificado às autoridades competentes e publicado.

Como sempre há exceções relativamente a estas exigências, as quais não se aplicam em diversas situações, das quais destacamos:

A. criptoativos serem oferecidos gratuitamente;

B. Os criptoativos serem únicos e não fungíveis com outros criptoativos;

C. Os criptoativos serem oferecidos a menos de 150 pessoas singulares ou coletivas por Estado-Membro, quando essas pessoas atuam por conta própria;

D. O valor total de uma oferta pública de criptoativos na União não exceda, ao longo de um período de 12 meses, 1 000 000 EUR, ou o montante equivalente noutra moeda ou em criptoativos;

E. A oferta pública de criptoativos se destine exclusivamente a investidores qualificados e os criptoativos só possam ser detidos por esses investidores qualificados.

Como vimos, uma das condições para a emissão de criptoativos que não sejam criptofichas referenciadas a ativos ou criptofichas de moeda eletrónica é a elaboração de um livro branco sobre os criptoativos que se pretendem emitir.

Sublinhe-se desde já que a existência de um livro branco vai ser uma exigência transversal a todos os criptoativos, apenas variando um pouco o seu conteúdo.

Nos termos do artigo 5º, o livro branco sobre criptoativos, deve incluir as seguintes informações, que devem ser devem ser corretas, claras e não suscetíveis de induzir em erro:

A. Uma descrição detalhada do emitente e uma apresentação dos principais participantes envolvidos na conceção e no desenvolvimento do projeto;

B. Uma descrição circunstanciada do projeto do emitente, do tipo de criptoativo a oferecer ao público ou cuja admissão à negociação é solicitada, das razões subjacentes à oferta dos criptoativos ao público ou ao pedido de admissão à negociação e da utilização prevista da moeda fiduciária ou outros criptoativos obtidos por meio da oferta pública;

C. Uma descrição circunstanciada das características da oferta pública, nomeadamente o número de criptoativos a emitir ou para os quais se pretende a admissão à negociação, o preço de emissão dos criptoativos e os termos e condições de subscrição;

D. Uma descrição circunstanciada dos direitos e obrigações inerentes aos criptoativos e dos procedimentos e condições de exercício desses direitos;

E. Informações sobre a tecnologia subjacente e as normas aplicadas pelo emitente de criptofichas de moeda eletrónica que permitem a detenção, o armazenamento e a transferência desses criptoativos;

F. Uma descrição circunstanciada dos riscos relativos ao emitente dos criptoativos, aos criptoativos, à oferta pública dos criptoativos e à implementação do projeto;

G. Os elementos de divulgação especificados no Anexo I do MiCA e que cobrem as matérias de (i) informação geral sobre o emitente, (ii) informação sobre o projeto, (iii) informação sobre a oferta ao público do criptoativo ou da sua admissão à negociação numa plataforma de negociação de criptoativos, (iv) direitos e obrigações inerentes ao criptoativo, (v) informação sobre a tecnologia tecnologia que está na base do criptoativo e (vi) riscos relativos ao emitente, à oferta, ao criptoativo, à implementação do projeto e à tecnologia utilizada;

H. Uma declaração clara e inequívoca no sentido de que:

   - Os criptoativos podem perder parcial ou totalmente o seu valor;
   - Os criptoativos podem não ser sempre transferíveis;
   - Os criptoativos podem não ser líquidos;

I. Nos casos em que a oferta pública diga respeito a criptofichas de consumo, essas criptofichas de consumo não podem ser trocadas pelo bem ou serviço prometido no livro branco sobre criptoativos, especialmente em caso de falha ou interrupção do projeto;

J. Deve ainda conter a seguinte declaração: «O emitente dos criptoativos é o único responsável pelo conteúdo do presente livro branco sobre criptoativos. O presente livro branco sobre criptoativos não foi revisto ou aprovado por nenhuma autoridade competente de nenhum Estado-Membro da União Europeia»; e,

K. Não deve conter quaisquer afirmações sobre o valor futuro dos criptoativos, para além da declaração referida supra na alínea (h), exceto se o emitente desses criptoativos puder garantir esse valor futuro.

O livro branco deve ainda incluir um resumo que, de forma sucinta e numa linguagem não técnica, forneça informações essenciais sobre a oferta pública de criptoativos ou sobre a pretendida admissão de criptoativos à negociação numa plataforma de negociação de criptoativos e, em especial, sobre os elementos essenciais dos criptoativos em causa. O formato e o conteúdo do resumo do livro branco sobre criptoativos devem prestar, conjuntamente com o livro branco sobre criptoativos, informação apropriada sobre os elementos essenciais dos criptoativos em questão, para permitir que os potenciais compradores dos criptoativos tomem uma decisão informada. O resumo deve também conter uma advertência no sentido de que:

- Deve ser entendido como uma introdução ao livro branco sobre criptoativos;
- O potencial comprador deve basear qualquer decisão de compra de um criptoativo no conteúdo da totalidade do livro branco sobre criptoativos;
- A oferta pública de criptoativos não constitui uma oferta ou solicitação de venda de instrumentos financeiros e qualquer oferta ou solicitação de venda de instrumentos financeiros só pode ser feita através de um prospeto ou outros documentos de oferta nos termos do direito nacional;
- O livro branco sobre criptoativos não constitui um prospeto na aceção do Regulamento (UE) 2017/1129 ou outro documento de oferta nos termos da legislação da União ou do direito nacional.

Por seu turno, as comunicações comerciais relativas a uma oferta pública de criptoativos devem cumprir todas as seguintes condições:

- Devem ser claramente identificadas como tal;
- As informações nelas incluídas devem ser corretas, claras e não suscetíveis de induzir em erro e devem ser coerentes com a informação do livro branco sobre criptoativos;
- Devem mencionam claramente que foi publicado um livro branco sobre criptoativos e indicar o endereço do sítio Web do emitente dos criptoativos em questão.

Tanto o livro branco, como as comunicações comerciais, não estão sujeitos a aprovação prévia pelas autoridades competentes, mas devem ser-lhes notificados pelo menos 20 dias úteis antes da publicação do livro branco.

A notificação do livro branco deve explicar por que razões o criptoativo não deve ser considerado como (i) um instrumento financeiro, (ii) uma moeda eletrónica, (iii) um depósito ou (iv) um depósito estruturado.

De notar também que tanto o livro branco, como as comunicações comerciais, devem ser publicados no sítio Web do emitente e aí permanecer disponíveis.

Após a publicação do livro branco sobre criptoativos, os emitentes podem oferecer os seus criptoativos em toda a União e solicitar a sua admissão à negociação numa plataforma de negociação de criptoativos.

Os consumidores dispõem de um prazo de 14 dias de calendário para exercer o direito de retratação do acordo de compra desses criptoativos sem incorrer em qualquer custo e sem precisar de indicar os motivos. O período de retratação tem início no dia em que o consumidor deu o seu acordo para a compra desses criptoativos.

Contudo,

i. o direito de retratação não se aplica caso os criptoativos sejam admitidos à negociação numa plataforma de negociação de criptoativos; e,

ii. caso os emitentes de criptoativos tenham fixado um prazo para a oferta pública desses criptoativos, o direito de retratação não pode ser exercido após o termo do período de subscrição.

Os emitentes de criptoativos devem:

A. atuar com honestidade, equidade e profissionalismo;

B. comunicar com os detentores de ativos com criptoativos de forma equitativa, clara e sem induzir em erro;

C. prevenir, identificar, gerir e divulgar quaisquer conflitos de interesse que possam surgir;

D. manter todos os seus sistemas e protocolos de acesso de segurança de acordo com as normas aplicáveis da União;

E. atuar no melhor interesse dos detentores desses criptoativos e tratar os mesmos de forma equitativa, exceto se qualquer tratamento preferencial for divulgado no livro branco sobre criptoativos e, quando aplicável, nas comunicações comerciais.

Caso um emitente de criptoativos, ou o seu órgão de administração, infrinjam as normas através da inclusão de informações que não são completas, corretas ou claras ou da inclusão de informações suscetíveis de induzir em erro no seu livro branco sobre criptoativos ou num livro branco sobre criptoativos alterado, o detentor dos criptoativos pode exigir uma indemnização a esse emitente de criptoativos, ou ao seu órgão de administração, pelos danos causados por essa infração.

As exclusões da responsabilidade civil são juridicamente ineficazes.

Em todo o caso, cabe aos detentores de criptoativos apresentar provas que indiquem que o emitente de criptoativos infringiu as normas relativas à emissão desses criptoativos e que essa infração teve um impacto na sua decisão de compra, venda ou troca dos referidos criptoativos, o que não será certamente uma tarefa fácil.

5.4. Título III - Criptofichas referenciadas a ativos (artigos 15º a 42º)

Este Título regula a emissão e a negociação numa plataforma, de criptofichas referenciadas a ativos, incluindo as regras relativas às autorizações para a sua emissão, aos mecanismos de governação dos emitentes, à reserva e custódia de ativos, à aquisição dos emitentes e às emissões de criptofichas referenciadas a ativos significativas.

Como já demos nota, estes criptoativos procuram manter um valor estável por referência ao valor de várias moedas fiduciárias com curso legal, uma ou várias mercadorias ou um ou vários criptoativos, ou a uma combinação desses tipos de ativos. Com a estabilização do seu valor, essas criptofichas referenciadas a ativos visam frequentemente uma utilização pelos seus detentores como meio de pagamento para adquirir bens e serviços e como reserva de valor.

Uma vez que há regras relativas à emissão destes criptoativos que são iguais ou similares às regras aplicáveis à categoria anterior, vamos tentar sublinhar as principais diferenças de regime.

A primeira diferença diz respeito à autorização: nos criptoativos que não sejam criptofichas referenciadas a ativos ou criptofichas de moeda eletrónica a autorização está focada no livro branco e seu conteúdo, já nas criptofichas referenciadas a ativos a autorização vira-se para o emitente.

A autorização não será necessária, mantendo-se embora a obrigação de elaboração de um livro branco, se:

i. ao longo de um período de 12 meses, o montante médio pendente das criptofichas referenciadas a ativos não exceda 5 000 000 EUR, ou o montante equivalente noutra moeda;

ii. a oferta pública das criptofichas referenciadas a ativos seja exclusivamente dirigida a investidores qualificados e as criptofichas referenciadas a ativos só possam ser detidas por esses investidores qualificados.

De destacar que tanto a autorização concedida pela autoridade competente a um emitente para a emissão de criptofichas referenciadas a ativos, como a aprovação do respetivo livro branco, são válidas para toda a União.

Para se perceber o detalhe do processo de autorização de emissão de criptofichas referenciadas a ativos, indicamos de seguida alguns dos elementos que são necessários para instruir esse pedido de autorização:

A. um programa de atividades que indique o modelo de negócios que o emitente requerente tenciona seguir;

B. um parecer jurídico no sentido de que as criptofichas referenciadas a ativos não são elegíveis como instrumentos financeiros, moeda eletrónica, depósitos ou depósitos estruturados;

C. uma descrição pormenorizada dos mecanismos de governação do emitente requerente;

D. a identidade dos membros do órgão de administração do emitente requerente e um comprovativo de que essas pessoas preenchem os requisitos de idoneidade e possuem os conhecimentos e experiência adequados para assumir a direção do emitente requerente;

E. se for caso disso, um comprovativo de que as pessoas singulares que detêm, direta ou indiretamente, mais de 20 % do capital social ou dos direitos de voto do emitente requerente ou que exercem, por qualquer outro meio, controlo sobre o referido emitente requerente têm idoneidade e competência;

F. um livro branco sobre criptoativos;

G. as políticas e os procedimentos relativos aos mecanismos de governação, que detalharemos mais adiante;

H. uma descrição da política de continuidade das atividades do emitente;

I. uma descrição dos mecanismos de controlo interno e dos procedimentos de gestão de riscos;

J. uma descrição dos procedimentos e sistemas para garantir a segurança, incluindo a cibersegurança, a integridade e a confidencialidade das informações;

K. uma descrição dos procedimentos de tratamento das queixas do emitente.

Quanto ao livro branco exigido para a emissão de criptofichas referenciadas a ativos, para além dos conteúdos referidos antes para o livro branco dos criptoativos que não sejam criptofichas referenciadas a ativos ou criptofichas de moeda eletrónica, o livro branco deve ainda incluir designadamente o seguinte:

A. uma descrição pormenorizada dos mecanismos de governação do emitente, incluindo uma descrição do papel, das responsabilidades e da prestação de contas pelas entidades terceiras;

B. uma descrição pormenorizada da reserva de ativos;

C. uma descrição pormenorizada dos acordos de custódia para os ativos de reserva, incluindo a segregação dos ativos;

D. no caso de se prever o investimento dos ativos de reserva, uma descrição pormenorizada da política de investimento desses ativos de reserva;

E. informações pormenorizadas sobre a natureza e a aplicabilidade dos direitos, incluindo qualquer direito de resgate direto ou quaisquer créditos, que os detentores de criptofichas referenciadas a ativos possam ter sobre os ativos de reserva ou contra o emitente, incluindo a forma como esses direitos poderão ser tratados nos processos de insolvência;

F. se o emitente não oferecer um direito direto sobre os ativos de reserva, informações pormenorizadas sobre os mecanismos para assegurar a liquidez das criptofichas referenciadas a ativos;

G. uma descrição pormenorizada do procedimento de tratamento das queixas.

De notar que o processo de autorização da emissão pode demorar até 6 meses e que, se o emitente requerente for autorizado, considera-se que o seu livro branco sobre criptoativos foi aprovado.

Tal como previsto para os criptoativos que não sejam criptofichas referenciadas a ativos ou criptofichas de moeda eletrónica, também um emitente de criptofichas referenciadas a ativos pode ter de responder pelos danos que a infração das regras relativas ao conteúdo do livro branco possa causar aos detentores dessas criptofichas referenciadas a ativos.

Às obrigações de os emitentes de criptofichas referenciadas a ativos deverem (i) atuar com honestidade, equidade e profissionalismo e (ii) comunicar com os detentores de criptofichas referenciadas a ativos de forma equitativa, clara e não enganosa, junta-se o dever de atuarem no melhor interesse dos detentores dessas criptofichas e de os tratar de forma equitativa.

Para além da publicação no sítio Web dos livros brancos e das comunicações comerciais, os emitentes de criptofichas referenciadas a ativos devem divulgar pelo menos mensalmente e de forma clara, exata e transparente, o montante das criptofichas referenciadas a ativos em circulação e o valor e composição dos ativos de reserva.

Os emitentes de criptofichas referenciadas a ativos devem também manter e aplicar políticas e procedimentos eficazes para prevenir, identificar, gerir e divulgar conflitos de interesses entre si e:

A. os seus acionistas;

B. os membros do seu órgão de administração;

C. os seus trabalhadores;

D. as pessoas singulares que detêm, direta ou indiretamente, mais de 20 % do capital social ou dos direitos de voto do emitente de criptoativos garantidos por ativos ou que exercem, por qualquer outro meio, um poder de controlo sobre o referido emitente;

E. os detentores de criptofichas referenciadas a ativos;

F. qualquer terceiro encarregue da operação da reserva de ativos e da gestão e do investimento dos ativos de reserva, da custódia dos ativos de reserva e, se for caso disso, da distribuição ao público das criptofichas referenciadas a ativos;

G. quando aplicável, as pessoas singulares ou coletivas a quem tenham sido concedidos direitos.

A emissão de criptofichas referenciadas a ativos já exige alguma sofisticação aos seus emitentes em sede de governo corporativo e, assim, requer-se que esses emitentes tenham sistemas de governação sólidos, incluindo uma estrutura organizativa clara, com linhas de responsabilidade bem definidas, transparentes e coerentes, processos eficazes de identificação, gestão, controlo e comunicação dos riscos a que estejam ou possam vir a estar expostos e mecanismos adequados de controlo interno, nomeadamente procedimentos administrativos e contabilísticos sólidos.

Também os membros do órgão de administração devem possuir a idoneidade e a competência necessárias, em termos de qualificações, experiência e competências, para desempenharem as suas funções e assegurarem uma gestão sã e prudente desses emitentes. Devem ainda demonstrar que são capazes de dedicar tempo suficiente à realização eficaz das suas funções.

Para além disso, os emitentes devem ter e aplicar nomeadamente políticas e procedimentos sobre:

A. a reserva de ativos e a custódia desses ativos;

B. os direitos ou a ausência de direitos concedidos aos detentores de criptofichas referenciadas a ativos;

C. o mecanismo através do qual as criptofichas referenciadas a ativos são emitidas, criadas e destruídas;

D. os protocolos de validação das transações de criptofichas referenciadas a ativos;

E. o funcionamento da DLT proprietária do emitente, caso as criptofichas referenciadas a ativos sejam emitidas, transferidas e armazenadas através dessa tecnologia ou de uma tecnologia similar operada pelo emitente ou por um terceiro agindo em seu nome;

F. os mecanismos destinados a assegurar o resgate das criptofichas referenciadas a ativos ou a sua liquidez;

G. o tratamento das queixas, e,

H. os conflitos de interesses.

Ainda em sede de governo corporativo dos emitentes de criptofichas referenciadas a ativos há a destacar que os mesmos devem:

A. utilizar sistemas, recursos e procedimentos adequados e proporcionados para assegurar o desempenho contínuo e regular dos seus serviços e atividades;

B. identificar as fontes de risco operacional e limitar esse risco;

C. estabelecer uma política de continuidade das atividades que garanta a preservação de dados e funções essenciais e a prossecução das suas atividades ou, se tal não for possível, a rápida recuperação desses dados e funções;

D. dispor de mecanismos de controlo interno e de procedimentos eficazes para a avaliação e gestão dos riscos;

E. dispor de sistemas e procedimentos adequados que garantam a segurança, a integridade e a confidencialidade das informações;

F. assegurar que são regularmente auditados por auditores independes.

Por outro lado, os emitentes de criptofichas referenciadas a ativos devem, a todo o momento, dispor de fundos próprios equivalentes a um montante pelo menos igual ao maior dos seguintes montantes:

A. 350 000 EUR;

B. 2 % do montante médio dos ativos de reserva.

Uma vez que estamos a lidar com criptofichas referenciadas a ativos, entende-se que os seus emitentes devam constituir e manter a todo o momento uma reserva de ativos, cabendo aos órgãos de administração o dever de assegurar uma gestão eficaz e prudente dos ativos de reserva, assegurando que a criação e a destruição de criptofichas referenciadas a ativos sejam sempre compensadas por um aumento ou por uma diminuição correspondente da reserva de ativos e que esse aumento ou diminuição sejam geridos de forma adequada para evitar quaisquer impactos adversos no mercado dos ativos de reserva.

Para tal, há que ter uma política clara e pormenorizada que descreva o mecanismo de estabilização das criptofichas em causa e assegurar a realização de uma auditoria independente dos ativos de reserva de seis em seis meses.

Os emitentes de criptofichas referenciadas a ativos devem ainda estabelecer, manter e aplicar políticas, procedimentos e acordos contratuais de custódia que assegurem em permanência que:

A. os ativos de reserva estejam segregados dos ativos próprios dos emitentes;

B. os ativos de reserva não sejam onerados, nem empenhados; [2]

C. os ativos de reserva sejam detidos em custódia;

D. os emitentes tenham acesso imediato aos ativos de reserva para dar resposta a quaisquer pedidos de resgate dos detentores de criptofichas referenciadas a ativos.

Por outro lado, caso os emitentes invistam uma parte dos ativos de reserva, só devem investir esses ativos de reserva em instrumentos financeiros de elevada liquidez com um risco mínimo de mercado e de crédito, devendo esses investimentos poder ser rapidamente liquidados com consequências adversas mínimas sobre os preços.

É importante realçar que todos os lucros ou perdas resultantes do investimento dos ativos de reserva, são suportados pelo emitente das criptofichas referenciadas a ativos.

Os emitentes de criptofichas referenciadas a ativos devem estabelecer, manter e aplicar políticas e procedimentos claros e pormenorizados sobre os direitos concedidos aos detentores dessas criptofichas, incluindo qualquer direito de crédito ou de resgate direto sobre o emitente dessas criptofichas ou sobre os ativos de reserva.

Se forem concedidos direitos aos detentores das criptofichas, os emitentes devem estabelecer uma política que defina:

A. as condições, incluindo limiares, períodos e prazos, para que os detentores das criptofichas exerçam esses direitos;

B. os mecanismos e procedimentos destinados a assegurar o resgate das criptofichas referenciadas a ativos, incluindo em circunstâncias de tensão no mercado, em caso de liquidação ordenada do emitente de criptofichas referenciadas a ativos, ou em caso de cessação das atividades por esse emitente;

C. a avaliação, ou os princípios de avaliação, das criptofichas referenciadas a ativos e dos ativos de reserva quando esses direitos forem exercidos pelo detentor das criptofichas;

D. as condições de liquidação quando esses direitos são exercidos;

E. as comissões cobradas pelos emitentes quando os detentores exercem esses direitos.

Deve também ser sublinhado que, sempre que o valor de mercado das criptofichas referenciadas a ativos varie significativamente em relação ao valor dos ativos de referência ou dos ativos de reserva, os detentores dessas criptofichas têm o direito de resgatar diretamente os criptoativos junto do emitente dos mesmos.

2 O texto do MiCA utiliza a expressão "penhorados", mas entendemos que será um lapso.

A fim de assegurar que as criptofichas referenciadas a ativos sejam utilizadas principalmente como meio de troca, e não como reserva de valor, os emitentes de criptofichas referenciadas a ativos e quaisquer prestadores de serviços de criptoativos envolvidos, não devem pagar juros aos utilizadores dessas criptofichas pelo período em que os mesmos as detêm.

Como já seria de prever, também a aquisição ou venda de participações qualificadas em emitentes de criptofichas referenciadas a ativos está sujeita a um processo próprio, que passa por notificação prévia das intenções e por autorização (não oposição) das compras, para o que as autoridades competentes analisarão em particular a reputação e a solidez financeira do adquirente potencial e a reputação e a experiência das pessoas que administrarão a atividade do emitente, sendo que as autoridades competentes só podem opor-se à aquisição pretendida se para tanto existirem motivos razoáveis.

Algumas notas finais sobre as criptofichas referenciadas a ativos:

i. por um lado, para dar nota de que se prevê a existência de uma categoria chamada "criptofichas referenciadas a ativos significativas", que assim serão classificadas se preencherem determinados critérios, como sejam, (i) uma base de clientes superior a dois milhões, (ii) o valor das criptofichas ser superior a mil milhões de euros e (iii) o número e o valor das transações dessas criptofichas não poder ser inferior a 500 000 transações ou 100 milhões de euros por dia, respetivamente;

   - nestes casos, as responsabilidades de supervisão passa para a EBA; e,

   - os emitentes devem aplicar e manter uma política de remunerações que promova uma gestão de riscos sólida e eficaz dos mesmos e que não crie incentivos a padrões de risco menos rigorosos.

ii. por fim, importa destacar que os emitentes de criptofichas referenciadas a ativos devem aplicar um plano adequado para apoiar uma liquidação ordenada das suas atividades ao abrigo do direito nacional aplicável, o qual deve demonstrar a capacidade do emitente para proceder a uma liquidação ordenada sem causar prejuízos económicos indevidos aos detentores das criptofichas ou pôr em causa a estabilidade dos mercados de ativos de reserva, deve esse plano ser revisto e atualizado regularmente.

5.5. Título IV: Criptofichas de moeda eletrónica (artigos 43º a 52º)

Neste Título fixam-se as particularidades a que devem obedecer a emissão e a negociação numa plataforma de criptofichas de moeda eletrónica, incluindo as criptofichas de moeda eletrónica significativas.

Já tivemos ocasião de ver que o MiCA define criptoficha de moeda eletrónica, como um tipo de criptoativo cujo objetivo principal é ser utilizado como meio de troca e que procura manter um valor estável por referência ao valor de uma moeda fiduciária com curso legal.

Atento o tipo de criptoficha de que estamos a tratar, era de esperar que o legislador, por um lado, restringisse fortemente o âmbito subjetivo dos possíveis emitentes destes criptoativos e, por outro lado, e em decorrência desse facto, não fosse tão desenvolvido no estabelecimento de outros requisitos, nomeadamente em sede de governo corporativo, já que as entidades em causa já têm de seguir essas exigências por força de outros normativos aplicáveis à sua atividade.

Assim, nenhuma criptoficha de moeda eletrónica deve ser oferecida ao público na União ou admitida à negociação numa plataforma de negociação de criptoativos, salvo se o emitente dessas criptofichas:

i. for autorizado enquanto instituição de crédito ou «instituição de moeda eletrónica»;

ii. preencher os requisitos aplicáveis a instituições de moeda eletrónica enunciados na Diretiva 2009/110/CE, com algumas exceções;

iii. publicar um livro branco sobre criptoativos.

Uma criptoficha de moeda eletrónica que faça referência a uma moeda da União é considerada uma oferta ao público na União.

Os detentores de criptofichas de moeda eletrónica recebem um crédito sobre o emitente dessas criptofichas, devendo mesmo ser proibidas todas as criptofichas de moeda eletrónica que não forneçam um crédito a todos os detentores.

Quanto ao livro branco, as exigências relativas ao seu conteúdo são muito similares às do livro branco exigido para os criptoativos que não sejam criptofichas referenciadas a ativos ou criptofichas de moeda eletrónica.

Onde se notam diferenças de regime, é no que respeita ao seu resumo que, nos casos de emissões de criptofichas de moeda eletrónica, deve referir:

i. que os detentores de criptofichas de moeda eletrónica gozam do direito de reembolso em qualquer momento e pelo valor nominal; e,

ii. as condições do reembolso, incluindo quaisquer comissões relacionadas com o mesmo.

No mais, as regras relativas à responsabilidade dos emitentes, às comunicações comerciais, ao investimentos dos fundos recebidos e às criptofichas de moeda eletrónica significativas são bastante similares às que vimos para as criptofichas referenciadas a ativos, que já vimos atrás.

5.6. Título V: Autorização e condições de funcionamento para prestadores de serviços de criptoativos (artigos 53º a 75º)

Este texto já vai longo, pelo que não iremos desenvolver, nesta sede, os detalhes relativos à regulação da atividade dos prestadores de serviços de criptoativos, mas sempre daremos nota que as regras do MiCA são, em vários aspetos, inspiradas na DMiF (I e II) [(Diretiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros, também conhecida como MiFID (I e II)] e que regulam (i) a autorização dos prestadores de serviços de criptoativos, (ii) as obrigações a que os mesmos estão sujeitos na sua atividade, nomeadamente em sede de requisitos prudenciais e em matéria de organização, proteção dos criptoativos e dos fundos dos clientes, tratamento de queixas, conflitos de interesse, serviços de custódia, operação de uma plataforma, troca de criptoativos por uma moeda fiduciária ou por outros criptoativos, execução de ordens, etc., (iii) e as condições para a aquisição de prestadores de serviços de criptoativos.

5.7. Alguns apontamentos finais

O MiCA é um passo gigante no sentido da regulação de realidades que já se impõem no nosso dia a dia e das quais não podemos fugir.

Por isso, é de saudar e acarinhar.

Contudo, há certamente espaço (e tempo) para se introduzirem melhorias no seu texto e nas soluções nele preconizadas, tudo de modo a contribuir para um maior e melhor acolhimento das opções legislativas adotadas.

Acompanhando outros autores que já se pronunciaram sobre este tema, permitimo-nos reduzir os pontos nos quais pensamos deverem ser revistas (pelo menos, parcialmente) as opções tomadas, aos seguintes:

5.7.1. CLARIFICAÇÃO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Como tivemos oportunidade de ver, o MiCA está baseado na distinção de três realidades: as criptofichas de consumo (*utility tokens*) (chamadas no MiCA de "criptoativos que não sejam criptofichas referenciadas a ativos ou criptofichas de moeda eletrónica"), as criptofichas de pagamento (*payment tokens*), que englobam as criptofichas referenciadas a ativos e as criptofichas de moeda eletrónica, e as criptofichas de investimento (*investment tokens* ou *security tokens*), que ficam fora do âmbito de aplicação do MiCA.

Com efeito, e como referido, o MiCA não se aplica a criptoativos sujeitos a outras leis e regulamentos da União Europeia, como sejam os instrumentos financeiros (na aceção da Diretiva 2014/65/UE), as moedas eletrónicas (na aceção da Diretiva 2009/110/CE), os depósitos (na aceção da Diretiva 2014/49/UE), os depósitos estruturados (na aceção da Diretiva 2014/65/UE) e os ativos titularizados (na aceção do Regulamento (UE) n.º 2017/2402).

Aplica-se assim "apenas" às criptofichas de consumo, às criptofichas referenciadas a ativos e às criptofichas de moeda eletrónica.

Ora, se o MiCA nos fornece definições e conceitos relativamente precisos para as criptofichas referenciadas a ativos e para as criptofichas de moeda eletrónica, já o mesmo não se poderá dizer para as criptofichas de consumo, ou seja, os criptoativos que não sejam criptofichas referenciadas a ativos ou criptofichas de moeda eletrónica, que são assim definidas por delimitação negativa, o que sempre cria situações de menor clareza e certeza jurídicas.

Acresce que haverá muitas situações em que não será nada evidente se o ativo deve, ou não, ser classificado como um instrumento financeiro, caso em que estará coberto pela MiFID (o que pode acontecer, em particular, com ativos que tenham características similares às dos valores mobiliários transferíveis, unidades de participação em organismos de investimento coletivo ou derivados).

Como é bom de ver, as certezas e seguranças jurídicas tornam-se difíceis de atingir com conceitos apenas preenchidos com uma delimitação negativa dos respetivos âmbitos de aplicação.

Idealmente, haveria assim que encontrar outra fórmula para o preenchimento desse conceito ou, pelo menos, completá-lo com outros requisitos que permitissem uma mais clara delimitação do mesmo.

5.7.2. QUALIFICAÇÃO DAS CRIPTOFICHAS PELO SETOR PRIVADO

Ainda ligado ao tema do âmbito de aplicação do MiCA, temos a questão de se deixar a definição do escopo de aplicação do MiCA para o setor privado.

Com efeito, diz-nos o artigo 16º do MiCA que os emitentes de criptofichas referenciadas a ativos devem apresentar o pedido de autorização de emissão desses criptoativos à autoridade competente do seu Estado-Membro acompanhado de uma série de documentos, entre os quais destacamos "um parecer jurídico no sentido de que as criptofichas referenciadas a ativos não são elegíveis como instrumentos financeiros, moeda eletrónica, depósitos ou depósitos estruturados".

Ora, desde logo, e como acabámos de ver, nem sempre é tarefa fácil e/ou evidente saber se um criptoativo pode/deve ser considerado um instrumento financeiro.

Deixar assim essa classificação nas mãos do setor privado, não só não resolve a questão de fundo, como potencia os riscos de conflitos de interesse e de arbitragem regulatória, podendo levar à escolha de jurisdições menos exigentes e/ou onde os advogados locais estejam mais disponíveis para emitirem pareceres jurídicos favoráveis às pretensões dos emitentes desses criptoativos.

Não deixa também, de ser interessante questionar porque não exige o legislador este parecer jurídico para as emissões de criptofichas de consumo (*utility tokens*) (como vimos, chamadas no MiCA de "criptoativos que não sejam criptofichas referenciadas a ativos ou criptofichas de moeda eletrónica")? É que estas criptofichas podem ser emitidas sem qualquer autorização prévia ou revisão subsequente das autoridades competentes dos Estados-Membros, estando apenas sujeitas a obrigações de divulgação de informação.

Num caso, parece sobrevalorizar-se o poder do referido parecer jurídico, enquanto que noutros, onde eventualmente, faria mais sentido a sua existência, ignora-se totalmente tal exigência.

5.7.3. INTERVENÇÃO *EX ANTE* VS INTERVENÇÃO *EX POST*

Não desligado da questão suscitada no parágrafo antecedente, está o tema da intervenção *ex ante* ou *ex post* das autoridades competentes dos Estados-Membros.

Parecer-nos-ia positivo que as autoridades competentes dos Estados-Membros de emissão dos diversos criptoativos devessem intervir anteriormente a essa emissão, assim contribuindo fortemente para a consolidação e desenvolvimento destes mercados, em virtude da segurança jurídica aportada por essa intervenção prévia.

Na verdade, bastaria que os livros brancos estivessem sujeitos à aprovação prévia das autoridades competentes dos Estados-Membros de emissão, para que as incertezas sobre a qualificação do criptoativo e, em consequência, do regime legal aplicável ao mesmo desaparecessem ou, no mínimo, se reduzissem fortemente. Naturalmente que esta exigência de aprovação prévia do livro branco poderia estar sujeita a regras de montante mínimo das emissões em causa.

5.7.4. MOEDAS DIGITAIS DOS BANCOS CENTRAIS (CBDCS – CENTRAL BANK DIGITAL CURRENCIES)

Nos termos do seu artigo 2º, o MiCA não se aplica ao Banco Central Europeu, nem aos bancos centrais nacionais dos Estados-membros, *quando atuarem na sua qualidade de autoridades monetárias ou outras autoridades públicas*.

Já o Considerando (7) do MiCA anunciava que "os criptoativos emitidos por bancos centrais na qualidade de autoridade monetária ou por outras autoridades públicas não devem estar sujeitos ao quadro da União que abrange os criptoativos, assim como não o devem estar os serviços relacionados com os criptoativos prestados por esses bancos centrais ou outras autoridades públicas" (sublinhado nosso).

Ora, sendo certo que se projetam para breve emissões de CBDCs, a isenção relativa aos serviços relacionados com essas moedas não se irá aplicar aos prestadores de serviços de criptoativos, o que pode obrigar os bancos centrais a criar um sistema de funcionamento em que detentores dessas moedas no retalho devam ter uma ligação direta a esses bancos centrais. Um modelo desses será muito complexo e muito difícil de estabelecer a um nível pan-europeu.

Faz, por isso, sentido que os prestadores de serviços de criptoativos que estejam a prestar serviços relacionados com criptoativos emitidos por bancos centrais na qualidade de autoridade monetária ao abrigo de um mandato concedido por tais bancos centrais ou em colaboração com os mesmos, possam também beneficiar dessa isenção específica de aplicação das regras do MiCA.

5.7.5. NEUTRALIDADE TECNOLÓGICA

A definição de criptoficha de consumo ("um tipo de criptoativo destinado a fornecer acesso digital a um bem ou serviço, disponível através da DLT, e aceite apenas pelo emitente dessa criptoficha") pode ser reducionista e restritiva em certos casos que podem cair nesse conceito, mas aos quais não se justifica a aplicação das regras do MiCA.

Estamos a pensar naquelas situações dos *vouchers* emitidos por determinadas empresas (supermercados, companhias de aviação, etc) para alguns clientes e que lhes dão acesso a determinados serviços ou regalias apenas oferecidas ou disponibilizadas pelo seu emitente e cujo funcionamento recorre à utilização de uma tecnologia de registo distribuído (DLT).

Estamos perante situações ou iniciativas de empresas que não devem ser penalizadas apenas porque recorrem à utilização de uma tecnologia de registo distribuído, através da utilização não financeira da *blockchain* (por exemplo).

É assim importante que o legislador seja tecnologicamente neutro e não inclua determinados produtos ou serviços no âmbito do MiCA apenas porque os mesmos fazem uso de uma tecnologia de registo distribuído.

5.7.6. RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS DE CRIPTOATIVOS

Uma última nota para um regime que nos parece excessivamente severo e que decorre do número oito do artigo 67 do MiCA.

Dispõe essa norma que "os prestadores de serviços de criptoativos autorizados para a custódia e a administração de criptoativos em nome de terceiros devem ser responsáveis perante os seus clientes pela perda de criptoativos em resultado de uma avaria ou da pirataria, no limite do valor de mercado dos criptoativos perdidos".

Esta responsabilidade total por perdas decorrentes de situações que estão para além do controlo do prestador de serviço, contrasta com o regime de responsabilidade dos depositários de UCITS ou dos custodiantes dos fundos e ativos de reserva das criptofichas referenciadas a ativos e das criptofichas de moeda eletrónica, que não serão responsabilizados por tais perdas quando não as pudessem ter evitado apesar dos esforços razoáveis empregues pelos mesmos para as evitar.

Haverá assim que não punir os prestadores de serviços de criptoativos autorizados para a custódia e a administração de criptoativos em nome de terceiros com um regime de perdas mais severo do que o existente para outras situações claramente similares.

Bibliografía

BARRIO ANDRÉS, Moisés (2020): Manual de Derecho digital. Valencia: Tirant lo Blanch.

BBVA. *Diccionario Económico* - https://www.bbva.es/diccionario-economico.html

BINANCE ACADEMY. *O que é Moeda Fiduciária?* - https://academy.binance.com/pt/economics/what-is-fiat-currency

BINANCE ACADEMY. *Que é Proof of Work (PoW)?* - https://academy.binance.com/pt/articles/proof-of-work-explained

CANELLIS, David (2018). *Three types of cryptocurrency tokens explained as quickly as possible* - https://thenextweb.com/hardfork/2018/11/19/cryptocurrency-tokens-explained/

CHIMIENTI, Maria Teresa; KOCHANSKA, Urszula; PINNA, Andrea (2019). Understanding the crypto-asset phenomenon, its risks and measurement issues, *ECB Economic Bulletin*, Issue 5/2019.

CNMV (2018). *Criteria in relation to ICOs* - http://cnmv.es/DocPortal/Fintech/CriteriosICOsEN.pdf

Como o Bitcoin funciona? - https://bitcoin.org/pt_BR/como-funciona

CURRAN, Brian (2018). What is The Tangle? Complete Guide to IOTA's Directed Acyclic Graph (DAG) - https://blockonomi.com/iota-tangle/#The_IOTA_Network_and_The_DAG

Diem – *Wikipédia*, a enciclopédia livre (wikipedia.org).

ECB CRYPTO-ASSETS TASK FORCE (2019). Crypto-assets: Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures. *ECB – Occasional Paper Series*, N.º 223.

ELLIOT, Douglas J.; LIMA, Larissa de (2018). *Crypto-Assets: Their Future and Regulation*. Oliver Wyman.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR CYBERSECURITY (2021). *Crypto-Assets - An Introduction to Digital Currencies and Distributed Ledger Technologies*.

FRANKENFIELD, Jake (2020). Bitcoin Wallet. *Investopedia* - https://www.investopedia.com/terms/b/bitcoin-wallet.asp

FRANKENFIELD, Jake (2020). Blockchain Wallet. *Investopedia* - https://www.investopedia.com/terms/b/blockchain-wallet.asp

FRANKENFIELD, Jake (2020). Cold Storage. *Investopedia* - https://www.investopedia.com/terms/c/cold-storage.asp

FRANKENFIELD, Jake (2020). Private Key. *Investopedia* - https://www.investopedia.com/terms/p/private-key.asp

FUNDACIÓN FIDE – GRUPO DE TRABAJO SOBRE MONEDAS DIGITALES (2020). *Presentación de Conclusiones*, 17 de septiembre de 2020 - https://www.fidefundacion.es/agenda/Sesion-Online-Presentacion-Conclusiones-Grupo-de-Trabajo-Monedas-Digitales_ae698282.html

G7 WORKING GROUP ON STABLECOINS (2019). *Investigating the impact of global stablecoins* - https://www.bis.org/cpmi/publ/d187.pdf

GARCÍA MEXÍA, Pablo (dir.) (2018). *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*, Las Rozas (Madrid): La Ley.

GERALDES, Luís Roquette; ALBURQUERQUE, Mariana Solá de; SILVA, João Lima da (2019). ICOs: security token vs. utility token. *FinTech II - Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira*, Almedina.

GIL PINTOR, David (2020). *Valores Negociables y Anotaciones en Cuenta* - https://www.ilpabogados.com/valores-negociables-y-anotaciones-en-cuenta/

GÓMEZ, Iván (2020). *Algoritmos de Consenso: Prueba de Trabajo vs. Prueba de Participación* - https://www.criptonoticias.com/tecnologia/algoritmos-consenso-prueba-trabajo-vs-prueba-participacion/

HA, Anthony (2020). *Facebook-backed Libra Association rebrands as Diem* - https://techcrunch.com/2020/12/01/libra-association-rebrands-as-diem

HOUBEN, Robby; SNYERS, Alexander (2020). *Crypto-assets - Key developments, regulatory concerns and responses*. European Parliament, Study requested by the ECON Committee.

How bitcoin transactions work - https://www.bitcoin.com/get-started/how-bitcoin-transactions-work/

HU, Jeff (2017). IOTA Tangle: Introductory overview of white paper for Beginners - https://hackernoon.com/iota-tangle-introductory-overview-of-white-paper-for-beginners-df9b14882b64

KAGAN, Julia (2020). Digital Wallet. *Investopedia* - https://www.investopedia.com/terms/d/digital-wallet.asp

MERSCH, Yves (2020). An ECB digital currency - a flight of fancy? *Consensus 2020 virtual conference*, 11 May 2020.

MITRA, Rajarshi (2020). *What are Security Tokens?* (Fully Comprehensive Guide) - https://blockgeeks.com/guides/security-tokens/

POPOV, Serguei (2018). The Tangle - http://www.descryptions.com/Iota.pdf

PRENAFETA RODRÍGUEZ, Javier. Debe cumplir la emisión de criptomonedas y tokens la normativa de mercado de valores? *Abogacía Española* - https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-nuevas-tecnologias/debe-cumplir-la-emision-de-criptomonedas-y-tokens-la-normativa-de-mercado-de-valores/

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets (MiCA), 24 September 2020 - https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593

REID, Jim; LABOURE, Marion (2020). The Future of Payments - Part II. Moving to Digital Wallets and the Extinction of Plastic Cards. *Deutsche Bank Research*, January.

SEBASTIÁN CERMEÑO, Javier (2016). Blockchain in financial services: regulatory landscape and future challenges for its commercial application. *BBVA Research*, N.º 16/20 - https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2016/12/WP_16-20.pdf

The In-Depth Guide to Bitcoin That Won't Leave You Frustrated - https://www.vpnmentor.com/blog/ultimate-guide-bitcoin/

What is a crypto asset? - https://request.network/en/academy/what-is-a-crypto-asset/

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 56, mayo-agosto de 2021, pp. 71-114

Artículos

EL PERÍMETRO DE VINCULACIÓN

Cándido Paz-Ares y Martín Jordano Luna

Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

El perímetro de vinculación

El objeto del trabajo es identificar las personas que legalmente merecen la consideración de parte vinculada a efectos de la aplicación de la nueva normativa sobre operaciones vinculadas introducida en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 5/2021, mediante la cual se transpone la Directiva 2017/828. Aun cuando se centra en el análisis del perímetro de vinculación en las sociedades cotizadas, el estudio se ocupa también profusamente, por contraposición o comparación, de la identificación de las personas vinculadas al administrador en la parte general de la Ley de Sociedades de Capital, aplicable a cualquier tipo de sociedad de capital. El objetivo buscado es traducir el alambicado lenguaje contable de las normas internacionales de contabilidad a que remite la parte especial al lenguaje societario y, en la medida de lo posible, homogeneizar o armonizar a sus dictados el tratamiento de la materia en la parte general.

Palabras clave:
Partes vinculadas, Operaciones vinculadas, Conflictos de interés, Control, Influencia significativa, Directiva 2017/828, Ley 5/2021.

Related Parties Perimeter

The aim of this paper is to identify the persons who legally qualify as related parties for the purposes of applying the new rules on related-party transactions introduced in the Capital Companies Law by Law 5/2021 transposing Directive 2017/828. Although the study focuses on the analysis of the related parties perimeter in listed companies, it also extensively addresses, by contrast or comparison, the identification of the related parties (to directors) in the general part of the Capital Companies Law, applicable to any type of capital company. The goal sought is to translate the complicated accounting language of the international accounting standards referred to in the special part into the common corporate language and, as far as possible, to harmonize to its dictates the treatment of the matter in the general part.

Keywords:
Related parties, Related-party transactions, RPT, Conflicts of interest, Control, Significant influence, Directive 2017/828, Law 5/2021.

FECHA DE RECEPCIÓN: 30-8-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-9-2021

Paz-Ares, Cándido; Jordano Luna, Martín (2021). El perímetro de vinculación. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 71-114 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El propósito del presente estudio es delimitar el llamado *perímetro de vinculación* o, lo que es lo mismo, identificar las personas que legalmente merecen la consideración de partes vinculadas a la sociedad a efectos de la aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas contenidas en la Ley de Sociedades de Capital. Las normas en cuestión se adscriben a dos conjuntos normativos distintos. Los denominamos, más por comodidad expositiva que por rigor técnico, *parte general* y *parte especial*, el primero aplicable a cualquier clase o tipo de sociedad de capital (arts. 228-231-*bis* y 190 LSC) y el segundo solamente aplicable a las sociedades cotizadas (arts. 529-*vicies* hasta 529-*tervicies* LSC, integrantes del capítulo VII-*bis* del título XIV). La exposición se organiza desde el punto de vista de la parte especial, cuya normativa es más novedosa y prolija. No obstante, no deja de atender a la parte general, que es objeto de examen por contraste o comparación.

El legislador define el perímetro de vinculación de la parte especial en el art. 529-*vicies*.1 LSC utilizando una técnica mixta de regulación por remisión y de regulación autónoma. No se conforma en efecto con el simple reenvío a las Normas Internacionales de Contabilidad o NICs[1], como hace el art. 2.h) de la Directiva[2], sino que además, en el ámbito de su autonomía —recuérdese que la Directiva es solo norma de mínimos—, añade una serie de personas vinculadas a la sociedad aparentemente distintas a las contenidas en las NICs. Decimos "aparentemente" porque algunas de las añadidas también son —y de forma paradigmática— personas vinculadas conforme a las NICs. Así ocurre, por ejemplo, con los consejeros, que forman parte de lo que la NIC 24 denomina "personal clave". Su mención expresa en el art. 529-*vicies*.1 LSC obedece a criterios puramente estilísticos. Convenía recordar el caso *princeps* para dar pie a continuación a la introducción de la verdadera novedad respecto de las NICs: la calificación como parte vinculada del accionista que disponga de una participación en el capital igual o superior al 10 % (veremos que en las NICs el umbral de influencia se sitúa en el 20 %).

El grueso del perímetro se construye en todo caso —aquí aparece el pie forzado de la Directiva— mediante reenvío a las NICs, lo cual introduce un factor de complejidad innecesario. Habría sido preferible sin duda que la Directiva hubiera optado por una definición directa y más sencilla del perímetro de marras[3]. Pero al no haberlo hecho ella, le corresponde al intérprete llevar a cabo ese cometido clarificador. No se trata naturalmente de alterar el mandato legal, sino de reformularlo en los términos más simples posibles. No podemos renunciar al ideal que representa el principio

1 En aras de la sencillez, utilizamos el acrónimo NICs para referirnos tanto a las NICs propiamente dichas como a las NIIFs (Normas Internacionales de Información Financiera).

2 Para facilitar la exposición, salvo que otra cosa se indique, la Directiva se refiere siempre a la Directiva 2007/36, tal y como quedó modificada por la Directiva 2017/828.

3 Un juicio similar en Latorre (2020, pp. 91 ss.).

de parsimonia en la ciencia. En la exposición que sigue trataremos por ello de apartar la hojarasca y simplificar la fenomenología descrita por las normas contables. El objetivo buscado es traducir y reducir el lenguaje contable al lenguaje societario, de manera que pueda mejorarse su legibilidad e inteligibilidad en medios jurídicos. No hace falta recordar que una normativa excesivamente compleja y detallada, como sin duda es la contenida en las NICs, eleva los costes de observancia por la dificultad que entraña para sus destinatarios encontrar en ella una guía fácil y rápida para sus decisiones y, adicionalmente, por la mayor facilidad que brinda para descubrir agujeros a través de los cuales infiltrarse en busca de inmunidad o impunidad[4].

A tal fin, procederemos por partes en la definición del perímetro: primero identificamos las personas que quedan fuera de él (v. *infra* § 2) y luego las que entran dentro, distinguiendo aquí entre las que llamamos partes vinculadas originarias (v. *infra* § 3) y partes vinculadas derivadas o derivativas (v. *infra* § 4). Tras ello estaremos en condiciones de abordar el que seguramente constituye el aspecto más problemático del estudio: la valoración comparativa del perímetro de vinculación en la parte general y en la parte especial (v. *infra* § 5). El trabajo se cierra con una reflexión sobre el carácter de la lista o elenco legal de personas vinculadas contenido en una y otra parte, cuyo objeto fundamental es establecer hasta qué punto es *numerus clausus* o en qué medida es *numerus apertus,* pues de todo hay un poco (v. *infra* § 6).

Antes de entrar en materia conviene efectuar un par de precisiones. Las NICs a tener en cuenta para delimitar el perímetro de la vinculación son varias. La primera y más obvia es la NIC 24 sobre *Información a revelar sobre partes vinculadas*. En esta norma se encuentra la definición propiamente dicha de parte vinculada y de algunos conceptos necesarios para comprender su alcance (como, por ejemplo, "familiar cercano" o "personal clave"). No están todos, sin embargo. Los conceptos seguramente más importantes ("control", "control conjunto" e "influencia significativa") se contienen en otras normas, como la NIC 28 sobre *Inversiones en entidades asociadas y en negocios conjuntos*, la NIIF 10 sobre *Estados financieros consolidados* y la NIIF 11 sobre *Acuerdos conjuntos*. En la interpretación y aplicación del catálogo de personas vinculadas positivamente enumeradas como tales en las NICs, la NIC 24.10 recuerda un criterio básico del método funcional o de observación económica de la realidad, y es que "*al considerar cada posible relación entre partes vinculadas, se ha de prestar atención al fondo de la relación, y no solamente a su forma legal*". No hace falta decir que, en nuestra opinión, el mismo criterio es de aplicación en la parte general, con una limitación a que se hará referencia en la parte final (v. *infra* § 6).

La otra precisión versa sobre la identificación del *sujeto de referencia* de la vinculación. No tiene ningún misterio. Es la sociedad con la que la parte vinculada mantiene la relación de vinculación, pero a ella se equipara a estos efectos —y esto es lo que importa destacar ahora— cualquier sociedad directa o indirectamente dependiente de ella, sea española o extranjera[5]. El significado de lo dicho es claro: las operaciones concertadas por una filial o sociedad dependiente no cotizada —si ella misma es cotizada, la sociedad dependiente está sujeta directamente a las mismas reglas por imperativo de la llamada "vinculación ascendente" (v. *infra* § 4.2)— con partes vinculadas de la sociedad matriz cotizada se consideran operaciones vinculadas de la sociedad matriz a los efectos de evaluación externa (art. 529-*duovicies*.3 LSC), aprobación (art. 529-*duovicies* LSC) y publicidad (art. 529-*unvicies*

4 Continúa siendo de gran interés al respecto Kaplow (1995, pp. 150 ss.).

5 El hecho de que sea extranjera no la sustrae del ámbito de aplicación de la normativa nacional, puesto que la conexión con el ordenamiento español reside en la sociedad matriz (así se desprende de la valoración que subyace al art. 158 LSC). Algún legislador extranjero ha confirmado este criterio con una declaración expresa (v., por ej., art. 5.1 del Reglamento Consob sobre operaciones vinculadas). En cambio, otros —es ilustrativo el caso de Suecia— solo se han pronunciado para desmentirlo (v. referencias en Davies *et al.*, 2020, p. 26).

LSC)[6]. Si no fuera así, podría eludirse fácilmente la normativa mediante el subterfugio de transferir los activos a la filial y luego concertar la operación con la parte vinculada de la matriz. O simplemente aprovechando la estructura de grupo ya existente para contratar con la filial en lugar de hacerlo con la matriz. Todo esto lo sanciona expresamente el art. 529-*vicies*.1 LSC en la parte especial. En la parte general está reconocido explícitamente en el ámbito de las operaciones (vinculadas) intragrupo (art. 231-*bis*.1 LSC) y debe reconocerse implícitamente en los demás supuestos[7]. Esta conclusión constituye uno de los exponentes paradigmáticos de la integración analógica (postulada en otro estudio en curso) para hacer efectiva la relación de complementariedad que, pese a la asimetría entre sus respectivos criterios de organización de la materia, media entre la parte general y la parte especial. Por este motivo, si el administrador de una sociedad no cotizada (o una persona vinculada a él) realiza una transacción, no con la sociedad en la que dicho administrador desempeña su cargo, sino con una sociedad dependiente de ella, ha de estimarse que la vinculación subsiste incluso en la parte general, y que, en consecuencia, la validez de tal operación queda supeditada a su aprobación conforme al art. 230.2 LSC[8]. Cualquier otra solución sería absurda, porque, en virtud de la relación de control que caracteriza al grupo, las partes vinculadas a la sociedad matriz tienen prácticamente la misma capacidad de influencia sobre las sociedades dependientes que sobre la propia sociedad matriz. Debido a la relación de dominación que media entre ellas, puede decirse, al menos en un cierto sentido, que el conflicto de interés es tan directo en un caso como en otro (para un apunte algo más elaborado sobre una cuestión paralela, v. *infra* § 4.1 *in fine*).

2. Exclusión de las partes vinculadas pasivas

Las NICs califican como parte vinculada de la Sociedad tanto a las personas con capacidad de influencia sobre ella (las denominaremos "partes vinculadas activas" o partes vinculadas *tout court*) como a las *personas sobre las que la sociedad cotizada tiene capacidad de influencia* ("partes vinculadas pasivas"). La relevancia de estas últimas es evidente a efectos de la integridad de la información financiera o contable, y por ello nada hay que objetar a su consideración como tales en las normas de contabilidad. Sin embargo, esa consideración es más que discutible a efectos societarios. La razón reside en la localización del conflicto de interés: este solo se produce en el seno de la sociedad influida en sus operaciones aguas arriba (es decir, en sus operaciones con las sociedades influyentes), no en el seno de la sociedad influyente en sus operaciones aguas abajo (es decir, en sus relaciones con las sociedades influidas). El conflicto de interés no es bidireccional.

Tomemos el ejemplo más simple: un contrato de compraventa celebrado entre la sociedad controlante y la sociedad controlada. Es llano que dicho contrato constituye una operación vinculada para la sociedad filial. No lo constituye, en cambio, para la sociedad matriz, porque en esta no se atisba o vislumbra riesgo alguno de que la sociedad filial utilice deslealmente su poder para obtener una ventaja indebida. La razón es muy sencilla: por definición, la sociedad

6 En la Directiva estaba claro que el *pass through* operaba en relación con los requisitos de publicidad, no así en relación con los de aprobación. Podía entenderse por ello que en este punto los Estados miembros gozaban de libertad de configuración. Esto explica que algunos ordenamientos lo hayan limitado a los primeros, a diferencia de lo que ha hecho el legislador doméstico (o el inglés). El caso más ilustrativo es el alemán: v. § 111c (4) AktG. Más información sobre otros países en Davies *et al.* (2020, pp. 26-27).

7 En una línea similar, v. Fernández del Pozo (2019, p. 300).

8 En el resto del trabajo, cuando nos parezca conveniente para evitar confusiones, utilizaremos el término Sociedad, así con mayúsculas, para referirnos a la sociedad respecto de la cual se predica la relación de vinculación de las partes vinculadas. No hace falta decir que en ese término estará comprendida tanto la sociedad propiamente dicha como sus sociedades dependientes.

filial no tiene ningún poder sobre la sociedad matriz, ni siquiera dispone típicamente de capacidad de intervención en sus órganos. Siendo así, las salvaguardas procedimentales propias de la disciplina sobre operaciones vinculadas (en especial, la reserva de competencia y la regla de abstención) carecen de sentido: no existe ningún conflicto de interés *específico* que haya que prevenir o mitigar.

No debe sorprender por ello que tradicionalmente la parte general no contuviera referencia alguna a las partes vinculadas pasivas. Ni tampoco debe extrañar que la Directiva, después de haberlas incluido *prima facie* en el perímetro de la vinculación como consecuencia de la remisión a las NICs, se haya visto obligada a precisar, quizá en un exceso de celo o de escrúpulo formal, que los Estados miembros pueden excluir del perímetro de vinculación todos estos supuestos (v. art. 9-*quater*.6 de la Directiva). En rigor, no era necesario formular expresamente la exclusión. De hecho, el Proyecto de Ley de reforma enviado a las Cortes guardaba silencio al respecto[9]. Va de suyo que, desde el punto de vista de las sociedades que tienen capacidad de influencia, las operaciones concertadas con las sociedades sometidas a su influencia no constituyen operaciones "sujetas a conflicto de interés" y, por ende, que resultan irrelevantes en el plano societario, al menos bajo la óptica de la doctrina de las operaciones vinculadas[10]. No obstante, no está de más que el legislador haya formulado la exclusión en evitación de cualquier duda[11]. El tenor de los arts. 529-*vicies*.3 LSC y 231-*bis*.4 LSC es suficientemente claro al respecto.

Cuesta por ello entender la posición de quienes han valorado críticamente esta decisión del legislador. Las operaciones intragrupo —se nos dice— deberían haber quedado sometidas también en la sociedad matriz "*a la normativa sobre operaciones vinculadas para evitar que el socio de control de la matriz se aprovechase de su posición jurídica frente al socio minoritario de la misma matriz*" (v. Fernández del Pozo, 2021, p. 188; probablemente Latorre, 2021b, p. 69, se refiere al mismo caso cuando afirma, incluso respecto de las operaciones realizadas con filiales íntegramente participadas, que "*no puede decirse* [que no exista conflicto] *de la sociedad que ostenta la participación, pues no cabe descartar que en la sociedad dominante existan socias externas al grupo necesitadas de protección*" [el femenino es de la autora]. La idea inspiratriz de los comentaristas citados es que "*la persecución del interés del grupo por el socio de control no lleva necesariamente o no lleva exclusivamente a perjudicar a una filial…, sino también o exclusivamente, a la propia sociedad matriz. Así habitualmente ocurre cuando la matriz financia en condiciones mejores que las de mercado a cualquiera de sus filiales*" (Fernández del Pozo, 2021, p. 192). Los defectos o errores de esta clase de argumentos son transparentes. Lo es sin duda el simplismo (y hasta la ingenuidad) de que hacen gala al efectuar la valoración económica de prácticas empresariales como el *proping* o financiación de la filial en términos más favorables de los disponibles en el mercado, que poco tienen que ver con el expolio de los accionistas minoritarios[12]. Pero sobre todo lo es la generalización apresurada en que incurren

9 La exclusión expresa es producto de sendas enmiendas del Grupo Parlamentario Vox y del Grupo Parlamentario Popular, las números 36 y 81 respectivamente (v. BOCG 28-3, 18-XII-2020), de contenido equivalente.

10 Se trata de un lugar común en la literatura: v. Latorre (2020, p. 90, cuya opinión aparece matizada, como se verá inmediatamente, en Latorre, 2021b, p. 69); Alfaro (2021); García García (2021b, pp. 3212-3213); etc. La doctrina comparada suele incidir también en este punto al señalar que las operaciones aguas abajo quedan fuera de la finalidad del art. 9-*quater* de la Directiva (v., por todos, con ulteriores referencias, Davies *et al.*, 2020, p. 38).

11 La única observación que cabe dirigir a los redactores de la ley en este terreno es de orden sistemático e incluso estilístico. Desde el prisma de la *elegantia iuris* su proceder se revela un tanto errático. A veces se sienten en la necesidad de formular las excepciones *expressis verbis* y en otras ocasiones se contentan con dejarlas implícitas. Piénsese, por ejemplo, en el caso de las operaciones entre sociedades del grupo íntegramente participadas, excluidas expresamente en la parte especial (v. art. 529–*vicies*.2 a) LSC) y solo tácitamente en la parte general (art. 231-*bis* LSC).

12 Quienes efectúan esta clase de críticas no se percatan de que la eficiencia de las operaciones en cuestión y de otras muchas similares proviene justamente de la vinculación existente entre las partes contratantes. Es esa vinculación la que reduce la asimetría de información entre ellas y rebaja los costes de *enforcement* de sus contratos creando oportunidades para intercambios eficientes y mejoras en la asignación de recursos sobre todo en aquellos escenarios en que no hay contrapartes externas disponibles para efectuarlas.

—una suerte de falacia de composición—, de acuerdo con la cual la doctrina de las operaciones vinculadas sería poco menos que remedio para cualquier infracción fiduciaria. No es así. La doctrina en cuestión da para mucho, pero no para tanto. Hay muchas decisiones que las personas con capacidad de decisión dentro de la sociedad (socios de control, administradores, altos directivos) pueden tomar en contra del interés social o de los accionistas minoritarios, pero eso no quiere decir que todas ellas deban quedar sujetas a la normativa sobre operaciones vinculadas. Esta normativa solo se aplica a un subconjunto muy definido de casos, cuya especificidad reside en la existencia de *self dealing* y, consiguientemente, de un *conflicto de interés transaccional* típico. El propio decisor está personalmente interesado en la transacción por reportarle a él o a sus allegados una ventaja patrimonial tangible. Y esto no sucede en las transacciones de la matriz con sus filiales más que en una hipótesis muy concreta, que se produce cuando el propio decisor o sus allegados tienen un interés patrimonial significativo en la filial, según indicamos a continuación[13].

La regla general establecida no es óbice, como decimos, para que las operaciones exluidas objeto de examen vuelvan a traerse al perímetro de vinculación en la hipótesis en que se constate que están también sujetas a conflicto de interés aguas arriba, es decir, en la propia sociedad matriz. Se trata de la excepción a la excepción. El supuesto se verificará allí donde una parte vinculada a la sociedad influyente tenga también intereses en la sociedad influida o participada. Bien puede suceder, en efecto, que un accionista, un consejero o un alto directivo de la sociedad matriz tenga también una participación en la filial que pueda inducirle a utilizar su capacidad de influencia en la matriz para inclinar la balanza de la transacción en favor de la sociedad filial, cuya participación eventualmente puede juzgar más valiosa desde el punto de vista personal. Este es el supuesto paradigmático, aunque no el único, en que el conflicto, además de presentarse en el seno de la sociedad influida o participada, se presenta igualmente en el seno de la sociedad influyente. El supuesto se halla contemplado en sendos incisos finales de los citados arts. 231-*bis.*4 LSC y 529-*vicies*.3 LSC, el primero más opaco y el segundo más transparente. A pesar de tener una redacción diferente, uno y otro deben interpretarse del mismo modo, debiendo prevalecer —no solo en la parte especial, sino también en la parte general— el tenor del art. 529-*vicies*.3 LSC sobre el del art. 231-*bis*.4 LSC[14]. El primero, sobre ser más fiel al art. 9-*quater*.6 a) de la Directiva, refleja con mayor precisión y claridad la *ratio legis* de la excepción. Dice así:

> "*tampoco tendrán la consideración de operaciones con partes vinculadas las que realice una sociedad con sus sociedades dependientes o participadas, siempre que ninguna otra parte vinculada a la sociedad tenga intereses en dichas entidades dependientes o participadas*".

Ha de entenderse que los intereses a que se refiere la norma deben ser "significativos", como decía la propuesta de la Comisión General de Codificación[15]. La significatividad no implica, sin

13 Volviendo al caso del *proping*, no podemos descartar por completo que en un determinado supuesto la concesión de una financiación blanda no esté justificada empresarialmente y haya sido decidida de la matriz para mantener con vida a filiales que deberían desaparecer. Es posible que en estos casos los administradores actúen guiados por su interés propio (evitar costes reputacionales, mantener imperios empresariales, etc.) y no por el interés social. Pero se trata de conflictos posicionales o incluso de conflictos residuales de menor relieve, como los hemos denominado en otros estudios cuyo tratamiento corresponde a otras piezas del derecho de sociedades que poco o nada tienen que ver con la doctrina de las operaciones vinculadas (v. Paz-Ares, 2022, ap. 6).

14 Así parece pronunciarse también García García (2021b, pp. 3213-3214).

15 V. CGC (2019, p. 17); v. también la justificación de las enmiendas que promovieron la inclusión en la ley del art. 529-*vicies*.3 LSC citadas *supra* nt. 9.

embargo, que el interés haya de ser necesariamente accionarial[16], ni que la participación accionarial haya de alcanzar el 10 % del capital social, en virtud del recurso a la analogía con lo previsto en los arts. 231.1.d) y 529-*vicies*.1 LSC. La referencia del 10 % es orientativa, nunca determinante. Hay buenas razones para ello. Imagínese que un consejero independiente de la matriz tiene una participación del 5 % en una filial muy valiosa dentro del grupo y que su vinculación con la matriz está limitada a la que le confiere su condición de administrador. En un supuesto así parece lógico suponer que el consejero en cuestión tiene un conflicto en las deliberaciones y decisiones del consejo de la matriz llamadas a aprobar una transacción con la sociedad filial. Su inclinación natural puede ser la de beneficiar a la filial.

Las apreciaciones anteriores ponen de manifiesto que el concepto contable y el concepto societario de persona vinculada no son coextensivos[17]. Los casos más abundantes son aquellos en los que, como sucede en los hasta ahora comentados, el concepto contable es más amplio que el societario, pero no faltan ejemplos del fenómeno inverso. Veremos, en efecto, que en otros supuestos el perímetro de vinculación societario es mayor que el contable (v. *infra* §§ 3.3.c) y 5.2). Pues bien, constatada la falta de coincidencia entre uno y otro conjunto, procede indicar que la delimitación de las personas vinculadas contenida en el art. 529-*vicies*.1 (o en el art. 231 LSC) y, en general, la que practicaremos a lo largo de estas páginas *sólo sirve a efectos societarios*. La normativa contable —no modificada por sustracción o adición por el intérprete societario— debe prevalecer al objeto de preparar las cuentas consolidadas anuales, las cuentas individuales y la información financiera semestral. El principio es fácil de enunciar, pero el detalle es algo más difícil de definir en zonas de frontera. El problema se plantea básicamente en relación con la información sobre operaciones vinculadas a incluir en el informe anual de gobierno corporativo conforme a las previsiones del art. 540.4 d) LSC. El detalle o desglose de esta información se recoge en la Orden ECC 461/2013, cuyo art. 5.4.III, al objeto de definir el concepto de operación vinculada y de delimitar el perímetro de las partes vinculadas, remite a la Orden EHA 3050/2004. Pues bien, a pesar de que la Ley 5/2021 no ha reformado el art. 540.4 d) LSC ni derogado explícitamente la citada remisión reglamentaria, pensamos que en este caso ha de estarse a la delimitación societaria. La razón estriba en que, a efectos de la información de gobierno corporativo, predomina la motivación fiduciaria de hacer visibles los conflictos de interés sobre la contable de ofrecer la imagen fiel de las relaciones patrimoniales. Tiene poco sentido, además, atender a la definición de parte vinculada de una norma reglamentaria (pensada en un momento en que la Ley de Sociedades de Capital carecía de regulación a este respecto), cuando en la propia Ley de Sociedades de Capital —en el capítulo VII-*bis*— contamos ya con una formulación completa de la disciplina: la coherencia horizontal entre preceptos de la Ley de Sociedades de Capital debe prevalecer frente a la coherencia vertical con sus normas de desarrollo. En la misma línea se pronuncia la CNMV (2021, p. 15) y por ella parece caminar también el apartado D.5 del modelo de informe anual del gobierno corporativo aprobado por la Circular que reforma la Circular 4/2013 de la CNMV, aunque hubiera sido preferible que se hubiera remitido directamente a la Ley de Sociedades de Capital.

Dicho lo anterior, se impone una segunda aclaración. La CNMV parece partir de la premisa de que la Orden EHA 3050/2004, sobre la información de las operaciones vinculadas que deben suministrar las sociedades emisoras

16 Como se sostiene a veces (v., por ej., Fernández del Pozo, 2019, pp. 316-317; menos claro o quizá más matizado es su texto de 2021, p. 197). El derecho comparado enseña que cuando el legislador pretende limitar el interés relevante al interés accionarial suele hacerlo expresamente, a veces indicando también cuál es el umbral de significatividad. Es el caso por ejemplo del legislador belga, que fija dicho umbral en el 25 % del capital (v. Davies *et al.*, 2020, p. 34). A falta de una precisión similar del legislador, la doctrina comparada suele estimar que el interés relevante puede ser de cualquier tipo, tal y como postulan Bianchi y Milic (2021, p. 314), cuya interpretación está revestida de cierta autoridad (Bianchi fue el presidente del grupo de trabajo de Derecho Mercantil en el Consejo Europeo, encargado de revisar —y probablemente redactar la reforma de— la Directiva bajo la presidencia italiana). El ejemplo de que se valen los autores citados para ilustrar el caso de interés no accionarial es instructivo: un administrador o alto directivo de la matriz, cuya remuneración variable está en buena medida referenciada al desempeño económico-financiero de la filial, tendría incentivos para favorecer a la filial en detrimento de la matriz en una operación entre ellas; por ello, en ese caso, la operación debe de calificarse de vinculada también en el seno de la matriz.

17 La normativa fiscal, por su parte, dispone también de su propia definición de parte vinculada (v. art. 18 LIS), que es autónoma respecto tanto de la contable como de la societaria.

de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales, ha sido derogada tácitamente *por normativa posterior* en lo que atañe a los desgloses a suministrar en el informe financiero semestral (v. CNMV, 2021, p. 15). Sin embargo, esta derogación, que juzgamos sensata, no parece que pueda ser atribuida a la Ley 5/2021 (una norma de naturaleza societaria en principio no es apta para derogar o modificar una norma de naturaleza contable), sino a las propias NICs. Son, en efecto, las sucesivas reformas de las NICs las que han modificado implícitamente la definición de parte vinculada de la Orden EHA 3050/2004 en cuestión, con el resultado de que la información a suministrar en la información financiera semestral y en la anual se basa ahora, por fin, en las mismas premisas normativas y, consecuentemente, en el mismo perímetro de vinculación. Esta posición, más que razonable, como decimos, tropieza no obstante con la posición tradicional de la CNMV, plasmada en otros documentos normativos y, en particular, en la Circular 3/2018, de 28 de junio. Pero en fin, "nunca es tarde si la dicha es buena". La más reciente interpretación de la CNMV facilitará la vida a los emisores, que podrán estar a una única definición de parte vinculada a efectos de la preparación de los distintos estados financieros que deben producir.

3. Delimitación de las partes vinculadas activas: las partes vinculadas originarias

Del apartado precedente se desprende que, a efectos societarios, las partes vinculadas propiamente tales son las *partes vinculadas activas*; es decir, aquellas que, o bien tienen capacidad de influencia sobre la Sociedad, o bien están vinculadas o conectadas con quien la tiene. Las personas vinculadas activas pueden agruparse así en dos grandes categorías: la de las *personas vinculadas originarias* (cabalmente las que tienen capacidad de influencia sobre la sociedad) y la de las *personas vinculadas derivadas* (aquellas que están conectadas o vinculadas a las originarias). Esta segunda categoría, valga el juego de palabras, no se nutre en rigor por personas vinculadas a la Sociedad, sino por personas vinculadas a las personas vinculadas a la Sociedad. Precisamente por ello las calificamos de personas vinculadas derivadas. La vinculación se produce en segunda instancia y no se justifica porque tengan capacidad de influencia sobre la Sociedad, que no la tienen por sí mismas, sino porque, o bien tienen capacidad de influencia sobre las personas vinculadas originarias, o bien forman parte de su función de utilidad. Hay que tener en cuenta que la función de utilidad de una persona no depende solo del bienestar propio, sino también del bienestar de los allegados (por ejemplo, el de un padre o el de un hijo). Puede decirse en resumen que, desde el punto de vista de la Sociedad, rige la propiedad transitiva: si A está vinculada a B y B está vinculada a C, C está vinculada A. Se explica así la terminología del art. 231 LSC. El precepto no habla de personas vinculadas a la Sociedad, sino al administrador.

El perímetro de las *personas vinculadas originarias* es relativamente simple de trazar. Comprende a quienes comúnmente se denominan *insiders*, a saber: *administradores, altos directivos y socios de referencia*[18]. No hay otras personas o clases de personas que *típicamente* dispongan de capacidad de influencia sobre la sociedad.

Hay ciertamente otras personas capaces de desplegar influencia sobre la Sociedad para propiciar transacciones con ella mediante las cuales extraer ventajas indebidas. Piénsese, por ejemplo, en un banco u otro gran acreedor

18 Cfr. NIC 24.9 (a) para personas físicas y, con una formulación alambicada, casi endiablada, NIC 24.9.(b) para personas jurídicas. Nuestra clasificación es prácticamente exhaustiva, aunque haya algún supuesto absolutamente marginal o residual en la normativa contable que queda fuera de ella. Así ocurre, por ejemplo, con los planes de prestaciones postempleo para los trabajadores: v. NIC 24, 9 (b) (vi).

en momentos de dificultad de la Sociedad deudora, en un suministrador que se halla en situación de monopolio en relación con ella, en el fabricante/concedente o el franquiciador, o en cualquier otro sujeto respecto del cual la Sociedad se halle en una situación de "dependencia económica". Ninguna de ellas, sin embargo, puede calificarse de parte vinculada a efectos contables (los párrafos (c) y (d) de la NIC 24.11 son elocuentes al respecto) y, con mayor razón aún, a efectos societarios. La razón es clara. La fuente de su poder no está en el derecho de sociedades y, por tanto, no corresponde a este bloque normativo corregir las disfunciones que pueden originarse en las operaciones que realicen estos sujetos con la Sociedad. Ese cometido corresponde al derecho de la competencia (abuso de posición dominante del art. 2 LDC o abuso de situación de dependencia económica del art. 16.2 LCD) o al derecho contractual (cláusulas generales de abuso y buena fe, "intimidación económica", etc.: v., por ej., De Arriba, 2009, p. 82; Del Olmo, 2014, pp. 313 ss.; Paz-Ares, 1995, pp. 2866-2870).

Sobre las dos primeras clases o tipos de *insiders* —administradores y altos directivos— poco hay que decir, más allá de que conjuntamente integran la categoría que las normas contables denominan *"personal clave de la dirección"* y definen como personal dotado de "*autoridad y responsabilidad para planificar, dirigir y controlar las actividades de la entidad*" (NIC 24.9). Esta formulación evoca la noción de influencia significativa de los socios, definida como "*el poder intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la participada, sin llegar a tener el control ni el control conjunto*"[19].

3.1. Los *administradores* forman parte de la categoría de las personas vinculadas originarias en todo caso y, por ende, con independencia (i) de que sean ejecutivos o no ejecutivos y, dentro de estos últimos, dominicales o independientes[20]; (ii) de que sean miembros del órgano de administración en sentido propio —consejo de administración o consejo de dirección— o del órgano de supervisión donde exista (por ejemplo, del consejo de control de la sociedad anónima europea domiciliada en España que haya optado por el sistema dualista: v. art. 478 LSC); (iii) de que sean personas físicas o jurídicas[21]; (iv) de cuál sea la estructura del órgano de administración (administrador único, administradores solidarios, administradores mancomunados o consejo de administración[22]); e incluso (v) de que sean administradores de derecho o de hecho[23].

En la parte general, también deben reputarse administradores a estos efectos el primer ejecutivo de la sociedad en el caso de que no existan consejeros ejecutivos y el representante persona física del administrador persona

19 V., en el mismo sentido, IASB (2014, p. B1514).

20 Naturalmente, el secretario del consejo, cuando no sea miembro del órgano, no tendrá la consideración de parte vinculada. No obstante, si además de secretario es secretario general, director de los servicios jurídicos o cargo similar, es posible que deba ser considerado como tal por ser alto directivo, concepto sobre el que volveremos enseguida.

21 Esta observación se realiza porque la NIC 24 parte del presupuesto de que el "personal clave" puede nutrirse también de personas jurídicas. La NIC 24.9 (b) (viii) considera expresamente parte vinculada a las personas jurídicas que presten servicios de personal clave. Con todo, hay que señalar que en nuestro país están llamadas a representar un caso absolutamente marginal, sobre todo a partir de la Ley 5/2021, que ha cerrado la puerta a que las sociedades cotizadas tengan administradores personas jurídicas (v. art. 529.*bis*.1 LSC), aunque los actualmente designados puedan mantener su cargo hasta que venza el mandato (v. disposición transitoria primera apartado 4 de la Ley 5/2021). La prohibición no afecta, sin embargo, a las entidades del sector público (v. disposición adicional 12.ª LSC), que podrán estar representadas en los consejos de las sociedades cotizadas en las que participen por personas jurídicas del propio sector público.

22 El lector se preguntará si tiene sentido esta observación teniendo en cuenta que la parte especial se aplica solo a las sociedades cotizadas y que en estas el órgano de administración necesariamente tiene que organizarse como consejo (art. 529-*bis* LSC). La respuesta es, con todo, afirmativa. Tiene sentido porque los conceptos relevantes pueden ser de aplicación, aunque la sociedad no sea cotizada, en el marco del perímetro de vinculación derivado a que se aludirá más tarde (v. *infra* § 4). Por ejemplo, el administrador único o los administradores solidarios o mancomunados de una sociedad que controle a la sociedad cotizada son personas vinculadas de la sociedad cotizada [NIC 24.9.(a)(iii)].

23 Conforme sobre este último punto, Latorre (2021, p. 61). Esta solución se ve facilitada, además, por el principio ya mencionado de predominio del fondo sobre la forma (NIC 24.10). Como curiosidad diremos que el art. 18.2 II LIS *in fine* recoge expresamente la equiparación.

jurídica. La razón de ello reside en la extensión a estos sujetos del régimen de responsabilidad de administradores efectuada por los apartados 4 y 5 del art. 236 LSC, que por definición implica que se le extiendan también sus deberes fiduciarios y, concretamente, el deber de lealtad, dentro del cual se encuadra la normativa sobre operaciones vinculadas[24]. En la parte especial, uno y otro supuesto también entran dentro del perímetro de vinculación por otro título: ser "personal clave de la dirección" (NIC 24.9).

3.2. Los *altos directivos* de la sociedad que forman parte de la categoría de las personas vinculadas originarias no son cualesquiera de los usualmente denominados altos directivos o simplemente directivos[25]. El concepto de alto directivo no aparece mencionado ni específicamente identificado dentro de la definición de personal clave de la dirección contenida en la NIC 24.9, que se limita a indicar que comprende a aquellas personas con "*autoridad y responsabilidad para planificar, dirigir y controlar las actividades de la entidad*".

En cualquier caso, su identificación a título ilustrativo no resulta problemática. Suelen considerarse como tales, comparando a estos efectos la formulación de las NICs y la de las normas contables americanas, el CEO, el COO y los jefes de las principales unidades de negocio cuando no son consejeros (cfr., v. gr., Boissou y Zielhoff, 2021). En uno de los informes de las autoridades europeas en materia de supervisión de auditoría y contabilidad a que hemos tenido acceso constatamos que la autoridad irlandesa concluyó que los emisores que no computaron como personal clave y, por tanto, como personas vinculadas originarias a los miembros de los comités operativos y los jefes de división de la empresa podrían estar incumpliendo la NIC 24 (v. IAASA, 2013, p. 3). A su vez, el ICJCE (2009, p. 4), a la hora de interpretar el concepto de personal clave de la dirección de la empresa o de la entidad dominante aludido en la nota 23 del modelo de memoria del Plan General de Contabilidad, tiene establecido, por asociación o referencia a la NIC 24.9, que en él deben comprenderse también a los miembros del comité ejecutivo u órgano similar —el clásico comité de dirección o comité operativo—, entre los que podrían figurar el director general, el director financiero, el director de operaciones, el director comercial, el director de recursos humanos, el director de *marketing*, etc., correspondiendo en todo caso a la propia empresa la responsabilidad de establecer qué entiende por tal.

Considerando todo lo anterior, podemos recapitular afirmando que, en nuestro entorno cultural y desde la óptica del lenguaje y las categorías del derecho de sociedades, el concepto contable de "alto directivo" no coincide con el de personal de "alta dirección" propio de la legislación laboral (art. 2.1.a ET y Real Decreto 1382/1985), sino que debe circunscribirse a los directivos que integran la primera línea de dirección del grupo, es decir, aquellos que jerárquica o funcionalmente dependen del consejero delegado, del consejo de administración o de alguna de sus comisiones consultivas (por ejemplo, de la comisión de auditoría y cumplimiento) y a ellos reportan directamente (cfr. art. 249-*bis* h LSC)[26]. Estos y solo estos son equiparables funcionalmente a los administradores a efectos de la delimitación del perímetro de vinculación y a otros efectos societarios (por ejemplo, a efectos del art. 157.3 LSC *in fine* o del art. 271.2 LMV)[27].

24 Es ociosa cualquier discusión sobre si la normativa reguladora de las operaciones vinculadas es *"una normativa de responsabilidad, como si lo es el art. 236 LSC"* (v., no obstante, Latorre, 2020, p. 102).

25 Por ejemplo, el art. 540.4 d) LSC o la Orden EHA 3050/2004 hablan de "cargos directivos" sin otra precisión. Tampoco se puede descartar que un alto directivo sea persona jurídica (v. gr., una gestora de un fondo, de un hotel, etc.).

26 Se acercaría así al concepto de *officer* del derecho de sociedades americano: v., por todos, ALI (1994, § 1.27).

27 Cfr., en este sentido, Paz-Ares y Velasco (1997, p. 34).

3.3. La tercera clase de personas que integran la categoría de las personas vinculadas originarias viene dada por los que venimos denominando *socios de referencia*[28]. Los socios comunes no disponen de poder suficiente como para representar una amenaza de desviación de valor en sus relaciones u operaciones con la Sociedad. Esto solo sucede con los socios de referencia, y en algunos supuestos sucede de una manera particularmente notoria o intensa. Se trata en todo caso de una categoría algo heterogénea, dentro de la cual hay que deslindar tres tipos o clases de socios en función de su grado (decreciente) de influencia sobre la Sociedad y, por ende, de peligro para la integridad de sus operaciones con ella: (i) socios de control, (ii) socios de control conjunto y (iii) socios (simplemente) significativos. Las normas internacionales de contabilidad se valen a tal efecto de tres conceptos en el anverso —control exclusivo o control a secas, control conjunto e influencia significativa— y de otros tantos en el reverso de la misma moneda —sociedad dependiente, negocio conjunto y entidad asociada—. Sobre ellos conviene parar la atención un momento, pues serán de gran importancia también para la identificación de las personas vinculadas derivadas en el próximo apartado (v. *infra* § 4).

a) La noción de *socio de control* es intuitiva. Como tal se reputa al titular de una participación en el capital de la sociedad capaz de conferirle, directamente o por medio del oportuno arreglo estatutario o contractual, control exclusivo sobre ella. En el caso de grupos hablamos de sociedad dominante o sociedad matriz. La sociedad de referencia respecto de la cual se predica la vinculación es la *sociedad dependiente* o sociedad filial. Ni que decir tiene que, en la escala de peligro, estamos en un nivel superior al que representan los administradores.

El concepto de *control* relevante para la definición de persona vinculada lo encontramos en las NIIFs 10.6 y 10.7. De acuerdo con dichas normas, un socio o inversor controla una entidad cuando "*por su implicación en ella está expuesto, o tiene derecho, a unos rendimientos variables y tiene la capacidad de influir en dichos rendimientos a través del poder que ejerce sobre la participada*"[29]. El poder necesario a tal efecto no se funda siempre en la titularidad de una participación en el capital social superior al 50 % o en la circunstancia de haber nombrado a más de la mitad de los miembros del órgano de administración. Puede alcanzarse asimismo por otras vías (entre los ejemplos de derechos idóneos para conferir el control con que nos ilustran las normas de contabilidad se cuentan, además de los derechos de voto, el derecho a nombrar o revocar miembros del personal clave o el derecho a impartir instrucciones a la entidad para que realice transacciones en beneficio del titular). Esto significa que la titularidad de la mayoría del capital no es siempre condición necesaria para procurar el control. Pero además hay que decir que tampoco es siempre condición suficiente. Así sucede, por ejemplo, cuando otro socio dispone, en virtud de acuerdos contractuales o estatutarios, de derechos de decisión o de derechos de veto en materias relevantes (por ejemplo, aprobación del plan de negocio, del presupuesto anual o designación de administradores y altos ejecutivos). Es llano, en todo caso, que disponer de la mayoría del capital o haber nombrado a la mayoría del consejo constituyen presunciones *iuris tantum* de control.

28 O socios relevantes o socios significativos, todas ellas son expresiones equivalentes utilizadas para describir una misma realidad, la que en inglés suele denotarse con el término *substantial shareholders* (v. Davies *et al.*, 2020, p. 6).

29 Las normas en cuestión son objeto de desarrollo en los apartados 10 ss. y en la detallada guía de aplicación contenida en el Apéndice B.

Los conceptos de control y concordantes a que nos venimos refiriendo no son relevantes en la parte general porque en ella no se contempla a los socios como partes vinculadas originarias; como tales solo se contempla a los administradores. No obstante, hay —como sabemos— una importante excepción, que ahora se recoge en el art. 231-*bis* LSC en materia de grupos. El concepto de control pertinente a tales fines no es, sin embargo, el que suministran las NICs, sino el que ofrece el art. 42 C de C (recuérdese que este es el concepto relevante de grupo a efectos societarios en virtud de lo dispuesto por el art. 18 LSC)[30]. El alcance de uno y otro concepto es prácticamente equivalente, aunque teóricamente no es coincidente.

En rigor, el art. 42 C de C no ofrece una definición de control, sino más bien una serie de presunciones de cuándo se considera que existe ese control. El concepto de control subyacente fue objeto de desarrollo en las Normas para Formular las Cuentas Anuales Consolidadas[31], que incluyen en su art. 1.3 una definición de "control" que recuerda al de la NIIF 10: "*se entiende por control el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de una entidad, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades*". Por eso decimos que, a fin de cuentas, ambos conceptos son prácticamente equivalentes (cfr., en el mismo sentido, García Llaneza, 2018, p. 389).

b) El *socio de control conjunto* o de cocontrol es el socio titular de una participación que le proporciona control negativo —o, lo que es lo mismo, una prerrogativa de veto— sobre las actividades o decisiones más relevantes de la sociedad (las mismas cabalmente que en positivo proporcionan control y ya mencionamos en el apartado inmediatamente anterior). Este tipo de control se basa siempre en la exigencia de unanimidad entre los socios que ostentan el control conjunto para la adopción de tales decisiones, cuya fuente puede provenir de la titularidad de una determinada participación (así sucede, por ejemplo, en el caso canónico de las *joint ventures* 50/50), aunque frecuentemente se deriva de previsiones estatutarias y acuerdos parasociales.

La fenomenología es variadísima, incluso se produce con frecuencia a tres bandas. Supóngase que tres partes constituyen una sociedad. A posee el 55 % de los derechos de voto, B el 30 % y C el 15 %. El pacto parasocial suscrito entre A, B y C especifica que se requiere al menos un 75 % de los derechos de voto para tomar decisiones sobre las actividades relevantes de la sociedad. Pese a que A puede bloquear cualquier decisión y tener en teoría mayoría, no ostenta el control porque necesita el acuerdo de B. Los términos del pacto, que requieren al menos un 75 % de los derechos de voto para adoptar decisiones sobre las actividades relevantes, implican que A y B controlan conjuntamente la sociedad, ya que no es posible tomar decisiones sobre las actividades relevantes sin el acuerdo de ambos[32].

La definición de los conceptos de *control conjunto* y de *negocio conjunto* (este último alude a la empresa o sociedad sujeta a control conjunto) se contiene en la NIIF 11.7 y en el apéndice A. No hace falta extenderse sobre ella. Como fácilmente se advierte, en una sociedad cotizada y en lo que a partes vinculadas originarias se refiere, resulta harto difícil, si no imposible, que llegue a darse un caso de control conjunto. Es en el ámbito de las partes vinculadas derivadas donde estos conceptos de control conjunto y de negocio conjunto adquieren virtualidad.

30 V., en contra, Fernández del Pozo (2021, pp. 184-187).

31 Aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre. El concepto actual de control del art. 42 C de C fue introducido, por cierto, por la Ley 16/2007, cuyo objetivo era adecuar la normativa mercantil a las normas internacionales de contabilidad. Esta circunstancia es, de por sí, indiciaria de que los conceptos de control del art. 42 C de C y de las NICs no pueden estar muy alejados entre sí.

32 Tomamos este ejemplo de la NIIF 11.B8.

c) Denominamos finalmente *socio significativo* al titular de una participación significativa o participación que le confiere una "influencia significativa" sobre la sociedad. La tautología se deshace precisando que la noción de *influencia significativa* es residual. La NIC 28.3 la define como el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la sociedad que no llega a ser control exclusivo ni control conjunto sobre dichas políticas (precisamente por ello este es el tipo de influencia que se supone y atribuye a administradores y altos directivos[33]). La sociedad sujeta a influencia significativa se conoce en el vocabulario contable como *entidad asociada*.

La noción de influencia significativa está dotada de un elevado grado de indeterminación, a la vista queda. Por esta razón, la normativa internacional de contabilidad se vale de un bien articulado juego de presunciones para hacerla operativa (v. NIC 28 y, en concreto, los apartados 5 ss.). Así presume que un socio ejerce una influencia significativa si posee, directa o indirectamente, el 20 % o más de los derechos de voto de la participada[34]. Se trata de una presunción *iuris tantum*: cede ante la demostración clara y neta —es decir, líquida— de que tal influencia no existe. La presunción opera también a la inversa. La NIC 28 considera que un socio no ejerce influencia significativa si su participación queda por debajo del umbral del 20 %. Esta presunción, sin embargo, es susceptible también de ser rebatida acreditando de manera igualmente líquida la existencia de tal influencia. La NIC 28.6 aclara, además, que la influencia en cuestión se presume también si el socio, aun no alcanzando el umbral del 20 %, obtiene representación en el órgano de administración (es decir, si ha podido designar un consejero dominical[35]), si participa en la fijación de políticas relevantes, especialmente de dividendos, si la sociedad ha concertado con él transacciones de importancia relativa o si este le ha suministrado a aquella información técnica esencial (*know-how*). Es claro por todo ello que el concepto de influencia significativa con relación a los socios exige un análisis circunstanciado de cada caso (NIC 28.8). No sucede lo mismo en relación con los administradores, de los cuales se predica siempre y sin excepción —aunque sean consejeros independientes sin influencia efectiva— que despliegan influencia significativa. El concepto de influencia significativa aquí es abstracto, no concreto.

El art. 529-*vicies*.1 LSC incorpora las ideas anteriores al remitirse a las NICs. Sin embargo, antes de efectuar la remisión, en su inciso inicial, el precepto califica directamente como partes vinculadas a los "consejeros" de la sociedad, a los "accionistas titulares de un 10 % o más de los derechos de voto" y a los socios "representados en el consejo de administración", es decir, a los *domini* de los consejeros dominicales, también mencionados en la parte general (art. 231.1 e) LSC). ¿Cómo debe interpretarse este inciso inicial del precepto? ¿Es un inciso constitutivo o simplemente declarativo?

Hay al menos un aspecto en que el inciso resulta indubitadamente constitutivo. Aludimos al paso en que fija en el 10 % el umbral de participación relevante para presumir la influencia significativa de un socio. De este modo, el legislador nacional innova ampliando el perímetro de vinculación dibujado por las normas internaciones de contabilidad. La solución ha madurado como fórmula

33 IASB (2014, p. B1514).

34 Huelga recordar que esta presunción de influencia significativa rige asimismo en la normativa contable doméstica: v. art. 47.3 C de C.

35 Latorre (2021a y 2021b, p. 55) parece no convenir en este punto, quizás porque solo atiende a lo previsto en la NIC 24 y no extiende la mirada al resto de NICs y NIIFs, como es obligado. En la doctrina comparada la cuestión de tener que acudir al resto de las NICs está fuera de discusión (v., por todos, Davies *et al.*, 2020, p. 15).

transaccional entre la alternativa empíricamente infundada del 3 % propia de nuestra legislación histórica (recuérdese que estaba recogida en el viejo art. 529-*ter*.1 h LSC por referencia al concepto de "participación significativa" de la normativa del mercado de valores: v. art. 23 RD 1362/2007) y la alternativa más realista del 20 % prevista por las NICs[36]. Pero esto no quiere decir necesariamente que sea la solución óptima. La virtud no siempre está en el medio. El hecho de que un ordenamiento con tanta veteranía e incluso sabiduría en estas lides como es el inglés haya fijado igualmente el umbral de la significatividad en el 10 % (v. *Listing Rule* 11.1.4A de la FCA) no prueba nada[37]. La mayor dispersión de la propiedad que exhibe el mercado de capitales del Reino Unido determina que la influencia significativa cuaje típicamente en un nivel de participación inferior a aquel en que lo hace en el continente[38]. De ahí que la mayoría de los países europeos no hayan rectificado el umbral de las NICs (v., por ej., § 111a.2 AktG), aunque ciertamente no falta alguna excepción significativa que ha optado por una solución semejante a la española (v. art. L 225-38 del Código de Comercio francés)[39].

El aspecto dudoso o más dudoso del inciso en cuestión es el referido a los "consejeros" y a los accionistas "representados en el consejo de administración". En este paso el precepto parece o parecería meramente declarativo (no haría más que anticipar un par de casos de vinculación que ya están contenidos, según hemos comprobado, en las NICs). No obstante, alguien podría apuntar que, a pesar de ello, el precepto tiene una dimensión constitutiva —innovadora respecto de las normas contables— en el sentido de que convierte en regla categórica lo que en las NICs es una regla simplemente hipotética o, dicho en otros términos, una presunción relativa. De ser así cabría entender que, de acuerdo con el art. 529.*vicies*.1 LSC, el accionista que tenga una participación superior al 10 % o que haya procurado la designación de un consejero dominical es siempre y necesariamente una persona vinculada aunque pueda acreditarse que *in concreto* no tiene influencia significativa[40]. Una interpretación de esta índole sería posible, pero no razonable. Reiteramos que, a nuestro modo de ver, la cita o mención de los consejeros o de los accionistas representados en el consejo cumple la función meramente estilística de dar pie para introducir la innovación sustantiva del 10 %. Pero más allá del cambio cuantitativo no hay innovación.

La consideración como parte vinculada del accionista del 10 % en nuestra ley, como el del 20 % en las NICs, está siempre supeditada a que no se acredite de manera líquida que carece de influencia significativa. A favor de esta interpretación militan diversas circunstancias: (i) el hecho de que el concepto de control sea meramente presuntivo (según se deprenden del art. 42 C de C al que remite el art. 18 LSC); si aquel lo es, también ha de serlo —con mayor razón quizá— el de influencia significativa; (ii) el tenor del último inciso del art. 231.1 d) LSC, el cual también parece configurar la participación igual o superior al 10 % como una mera presunción de influencia significativa (la

36 Cfr. CGC (2019, pp. 15-16).

37 La aplicación de las reglas del *premium listing* es voluntaria, por lo que si una compañía cotizara sin asumir esa regulación, todo el capítulo 11, que incluye las normas especiales de operaciones vinculadas, dejaría de aplicarse (v. por todos, Davies *et al*., 2019, p. 383).

38 Lo mismo, quizá aun con mayor razón, puede predicarse de EE. UU. No es de extrañar por ello que las normas federales americanas hayan bajado el listón incluso por debajo, dejándolo en el 5 % (v. § 229.403, Item 403(a) —en relación con la § 229.404, Item 404(a)— de la Regulation S-K emitida por la SEC americana).

39 Para una evaluación comparativa, v. Davies *et al.* (2020, p. 25).

40 En esta dirección parece apuntar Latorre (2020, pp. 112-113).

expresión "presumir" utilizada en este contexto debe entenderse en el sentido propio o literal del término, como ocurre en las NICs); e incluso (iii) el principio de prevalencia de la sustancia sobre la forma recogido en la NIC 24.10, que habla en la misma dirección. Bajo estas circunstancias, la admisibilidad de la prueba en contrario y la consiguiente derrotabilidad de la norma resulta especialmente justificada, máxime en un contexto en que la presunción originaria de las normas internacionales ha sufrido una notable ampliación como consecuencia de haberse bajado el umbral relevante del 20 % al 10 %. En este contexto, el balance o equilibrio ordinario entre las propiedades o atributos de la "reglacidad" (en particular, la eficiencia ligada a la reducción de costes de administración de la norma) y los valores de fondo asociados a los principios o justificaciones subyacentes se inclina resueltamente hacia estos últimos (v. *infra* § 6.2)[41].

Otro tanto puede decirse con relación a los accionistas representados en el consejo. Es cierto que aquí el argumento sistemático traído de la parte general no es tan expeditivo. En última instancia se funda en la idea de coherencia. La homogeneidad de tratamiento con el supuesto recién mencionado en el plano interno y con las previsiones de las NICs en el plano externo así lo exige. Tendría poco sentido que el criterio de la participación superior al 10 % fuese presuntivo y que el criterio de la representación en el consejo fuera absoluto (sobre esta problemática, v. *infra* § 5.2 a)[42].

4. Delimitación de las partes vinculadas activas (sigue): las partes vinculadas derivadas

La identificación de las *partes vinculadas derivadas* es tarea algo más compleja que la identificación de las partes vinculadas originarias que acaba de ensayarse. Las denominamos "derivadas" porque la fuente de vinculación no reside en ellas mismas, sino que proviene —"deriva"— de las relaciones que tienen con las partes vinculadas originarias. Pueden distinguirse tres grandes tipos de vinculación derivada: descendente, ascendente y lateral.

4.1. La *vinculación descendente* se extiende aguas abajo y comprende todas aquellas entidades sobre las que una persona vinculada originaria —sea esta un administrador, un alto directivo o un socio de referencia en los términos anteriormente definidos— tenga control exclusivo o control conjunto [NIC 24.9 (b) (vi)]. En el caso especial de que la persona vinculada originaria sea el socio de control o de cocontrol de la Sociedad, la vinculación seguirá descendiendo y alcanzará también a las entidades donde aquella disponga de control conjunto [NIC 24.9 (b) (iii)] o de influencia significativa [v. NIC 24.9 (b) (ii), (iv) y (vii)].

La racionalidad de estas reglas (más difícil de expresar que de comprender) se funda en la intensidad de la influencia. La idea básica es que la vinculación de los titulares de mera influencia

41 Adoptamos el neologismo "reglacidad" para referirnos a la condición que tienen ciertas normas de ser reglas (y no ser principios). Esa condición, sin embargo, se expresa en términos graduales o escalares más que discretos o polares. El concepto que pretende traducir (*ruleness*) ha sido elaborado por Schauer (2021, pp. 35 ss.).

42 Añadimos que en nuestra tradición contable y, concretamente, en la Circular CNMV 1/2005 la solución era justamente la inversa: presunción absoluta en el primer caso y relativa en el segundo (v. Paredes y Villacampa, 2005, p. 17).

significativa sobre la Sociedad (que es la que la ley atribuye de manera típica al administrador, al alto directivo y al socio simplemente significativo) no desciende a las entidades participadas por ellos a no ser que se trate de una participación de control, exclusivo o conjunto [v. NIC 24.12 y NIC 24.9.(b)(iv)]. Y viceversa, que la vinculación de los titulares de control (exclusivo o conjunto) sobre la Sociedad desciende a las entidades en que participen aunque su participación en ellas solo les confiera influencia significativa[43]. En resumidas cuentas, *para que descienda la vinculación tiene que haber control al menos en una parte de la ecuación (en la Sociedad o en la entidad)*. Si en las dos partes de la ecuación hay solo influencia significativa, la vinculación no desciende. Dos entidades influidas significativamente por la misma persona no son partes vinculadas entre ellas.

Una precisión importante: el hecho de que la vinculación y con ella el conflicto de interés que le es inherente se transmitan por el canal del *control exclusivo* no representa ninguna novedad u originalidad de las NICs. Está en la lógica natural de las cosas. En nuestra traducción del lenguaje contable al lenguaje societario hemos prescindido deliberadamente de los conceptos usuales de "conflicto de interés directo" (en buena medida coincidente con el que exhibe la parte vinculada originaria) y "conflicto de interés indirecto" (en principio identificable con el que exhibe la parte vinculada derivada) porque al final del día, más que iluminar, confunden o complican[44]. No obstante, los traemos a colación ahora para recordar que, cuando la doctrina tradicional se detiene en la delimitación de los conflictos indirectos, con frecuencia excluye la hipótesis de la entidad controlada, justamente por entender que en ese caso nos encontramos más bien ante un conflicto de interés directo. *El conflicto* —viene a decirse— *solo aparentemente es indirecto,* es decir, de una persona distinta a la originaria, aunque conectada con ella*; realmente es directo* porque la entidad controlada carece en rigor de autonomía, no es más que la prolongación de la persona vinculada originaria que la controla. Los autores utilizan distintas expresiones para subrayar esta particularidad: "instrumentalización", "interposición", "dominación", etc. Todas ellas apuntan a la misma idea, y es que, desde el punto de vista de la *ratio legis*, más que ante un caso de vinculación o conexión, estamos ante un caso de identificación (v., en esta línea, Alfaro, 2017; Juste, 2017, p. 223-224; Emparanza, 2019, pp. 152-154; Latorre, 2017, p. 152, aunque más tarde parece haber reconsiderado su posición inicial: v. Latorre, 2020, pp. 96, 105-106 y 147-149; v. también Cabanas, 2017, p. 1083).

La precisión es, como decimos, muy importante. La razón de ello reside en que si, como efectivamente pensamos, nos hallamos ante un supuesto de mero *pass-through*, la equiparación normativa resulta obligada en el plano interpretativo, aunque no esté expresamente contemplada en la ley (así sucede, como veremos, en ciertas hipótesis especiales de vinculación: v. *infra* §§ 5.4 y 6.1.c *in fine*) e incluso aunque se refiera a una prohibición sujeta a interpretación restrictiva. Es el caso, por ejemplo, del art. 190.1 LSC. Como es sabido, el precepto establece un elenco cerrado de prohibiciones de voto. En concreto, la letra e) impide al administrador que al propio tiempo es socio ejercitar sus derechos de voto como socio en relación con los acuerdos de la junta general que tengan por objeto autorizar una operación vinculada suya con la Sociedad y, en general, dispensarle de cualquier otra obligación derivada del deber de lealtad. *Quid iuris* en el caso de que quien pretenda votar en la junta no sea el administrador-socio, sino una entidad controlada por él? Del caso se ocupó la célebre STS 2-II-2017 (RJ 396/2017). En un ejercicio desafortunadamente formalista, el Tribunal Supremo sostuvo que la prohibición de marras no puede "descenderse" a la sociedad controlada por el administrador apelando a tal efecto al carácter restrictivo del elenco de prohibiciones del

43 Las NICs aclaran que en esa hipótesis la vinculación desciende también a las entidades dependientes (es decir, controladas exclusivamente, aquí no basta el control conjunto) de la entidad sobre la que se tiene influencia significativa [v. NIC 24.9 (b) (ii), (iv) y (v) y NIC 24.12].

44 De hecho, en otros estudios habíamos desechado ya el uso de este par conceptual en relación con los conflictos que surgen *ratione personae* reservándolo para los conflictos que surgen *ratione materiae* (v. Paz-Ares, 2019a, pp. 138-139). Decíamos entonces: *"el carácter indirecto opera ratione materiae y alude a todos aquellos casos en que el conflicto no surge directamente de una transacción entre administrador y la sociedad, sino indirectamente de los efectos colaterales típicamente perniciosos que puede desplegar sobre la sociedad una transacción realizada por el administrador con un tercero o de los efectos colaterales típicamente beneficiosos que puede tener para el administrador una transacción realizada por la sociedad con un tercero, cuyos paradigmas están en las letras b) y e) del art. 229.1 LSC".*

art. 190.1 LSC y al hecho de que, a diferencia del art. 231.1 d) LSC, el precepto no extiende expresamente el ámbito de aplicación de la norma a las sociedades bajo el control del administrador.

No hace falta detenerse mucho para desmontar el argumento. Se nos ocurren cuando menos tres razones, todas ellas derivadas de la idea de "instrumentalización" antes mencionada. La *primera* es de tipo epistémico. Cuando la evidencia de la persistencia del conflicto es tan líquida y palmaria, carece de sentido afirmar que la vinculación no puede imputarse a la sociedad controlada por el administrador sin que previamente un juez levante el velo de la personalidad jurídica (así, no obstante, Peinado 2018, p. 75; González Fernández 2018, p. 463-464; v. también García Sanz, 2019, p. 197; Iraculis, 2019, pp. 197-199). En nuestra opinión, nada hay que valorar y probar. El solo hecho de que exista control exclusivo es bastante: *res ipsa loquitur*. El caso de libro de *extensión de la imputación* en la doctrina del levantamiento del velo es precisamente el de imposición a la sociedad controlada de la obligación legal o contractual que pende sobre el socio de control (v., para una primera aproximación, Paz-Ares, 2006, pp. 593-596, con cita de algunas resoluciones en el mismo sentido). Clamaría al cielo que un administrador pudiera librarse de su obligación de no competencia con la Sociedad por hacerlo a través de un vehículo suyo. Nadie ha sostenido lo contrario, incluso en épocas en que el art. 231.1 LSC aún no había sido promulgado. La *segunda* razón es de consistencia. La posición del Supremo resulta especialmente objetable porque unos años antes se había decantado en la dirección opuesta, menos formalista y más sensata desde el punto de vista del fin de protección de la norma. Aludimos a la STS 26-XII-2012 (RJ 1255/2012), en la que el alto tribunal no tuvo inconveniente en extender la prohibición de voto del art. 190.1 e) LSC al socio-administrador en conflicto en un supuesto en que este no ejercitaba su derecho de voto, sino el de un tercero a quien representaba, que de este modo quedó privado de sus derechos (sobre esta resolución v. el comentario aprobatorio de Fayos, 2013, pp. 479 ss.; v. también RDGRN 16-X-2000, RJ 1021/2000). La *tercera* razón es de método y apunta a la trivialidad de la argumentación que sustenta la tesis combatida. Pues aun dando por buena su premisa de que las normas prohibitivas de derechos no son susceptibles de ampliación (*quod non*: el art. 4.2 CC circunscribe la prohibición de analogía a las leyes penales, temporales y excepcionales), es indiscutible que en el caso resuelto por la sentencia de 2017 y devenido paradigmático en la discusión doctrinal no se trataba de crear un nuevo supuesto objetivo de prohibición de voto, sino de valorar si un supuesto típico (la prohibición de voto del socio administrador de la letra *e* del art. 190.1 LSC) podía zafarse de la prohibición por el simple hecho de que la titularidad del voto no correspondiese formalmente al administrador, sino a una entidad controlada por él y, por tanto, perfectamente equiparable a él desde el punto de vista de la *ratio legis*. Aquí hemos de recordar que ni siquiera las normas excepcionales son del todo inasequibles a la interpretación extensiva y a la analogía:

> "*Se tiene que evitar* —dice Larenz en un paso célebre en esta discusión— *que, mediante una interpretación demasiado amplia de las disposiciones excepcionales, o mediante su aplicación analógica, la intención del legislador se trueque finalmente en lo contrario a ella. Pero esto no significa que la disposición excepcional haya de interpretarse tan 'estrictamente como sea posible' o que la analogía quede excluida en todo caso. Aquí es decisiva de nuevo la razón por la que el legislador ha exceptuado precisamente esos casos*" (Larenz, 1980, pp. 352-353).

Con ello se corrobora nuestra conjetura de que el control (exclusivo), más que dar lugar o producir un conflicto derivado, simplemente traslada el originario. La verdadera innovación de las NICs no estriba tanto en prever el control exclusivo como canal de transmisión de la vinculación —reiteramos que esto va de suyo—, cuanto en asimilar el control conjunto al control exclusivo o control propiamente tal. Este último es un resultado que sería ciertamente difícil de alcanzar en el plano interpretativo. La razón salta a la vista: una vez que se franquea la barrera cualitativa, entramos en la pendiente resbaladiza, justamente lo que el *numerus clausus* trata de soslayar (v. *infra* § 6). El problema de la pendiente resbaladiza es conocido: aunque la primera decisión sea aceptable, conduce a una segunda decisión y esta a una tercera y así sucesivamente que ya no lo son (para una primera aproximación a la estructura de este problema, v. Farnsworth, 2020, pp. 172 ss.).

4.2. En virtud de la que llamamos *vinculación ascendente*, el espectro de las personas vinculadas escala aguas arriba. Se reputarán personas vinculadas a la Sociedad no solo las entidades controladas por las partes vinculadas originarias (socios de referencia, administradores y altos directivos), sino también las entidades o personas controlantes. La lógica que inspira la vinculación ascendente guarda semejanza con la descendente, de forma que dependerá del grado o intensidad de la vinculación de la parte vinculada originaria y del grado o intensidad de la vinculación de las partes que se sitúan en cada uno de los eslabones superiores de la cadena. Si se trata de socios de control, la vinculación asciende a todas y cada una de las sucesivas entidades de control, hasta llegar a la cúspide de la cadena, que podrá ser tanto una persona jurídica como una persona física, que controle exclusivamente [NIC 24.9.(a)(i), NIC 24.9.(b)(i)], que disponga de control conjunto [NIC 24.9.(b)(i)] o que influya significativamente hacia abajo (NIC 28.5). No obstante, si la persona vinculada originaria —o cualquier otra situada en un escalón intermedio de la cadena— solo dispone de control conjunto o de influencia significativa sobre la Sociedad, la vinculación solo asciende a las personas o entidades que tengan control exclusivo sobre ella.

Dicho esto, enseguida debe precisarse que la categoría de la vinculación ascendente, aunque se mueva también en el eje vertical, no es enteramente simétrica a la vinculación descendente desde el punto de vista conceptual. Mientras que esta es una forma de vinculación "derivada" en el sentido genuino del término, aquella solo lo es en el plano formal; en el plano material es más bien originaria porque siempre apunta hacia la verdadera fuente del poder o de la influencia sobre la Sociedad, que reside en el último eslabón de control. Tanto es así que no sería aventurado afirmar que la persona vinculada originaria por excelencia es la persona que está en la cúspide de la cadena de control, no la que brinda la conexión que luego se escala hasta llegar a ella.

Por su propia naturaleza, la vinculación ascendente se predica solo respecto de *insiders* personas jurídicas. En principio, las personas físicas no son susceptibles de ser dominadas o controladas[45]. En la práctica de las sociedades cotizadas esto significará que una forma de vinculación de esta índole solo podrá predicarse respecto de socios de referencia, puesto que los administradores y los altos directivos normalmente —aunque no necesariamente— serán personas físicas. En el caso excepcional en que los administradores o los altos directivos de una sociedad cotizada sean personas jurídicas (v. *supra* § 3), va de suyo que la vinculación ascenderá desde ellos a quienes controlen la persona jurídica administrador o directivo. El art. 231.2 LSC es elocuente al respecto.

Hay que reconocer, sin embargo, que, en sentido funcional, la extensión de la vinculación del consejero dominical al *dominus* que ha procurado su nombramiento para representarlo en el consejo (arts. 529-*vicies*.1 y 231.1.e LSC) podría calificarse también de vinculación ascendente. De hecho, en una obra anterior hablábamos ya, en esta misma línea, de "conflictos ascendentes" (v. Paz-Ares, 2019a, p. 141). Y es que, en verdad, la razón que ha llevado al legislador a considerar persona vinculada de la Sociedad al *dominus* se basa en la presuposición de que, aun cuando este no tiene propiamente un "control" sobre el consejero dominical ni la potestad equivalente de impartirle instrucciones imperativas, dispone *de facto* de una notable capacidad de influencia sobre él en virtud del "mandato natural" y de la función práctica de intermediación que está llamada a cumplir la figura dentro de nuestro sistema de gobierno corporativo (este es el núcleo de la teoría de los administradores dominicales: remitimos a Paz-Ares, 2019a, pp. 22-23 y 74 ss.). No ignoramos que esta extensión ha sido objeto de crítica, pero aún no ha llegado el tiempo de la réplica (v. *infra* § 5.2).

45 Aceptarlo parecería contrario a la dignidad humana, indica De Arriba (2009, p. 116). Con todo, la esclavitud o el vasallaje no son la única alternativa posible de dominación. No hay que descartar que puedan darse supuestos de dominación jurídicamente relevantes en este campo en el marco de relaciones fiduciarias y similares. Nada tiene que ver con la dignidad o "esencia del ser humano" asumir que el fiduciante —el beneficiario último— tiene control sobre el fiduciario.

4.3. Finalmente, hay que aludir a la *vinculación lateral,* una forma de vinculación que se basa en el parentesco y que, por tanto, solo puede predicarse de *insiders* o partes vinculadas originarias personas físicas (incluyendo, por cierto, las que se encuentren en la cúspide de la influencia, según acabamos de ver más arriba[46]). La calificamos de lateral porque se produce fuera de las relaciones de jerarquía vertical consideradas en los dos apartados precedentes, en ese plano, por así decir, horizontal en que se desenvuelven las relaciones familiares. La NIC 24 agrupa bajo esta forma de vinculación a los *familiares cercanos* de los administradores, altos directivos y socios de referencia personas físicas. El elenco —a pesar de lo que pudiera parecer a primera vista— es más amplio que el previsto en la parte general y comprende todos aquellos miembros de la familia de los que puede esperarse que influyan o resulten influidos por cualquiera de los *insiders*. A modo de ejemplo (pero solo a modo de ejemplo), la norma menciona: (i) a sus hijos y parejas —sean cónyuges o personas con análoga relación de afectividad—; (ii) a los hijos de sus parejas; y (iii) a las personas a su cargo o a cargo de sus parejas. Siendo la enumeración meramente ejemplificativa[47], el concepto de familiar cercano puede llegar a ser enormemente amplio e incluir a padres, hermanos, cuñados e incluso primos si se considera que la relación entre ellos es lo suficientemente próxima o intensa como para condicionar la independencia de juicio del *insider* de que se trate.

Lo característico de esta forma de vinculación es que la ley la identifica a todos los efectos con la vinculación originaria o primaria. El familiar cercano resulta así equiparado jurídicamente a la parte vinculada con la que tiene el parentesco. Como consecuencia de ello, resultan también incorporadas al perímetro de vinculación las entidades que quedan bajo el control exclusivo, el control conjunto o la influencia significativa de los familiares cercanos. Todo el sistema de la vinculación descendente se extrapola a los mencionados familiares cercanos en los mismos términos en que se predica de las partes vinculadas originarias. Así, por ejemplo, debe reputarse parte vinculada de la Sociedad una entidad en la que el hijo o el cónyuge del socio de control tenga una influencia significativa, o en la que el hijo o el cónyuge de un administrador tenga control.

5. Referencia comparativa al perímetro de vinculación en la parte general

Llegados a este punto es oportuno comparar el perímetro de vinculación de la parte especial que queda dibujado en las páginas anteriores con el que se perfila en la parte general según ha quedado modificada por la Ley 5/2021. Adelantamos las principales conclusiones que arroja este ejercicio de comparación: (i) el perímetro de la vinculación ascendente es igual en la parte general y en la parte especial, (ii) el perímetro de la vinculación descendente es mayor en la parte general que en la parte especial, y (iii) el perímetro de la vinculación lateral es menor en

46 Esta sería una manifestación más de que, en sentido material, la vinculación ascendente es equivalente a la vinculación originaria o primaria.

47 El inciso inicial de la definición contenida en la NIC 24.9 es una cláusula general y, como tal, suficientemente elocuente de que la enumeración que sigue es puramente ejemplificativa. Sobraría si esta fuese cerrada. El inciso final de dicha definición en la versión de las NICs aprobada por la Comisión Europea (nos referimos a la incorporada en la redacción actualmente en vigor del Reglamento (CE) 1126/2008) no deja margen para la vacilación: *"entre ellos* [los familiares cercanos], *se pueden incluir…"*. Es cierto que en versiones posteriores de las NICs ya no se dice "pueden incluir", sino "incluyen". El cambio, en todo caso, no debe afectar al entendimiento de que la relación contenida en las letras (a), (b) y (c) de la NIC 24.9 continúa siendo ejemplificativa, como por lo demás ha recordado el *Interpretation Committee* de las NICs (v. IASB, 2015).

la parte general que en la parte especial. Comentaremos estas tres conclusiones y al hilo de ellas intercalaremos una reflexión sobre la aplicabilidad de la parte general a los administradores o consejeros de sociedades cotizadas.

5.1. Como decimos, la primera conclusión es que *el perímetro de la vinculación ascendente es igual en la parte general y en la parte especial,* cuando menos en relación a los *insiders* que sirven de referencia para fijarlo en cada parte. La idea rectora es muy simple: si alguien controla al administrador (la única parte vinculada originaria en la parte general), es obvio que ese controlador o controlante también se convierte en parte vinculada de la Sociedad[48]. La regla estaba y sigue estando claramente establecida con relación al administrador persona jurídica, el único que genuinamente es susceptible de control. La ley califica expresamente como personas vinculadas a dicho administrador a sus socios de control y a sus propios administradores (v. art. 231.2.a y b LSC). La cuestión se presenta, en cambio, algo más confusa o difusa en relación con el administrador persona física, puesto que la persona física, *prima facie* al menos, no es susceptible de control en la misma forma que una persona jurídica. Ello no quiere decir, sin embargo, que no pueda ser objeto de influencia. Bajo esta perspectiva, entendemos que las cosas han progresado por donde debían en el caso del socio que promueve la designación de un administrador dominical. En cierto modo, como hemos anticipado, la hipótesis puede y debe encuadrarse en la fenomenología de la vinculación ascendente, ya que sube del administrador a su *dominus* (v. *supra* § 4.2). Nada hay de extraño en ello. El legislador supone típicamente que el último dispone de canales de comunicación e influencia fáctica sobre el primero suficientemente intensos como para justificar la vinculación.

De hecho, aunque tradicionalmente la parte general —a diferencia de lo que hacía la parte especial (v. el viejo art. 529-*ter*.1 h) LSC)— no contemplaba expresamente al *dominus* como persona vinculada al consejero dominical, una parte de la doctrina y otra de la jurisprudencia no tuvieron empacho en hacerlo apelando a diversos expedientes y, singularmente, al modelo regulativo de la doble representación basado en el conflicto de interés por cuenta ajena[49]. En la hora actual, a raíz de la reforma, aquella laguna de la parte general ha quedado en todo caso colmada por el art. 231.1 e) LSC. La exposición de motivos de la Ley 5/2021 es bien significativa a este respecto. Lo es cuando recuerda que la calificación como vinculadas al administrador de las personas que han procurado su nombramiento se debe al hecho de que *"son fuente de un conflicto de interés por cuenta ajena genéricamente contemplado en el art. 228 e) y específicamente previsto en el artículo 529 ter.1 h*)" (ap. VII). Y lo es también cuando proclama, no sin una pizca de grandilocuencia, la necesidad de acometer la reforma del art. 231 LSC, "*por ineludibles exigencias de coherencia sistemática*" (ap. VII). Si bien la veracidad o credibilidad de estas exigencias puede ponerse en cuarentena en relación con algunos extremos[50], ello no quiere decir que la solución adoptada por la letra e) del art. 231.1 LSC no fuera razonable desde el punto de vista sistemático y, desde luego, coherente con nuestra propia experiencia jurídica. Era razonable porque, aun conviniendo en que las NICs 24 y 28 no lo exigen expresamente, tampoco puede desconocerse que presumen que el

48 No hace falta decir que la idea de la vinculación ascendente opera en la parte general también en relación con personas vinculadas derivadas.

49 Sobre esta discusión, con información completa sobre el estado del debate en la doctrina y jurisprudencia, v. Paz-Ares (2019a, pp. 140 ss.). En la jurisprudencia destacan las siguientes resoluciones: STS 12-XII-2014 (RJ 6461/2014); STS 11-XI-2014 (RJ 6459/2014); SAP Barcelona 14-XII-2005 (AC 12/2007); SAP Barcelona 12-VI-2006 (AC 848/2006); v. también, no obstante, STS 17-XI-2020 (RJ 5282/2020).

50 Cfr. Latorre (2021a y 2021b, pp. 54 ss.).

socio representado en el consejo dispone de influencia significativa sobre la Sociedad, lo cual permite alcanzar soluciones en parte equivalentes. Y sin duda era coherente porque no había ninguna razón para apartarse de la solución consagrada en la parte especial por el viejo art. 529-*ter*.1.h) LSC, ahora reiterada por el nuevo art. 529-*vicies*.1 LSC.

Naturalmente, hay quienes discrepan de este criterio y habrían preferido que la ley no hubiese incorporado este supuesto de vinculación. Temen que ello pueda derivar en "*un exceso de control procedimental, en una contratación más lenta y en el riesgo de que terminen por desaprovecharse operaciones potencialmente beneficiosas para la sociedad*" (así Latorre, 2021b, p. 55; en una línea similar, v. León, 2019, pp. 55-56). La experiencia habida bajo el régimen previgente no parece dar pábulo a estos temores. Con todo, no ignoramos otras razones esgrimidas por la crítica (se resumen en Latorre 2021b, pp. 74 ss. y desgranan más ampliamente en Latorre, 2020, pp. 166 ss.). Ninguna de ellas parece, sin embargo, convincente; no nos lo parecieron entonces y menos nos lo parecen ahora, cuando el legislador finalmente —y felizmente— ha aclarado la cuestión. Para evitar reiteraciones remitimos a nuestros estudios anteriores (v. Paz-Ares, 2019a, pp. 129 ss., y 2020, p. 93, nt. 4). En cualquier caso, no será ocioso dejar hechas aquí algunas puntualizaciones.

La *primera* es fáctica. Hace tiempo que la sociología del derecho de sociedades ha constatado en nuestro país la existencia de ciertas regularidades empíricas en las relaciones del consejero con quien promueve *específicamente* su nombramiento de intensidad suficiente como para entender que entre ellos se produce típicamente una conexión fuerte. Tan es así que el legislador, con el paso de los años, acabó codificando la categoría sociológica. La figura del consejero dominical como "representante" del *dominus* está consagrada legalmente (art. 529-*duodecies*.3 LSC). Esta circunstancia no se valora suficientemente en la crítica, que ignora el marco cultural y social de referencia y, en definitiva, la relevancia que el legislador ha concedido al mandato natural, para lo bueno y para lo malo. La apelación que hacen los detractores de la figura a la independencia de juicio del administrador dominical —"*si soy independiente e imparcial en mi criterio, ¿por qué me veo obligado a abstenerme?*" se pregunta por ejemplo Latorre (2020, p.168, nt. 28)— es un buen ejemplo o testimonio de eso que, por contraposición a la falacia naturalista (inferencia del "debe" del "es"), ha dado en llamarse "falacia moralista" (inferencia del "es" del "debe").

La *segunda* puntualización tiene por objeto recordar la particular relevancia que la ley atribuye al llamado "sesgo estructural". No sería fácil de comprender, en efecto, que el legislador considere que la tendencia natural —otra regularidad empírica— a ser deferente con los compañeros del consejo es suficiente para presuponer la existencia de un interés personal que impide aplicar la *business judgment rule* (v. art. 226.2 LSC) y que, en cambio, ignore la existencia en el consejero dominical de un "sesgo estructural" más intenso en la relación con su *dominus*. De hecho, bien puede decirse que la vinculación está ya implícitamente sancionada en el art. 230.2 III LSC. Del precepto se desprende que la autorización de las operaciones vinculadas debe ser acordada por el órgano de administración "siempre que quede garantizada la *independencia* de los miembros que la conceden" respecto de quien concierta la operación con la Sociedad. ¿Cabe sostener seriamente que el consejero dominical es "independiente" respecto de su *dominus*?[51].

La *tercera* precisión es un precipitado de las anteriores. La crítica no pondera adecuadamente que el supuesto de hecho "conflicto de interés" constituye un tipo de peligro abstracto y que la valoración que efectúa el legislador de ese peligro no es producto de una imaginación más o menos fértil, menos aún de la obstinación, sino de la

51 Convenimos con Megías (2021, pp. 10 y 17) en que, dado el sistema de tutela preventiva articulado por la normativa sobre el deber de lealtad, "probablemente era innecesario" prever el supuesto de la letra e) del art. 231.1 LSC. Solo hacemos una salvedad frente a la observación que desliza a continuación: la abstención del administrador dominical en los conflictos transaccionales no menoscaba su función de intermediación política en la composición del interés social, puesto que las operaciones vinculadas no son los únicos medios o instrumentos (ni siquiera típicos) de implementación de la estrategia empresarial; precisamente por ello, cuando efectivamente lo son —como sucede en los grupos de sociedades— el legislador no impone la abstención a los administradores dominicales de la matriz (v. art. 231-*bis*.2 LSC).

anticipación de una tendencia que en los últimos años ya ha comenzado a aflorar en la escena internacional (v., sobre todo, en la literatura, Gelter y Helleringer, 2014, pp. 302 ss., Gelter y Helleringer, 2015, p. 1074, y Sepe, 2013, pp. 309 ss.). En la siempre estimulante jurisprudencia de Delaware, el precedente del caso Trados en 2013, por medio del cual se denegó la protección de la *business judgment rule* a un *nominee director* (administrador dominical) en relación con una transacción de la Sociedad con su *dominus*, es muy revelador[52].

Sentado lo anterior, conviene delimitar mínimamente el supuesto. Es obvio que la condición de consejero dominical no proviene ni puede provenir del simple hecho de haber recibido en la junta votos decisivos para su nombramiento de un determinado accionista de referencia. Tiene que haber algo más (en esto estamos de acuerdo con Latorre, 2020, p. 167). Y ese algo más se cifra justamente en lo que hemos denominado "mandato natural" (Paz-Ares, 2019, pp. 74 ss.). El mandato natural puede materializarse de diversas formas, desde previsiones formales en estatutos, pactos parasociales o decisiones de agrupación de acciones hasta entendimientos tácitos o meras expectativas de que el consejero en cuestión representará los intereses de quien promueve su nombramiento (como ocurre, por ejemplo, en el caso de que el consejero sea empleado del accionista). La clave está, por tanto, en el hecho de que la persona nombrada esté llamada a ejercitar su cargo conforme a algún entendimiento, arreglo, acuerdo o *status* (por ejemplo, el que confiere la representación proporcional) del que surge una obligación (en el sentido lato del término) hacia el *dominus* (v. Paz-Ares, 2019, p. 19 e *ibi* más referencias a la experiencia internacional). Naturalmente, la dominicalidad ha de ser reconocible empíricamente. Los indicadores más usuales los recoge, de manera imperfecta pero suficientemente expresiva, el art. 8.3 de la Orden ECC 461/2013, sobre contenido y estructura del informe anual de gobierno corporativo. El precepto presume que un consejero representa a un accionista en la hipótesis de que:

> "*1º Hubiera sido nombrado en ejercicio del derecho de representación [art. 243 LSA]; 2º Sea consejero, alto directivo, empleado o prestador no ocasional de servicios a dicho accionistas, o a sociedades pertenecientes a su mismo grupo. 3º De la documentación societaria se desprenda que el accionista asume que el consejero ha sido designado por él o le representa. 4º Sea cónyuge, persona ligada por análoga relación de afectividad, o pariente hasta el segundo grado de un accionista significativo*"[53].

5.2. La siguiente conclusión es que *la vinculación descendente es mayor en la parte general que en la parte especial,* al menos en relación con el administrador, que —repetimos— es el único *insider* considerado en la parte general. La mayor amplitud de la parte general se debe a la modificación del art. 231.1 d) LSC obrada por la reforma que, justamente por esta razón, no ha escapado a la crítica[54]. La crítica, sin embargo, no está justificada o enteramente justificada desde una perspectiva funcional. La ampliación era necesaria para afinar la lista de personas vinculadas a imperativos elementales del deber de lealtad[55], aunque ciertamente la ampliación no viniera exigida por las

52 En esta discusión hemos visto algún que otro juicio aventurado. No puede decirse seriamente que en mercados con estructuras de propiedad concentradas se corre el riesgo de que la consideración de los consejeros dominicales como personas vinculadas impida al órgano constituirse o adoptar decisiones por no concurrir a la reunión la mayoría de los vocales (Latorre, 2021b, p. 76, con incorrecta invocación de la STS 16-I-2019, RJ 149/2019, que contempla un caso de consejo deficitario por dimisión). Hoy debería estar fuera de toda duda que los consejeros incursos en conflicto de interés y, por ende, sujetos al deber de abstención se descuentan de la base de cómputo de los *quorums* de constitución y votación (arg. anal. *ex* art 190.2 LSC; en la literatura, v., por todos, M. Sánchez Álvarez, 2005, p. 275; Juste, 2014, pp. 387-389; etc.).

53 Para un examen analítico de cada una de estas presunciones, v. Megías (2021, pp. 10-12).

54 V., sobre todo, Latorre (2020, pp. 111-113 y 165-166; y 2021b, p. 53 ss.). De nuevo, expresa el temor a que la ampliación derive *"en un exceso de control procedimental, en una contratación más lenta y en el riesgo de que terminen por desaprovecharse operaciones potencialmente beneficiosos para la sociedad"*.

55 La estrechez del viejo art. 231.1 LSC fue denunciada por la generalidad de la doctrina: v., entre otros, Fernández del Pozo (2019, p. 307); Paz-Ares (2019a); Portellano (2016, p. 56); Embid y Górriz (2009, pp. 1443-1444); Górriz (2010, p. 693); Emparanza (2011, p. 36); Ribas (2010, pp. 464 ss., esp. p. 467); y Juste (2015a, p. 384). Los primeros comentaristas del nuevo precepto le han dado la bienvenida precisamente a causa de su mayor alcance: v., por ej., García (2021a, p. 3201) y Megías (2021, p. 17).

reglas de transparencia de las sociedades cotizadas que informan la parte especial. La mayor amplitud se traduce en tres casos nuevos de vinculación:

a) El primero es el de las entidades en las que el administrador tiene una participación (simplemente) significativa, que las NICs y, por ende, la parte especial en materia de cotizadas dejan fuera del perímetro de vinculación (v. *supra* § 4.1). Una solución como la de las NICs quizá pueda estar justificada, como decimos, desde el punto de vista de la transparencia, pero desde luego es manifiestamente insuficiente desde el punto de vista fiduciario y de la mitigación de los conflictos de interés[56]. Desde este ángulo parece insoslayable, en nuestra opinión, reconocer la existencia de un conflicto de interés en cualquier transacción que realice la sociedad con una entidad en la que un administrador suyo tenga una participación significativa (pongamos un 25 %). ¿Cómo podría justificarse sustraer a la disciplina sustantiva del deber de lealtad una transacción cuyas ventajas para la contraparte aprovechan al administrador en una cuarta parte?

La situación se revela particularmente aflictiva en el caso de una sociedad cotizada porque el volumen absoluto de sus transacciones (aunque sea pequeño en relación a su cifra de negocios) puede ser muy importante en relación con el patrimonio personal del administrador. Volvamos al ejemplo anterior ilustrándolo con algún dato adicional: imaginemos que una sociedad como ACS le compra a una inmobiliaria participada en un 25 % por su presidente un edificio de oficinas por 20 millones de euros. Francamente, eximir estas operaciones del control propio de las operaciones vinculadas equivaldría, a nuestro juicio, a una licencia para matar. La tajada o provecho que hipotéticamente podría sacar el administrador es muy relevante teniendo en cuenta, además, la asimetría entre la economía de la sociedad y la economía individual del administrador. Cuestión distinta es que estas operaciones no sean materiales desde el punto de vista de la Sociedad y que esto pudiera justificar que no se reputen como operaciones vinculadas a efectos de transparencia (de lo que, en cualquier caso, nos permitimos dudar). Pero lo que no puede justificarse es que no sean vinculadas a efectos fiduciarios generales del art. 229.1 a) LSC. Dejamos apuntada así la solución, aunque para mantener el suspense todavía no la adelantamos (v. *infra* § 5.3).

b) El segundo caso es el de las entidades en que el administrador de la Sociedad desempeña también el puesto de administrador ("administrador doble o múltiple"). El art. 231.1 d) LSC dilata también el perímetro de la vinculación descendente para comprender dentro de él a las entidades en que el administrador "*desempeñe en ellas o en su sociedad dominante un puesto en el órgano de administración*". Pues bien, en relación con esta nueva ampliación, cabe sostener algo parecido (aunque con la importante matización a que inmediatamente se aludirá). Estimamos en efecto que, desde la óptica fiduciaria (no así necesariamente desde la óptica de la transparencia), es forzoso reconocer que en estos casos se plantea la existencia de un conflicto de interés igualmente relevante[57]. Adviértase que, en el modelo regulativo de la autocontratación, siempre se han equiparado los casos de autocontratación *stricto sensu* y los de doble representación[58]. El hecho

56 No era así en versiones previas de la NIC 24, como demuestra la redacción original del Reglamento (CE) n.º 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008, en cuyo apartado 9 (definición de parte vinculada), consideraba en la letra f) como tal a las entidades donde el personal clave tenía influencia significativa o un importante poder de voto.

57 A pesar de la cerrada crítica que se realiza del precepto en Latorre (2021b, p. 54), la autora previamente había manifestado sin ambages que en estas situaciones de administradores dobles *"hay un claro conflicto de interés"*, si bien enseguida aclaraba que conforme a la NIC 24 no sería una operación vinculada (Latorre, 2020, p. 97).

58 La equivalencia entre la autocontratación y doble representación, apuntada por algún precepto legal (v. arts. 221.2 CC y 267.I C de C) se halla unánimemente reconocida por la jurisprudencia (v. entre otras, STS 29-X-1991) y por la doctrina, v. Díez Picazo (1979, pp. 200-201) y Díaz de Entre-Sotos (1990, pp. 75-84) y más recientemente Pérez Ramos (2018, p. 64, nt. 4).

de que el art. 231.1 d) LSC contradiga abiertamente la NIC 24.11 (a) no es significativo por razones similares a las avanzadas anteriormente.

Recordamos el tenor de la susodicha NIC 24.11 (a): "*En el contexto de esta Norma* […] *no se consideran partes vinculadas* […] *dos entidades por el mero hecho de tener en común un miembro del consejo de administración u otra persona clave de la dirección, o de que una persona clave de la dirección de una de las entidades tenga influencia significativa sobre la otra*". Y recordamos también su congruencia con el principio que inspira la vinculación descendente en las NICs, siempre supeditada a la existencia de control arriba o abajo, cosa que no sucede en la hipótesis objeto de examen, que es de simple influencia significativa. De hecho, como hemos comprobado, dos entidades influidas significativamente por la misma entidad no se consideran, a efectos contables, partes vinculadas entre ellas (v. IASB, 2014, pp. B1515-B1516). Esto no quiere decir, como hemos visto, que el supuesto de doble administración no deba reputarse significativo desde el punto de vista societario.

Es cierto, con todo, que el tenor literal del art. 231.1 d) LSC, aun cuando se halla bien encaminado, incurre en un exceso que conviene contener o eliminar en vía interpretativa. El exceso radica en suponer que dos entidades están vinculadas por el solo hecho de compartir un consejero, con independencia del papel o influencia que el consejero en cuestión tenga en una y otra sociedad. En nuestra opinión, la vinculación del art. 231.1.d) LSC ha de condicionarse a la concurrencia de un requisito implícito adicional, y es que el consejero desempeñe en una sociedad una *función ejecutiva*. El desempeño de meras funciones de miembro del órgano colegiado —como ocurre, por ejemplo, en el caso del consejero independiente— no es suficiente. Hay varias razones que militan a favor de esta interpretación:

La principal reside en la propia razón de ser de la vinculación, que requiere un mínimo de intensidad. Hay que recordar a este respecto que el concepto mismo de vinculación exige *ex definitione* la existencia de "influencia significativa" o capacidad de influir en las políticas financieras y de explotación, con el riesgo asociado de que se use indebidamente esa influencia en beneficio propio o de una persona allegada. Por ello, cuando las NICs o la Ley de Sociedades de Capital consideran que cualquier consejero —sea independiente, dominical o ejecutivo— tiene influencia significativa, lo hace desde el punto de vista de la sociedad de la que es consejero. Consecuentemente, si un consejero lo es de dos entidades, será *para cada una de esas entidades* persona vinculada, pues *en cada una de ellas* dispondrá de influencia significativa. Ahora bien, para considerar que esas mismas dos entidades están vinculadas entre sí, debe exigirse al consejero doble un *plus adicional de vinculación*. Si se nos permite el juego de palabras, debe exigirse que tenga una influencia significativa "significativa" (o "al cuadrado") en una de ellas. Por tanto, si un consejero es simplemente un consejero "raso" en la segunda sociedad, el riesgo de que utilice su influencia en la primera sociedad para beneficiar a aquella es escaso. En cambio, si tiene una influencia significativa al cuadrado —por ser ejecutivo (o, en su caso, por disponer de una participación accionarial relevante)— entonces las cosas cambian y el riesgo, que antes era despreciable, deviene ya relevante[59].

Otra razón que cabe invocar en defensa de la reducción teleológica del supuesto del consejero raso propuesta se basa en las normas domésticas de contabilidad, que en este punto se apartan de las NICs. Aludimos en particular a la norma de elaboración de las cuentas anuales 15ª.2 e) del

59 Precisamente por eso, en su momento, limitamos los supuestos de vinculación relevante que deberían ser objeto de contemplación en el art. 231.1 d) LSC a *"aquellas entidades en las que el administrador desempeña funciones ejecutivas y/o posee una participación significativa"* (v. Paz-Ares, 2015, p. 56).

Plan General de Contabilidad —aplicable a todo tipo de sociedades de capital— y a la prevista en el artículo segundo, 2.f) de la Orden EHA 3050/2004 —aplicable a cotizadas—, en las que seguramente se ha inspirado el legislador[60]. El interés de una y otra radica en el hecho de que, partiendo de la misma premisa general que el art. 231.1 d) LSC —a saber: que son vinculadas las entidades que comparten consejero—, inmediatamente exceptúan los supuestos de ausencia de *influencia significativa* del consejero compartido. Los términos en que se producen son suficientemente elocuentes:

> "*en cualquier caso se considerarán partes vinculadas* […] *e) las empresas que compartan algún consejero o directivo con la empresa, salvo que éste no ejerza una influencia significativa en las políticas financiera y de explotación de ambas*"[61].

El sentido de la norma se entiende fácilmente. Asumiendo que en la sociedad objeto de observación cualquier consejero tiene influencia significativa, hay que ver si, además, en la otra sociedad tiene ese plus de vinculación al que nos hemos referido. Pues solo si tiene en ella esa influencia significativa reforzada o al cuadrado, podrá estimarse que goza de influencia significativa en ambas[62].

Queda, en fin, una tercera razón en favor de nuestro planteamiento. Engarza con el diferente peso de los intereses en juego y recuerda que, en el modelo regulativo de la doble representación a que venimos apelando, no resulta exigible que el representante se abstenga siempre de intervenir en ambos lados de la transacción, sino solo en aquel en que típicamente tiene un interés de menor calado o intensidad, el que podríamos denominar cargo accesorio o *Nebenamt*. Si el presidente del BBVA es designado consejero independiente en Mercadona, pongamos por caso, y BBVA y Mercadona negocian un contrato de préstamo u otra operación financiera relevante entre ellos, parece lógico estimar que el presidente está incurso en conflicto de interés en la deliberación de la cuestión en el consejo del Mercadona porque ahí puede sentirse inclinado a favorecer al BBVA. Pero no parece que deba hacerlo en BBVA, donde, en su condición de ejecutivo, reside su mayor interés[63].

c) El tercer caso o evidencia de la mayor amplitud de la vinculación descendente en la parte general respecto de la parte especial es el de las entidades en que el administrador es alto directivo. El repetido art. 231.1 d) LSC estira el perímetro de la vinculación descendente para incorporar a las entidades en las que el administrador "*desempeñe en ellas o en su sociedad dominante un puesto* […] *en la alta dirección*". Esta ampliación ha sido objetada por razones similares a las anteriores y

60 Como hemos indicado en su momento, la CNMV considera ahora que la Orden EHA 3050/2004 ha sido derogada implícitamente y que, por tanto, esta disposición no estaría ya en vigor (v. *supra* § 2 *in fine*). No ocurre lo mismo, sin embargo, con la norma del Plan General de Contabilidad a la que nos referimos.

61 El tenor del art. segundo 2. f) de la Orden EHA 3050/2004 es prácticamente igual al de la norma del PGC transcrita.

62 Algunos comentaristas han ensayado una interpretación de las normas contables aludidas que conduce a resultados semejantes, aunque el itinerario argumentativo y las conclusiones alcanzadas son algo más complejas o alambicadas (v. por ejemplo, Paredes y Villacampa, 2005, pp. 19 ss.).

63 Para el desarrollo de una argumentación de esta índole resulta de interés el viejo trabajo sobre el doble mandato en los grupos de Semler (1987, pp. 755 ss.).

por razones similares debe rechazarse la objeción. Aquí no es preciso introducir la matización o salvedad del carácter ejecutivo de la función, pues *ex definitione* la tiene cualquier alto directivo[64].

5.3. Las apreciaciones anteriores nos precipitan de lleno en la cuestión probablemente más importante de todas: *¿es aplicable a las sociedades cotizadas el perímetro de vinculación de los administradores de la parte general?* El interrogante puede responderse de dos maneras radicalmente distintas. La primera consiste en entender la regla de la especialidad al pie de la letra, de manera que en materia de sociedades cotizadas las normas especiales contenidas en el capítulo VII-*bis* y, en concreto, en el art. 529-*vicies*.1 LSC desplazan totalmente las normas generales del art. 231 LSC, que sencillamente no serían aplicables. La segunda se va al otro extremo, al sustituir la regla de la especialidad por la regla de la adicionalidad. El resultado sería que, en las sociedades cotizadas, las normas relativas a las personas vinculadas a los administradores se aplican concurrentemente. Ello conduce a que las operaciones que se realicen con las partes vinculadas de la parte general activan también la aplicación de las normas sustantivas de la parte especial (obligación de transparencia, de evaluación externa, etc.)[65].

Ninguna de ellas resulta satisfactoria. La primera peca por defecto con la consecuencia de generar una laguna de protección poco menos que escandalosa, como ilustran los ejemplos de que nos hemos valido en el apartado anterior: ¿cómo es posible que el administrador de una sociedad cotizada pueda realizar sin control operaciones que le estarían vedadas a ese mismo administrador en una sociedad no cotizada? Técnicamente, el error proviene de ignorar la asimetría entre la parte general y la parte especial. Recuérdese que las razones que justifican esa asimetría radican en el distinto centro de gravedad de una y otra: el principio fiduciario en la parte general, el principio de transparencia en la parte especial. Además, la interpretación de marras se enfrentaría a la manifestación expresa del legislador, que declara haber "*optado por mantener el régimen general aplicable al conjunto de las sociedades de capital (inclusive las sociedades cotizadas), y que se articula en torno al conflicto de interés y el régimen de dispensa*" (exposición de motivos de la Ley 5/2021, ap. VII).

La segunda alternativa, en cambio, peca por exceso y conduce a extender el régimen jurídico sustantivo de las operaciones vinculadas de la parte especial a operaciones que la ley no ha querido someter a ellas al remitirse a las NICs. Este exceso regulatorio no está justificado precisamente porque las consecuencias exorbitantes —básicamente las asociadas al principio de transparencia de una sociedad cotizada— no deben activarse cuando no se da su supuesto de hecho.

No queda otra, así pues, que tomar la vía del medio entre la especialidad y la adicionalidad. Las consideraciones precedentes han allanado el terreno para entender y aceptar mejor ahora nuestra interpretación basada en la idea de una "especialidad moderada". La idea consiste en estimar aplicable también a los administradores de sociedades cotizadas el perímetro de vinculación más amplio de la parte general, pero en el bien entendido de que la realización de ese supuesto de hecho solo autoriza la aplicación de las normas sustantivas de la parte general y no las de la parte especial. Esto se traduce básicamente en que no serán de aplicación a las operaciones vinculadas

64 Cfr., en el mismo sentido, Paredes y Villacampa (2005, p. 20).

65 Esta es la tesis defendida por Latorre (2021a; 2021b, pp. 62-63).

concertadas por la sociedad con las entidades que resultan vinculadas solo por aplicación del art. 231.1 d) LSC ni las reglas de transparencia (art. 529-*unvicies* LSC) ni las reglas de aprobación o evaluación externa que excedan de las contenidas en la parte general (por ejemplo, la prohibición de voto del accionista en la junta prevista en el art. 529-*duovicies*.1 LSC para el caso de que la propuesta de operación vinculada se haya aprobado en el consejo con la oposición de la mayoría de los consejeros independientes)[66].

5.4. Cerrado el excurso anterior, volvemos a las conclusiones de nuestro examen comparativo. La tercera y última dice así: la *vinculación lateral es mayor en la parte especial que en la parte general*. Esta mayor extensión pivota sobre dos circunstancias. Una se refiere a la propia extensión del concepto de "familiar cercano" utilizado por las NICs para delimitar la vinculación lateral, que es o puede ser bastante más extenso que el catálogo de la parte general. Es cierto que en una primera lectura podría parecer que la enumeración contenida en las letras a), b) y c) del art. 231.1 LSC (que incluyen a ascendientes y hermanos del administrador y de su pareja, y a las parejas de los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador) resulta más amplia o menos escueta que la recogida en la NIC 24.9 (que se limita a mencionar a la pareja del administrador —o de cualquier otra parte vinculada originaria— y a los hijos y personas a cargo de uno y otros). Se trata, sin embargo de un espejismo, puesto que la lista de la parte general —como veremos enseguida (v. *infra* § 6)— es cerrada (*numerus clausus*) mientras que la de la parte especial es, al menos en este punto, abierta o meramente ejemplificativa, según comprobamos en su momento (v. *supra* § 4.3). La otra circunstancia que provoca la mayor amplitud de esta clase de vinculación en la parte especial estriba en el hecho de que los "familiares cercanos" en la normativa contable se equiparan plenamente a las partes vinculadas originarias a que se refieren, lo que conduce a aplicarles a ellos también la misma vinculación descendente que se predica de aquellas. Las entidades controladas por los familiares cercanos, aunque se trate de control simplemente negativo o conjunto, resultan incorporadas así al perímetro de vinculación (v. NIC 24.9).

El ajuste de estas discrepancias no puede solventarse postulando, como hemos hecho en otras ocasiones, la integración analógica de una parte por medio de la otra, en este caso de la parte general por medio de la parte especial. Una operación de esta índole no es hacedera porque conduce o conduciría a destruir el sistema de *numerus clausus* consagrado por el legislador en el art. 231.1 LSC por motivos de certeza o seguridad jurídica. Pronto lo explicaremos (v. *infra* § 6). En cualquier caso, observamos ahora que esta dificultad solo resulta insuperable en relación con la primera circunstancia que explica la mayor extensión de la vinculación lateral en la parte especial, no así en relación con la segunda. Entendemos, en efecto, que la tipicidad de la lista del art. 231.1 a) a c) LSC no se resiente por el hecho de que asimilemos a cualquiera de los parientes enumerados en ella las sociedades controladas por ellos. Todo el mundo convendrá en que esto es incontrovertible en el caso de las sociedades íntegramente participadas. Sería una ironía que alguien pudiera hacer a través de un vehículo 100 % lo que no puede hacer directamente. Pues bien, si se admite esa premisa, no será difícil dar el paso siguiente y extender la conclusión al caso de las entidades participadas mayoritariamente o controladas. Las razones que conducen a esta conclusión son exactamente la mismas que las desgranadas en su momento, a la luz del *argu-*

66 Esta parece ser también la tesis por la se inclina la CNMV, la cual —en términos exactos, aunque incompletos— trata de limitar la "especialidad" de la parte especial *"a efectos del deber de publicidad del artículo 529-unvicies"* (CNMV, 2021, pp. 6-7).

mento de la instrumentalidad, para entender que la prohibición de voto del socio-administrador contenida en el art. 190.1 e) LSC se extiende a las entidades controladas por él. Bastará por ello con remitirse a lo dicho entonces (v. *supra* § 4.1 *in fine*). En el fondo, no difieren tampoco de las que nos llevaron en las primeras páginas del trabajo a estimar que una operación realizada por una parte vinculada sigue siendo vinculada cuando se realice con una sociedad dependiente de la Sociedad, a pesar del resonante silencio de la parte general sobre este extremo (v. *supra* § 1 *in fine*). Y es que la vinculación descendente problemática es la que descansa sobre la influencia significativa (por eso interrumpe la cadena de transmisión) o incluso sobre el control conjunto, no la que se apoya sobre el control exclusivo. Aquellas necesitan de la oportuna previsión legal; esta no.

6. Recapitulación: *numerus apertus, numerus clausus* y todo eso

En el ejercicio de ir y venir de la parte especial a la parte general y de la parte general a la parte especial llevado a cabo a lo largo del trabajo y, singularmente, en la sección precedente, hemos tratado de ajustar en la mayor medida posible la divergencia extensional que se observa entre una y otra. El ajuste realizado ha permitido eliminar las diferencias más clamorosas. En esta última sección nos proponemos reflexionar sobre *otra divergencia extensional*: la que se produce entre la formulación de la regla y su justificación o finalidad; en nuestro caso, entre la enumeración que hace la ley de las partes vinculadas y la delimitación que resultaría de verificar en cada hipótesis imaginable si hay riesgo de conflicto de interés normativamente relevante.

Nada nuevo bajo el sol: las "reglas" —ese tipo especial de normas que llamamos reglas—, como cualquier otra generalización, son estereotipos y, por consiguiente, *siempre* pecan por exceso o por defecto. Nunca reflejan su justificación subyacente a la perfección. La divergencia extensional es, por así decir, inevitable, ineliminable. Pasa exactamente lo mismo que con las generalizaciones de la vida cotidiana. Cuando se afirma que Galicia representa la España melancólica, se incurre tanto en infrainclusión como en sobreinclusión, pues siempre habrá en el país algún gallego que no es melancólico y algún melancólico que no es gallego. Con la enumeración de personas vinculadas ocurre otro tanto: siempre habrá alguna entre las enumeradas que, en el caso concreto, no merezca esa calificación y, viceversa, alguna entre las no enumeradas que la merezca[67].

Este planteamiento nos da pie ahora para abrir las tripas del argumento desarrollado en estas páginas y recapitular sobre sus conclusiones más relevantes. Lanzamos la reflexión recordando que es justamente la existencia de este otro tipo de divergencia extensional la que ha propiciado la tradicional discusión acerca del carácter taxativo o simplemente ejemplificativo de la lista legal de personas vinculadas. Seguro que el avezado lector aún tiene presente la enconada disputa sobre el particular registrada en relación con el viejo art. 231 LSC.

Por enésima vez en la experiencia del derecho, el antiguo dilema entre justicia y seguridad dejó dividida a la doctrina en dos bandos. La parte de la doctrina más preocupada por la justicia material, a la vista precisamente de las lagunas de protección que presentaba el viejo art. 231 LSC, abogaba por considerar que el elenco de personas

67 El examen filosófico de esta divergencia extensional en el derecho y en la vida es el objeto del soberbio libro de Schauer (2004).

vinculadas contenido en él era *numerus apertus*[68]. Este punto de vista encontró eco en algún asunto famoso. Nos referimos sobre todo al caso de *Unión Fenosa Gas* juzgado por la SJM Madrid 30-X-2013 (AC 2043/2013), en la que el juez, tras calificar el repetido art. 231 LSC como "norma insuficiente en su literalidad (*minus dixit quam voluit*)", consideró conflictuados a los consejeros dominicales nombrados por Gas Natural en la *joint venture* —Unión Fenosa Gas— que compartía al 50 % con ENI y, por tanto, declaró que no podían participar en el consejo llamado a determinar si se había producido un caso de fuerza mayor que dispensaba a Gas Natural de cumplir ciertas obligaciones contractuales respecto de la filial común.

La otra parte de la doctrina, apelando justamente a la seguridad jurídica, entendió que la lista del art. 231 LSC constituía una enumeración taxativa no susceptible de ser integrada por vía analógica[69]. En la jurisprudencia es paradigmático el caso de *Central Lechera Asturiana* resuelto por la SJM Oviedo 9-I-2014 (JUR 102597/2015). Esta notable resolución consideró así que la sociedad matriz del grupo no podía reputarse persona vinculada a los siete administradores dominicales que había nombrado en su filial Central Lechera Asturiana y, por consiguiente, que no procedía declarar la nulidad de la renovación del contrato de licencia de marca entre ambas entidades por el solo hecho de no haberse abstenido estos en la correspondiente votación del consejo: "*entendemos que la enumeración del art. 231 es numerus clausus* [...]*, interpretación restrictiva que se acomoda mejor a la naturaleza prohibitiva de la norma*". Un resultado así ya no sería posible en el momento actual (según hemos visto, la ley expresamente considera al *dominus* como persona vinculada al consejero dominical: v. art. 231.1.e LSC). De hecho, tampoco debió serlo en el pasado, aunque por razones de distinta índole[70].

¿Qué podemos decir hoy de este debate? ¿Cómo se proyecta sobre el nuevo escenario normativo? Es posible que continúe por inercia. Nuestro pronóstico, sin embargo, es que irá decayendo o, mejor dicho tal vez, que irá refinándose. No se planteará o no debería plantearse como hasta ahora en términos discretos (*numerus clausus* o *numerus apertus*), sino en términos graduales dentro de un *continuum* en el que habrá que sopesar, en relación con cada categoría de casos, si las razones formales que justifican tener una regla (básicamente en términos de confianza y eficiencia[71]) pesan más o menos que las razones materiales que justifican ampliar o reducir su contenido (en función de los objetivos buscados y los principios a realizar). Al final, el sistema tiene que encontrar una solución de equilibrio entre los valores de la seguridad jurídica y de la justicia material o, si se prefiere, entre la letra y el espíritu de la norma, entre la *lex* y la *ratio legis*, entre la formulación y la justificación de la regla, todas ellas son expresiones intercambiables[72]. No pretendemos descubrir el Mediterráneo, solo sacar a la superficie algunas intuiciones compartidas, nuestro "conocimiento tácito" sobre el alcance del *numerus clausus*. Así podremos formular con más claridad las coorde-

68 En este sentido, v. Embid y Górriz (2009, pp. 1443-1444); Górriz (2010, p. 693); Emparanza (2011, p. 36); Ribas (2010, pp. 464 ss., esp. p. 467); Portellano (2016, pp. 54-57); Juste (2015a, p. 384); Megías (2018, pp. 123-124).

69 En este sentido, v., entre otros, Juste e Igártua (2005, p. 84); Quijano y Mambrilla (2006, p. 970); Guerra (2011, p. 67), Alfonso Sánchez (2015, pp. 219-220), Vicent Chuliá (2011, pp. 877 ss.), Díaz Echegaray (2004, p. 161); Guerra (2011, p. 67); Sánchez-Calero (2013, p. 301; 2015, p. 910); Fernández del Pozo (2019, p. 306); Latorre (2020, pp. 109-110), etc.

70 En efecto, aun partiendo de la premisa del carácter cerrado de la lista del art. 231 LSC (v. Paz-Ares, 2019a, p. 135; v. también las matizaciones contenidas en Paz-Ares, 2015, p. 56), siempre hemos pensado que la laguna del *dominus* del consejero dominical era meramente aparente; en realidad, el caso podía resolverse de la misma forma por otras vías y, en concreto, a través del expediente del conflicto por cuenta ajena (art. 228.e LSC *in fine*) sobre la base del argumento del mandato natural (v. Paz-Ares, 2019a, pp. 140 ss. y *supra* § 5.1 *in fine*).

71 Destacamos solo las razones de la confianza y la eficiencia, pero hay otras que también pueden justificar atenerse a la regla en caso de divergencia extensional (mayor expertise del legislador, necesidad de respetar la separación de poderes, etc.). Para un repaso completo remitimos una vez más a Schauer (2004, pp. 197 ss.).

72 Con estas expresiones ("justificación", "finalidad", "espíritu", "*ratio legis*", "justicia material", etc.) no aludimos solo a un objetivo, principio o valor, sino más precisamente al balance entre los distintos objetivos, principios o valores a considerar o ponderar que subyace a la regla. Un ejemplo fácil: la finalidad de la prohibición de circular a más de 120 km/h en una autopista no es propiamente, como se afirma de ordinario, la seguridad vial, sino el balance adecuado entre la *securitas* y la *celeritas*.

nadas de la solución de equilibrio buscada. Las cuestiones a tratar son básicamente dos, a las que, para rematar, añadiremos una pequeña coda.

6.1. La primera versa sobre la posibilidad de *integración analógica del perímetro de vinculación*. El punto de partida es que, en principio, las normas contenidas en los listados, a no ser que de su propia formulación se desprenda su carácter ejemplificativo, no son principios (abiertos), sino reglas (cerradas), lo cual dificulta enormemente la analogía. De hecho, el *numerus clausus* representa la regla por antonomasia: la que exhibe el máximo nivel de *ruleness* o "reglacidad" dentro de la escala con arreglo a la cual medimos el grado de resistencia de la letra (la formulación) al espíritu (la justificación) de una determinada norma.

La idea de que el nivel de reglacidad de una regla —en definitiva, el nivel de "autonomía semántica" o de "opacidad" de su formulación frente a su justificación— es gradual y variable la sido tematizada recientemente por Schauer (2021, pp. 9 ss.). El autor indica que ese nivel viene determinado exógenamente: por las "prácticas" (institucionales, sociales y culturales) en el sentido que Wittgenstein atribuye a este término (v. Schauer, 2021, p. 11). Es cierto. En general, todos sabemos que en Estocolmo el nivel de reglacidad de las normas de circulación es mayor que, pongamos, en Nápoles o Tarragona. Socialmente está más aceptado o más interiorizado como práctica legítima aquí que allá que el peatón se salte el semáforo cuando no se divisa ningún vehículo aproximándose por la calzada. Los estudiosos del derecho privado también sabemos —por citar otro ejemplo ilustrativo— que el nivel de reglacidad de las cláusulas contractuales es menor en Europa continental que en el Reino Unido, donde prevalece una interpretación más formalista del documento y es menos relevante la averiguación de la "voluntad de los contratantes". Esto no quiere decir, sin embargo, que ese nivel no esté influido también endógenamente por lo que las propias reglas dispongan al respecto (piénsese en el art. 1281 CC o en el principio de tipicidad en el derecho penal o administrativo sancionador: v. art. 4.2 CC) o por la índole o tipología de la regla de que se trate. Es en este sentido en el que afirmamos que las listas cerradas o de *numerus clausus* apuntan hacia el nivel máximo de reglacidad.

En nuestro caso, esto es claro —más claro en la parte general que en la parte especial— y por ello hemos de partir de la premisa de que, *prima facie*, no cabe considerar parte vinculada (y por tanto sujetar sus operaciones con la Sociedad a la disciplina legal correspondiente) a personas que no estén incluidas en la lista[73]. La cautela del *prima facie* implica, sin embargo, que la afirmación no es absoluta, que está sujeta a algunas precisiones o matizaciones. Se concretan así:

a) En relación con las *partes vinculadas originarias,* la clausura es prácticamente total. En la parte especial resulta desde luego imposible calificar como tales a sujetos distintos de los especificados en la NIC 24 (socios de referencia, administradores y altos directivos). De hecho, como hemos tenido ocasión de comprobar, la propia NIC 24.11 (b), (c) y (d) se encarga de rematar la irrelevancia de cualquier otra fuente de influencia sobre la Sociedad susceptible de ser utilizada para imponer operaciones o condiciones en beneficio propio y a costa del interés social. Algo parecido verificamos en la parte general. En principio, no tienen cabida en ella sujetos distintos a los administradores. El rigor de la regla solo se atenúa o relaja porque el concepto de administrador —como tenemos dicho— comprende tanto a los administradores de derecho como a los administradores de hecho (v. *supra* § 3.1). Los socios de referencia solo pueden ser calificados

73 Esta es la tesis que finalmente parece prevalecer también en la jurisprudencia: v. STS 17-XI-2020 (RJ 5282/2020) y, en el territorio vecino del derecho concursal, en relación con el elenco de personas especialmente relacionadas contenida a tal efecto en el viejo art. 93 LC —actualmente arts. 282 y 283 TRLC—, la recentísima STS 22-VI-2021 (RJ 2499/2021); sobre la conexión entre los listados del art. 231 LSC y del art. 93 LC, v. Orero (2018, pp. 963 ss.).

como partes vinculadas originarias en el caso especial de los grupos (porque como tales califica ahora el art. 231-*bis* LSC a la sociedad matriz y sus sociedades dependientes); en el resto de los casos únicamente pueden entrar en el perímetro de vinculación por derivación, como *domini* de los administradores dominicales (art. 231.1.e LSC). Lo mismo cabe decir de los altos directivos: solo entran en la hipótesis de primer ejecutivo prevista en el art. 236.4 LSC. Nada de esto parece especialmente problemático.

b) En lo relativo a las *partes vinculadas derivadas*, tampoco parece posible considerar como tales a personas distintas de las previstas en los listados incluidos en la parte general (art. 231 LSC) y en la parte especial (la NIC 24), con la excepción que luego se dirá sobre los familiares cercanos. Algunos comentaristas sostienen con vehemencia que esto puede conducir a resultados injustos. Vuelven a argüir, como ya lo hicieran antes de la reforma, que carece de sentido que las normas sobre operaciones vinculadas no se apliquen a operaciones concertadas por la Sociedad con quien, por ejemplo, notoriamente es amigo del alma o amante o discípulo predilecto del presidente ejecutivo. La probabilidad de que la imparcialidad del administrador resulte amenazada o mermada por el conflicto de interés es incluso mayor en estos casos atípicos que en muchos de los típicos, añaden. Y por esta razón concluyen que aún hoy, pese a la notable ampliación experimentada por el art. 231 LSC, debe optarse por la tesis del *numerus apertus*[74].

El argumento, sin embargo, no puede aceptarse: degrada la regla jurídica a simple regla heurística. Visto más de cerca, el problema reside en que olvida o ignora que, en general, la justificación de una regla no está solo en la *ratio* o finalidad que la inspira, sino también en la razón que ha motivado formular la norma precisamente como regla en lugar de hacerlo como principio. En concreto, en el caso objeto de examen, el *numerus clausus* se justifica por exigencias tanto de predecibilidad o calculabilidad del derecho por parte de sus destinatarios (confianza) como de reducción de costes terciarios o de administración de la norma por parte de sus aplicadores (eficiencia)[75]. ¿Quién decidiría alternativamente y cómo se decidiría quién es amigo del alma o amante o discípulo amado del presidente o del accionista de control? Y si caracterizamos a Ticio como amigo del alma, por qué no vamos a hacer lo propio con Cayo, que también es amigo del presidente desde la época de la Facultad, o con Plinio, con quien juega al tenis todos los domingos desde hace años, o con… La lista sería interminable[76]. La pendiente resbaladiza, que es otra de las cosas que quieren evitarse dando un corte seco en el *continuum* de las potenciales situaciones de conflicto de interés, agravaría el problema.

74 Así, por ej., Megías (2021, pp. 6-7).

75 Para un desarrollo de los argumentos de la confianza y de la eficiencia, v. Schauer (2004, pp. 200-211).

76 El argumento de los defensores del *numerus apertus* es algo naif. La apreciación en que se basa habla por sí sola y, al propio tiempo, ratifica el carácter interminable de la lista: *"Tan perjudicial es para los socios que las prácticas extractivas de su riqueza se realice por el administrador para ir a parar a sus bolsillos como que acaben en los de un tercero gracias a la iniciativa o cooperación del administrador. Y a estos efectos, a los socios les resulta absolutamente indiferente que ese tercero sea un cuñado del administrador, un amigo o alguien con quien mantiene una relación significativa de negocios"* (Portellano, 2016, p. 56). No descartamos, sin embargo, que esta apreciación u otras semejantes provengan de mezclar o confundir el supuesto del art. 229.2 LSC (que, a nuestro modo de ver, se refiere única y exclusivamente a operaciones realizadas por personas vinculadas al administrador con la sociedad) y el supuesto de la doble representación en sentido propio, en la que el administrador actúa también frente a la sociedad como representante de un tercero (la confusión parece asomar incluso entre algunos partidarios del *numerus clausus*, como Latorre, 2020, pp. 100-101, producto quizá de una multiplicación artificial de las hipótesis relevantes: v. *ibid*, p. 98). Son cosas muy distintas (v. Alfaro, 2003, p. 683 ss.). El alcance de la previsión del art. 229.2 LSC, a pesar de su poco afortunada redacción, es inequívoco: alude solo a operaciones realizadas por la sociedad con personas vinculadas al administrador y lo que está indicando es que tales operaciones están sujetas igualmente a la prohibición relativa del art. 229.1 (la cual comprende cualquier operación realizada por los administradores con la sociedad, sea por cuenta propia o por cuenta ajena), solo dispensable con arreglo al procedimiento del art. 230.2 LSC.

Por estas razones, la lista debe resistir a las presiones de la justificación subyacente, salvando los casos, como es natural, de fraude o construcción calculada del supuesto justo para evadir la norma (art. 6.4 CC). En última instancia, el hecho de que los decisores sigan las reglas incluso cuando parecen preferibles los resultados que arroja la aplicación de su justificación subyacente permite que el derecho cumpla su función esencial de coordinación. La coordinación se hace posible precisamente porque las reglas zanjan las cuestiones dudosas que inevitablemente persisten aunque haya acuerdo sobre los principios (la indeterminación y maleabilidad de estos implica un amplio espacio para la contestabilidad)[77]. Por ejemplo, si las NICs previenen que en determinados supuestos la vinculación ascendente se transmite por medio del control exclusivo (así sucede —según se desprende de la NIC 28— con las entidades que tienen influencia significativa sobre el socio de control), no puede argüirse, so pretexto de su gran semejanza con el caso regulado, que la misma solución ha de predicarse por analogía del control conjunto (art. 4.1 CC). La duda que se habría planteado en el nivel de los principios queda así zanjada por la regla del *numerus clausus*. Esto es obvio.

Los resultados desechados al descartar el *numerus apertus* no deben poder alcanzarse tampoco por la vía oblicua de estimar que los casos atípicos constituyen "*transacciones en conflicto con sujetos no vinculados*" a las que resulta aplicable la normativa sobre el deber de lealtad (como sostiene, por ej., Latorre, 2020, pp. 115-117). En nuestra opinión, así tampoco se respeta el *numerus clausus*. Expulsado por la puerta, el *numerus apertus* se cuela ahora por la ventana. Nótese que en última instancia el debate sobre el carácter cerrado o abierto de la lista solo tiene sentido final como forma de seleccionar las reglas de competencia y abstención del art. 230. 2 LSC. Damos un paso atrás para explicarnos. Aun estando de acuerdo en que el elenco de las situaciones de conflicto de interés previstas en el art. 229.1 LSC es ejemplificativo y en que lógicamente las reglas del art. 230.2 LSC se aplican también a otras situaciones análogas no previstas (v. Paz-Ares, 2015, p. 52, nt. 31; contra Cabanas, 2017a, p. 1430; y antes ya Sánchez Ruiz, 2013, p. 195), no podemos estarlo con la conclusión que ahora pretende alcanzarse. De una cosa no se deriva la otra. El colapso del *numerus clausus* de personas vinculadas a que conduce es, en realidad, producto de un paralogismo. La falacia estriba en construir las operaciones con partes vinculadas atípicas (por ejemplo, una transacción de la Sociedad con un viejo amigo de la Facultad del presidente) como operaciones en conflicto atípicas, trasladando de manera subrepticia el *numerus apertus* que se predica en el plano objetivo (tipos de conducta que dan lugar a conflicto de interés previstas en el art. 229.1 LSC[78]) al plano subjetivo (tipos de personas vinculadas previstos en el art. 231 LSC).

Dicho lo anterior, enseguida hacemos dos aclaraciones para evitar malentendidos. Una es que la defensa del *numerus clausus* realizada no sirve de salvoconducto para operaciones sospechosas ni otorga inmunidad o licencia a los sujetos implicados en ellas para irse de rositas. Si la Sociedad le ha comprado o vendido un activo al amigo del alma, al amante o al discípulo más dilecto del presidente ejecutivo, la operación ciertamente no podrá declararse nula por infracción de las reglas de competencia (caso de haber sido acordada por persona u órgano distinto del consejo de administración, único competente) o por infracción de la reglas de abstención (caso de haber participado en la decisión del consejo el propio presidente). Nada obstará, sin embargo, para que se impugne por infracción del interés social, como sucedió con éxito en el citado caso de *Central Lechera Asturiana* (SJM Oviedo 9-I-2014, JUR 2015/102597) e incluso para que el juez tome como indicio de fragilidad de la operación la existencia de un conflicto de interés[79]. Ni tampoco para que se exija responsabilidad a los administradores o incluso la

77 Este punto de vista es desarrollado por Alexander y Sherwin (2008, pp. 15 ss.).

78 El listado del art. 229 1 LSC es un desarrollo meramente ejemplificativo del art. 228 e) LSC, sobre esto no hay margen para la duda. Lo delata el inciso inicial "en particular" (v. Paz-Ares, 2015, p. 48).

79 Este criterio o "principio de fragilidad", que sugerimos en su momento como regla heurística (v. Paz-Ares, 1996, pp. 143-144), es en rigor distinto de la regla de la inversión de la carga de la prueba que ahora consagran los arts. 190.3, 231-*bis*.2 y 529-*duovicies*.2 LSC.

restitución del lucro que puedan haber obtenido posteriormente de la operación, por ejemplo, revendiendo con plusvalía el activo adquirido (v. art. 227.2 LSC).

La segunda aclaración es para poner de manifiesto que el *numerus clausus* defendido no es absoluto, como nunca lo es la "reglacidad". Puede derrotarse en casos *excepcionales*, cuando la laguna detectada, por así decirlo, clama al cielo o resulta insoportable. La excepcionalidad es precisamente el medio que permite cualificar una regla sin erosionar su función de coordinación y su capacidad de *settlement*. Esta simplificación nos ofrece una imagen bastante aproximada del positivismo presuntivo. Más adelante diremos algo más sobre esta idea o teoría del derecho. Ahora anticipamos que, en nuestra opinión, es la que mejor cuadra con la práctica profesional e institucional, tal y como la identificamos por introspección de nuestra propia actividad como juristas positivos y por observación de la experiencia judicial y doctrinal de nuestro entorno. Traducido o proyectado sobre el ámbito específico de nuestro estudio, todo esto significa, por ejemplo, que la laguna del *dominus* que exhibía el viejo art. 231 LSC no habría podido colmarse franqueando el *numerus clausus* y creando analógicamente un nuevo supuesto. En este sentido, no nos duelen prendas en reconocer que dista mucho de ser absolutamente evidente o necesario desde el punto de vista teleológico y sistemático que tenga que ser calificada de persona vinculada al administrador cuya designación promueve. Se trata o, mejor, se trataba de una simple laguna axiológica o *de lege ferenda*. La decisión estaba dentro del margen de discrecionalidad del legislador; no tomarla no habría implicado arbitrariedad[80]. El juicio sería muy distinto si el precepto no hubiese previsto, por ejemplo, que la vinculación de los administradores se extiende a las sociedades controladas por ellos. Esta laguna sí sería insoportable. Clamaría al cielo que el administrador pudiese hacer a través de una sociedad controlada por él lo que la norma le impide hacer a él directa o personalmente. Lo que hace la sociedad controlada —se ha dicho con acierto— "*es 'como si' lo hiciera el propio administrador*" (Alfaro, 2017). Los argumentos de la confianza y de la eficiencia perderían aquí gran parte de su peso en favor de la integridad de la finalidad de la norma. De hecho, si la decisión adoptada fuese la de no equiparar ambos supuestos, sería una decisión claramente arbitraria. ¿Qué diferencia puede alegarse para dar un trato distinto a una y otra hipótesis? (v. *supra* § 4.1 *in fine*).

c) Respecto de los *familiares cercanos*, en particular, conviene hacer alguna precisión adicional. En la parte especial, el elenco de parientes de la persona vinculada originaria recogido por la NIC 24.9 es claramente abierto, de manera que el intérprete puede ampliarlo a cualquier otro no mencionado (por ejemplo, a un primo o un cuñado) en función del principio subyacente que la propia norma enuncia, a saber: que pueda tener influencia en, o resultar influido por, aquella. Sin embargo, con la misma rotundidad, hemos de afirmar que el listado de familiares en la parte general es *numerus clausus* (art. 231.1 a), b) y c) LSC). No se extiende, por ejemplo, al que podríamos denominar "parentesco fáctico" (personas que se encuentran a cargo del administrador o de su pareja, expresamente asimiladas a los familiares cercanos por la NIC 24.9). La cuestión más espinosa que se suscita aquí es si el listado en cuestión puede abrirse —como se abre en la parte especial por expresa disposición de la NIC 24.9 (a) (i)— a las sociedades que controla el familiar cercano. *Quid iuris* en el caso de que una sociedad controlada por mi padre o mi hijo concierte una operación con la Sociedad de la que soy consejero delegado? Nuestra impresión, como hemos visto en su momento, es que aquí ha de aceptarse la derrota del *numerus clausus* (v. *supra* § 5.4). Acabamos de insinuarlo para un caso muy similar. El "factor derrotante" es tan fuerte (prácticamente es equivalente contratar con el padre o el hijo que hacerlo con una sociedad controlada por ellos) que la inferioridad del resultado indicado por la regla respecto del derivado de su justificación no tiene vuelta de hoja. Queda más allá de toda duda razonable, para decirlo

80 Otra cosa es que el supuesto, como hemos indicado, pudiera solucionarse por la vía del conflicto por cuenta ajena prevista en el art. 228 e) LSC *in fine* (v. *supra* nt. 70).

con la fórmula clásica. Y, en cambio, el factor de resistencia es muy débil. La previsibilidad de la norma apenas se resiente. No hace falta ser un jurista experto para saber que el control de una sociedad la convierte en instrumento de quien la controla. La valoración paralela en la esfera laica es exactamente la misma.

6.2. El segundo punto de la reflexión se refiere al fenómeno inverso de la *reducción teleológica del perímetro de vinculación*. Pronto veremos por qué. Hasta aquí hemos comprobado que por regla general la inclusión de una persona en alguna de las clases o categorías de sujetos previstas en el listado de la parte general o de la parte especial es condición necesaria para la aplicación de la normas sobre operaciones vinculadas. Ahora toca examinar si, además, es condición suficiente. La cuestión, en definitiva, consiste en discernir si la presunción que subyace a la norma —la presunción de la existencia de riesgo o peligro de conflicto de interés en la contratación con las personas vinculadas típicas— es relativa o absoluta.

a) En ocasiones no habrá duda de que estamos ante una presunción relativa o *iuris tantum*. Son los casos en que la categoría de personas vinculadas se tipifica por la ley, explícita o implícitamente, como simple presunción probatoria. En las normas internacionales de contabilidad esto sucede en varias circunstancias y, señaladamente, en el caso de los socios que disponen de una participación significativa o que han obtenido representación en el consejo. La NIC 28.6 declara expresamente que estas modalidades de vinculación son meramente indiciarias. Desplazan la carga de la prueba, pero no prejuzgan el resultado final. En nuestra opinión, esto mismo debe sostenerse con relación al primer inciso del art. 529.*vicies*.1 y al inciso correspondiente del art. 231.1 d) LSC, según argumentamos en su momento (v. *supra* § 3.3.c *in fine*). Frente a quienes piensan que el "*conflicto del socio con la sociedad se objetiva legalmente, sin posibilidad de prueba en contrario*"[81], nos inclinamos en este caso por la solución opuesta. No solo por razones sistemáticas, sino también porque, en última instancia, el riesgo de falsos positivos es particularmente elevado en este sector de la fenomenología (y más en el derecho español, que ha rebajado el porcentaje de participación relevante del 20 % de las NICs al 10 %), lo cual justifica que el sistema se abra a ulteriores indagaciones.

b) Es cierto que fuera de los casos apenas mencionados, de ordinario tendremos que asumir que nos encontramos ante presunciones *iuris et de iure*. Así sucede, por ejemplo, con los parientes mencionados por el art. 231.1 LSC en la parte general. Si el padre o el cuñado de un administrador contratan con la Sociedad en la que este desempeña su cargo, la vinculación deberá asumirse y las normas correspondientes deberán aplicarse con independencia de que pueda acreditarse que entre ellos hace tiempo que han cesado las relaciones de afecto y que las que subsisten son de indiferencia o incluso de franca hostilidad. Dado que empíricamente el supuesto es muy poco frecuente, el coste del error —que se tenga por vinculado a quien realmente no lo es— apenas resulta relevante y, desde luego, se ve superado con creces por el coste que representa para la seguridad jurídica y la función de coordinación del derecho. El atributo de la reglacidad que ahora está en juego no es tanto la confianza o previsibilidad de la norma cuanto su eficiencia o fácil administrabilidad. Las decisiones fundadas en reglas son más expeditivas y baratas de adoptar. Desde el momento en que sustraen ciertos factores de valoración a la consideración de quienes

81 Así, por ej., Latorre (2020, p. 147).

están llamados a adoptarlas, eliminan el coste de producir las correspondientes informaciones, verificaciones y cálculos, facilitando que el sistema pueda procesar más casos con menos dispendio. El *numerus clausus* libera así tiempo y recursos que pueden aplicarse a otros cometidos[82].

Desde esta perspectiva, coincidimos con quienes estiman que la función del listado es "*identificar las relaciones cualificadas que permiten presumir, sin posibilidad de prueba en contra, que el administrador está en situación de conflicto*"[83], o lo que es lo mismo: que la "*presunción legal convierte en irrelevantes las concretas circunstancias que rodean la situación de conflicto*" y, señaladamente, la de que el administrador no mantenga "*una relación próxima, afectiva o efectiva*" con la persona vinculada y la de que, por tanto, no exista "*en realidad peligro de daño a la sociedad*"[84]. Las razones de eficiencia —los costes de administrar la norma— así lo determinan. Sería absurdo que en cada caso abriéramos la puerta a consideraciones particularistas. Como señala Frederick Schauer, la mejor manera de asegurar el mayor número posible de decisiones correctas a largo plazo no es desde luego intentando lograr la mejor decisión en todas y cada una de las ocasiones[85].

c) Aclaramos con todo que, aunque la ley o el intérprete califiquen de absoluta una presunción, esto no excluye que excepcionalmente pueda ser rebatida bajo las mismas condiciones en que resulta admisible la reducción teleológica. Advierta el lector que las presunciones *iuris et de iure* no representan en rigor un fenómeno probatorio, sino un fenómeno normativo. No son nada distinto, propiamente hablando, de una regla sustantiva.

Imaginemos que el Código Penal presumiera de modo absoluto —como hacen algunas legislaciones— que el poseedor de más de treinta gramos de cocaína es traficante y, por tanto, reo de un delito de tráfico de drogas. La presunción puede ser incorrecta si la cocaína con la que le han detenido a uno no es para traficar, sino para celebrar una fiesta (bacanal sería palabra más apropiada) con motivo de su 50 cumpleaños. Esto no implica, sin embargo, que deba admitirse la prueba en contrario so pena de violación del principio de presunción de inocencia y de la consiguiente inconstitucionalidad de la norma. Una conclusión así sería precipitada. Las presunciones absolutas no son diferentes de una regla sustantiva. De hecho, siempre pueden parafrasearse con el lenguaje de una regla sustantiva. Es lo mismo presumir *iuris et de iure* que trafica quien posea más de treinta gramos de cocaína que tipificar como delito equivalente al tráfico de drogas la posesión de más de treinta gramos de cocaína.

Una vez que tomamos conciencia de que las reglas cumplen su papel bloqueando el acceso ilimitado a sus justificaciones subyacentes (autonomía semántica) podemos ver las presunciones absolutas bajo su propia luz. La divergencia extensional que les es inherente se asume entonces con naturalidad y, al propio tiempo, en su justa medida. Con naturalidad porque, volviendo a un ejemplo anterior, el hecho de que el consejero delegado de la Sociedad se lleve mal, incluso fatal, con su padre o con su cuñado no autoriza a prescindir de la "vinculación" mediante la prueba de la inexistencia de conflicto de interés legalmente presumido. Lo mismo sucede en la normalidad de los casos: si uno es administrador, por más que no pinte nada en el consejo o sufra el ostracismo de los demás consejeros, no puede zafarse de su condición de parte vinculada.

82 La regla es costosa de producir y fácil de aplicar; justamente lo contrario sucede con el principio: es fácil de producir y costoso de aplicar (es clásico al respecto Kaplow, 1992, pp. 561 ss.).

83 Latorre (2020, p. 110).

84 Latorre (2020, p. 107).

85 Schauer (2009, p. 233).

Pero también en su justa medida. La posibilidad de contraprueba no tiene que descartarse siempre y en todo lugar, como postularía el positivismo más acendrado. Como hemos adelantado, la mejor caracterización de nuestras prácticas jurídicas es la que ofrece el positivismo presuntivo. La idea básica se cifra cabalmente en la presunción de que el lado formal del derecho —lo que las reglas literalmente dicen— prevalece *prima facie* sobre el lado material, pero el resultado al que conduce el derecho formal no será el resultado final si puede acreditarse más allá de cualquier duda razonable que, desde el punto de vista de las valoraciones del legislador, es muy incorrecto, gravemente erróneo o de cualquier otra manera altamente injusto, no simplemente incorrecto, erróneo o injusto[86]. Las cualificaciones que aportan los adverbios empleados —"muy", "gravemente", "altamente", etc.— son esenciales para marcar la excepcionalidad de la hipótesis y evitar el riesgo de las pendientes resbaladizas[87]. No es cosa de entrar ahora en mayores elucubraciones iusfilosóficas. En este momento se trata simplemente de constatar un hecho, y es que cuando el derecho resulta realmente insoportable desde el punto de vista material —o del balance de las razones teleológicas y deontológicas subyacentes— la tendencia que se observa es que los jueces, por una vía u otra, normalmente acaban dejando de lado la regla.

La idea de fondo que revela esta regularidad empírica es que, a partir de un determinado punto, la cantidad (de injusticia o incorrección o error) se transforma en calidad. Los casos de que suelen valerse los filósofos del derecho menos positivistas para ilustrar sus tesis (por ejemplo, el del asesino que pretende obtener la herencia de su víctima popularizado por Dworkin[88] o el de ciertas barbaridades de la legislación nazi que inspiraron la famosa fórmula de Radbruch[89]) tienen mucha fuerza emocional. Pero hay que decir que esa transformación y la consiguiente pérdida de valor de la regla como regla también se registra en contextos de valoración menos comprometidos moralmente, como es, a fin de cuentas, el de las operaciones vinculadas. También en estos escenarios más prosaicos se presentan casos recalcitrantes desde el punto de vista de la finalidad de la norma y de la disparidad de trato que interpelan al jurista reclamando la oportuna reparación del destrozo legislativo. Un grupo de casos relevante en este ámbito comparece en las metodologías clásicas del derecho bajo el nombre precisamente de "rectificación del derecho defectuoso" (*Be-*

86 Schauer (2004, pp. 259-267; 2009, pp. 228-229).

87 Los positivistas más acérrimos no admiten ni siquiera en estos supuestos cualificados la posibilidad de levantar el velo de la reglacidad porque temen que, en cualquier caso, el valor de coordinación de la regla se erosione rápidamente y con esto se desvanezca la fuerza de la presunción (v. por ej., Alexander y Sherwin, 2001, pp. 68-73). No podemos estar de acuerdo cuando el error es clamoroso. Si efectivamente esto se acredita más allá de cualquier duda razonable, la garantía frente al riesgo de deslizarnos por la pendiente resbaladiza y de convertir las reglas jurídicas en simples reglas heurísticas de andar por casa se excluye o minimiza.

88 Recuérdese que en *Riggs vs. Palmer*, el Tribunal de New York privó al asesino de la herencia a pesar de que la ley aplicable no contemplaba como causa de indignidad para suceder el haber sido "*condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida* [del] *causante*", como en cambio dispone el art. 756 1.º CC. Lo hizo apelando al principio de que nadie puede beneficiarse de sus propias faltas (v. Dworkin, 1989, pp. 80-83). En el ámbito doméstico, la SAP Murcia 19-XI-2012 (AC 1631/2012) abordó un caso similar. Lo traemos a colación porque en él se puso a prueba una de las reglas de *numerus clausus* más famosas de nuestro derecho privado, la del citado art. 756 CC. Recuérdese que, de entre las distintas causas de indignidad para suceder listadas por el precepto, la primera es —como acaba de recordarse— la de quien resulta condenado por sentencia firme por atentar contra la vida del causante. Pues bien, el caso fue el siguiente: un hombre desquiciado mata a su mujer y a continuación a sus hijos pequeños. Cuando la policía llega al lugar de los hechos, el hombre se suicida con un disparo en la cabeza. El problema sucesorio que se planteó es si el caudal de la mujer heredado en primera instancia por sus hijos fue heredado a continuación, tras la muerte de estos, por el parricida. De ser así, los bienes en cuestión habrían entrado en su patrimonio con la consecuencia de que los padres del asesino tendrían derecho a heredarlos. Esto fue lo que sostuvo el juez de instancia en aplicación literal del art. 756 1.ª CC sobre la base de que el asesino no incurrió en causa de indignidad para suceder porque nunca fue condenado por sentencia firme ni nunca podría haberlo sido, ya que la responsabilidad criminal se extingue con la muerte. La SAP Murcia corrigió el tiro y lo declaró —como hiciera el Tribunal de New York en *Riggs*— indigno para suceder a sus hijos e indirectamente a su mujer (otra cosa es que después errara en la determinación de la suerte de la herencia de la mujer y de los hijos asesinados: v. la excelente disección del caso efectuada por Miquel, 2019, pp. 1686-1688).

89 Es muy instructivo al respecto Alexy (2001, pp. 75 ss.).

richtigung fehlerhaftes Recht)[90]. Del mismo modo que el caso de las sociedades controladas por el administrador en el 190.1 e) LSC o por familiares cercanos suyos en el art. 231.1 LSC justificaba por razones de esta índole la ampliación analógica del elenco, el caso del consejero compartido justifica su reducción teleológica. El caso reúne, a nuestro juicio, títulos suficientes para ello según argumentamos en su momento (v. *supra* § 5.2 b). El defecto de fabricación de la norma es manifiesto en el contexto de la normativa internacional y nacional de contabilidad en que se inserta.

6.3. Y ahora la coda. Es la música lo que se repite, no la letra, en el tercer nivel de esta reflexión, que se suscita a propósito de personas vinculadas indiscutibles (como son, por ejemplo, el socio de control o el presidente ejecutivo de una compañía), cuyas operaciones con la Sociedad, sin embargo, en determinadas ocasiones, podrían reputarse no vinculadas y sustraerse a la correspondiente disciplina. Imagínese que el socio en cuestión dona a la compañía un inmueble o le condona un crédito. Al caso podrían equipararse otros en los que a todas luces resulta manifiesto que el precio es muy ventajoso para la Sociedad (supóngase que el presidente ejecutivo le vende unas oficinas a 500 euros el metro cuadrado cuando el precio de mercado en la zona está entre 5000 y 7000). ¿Hay que entender que en estas hipótesis extremas el socio de control o el presidente ejecutivo dejan de ser partes vinculadas a la Sociedad? La respuesta, como decimos, es negativa. No tendría sentido hacerlo; uno y otro son la encarnación por excelencia de la persona vinculada. Lo que sucede en estos casos no se proyecta sobre el lado subjetivo del supuesto de hecho, sino sobre el lado objetivo. La operación no es vinculada porque, por su propia estructura o por sus propias condiciones, el conflicto de interés queda categóricamente excluido.

Es un lugar común de la doctrina de la representación que la prohibición de autocontratación deja de ser aplicable cuando la operación "*se articula o estructura de tal manera que quede excluida totalmente la posibilidad del conflicto de interés entre el representante y el representado*"[91]. El único problema consistirá en determinar cuándo esa exclusión se produce "*totalmente*" para evitar los costes de error y de administración de la regla. Una vez más tendremos que decir que ello solo será factible en casos excepcionales en los que la inexistencia del conflicto sea líquida, o lo que es lo mismo: que resulte más allá de cualquier duda razonable[92]. Sería altamente injusto, incorrecto o erróneo considerar que, a pesar de ello, subsiste el riesgo abstracto. La lógica es siempre la misma, aunque la especificación de los casos tiene que dejarse para otra ocasión. No es materia propia de este estudio[93].

90 Cfr. Engisch (1977, pp. 160-161).

91 La cita de Diez-Picazo (1979, p. 212) vale por todos.

92 Las metodologías tradicionales suelen incidir en lo mismo recordando, quizá con menos hincapié, que las "lagunas ocultas" solo pueden ser corregidas por el juez mediante la correspondiente excepción o reducción teleológica en casos muy especiales en que la pretensión de estar a la letra de norma pueda caracterizarse como un abuso manifiesto de la misma (así, por ej., Möllers, 2019, pp. 229-230). El ejemplo que proporcionan Larenz y Canaris (1995, p. 212) se revela particularmente ilustrativo en nuestro contexto: como tutor de un incapaz puedo aceptar en su nombre la donación que yo mismo le hago, pero no la venta del piso que le ofrezco aunque realmente sea a un buen precio. Es posible reducir el ámbito de la prohibición de autocontratación creando la excepción de la donación porque el conflicto de interés (cuya evitación es la *ratio* de la mencionada prohibición) está excluido de manera patente, más allá de cualquier duda razonable. No sucede lo mismo en el caso de la venta, en el cual prevalecen las razones formales sobre las materiales, al menos hasta un determinado nivel de precios. El viejo brocardo *cessante ratio legis*, *cessat lex ipsa* no se aplica automáticamente, sino solo en casos extremos (v. Canaris, 1964, p. 189).

93 Será objeto de tratamiento en una monografía actualmente en curso de preparación, de la que el presente estudio constituye uno de sus capítulos iniciales.

Bibliografía

ALEXANDER, L. y SHERWIN, E. (2001). *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham: Duke University Press.

ALEXANDER, L. y SHERWIN, E. (2008). *Demystiifying Legal Reasoning*. Cambridge-New York: Cambridge University Press.

ALEXY, R. (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña*, 5, pp. 75 ss.

ALFARO, J. (2003). Una nota sobre la prohibición de autocontratación de los administradores de sociedades anónimas y limitadas. En D. Vitolo y J. M. Embid (dirs.), *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado*. Granada: Comares, pp. 683 ss.

ALFARO, J. (2017). Conflictos de interés del socio y personas vinculadas. Blog *Almacén de Derecho*, entrada del 22-II-2017.

ALFARO, J. (2021). Las modificaciones del art. 231 bis LSC en relación con el art. 529 vicies LSC. Blog *Derecho Mercantil*, entrada del 3-III-2021.

ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2015). Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: art. 228. En L. Hernández Cebriá (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*. Barcelona: Bosch, pp. 187 ss.

ALI o American Law Institute (1994). *Principles of Corporate Governance*, vol. I. Saint. Paul (Minnesota), reimpresión 2008.

BIANCHI, M. y MILIC, M. (2021). Article 9c: Transparency and Approval of Related Party Transactions. En S. Konstantinos y H. S. Birkmose (eds.), *The Shareholder Rights Directive II. A Commentary*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp. 286 ss.

BOISSOU, V. y ZIELHOFF, I. (2021). Related party disclosures: IFRS® Standards vs US GAAP. *KPMG IFRS Perspectives*. Disponible en https://advisory.kpmg.us/articles/2021/related-party-disclosures.html.

CABANAS TREJO, R. (2017). Comentario art. 190. En P. Pérez Prendes *et al*. (dirs.), *Tratado de sociedades de capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*. Cizur Menor: Aranzadi, vol. I, pp. 1078 ss.

CABANAS TREJO, R. (2017a). Comentario art. 230. En P. Pérez Prendes *et al*. (dirs.), *Tratado de sociedades de capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*. Cizur Menor: Aranzadi, vol. I, pp. 1426 ss.

CABANAS TREJO, R. (2017b). Comentario art. 231. En P. Pérez Prendes *et al*. (dirs.), *Tratado de sociedades de capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*. Cizur Menor: Aranzadi, vol. I, pp. 1439 ss.

CANARIS, C. W. (1964). *Feststellung von Lücken im Gesetz*. Berlin: Humboldt.

CELANO, B. (2017). *Due problemi aperti della teoría dell'interpretazione giuridica*. Modena: Mucchi Editore.

CGC o Comisión General de Codificación (2019). *Informe de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley de Sociedades de Capital y otras normas financieras para adaptarlas a la Directiva (UE) 2017/828*. Madrid: Ministerio de Justicia, 16 de julio de 2019.

CNMV o Comisión Nacional del Mercado de Valores (2021). *Borrador de Preguntas y Respuestas sobre el régimen de comunicación de operaciones vinculadas en su regulación en el capítulo VII bis de la Ley de Sociedades de Capital*, preparado por la Dirección General de Mercados, Madrid, 19 de julio de 2021.

DAVIES, P. *et al*. (2020). Implementation of the SRD II Provisions on Related Party Transations. *ECGI working paper* num. 543/2020 (el resto de autores son: S. Emmenegger, G. Ferrarini, K. J. Hopt, A. Opalski, A. Pietrancosta, A. Recalde, M. Roth, M. Schouten, R. Skog, M. Winner y E. Wymeersch).

DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L. (2009). *Derecho de grupos de sociedades*. Cizur Menor: Aranzadi, 2.ª ed.

DEL OLMO, P. (2014). La renegociación de los contratos bajo amenaza (Un comentario a la STS de 29 de julio de 2013). *Anuario de Derecho Civil*, 67, pp. 313 ss.

DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M. (1990). *El autocontrato*. Madrid: Tecnos.

DÍAZ ECHEGARAY, J. L. (2004). *Deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. Cizur Menor: Aranzadi, 2.ª ed.

DÍEZ PICAZO, L. (1979). *La representación en el derecho privado*. Madrid: Civitas.

DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2.ª ed. (trad. esp. de M. Gustavino).

EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C. (2009). Artículo 127 *ter*. En Arroyo y Embid (dirs.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid: Tecnos, vol. II, pp. 1443 ss., 2ª ed.

EMPARANZA, A. (2011). Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital. *Revista de Derecho Mercantil*, 281, pp. 13 ss.

EMPARANZA, A. (2019). Deber de abstención del socio-administrador en la junta general: el conflicto de interés indirecto. En M. B. González y A. Cohen (dirs.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 136 ss.

ENGISCH, K. (1977). *Einführung in das juristische Denken*. Suttgart-Berlin-Köln-Mainz : W. Kohlhammer Verlag.

FARNSWORTH, W. (2020). *El analista jurídico. Una panoplia para pensar sobre el derecho*. Cizur Menor: Aranzadi (trad. esp. de R. Girbau).

FAYOS FEBRER, J. B. (2013). El conflicto de interés y la extensión subjetiva del deber de abstención en el voto a favor de persona distinta del socio. *Revista de Derecho Mercantil*, 228, pp. 479 ss.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2019). Transparencia y aprobación de operaciones con partes vinculadas. En AA.VV., *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados.* Cizur Menor: Aranzadi, t. I, pp. 291 ss.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2021). Las operaciones (vinculadas) intragrupo. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 163, pp. 157 ss.

GARCÍA, E. (2021a). Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores. En Sancho Gargallo y García-Cruces (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Valencia: Tirant lo Blanch, t. III, pp. 3195 ss.

GARCÍA, E. (2021b). Artículo 231 bis. Operaciones intragrupo. En Sancho Gargallo y García-Cruces (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Valencia: Tirant lo Blanch, t. III, pp. 3209 ss.

GARCÍA LLANEZA, R. (2018). Grupos de sociedades, empresas asociadas, sociedades de propósito especial y vinculadas: PGC y NIIF. En M. B. González y A. Cohen (dirs.). *Derecho de sociedades. Revisando el Derecho de sociedades de capital*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 385 ss.

GARCÍA SANZ, A. (2019). Deber de abstención y conflictos de intereses en la junta general de las sociedades de capital. *Revista de Derecho de Sociedades*, 55, pp. 179 ss.

GELTER, M. y HELLERINGER, P. (2014). Constituency Directors and Corporate Fiduciary Duties. En A. S. Gold y P. B. Miller (eds.), *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 302 ss.

GELTER, M. y HELLERINGER, P. (2015). Lift not the Painted Veil! To Whom are Directors' Duties Really Owed? *University of Illinois Law Review*, 3, pp. 1071 ss.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. (2018). El deber de abstención de un socio en conflicto de interés indirecto con la sociedad. *Revista de Derecho Mercantil*, 307, pp. 445 ss.

GÓRRIZ, C. (2010). El deber de lealtad de los administradores de las sociedades de capital. En AA. VV., *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, pp. 665 ss.

GUERRA, G. (2011). La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital. en G. Guerra (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. Madrid: La Ley, pp. 67 ss.

IAASA (2013). *Review of the application of accounting standard requirements in respect of the disclosure of key management personnel compensation by Irish equity issuers*. Disponible en https://www.iaasa.ie/getmedia/add64645-1c19-4ec8-a452-f621b327e718/IAS24_2013.pdf.

IASB (2014). "IFRS®. Official pronouncements issued at 1 January 2014. Includes IFRSs® with an effective date after 1 January 2014 but not the IFRSs® they will replace. Part B, the accompanying documents", *IFRS Foundation Publications Department*, London.

IASB (2015). *Definition of close members of the family of a person (IAS 24 Related Party Disclosures)*. Disponible en https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/supporting-implementation/agenda-decisions/ias-24-definition-of-close-members-of-the-family-of-a-person.pdf.

ICJCE (2009). Nota técnica sobre la definición de "alta dirección" a los efectos de la preceptiva información en la memoria de las cuentas anuales. *Circular E26-2009*. Disponible en https://www.icjce.es/images/pdfs/guias_de_actuacion/2009/nota_tecnica_alta_direccion_memoria.pdf.

IRACULIS, N. (2019). La prohibición de voto en el grupo de sociedades: el conflicto de interés directo e indirecto del administrador de la filial. En M. B. González y A. Cohen (dirs.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 198 ss.

JUSTE, J. e IGARTUA, F. (2005). Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia). *Revista de Derecho de Sociedades*, 24, pp. 75 ss.

JUSTE, J. (2015). Artículo 228. Régimen de imperatividad y dispensa. En J. Juste (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 377 ss.

JUSTE, J. (2017). El deber de abstención del socio-administrador en la junta general. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2017. *Revista de Derecho de Sociedades*, 49, pp. 213 ss.

KAPLOW, L. (1992). Rules vs. Standards: An Economic Analysis. *Duke Law Review*, 42, pp. 561 ss.

KAPLOW, L. (1995). A Model of Optimal Complexity of Legal Rules. *Journal of Law, Economics & Organization*, 11, pp. 150 ss.

LARENZ, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho,* trad. esp. de M. Rguez . Molinero, 2ª ed. Ariel, Barcelona, 1980.

LARENZ, K. y CANARIS, C. W. (1995). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin-Heidelberg: Springer, 3.ª ed.

LATORRE CHINER, N. (2017). Las operaciones vinculadas en las sociedades cotizadas. Especial atención a las operaciones intragrupo. *Revista de Derecho de Sociedades*, 51, pp. 129 ss.

LATORRE CHINER, N. (2020). *El control de las operaciones vinculadas en la sociedad cotizada*. Madrid: Marcial Pons.

LATORRE CHINER, N. (2021a). Las partes vinculadas de la sociedad cotizada: ¿art. 231 LSC o NIC 24? Blog *Almacén de Derecho*, entrada de 15-V-2021.

LATORRE CHINER, N. (2021b). Las operaciones vinculadas de la sociedad cotizada en la reforma de la Ley de Sociedades de Capital (Ley 5/2021, de 12 de abril). *Revista de Derecho de Sociedades*, 62, pp. 49 ss.

LEÓN SANZ, F. J. (2019). Las operaciones con partes vinculadas en la Directiva 2017/828. *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, 1, pp. 32 ss.

MEGÍAS, J. (2018). El deber de independencia en el consejo de administración: conflictos de interés, dispensa y *business judgment rule*. *Revista de Derecho de Sociedades*, 52, pp. 117 ss.

MEGÍAS, J. (2021). Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC). *La Ley Mercantil*, 82, edición online disponible en smarteca.

MIQUEL, J. M. (2019). La indignidad para suceder por atentar contra la vida del causante. Comentario de la sentencia de la Audiencia de Murcia de 19 de noviembre de 2012. En *Libro homenaje al Profesor Dr. A. Jorge Barreiro*. Madrid: UAM, vol. II, pp. 1671 ss.

MÖLLERS, Th. M. J. (2019). *Juristische Methodenlehre*. München: Beck, 2.ª ed.

ORERO, A. J. (2018). Personas vinculadas del art. 231 LSC y personas especialmente relacionadas del art. 93 LC. En B. González y A. Cohen (dirs.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 963 ss.

PAREDES, C. y VILLACAMPA, A. (2005). La nueva regulación sobre comunicación de operaciones vinculadas en derecho español. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 11, pp. 13 ss.

PAZ-ARES, C. (1995). Principio de eficiencia y derecho privado. En *Estudios de derecho mercantil en homenaje al Profesor M. Broseta Pont*. Valencia: Tirant Lo Blanch, vol. III, pp. 2885 ss.

PAZ-ARES, C. (1996). *¿Dividendos a cambio de votos?* Madrid: McGraw Hill.

PAZ-ARES, C. y VELASCO, F. (1997). *Infracciones administrativas y autocartera*. Madrid: McGraw Hill.

PAZ-ARES, C. (2006). La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. En R. Uría y A. Menéndez (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid: Civitas, vol. II, pp. 590 ss., 2ª ed.

PAZ-ARES, C. (2015). Anatomía del deber de lealtad. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 39, pp. 43 ss.; también disponible en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et al.* (dirs.). *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, vol. II, pp. 425 ss.

PAZ-ARES, C. (2018). Un apunte sobre la incorporación de la Directiva 2017/828 en materia de transacciones vinculadas en el seno de grupos de sociedades. Blog *Derecho Mercantil*, entrada 19-XII-2018.

PAZ-ARES, C. (2019a). *Identidad y diferencia del consejero dominical*. Madrid: Colegio de Registradores de España.

PAZ-ARES, C. (2019b). *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*. Cizur Menor: Civitas.

PAZ-ARES, C. (2020). Operaciones vinculadas y grupos de sociedades. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 60, pp. 89 ss.

PAZ-ARES, C. (2022). El concepto de conflicto de interés. Teoría de los círculos concéntricos. En *Libro homenaje al Profesor L. Cazorla*, Cizur Menor: Aranzadi (en prensa).

PEINADO, J. I. (2018). Abnegación y silencio en la sociedad mercantil (apuntes sobre los conflictos de interés entre socio y su sociedad). En M. B. González y A. Cohen (dirs.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 75 ss.

PÉREZ RAMOS, C. (2018). El autocontrato societario tras la reforma del conflicto de intereses. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 69, pp. 61 ss.

PORTELLANO, P. (2016). *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*. Cizur Menor: Civitas. El contenido básico de este libro fue anticipado en el artículo del autor que se menciona a continuación.

PORTELLANO, P. (2016b). El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529-*ter* 1 h) LSC). En A. Alonso Ureba, G. Esteban Velasco *et al*. (dirs.), *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*. Cizur Menor: Aranzadi, vol. II, pp. 459 ss.

QUIJANO, J. y MAMBRILLA, V. (2006). Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas. En F. Rodríguez Artigas (dir.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, vol. II, pp. 915 ss.

RECALDE, A. (2015). Comentario al art. 190. Conflicto de intereses. En J. Juste (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*. Cizur Menor: Civitas, pp. 67 ss.

RIBAS FERRER, V. (2010). *El deber de lealtad del administrador de sociedades*. Madrid: La Ley.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (2005). Art. 127ter.3 LSA y quórums de constitución y votación. *Revista de Derecho de Sociedades*, 24, pp. 271 ss.

SÁNCHEZ CALERO, F. (2005), *Los administradores de la sociedad de capital*. Madrid: Civitas. Hay una edición posterior de 2007.

SÁNCHEZ-CALERO, J. (2013). La abstención del consejero en conflicto de intereses. En *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. José Antonio Gómez Segade*, Madrid: Marcial Pons, pp. 293 ss.

SÁNCHEZ-CALERO, J. (2015). La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad. En *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas*. Madrid: Universidad Carlos III, pp. 910 ss.

SÁNCHEZ RUIZ, M. (2013). El deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad. *Revista de derecho de Sociedades*, 41, pp. 190 ss.

SCHAUER, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons (trad. esp. de C. Orunesu y J. L. Rodríguez).

SCHAUER, F. (2009). *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge (Mass.) London: Harvard University Press.

SCHAUER, F. (2021). Ruleness. En B. Dupret, J. Colemans y M. Travers (eds.), *Legal Rules in Practice,* Routledge. London, pp. 35 ss. (la paginación en el texto está referida al *paper* hecho público a través de ssrn).

SEMLER, J. (1987). Doppelmandatsverbund im Konzern. En *Festschrift für E. C. Stiefel zum 80. Geburtstag*. München: Beck, pp. 719 ss.

SEPE, S. M. (2013). Intruders in the Boardroom: The Case of Constituency Directors. *Washington University Law Review*, 91, pp. 309 ss.

SOLAR BELTRÁN, I. (2018). Los conflictos de interés del socio mayoritario: el deber de abstención en las juntas generales. En M. B. González y A. Cohen (dirs.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 108 ss.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 56, mayo-agosto de 2021, pp. 115-139

Artículos

ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE LOS FONDOS EUROPEOS *NEXT GENERATION EU* Y SU IMPLANTACIÓN EN ESPAÑA

Ana María Sabiote Ortiz y Pau Panadés Jordà

Abogados del Área de Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona)

Algunas cuestiones prácticas sobre los fondos europeos *Next Generation EU* y su implementación en España

Los fondos europeos Next Generation EU constituyen un acuerdo histórico para impulsar una rápida recuperación de la economía europea tras la pandemia derivada de la COVID-19. En España, los fondos se articulan en torno al llamado Plan para la Recuperación, Transformación y Resiliencia con el propósito doble de lograr la recuperación y transformar el sistema productivo.

El presente artículo tiene como objetivo responder a algunas cuestiones jurídicas que se pueden plantear los potenciales beneficiarios de estos fondos europeos acerca de su ejecución, tramitación y supervisión.

Palabras clave:
Fondos europeos Next Generation EU, Instrumento de Recuperación de la Unión Europea, Contratación pública, Subvenciones, Colaboración público privada, Plan para la Recuperación, Transformación y Resiliencia, Manifestaciones de interés, PERTE.

Practical questions about the Union funds Next Generation EU and its implementation in Spain

Union funds Next Generation EU constitute a historic agreement to achieve a recovery of the Spanish economy after the COVID-19 pandemic. In Spain, the funds are articulated around the so-called Recovery, Transformation and Resilience Plan, which has the dual purpose of achieving recovery and transforming the productive system.

The objective of this article is to answer the main questions that potential beneficiaries of these European funds may ask about their execution, processing and supervision.

Key words:
Union funds Next Generation EU, European Union Recovery Instrument, Public procurement, Public aids, Public-private partnership, Recovery, Transformation and Resilience Plan, Expressions of interest, PERTEs.

FECHA DE RECEPCIÓN: 31-8-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-9-2021

Sabiote Ortiz, Ana María; Pau Panadés Jordà (2021). Algunas cuestiones prácticas sobre los fondos europeos *Next Generation EU* y su implementación en España. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 115-139 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La pandemia de la COVID-19 ha tenido un gran impacto sobre la economía española y sobre la economía del resto de los Estados miembros de la Unión Europea. Entre los impactos más evidentes, las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias para frenar los contagios provocaron necesariamente una reducción de los niveles de producción y de consumo debido a las limitaciones a la movilidad[1].

El extraordinario impacto de la crisis pudo constatarse a nivel europeo desde febrero de 2020 y, principalmente, a partir de la declaración por la Organización Mundial de Salud de la COVID-19 como pandemia mundial el 11 de marzo de 2020.

Tras los primeros meses de acuciante impacto, en mayo y junio de 2020 se acordó en el seno de la Unión Europea un instrumento excepcional para hacer frente a las consecuencias adversas de la crisis COVID-19 y para lograr que las economías de los Estados miembros resultaran más resilientes[2]: los conocidos como fondos europeos *Next Generation EU*.

Así, ya en mayo de 2020 la Comisión Europea presentó una propuesta para la aprobación de un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea de emergencia que, junto con el marco financiero plurianual reforzado para el período 2021-2027, debía permitir la recuperación de la economía de los Estados miembros.

Esta propuesta de Instrumento de Recuperación de la Unión Europea, conocida como programa de recuperación *Next Generation EU*, ha quedado configurada finalmente, como veremos en detalle a continuación, por tres categorías de fondos: (i) el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, por un importe de 672.000 millones de euros; (ii) el programa REACT-EU, por un importe de 47.500 millones de euros; y (iii) otros fondos con un importe total de 37.500 millones de euros.

La Unión Europa y los Estados miembros han puesto en marcha los mecanismos burocráticos necesarios para hacer llegar los fondos a los operadores. Estamos aún en ello: en la articula-

1 Según los datos publicados por EUROSTAT, en el año 2020 el PIB del conjunto de la Unión Europea cayó un 6,4 %. En España el PIB se contrajo en un 10,8 % durante ese mismo período.

2 El artículo 2.5) del Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, define el concepto resiliencia como *"la capacidad de hacer frente a perturbaciones económicas, sociales y medioambientales o a cambios estructurales persistentes de una manera justa, sostenible e inclusiva"*.

ción práctica del Plan Europeo y del Plan Nacional para la distribución y aplicación de los más de 170.000 millones de euros que España debe recibir y distribuir entre este mismo año 2021 y 2026[3].

En este contexto, el presente artículo tiene por objetivo responder, desde un punto de vista jurídico y una vertiente eminentemente práctica, algunas cuestiones que surgen en torno a los fondos europeos *Next Generation EU* y, en especial, acerca del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia: (i) qué son los fondos; (ii) cómo se han articulado en España; (iii) de qué manera se están ejecutando; y, (iv) cómo se supervisará esta ejecución.

2. Qué son y cómo funcionan los fondos europeos *Next Generation EU*

2.1. Descripción de los fondos europeos *Next Generation EU* o instrumento de recuperación de la Unión Europea

El 28 de mayo de 2020, la Comisión Europea presentó la propuesta de Reglamento por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia para apoyar la recuperación tras la pandemia de la COVID-19. Esta propuesta tenía como objetivo la reparación de los daños económicos y sociales provocados por la pandemia, iniciar la recuperación europea y preservar y crear empleo.

La propuesta cristalizó en el acuerdo del Consejo Europeo de 21 de julio de 2020 sobre el Plan de recuperación y sobre el Marco financiero plurianual 2021-2027. El Plan de recuperación europeo se plasmó en el programa de recuperación *Next Generation EU*, con una capacidad financiera de hasta 750.000 millones de euros ("Next Generation EU").

El régimen jurídico del Next Generation EU se define en el Reglamento (UE) 2020/2094, del Consejo, de 14 de diciembre, por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19 (el "Reglamento 2020/2094").

Según lo dispuesto en el artículo 2.1 del Reglamento 2020/2094, los fondos del Next Generation EU se financiarán con un importe de hasta 750.000 millones de euros (a precios de 2018) mediante operaciones de empréstito en mercados de capitales que llevará a cabo la Comisión Europea en nombre de la Unión Europea[4].

3 Según se comunicó en la Conferencia de Presidentes celebrada el 30 de julio de 2021, las Comunidades Autónomas recibirán este 2021 10.500 millones de euros de los 19.000 millones que corresponde recibir a España durante este año. Esta asignación se concretará en las distintas conferencias sectoriales que deben celebrar los Ministerios con las Comunidades Autónomas.

4 El régimen jurídico de esta facultad de empréstito se desarrolla en el artículo 5 de la Decisión (UE, Euratom) 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea y por el que se deroga la Decisión 2014/335/UE, Euratom.

El importe de 750.000 millones de euros se distribuye entre los Estados miembros en forma de ayuda no reembolsable y préstamos a través de los programas siguientes[5]:

i. Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (el "MRR"): 672.500 millones de euros, de los cuales 360.000 millones son en préstamos reembolsables y 312.500 millones en subvenciones no reembolsables.

ii. REACT-EU: 47.500 millones de euros.

iii. Otros:

- Fondo de Transición Justa: 17.500 millones de euros (7.000 millones del presupuesto global de la Unión Europea y 10.500 millones del Next Generation EU).
- Horizonte Europa: 5.000 millones de euros.
- InvestEU: 5.600 millones de euros.
- Desarrollo rural: 7.500 millones de euros.
- rescEU: 1.900 millones de euros.

En todo caso, el Next Generation EU o Instrumento de Recuperación de la Unión Europea es un complemento al presupuesto ordinario de la Unión, actualmente previsto en el marco financiero plurianual 2021-2027 (el "MFP") con un importe que asciende a 1,074 billones de euros[6].

2.2. Descripción del mecanismo de recuperación y resiliencia (MRR)

El MRR es el programa más relevante del Next Generation EU. Su régimen jurídico se define en el Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia ("Reglamento 2021/241").

5 Todas las cifras son en precios de 2018.

6 En este sentido, el presupuesto total de la Unión Europea para el período 2021-2027 ascenderá a un total de 1,8 billones de euros, distribuidos como sigue:

Asignación	MFP	*Next Generation EU*	Total
1. Mercado único, innovación y economía digital	132.800 millones de euros	10.600 millones de euros	143.400 millones de euros
2. Cohesión, resiliencia y valores	377.800 millones de euros	721.900 millones de euros	1.099.700 millones de euros
3. Recursos naturales y medio ambiente	356.400 millones de euros	17.500 millones de euros	373.900 millones de euros
4. Migración y gestión de las fronteras	22.700 millones de euros	—	22.700 millones de euros
5. Seguridad y defensa	13.200 millones de euros	—	13.200 millones de euros
6. Vecindad y el mundo	98.400 millones de euros	—	98.400 millones de euros
7. Administración pública europea	73.100 millones de euros	—	73.100 millones de euros
TOTAL 2021-2027	1.074.300 millones de euros	750.000 millones de euros	1.824.300 millones de euros

Fuente: Comisión Europea. https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es

De conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Reglamento 2021/241, el ámbito de aplicación del MRR incluye áreas de actuación de importancia europea estructuradas en seis pilares:

i. la transición ecológica;

ii. la transformación digital;

iii. el crecimiento inteligente, sostenible e integrador, que incluya la cohesión económica, el empleo, la productividad, la competitividad, la investigación, el desarrollo y la innovación, y un mercado interior que funcione correctamente con pymes sólidas;

iv. la cohesión social y territorial;

v. la salud y resiliencia económica, social e institucional, con objeto, entre otros, de aumentar la preparación y capacidad de reacción ante las crisis; y

vi. políticas para la próxima generación, la infancia y la juventud, tales como la educación y el desarrollo de capacidades.

Teniendo en cuenta estos seis pilares el MRR ofrece ayudas financieras a los Estados miembros que alcancen los hitos y objetivos de las reformas e inversiones establecidos en sus planes de recuperación y resiliencia.

El método para determinar la contribución financiera máxima para cada Estado miembro está basado, principalmente, en la población del Estado miembro, la inversa del PIB per cápita y la tasa de desempleo (art. 11 del Reglamento 2021/241).

Con base en este método, se ha estimado que España reciba una contribución máxima de 141.128 millones de euros, de los cuales 71.600 corresponden a préstamos y 69.528 a subvenciones no reembolsables[7].

La asignación máxima de las subvenciones debe hacerse efectiva según lo establecido en el artículo 12 del Reglamento 2021/241:

i. Hasta el 31 de diciembre de 2022, la Comisión Europea pondrá a disposición para su asignación el 70 % del importe convertido en precios corrientes.

ii. Desde el 1 de enero de 2023 y hasta el 31 de diciembre de 2023, la Comisión Europea pondrá a disposición para su asignación el 30 % del importe convertido en precios corrientes.

En cualquier caso, los pagos de las contribuciones financieras se efectuarán a más tardar el 31 de diciembre de 2026.

7 Feás, E. y Steinberg, F. (2021). Las cifras para España del Plan de Recuperación Europeo, *Real Instituto Elcano*, 24 de febrero de 2021: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari25-2021-feas-steinberg-cifras-para-espana-del-plan-de-recuperacion-europeo.

2.3. El Plan de Recuperación y Resiliencia como instrumento clave para la gestión del MRR

El artículo 18 del Reglamento 2021/241 condiciona la recepción de las contribuciones financieras del MRR a la presentación ante la Comisión Europea de un plan de recuperación y resiliencia con el programa de reformas e inversiones del Estado miembro. Los planes también deben incluir los hitos y objetivos que midan el progreso en la implementación de las reformas e inversiones. Estos planes se debían presentar a más tardar el 30 de abril de 2021 y debían contener la información motivada y justificada que se describe en el artículo 18.4 del Reglamento 2021/241.

La Comisión Europea disponía de un plazo de dos meses para evaluar el plan de recuperación y resiliencia presentado por un Estado miembro con base en los principios de pertinencia, eficacia, eficiencia y coherencia, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el anexo V del Reglamento 2021/241. Posteriormente, la propuesta de la Comisión Europea se eleva al Consejo Europeo para su aprobación. Tras la aprobación del plan de recuperación y resiliencia, el Estado miembro en cuestión puede recibir una prefinanciación de un 13 % del total del plan.

En el caso de España, el Gobierno aprobó el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia el 27 de abril de 2021 (el "PRTR"), y se elevó a la Comisión Europea el 30 de abril. El 16 de junio de 2021, la Comisión Europea evaluó positivamente la aprobación del PRTR. El Consejo de Asuntos Económicos y Financieros aprobó el 13 de julio de 2021 el PRTR presentado por España[8]. La versión final del PRTR aprobado por el Consejo puede consultarse en el siguiente enlace: https://planderecuperacion.gob.es/

El 17 de agosto de 2021 España recibió los primeros 9.000 millones de euros de la Comisión Europea para financiar el PRTR, que equivalen al 13 % del total de las ayudas que percibirá el país hasta el año 2026. Se espera que, antes de fin de año, España reciba 10.000 millones adicionales.

2.4. Posibilidad de reintegro o denegación de desembolsos adicionales por la Comisión

Los artículos 22 y siguientes del Reglamento 2021/241 prevén una serie de mecanismos para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea en la ejecución del MRR. Los Estados miembros beneficiarios del MRR deberán adoptar medidas para que los fondos se destinen a la consecución de las finalidades comprometidas, en particular en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. Para ello los Estados deben establecer un sistema de control interno eficaz y eficiente, que permita recuperar los importes abonados erróneamente o utilizados de modo incorrecto.

Se atribuye a la Comisión Europea un derecho para reducir proporcionalmente la ayuda a otorgar en el marco del MRR a un Estado, así como para cobrar y solicitar el reembolso de aquellas cuan-

8 En esa misma fecha el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros también aprobó los planes nacionales de recuperación y resiliencia de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Luxemburgo y Portugal.

tías abonadas en caso de fraude, corrupción o conflicto de intereses que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea y que no haya corregido el Estado miembro.

Sobre esta cuestión se debe tener en cuenta que el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, sobre medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del PRTR (el "RDL 36/2020") no ha previsto medidas de coordinación expresas entre la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales para recuperar los importes abonados erróneamente o utilizados de modo incorrecto. Sería conveniente el establecimiento de estas medidas de coordinación entre las distintas Administraciones territoriales, ya que el único actor que responderá ante la Comisión Europea en representación del Reino de España será la Administración General del Estado, aun cuando la aplicación incorrecta de los fondos se haya podido cometer por otra administración territorial.

3. Cómo se ejecutarán los fondos europeos *Next Generation EU* en España: Inversiones y reformas del PRTR

El PRTR establece un conjunto de inversiones y de reformas encaminadas a aumentar, de forma efectiva, coherente y duradera, el crecimiento potencial de la economía española. Las inversiones previstas en el PRTR son todas aquellas medidas de gasto contempladas en el Plan, mientras que las reformas son los cambios legislativos y normativos que se prevé adoptar para impulsar el crecimiento y la modernización de la economía. Estas inversiones y reformas se estructuran en torno a cuatro ejes transversales:

i. **Transición ecológica** para reorientar el modelo productivo, impulsando la transición verde, la descarbonización, la eficiencia energética, el despliegue de las energías renovables, la electrificación de la economía, el desarrollo del almacenamiento de energía, la economía circular, las soluciones basadas en la naturaleza y la mejora de la resiliencia de todos los sectores económicos.

ii. **Transformación digital** para acelerar una transición digital humanista en España, a través de inversiones y reformas que potencien las infraestructuras, competencias y tecnologías necesarias para una economía y una sociedad digital. Dada su naturaleza transversal, la transformación digital se despliega a través del conjunto del PRTR: desde la agenda urbana a la educación, desde la agricultura al turismo, desde la industria a la movilidad, desde la modernización de la Administración pública hasta la nueva economía de los cuidados.

iii. **Cohesión social y territorial de España** mediante el refuerzo del Estado del bienestar, del sistema educativo, el impulso del empleo de calidad, un sistema fiscal justo y con medidas específicamente orientadas a abordar el reto demográfico y a brindar oportunidades a las próximas generaciones.

iv. **Igualdad de género**, especialmente a través de medidas transversales orientadas a elevar la tasa de empleo femenino, a mejorar, fortalecer y reorganizar el sistema de cuidados de larga duración, a elevar el potencial educativo, la igualdad de oportunidades y a reducir la brecha digital.

Estos ejes transversales se vertebran en diez políticas palancas, con gran capacidad de arrastre sobre la actividad y el empleo, que a su vez incluyen treinta componentes que articularán las inversiones y reformas con el siguiente desglose:

	M€	%
I. Agenda urbana y rural, lucha contra la despoblación y desarrollo de la agricultura	**14.407**	**20,7**
1. Plan de choque de movilidad sostenible, segura y conectada en entornos urbanos y metropolitanos	6.536	9,4
2. Plan de rehabilitación de vivienda y regeneración urbana	6.820	9,8
3. Transformación ambiental y digital del sistema agroalimentario y pesquero	1.051	1,5
II. Infraestructuras y ecosistemas resilientes	**10.400**	**15,0**
4. Conservación y restauración de ecosistemas y su biodiversidad	1.642	2,4
5. Preservación del espacio litoral y los recursos hídricos	2.091	3,0
6. Movilidad sostenible, segura y conectada	6.667	9,6
III. Transición energética justa e inclusiva	**6.385**	**9,2**
7. Despliegue e integración de energías renovables	3.165	4,6
8. Infraestructuras eléctricas, promoción de redes inteligentes y despliegue de la flexibilidad y el almacenamiento	1.365	2,0
9. Hoja de ruta del hidrógeno renovable y su integración sectorial	1.555	2,2
10. Estrategia de Transición Justa	300	0,4
IV. Una Administración para el siglo XXI	**4.315**	**6,2**
11. Modernización de las Administraciones públicas	4.315	6,2
V. Modernización y digitalización del tejido industrial y de la pyme, recuperación del turismo e impulso a una España nación emprendedora	**16.075**	**23,1**
12. Política Industrial España 2030	3.782	5,4
13. Impulso a la pyme	4.894	7,0
14. Plan de modernización y competitividad del sector turístico	3.400	4,9
15. Conectividad digital, impulso de la ciberseguridad y despliegue del 5G	3.999	5,8
VI. Pacto por la ciencia y la innovación. Refuerzo de las capacidades del Sistema Nacional de Salud	**4.949**	**7,1**
16. Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial	500	0,7
17. Reforma institucional y fortalecimiento de las capacidades del sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación	3.380	4,9
18. Renovación y ampliación de las capacidades del Sistema Nacional de Salud	1.069	1,5
VII. Educación y conocimiento, formación continua y desarrollo de capacidades	**7.317**	**10,5**
19. Plan Nacional de Competencias Digitales (*digital skills*)	3.593	5,2
20. Plan estratégico de impulso de la Formación Profesional	2.076	3,0
21. Modernización y digitalización del sistema educativo, incluida la educación temprana de 0 a 3 años	1.648	2,4

	M€	%
VIII. Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo	**4.855**	**7,0**
22. Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión	2.492	3,6
23. Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo	2.363	3,4
IX. Impulso de la industria de la cultura y el deporte	**825**	**1,2**
24. Revalorización de la industria cultural	325	0,5
25. España *hub* audiovisual de Europa (*Spain AVS Hub*)	200	0,3
26. Plan de fomento del sector del deporte	300	0,4
X. Modernización del sistema fiscal para un crecimiento inclusivo y sostenible	**—**	**—**
27. Medidas y actuaciones de prevención y lucha contra el fraude fiscal	—	—
28. Adaptación del sistema impositivo a la realidad del siglo XXI	—	—
29. Mejora de la eficacia del gasto público	—	—
30. Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo	—	—

En relación con las inversiones, de entre estos treinta componentes, los veinte principales programas tractores de inversión durante el período 2021 - 2023 serían los siguientes:

Programas tractores de inversión	M€ 2021 - 23	Componente
1. Estrategia de Movilidad Sostenible, Segura y Conectada	13.203	1 y 6
2. Programa de Rehabilitación de Vivienda y Regeneración Urbana	6.820	2
3. Modernización de las Administraciones públicas	4.239	11
4. Plan de Digitalización de Pymes	4.066	13
5. Hoja de Ruta del 5G	3.999	15
6. Nueva Política Industrial España 2030 y Estrategia de Economía Circular	3.782	12
7. Plan Nacional de Competencias Digitales	3.593	19
8. Desarrollo del Sistema Nacional de Ciencia e Innovación	3.456	17
9. Modernización y Competitividad del Sector Turístico	3.400	14
10. Despliegue e Integración de Energías Renovables	3.165	7
11. Nueva Economía de los Cuidados	2.482	22
12. Nuevas Políticas Públicas para un Mercado de Trabajo Dinámico, Resiliente e Inclusivo	2.363	23
13. Preservación del Litoral y Recursos Hídricos	2.091	5
14. Plan Estratégico de Formación Profesional	2.076	20
15. Modernización y Digitalización del Sistema Educativo	1.648	21
16. Conservación y Restauración de Ecosistemas y Biodiversidad	1.642	4
17. Hoja de Ruta del Hidrógeno Renovable	1.555	9
18. Infraestructuras Eléctricas, Redes Inteligentes, Almacenamiento	1.365	8
19. Renovación y Modernización del Sistema Sanitario	1.069	18
20. Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial	500	16

En relación con las reformas, el PRTR contempla reformas en once ámbitos para reforzar la estructura económica y social del país, que se concretan en las veinte principales reformas siguientes de entre las previstas en los treinta componentes:

Veinte principales reformas del PRTR	Componente
1. Ley de cambio climático y transición energética	7
2. Desarrollo de un sistema energético, robusto y flexible, despliegue e integración de renovables	7
3. Hoja de Ruta del Hidrógeno Renovable	9
4. Resiliencia y Adaptación de Ecosistemas, Desarrollo y Conectividad de Infraestructuras Verdes	4
5. Ley de Aguas y Plan Nacional de Depuración, Saneamiento, Eficiencia, Ahorro y Reutilización	5
6. Modernización de la Política Agrícola y Pesquera - Protección del suelo y uso eficiente del agua	3
7. Política de Residuos e Impulso de la Economía Circular	12
8. Modernización del Sistema Nacional de Ciencia y Apoyo a la Innovación	17
9. Estrategia de Movilidad Sostenible y Conectada	6
10. Nueva Política de Vivienda	2
11. Modernización de la Justicia	11
12. Modernización y Digitalización de la Administración	11
13. Mejora de la Calidad Regulatoria y Clima de Negocios - Reforma concursal	13
14. Modernización y Refuerzo del Sistema Nacional de Salud	18
15. Modernización y Refuerzo del Sistema Educativo, de Formación Profesional y de la Universidad	20 y 21
16. Nuevas políticas públicas del Mercado de Trabajo - hacia un estatuto de los trabajadores del Siglo XXI	23
17. Nueva Economía de los Cuidados	22
18. Refuerzo de las Políticas de Inclusión y Servicios Sociales	23
19. Modernización y Progresividad del Sistema Fiscal	28
20. Refuerzo del Sistema de Pensiones	30

El conjunto de inversiones y de reformas previstas en el PRTR está alineado con las recomendaciones de política económica para la Zona Euro para el período 2021, aprobadas por el Consejo Europeo el 25 de enero de 2021, y con el marco del Semestre Europeo, tal y como exige el artículo 17.3 del Reglamento 2021/241.

4. Medidas de ejecución, organización y de supervisión del PRTR. Especial referencia al RDL 36/2020

4.1. Figuras jurídicas a través de las que se puede canalizar la ejecución del PRTR. finalidad del RDL 36/2020

Los treinta componentes del PRTR deben concretarse en distintos proyectos. Las figuras jurídicas para articular estos proyectos no están tasadas. No hay en la normativa europea o nacional ninguna limitación, de manera que puede recurrirse a cualquier fórmula válida en derecho, desde con-

tratos a subvenciones, pasando por otras formas de colaboración público-privada, colaboración entre Administraciones públicas o fórmulas convencionales.

De esta forma, si las Administraciones pretenden contratar con un tercero la ejecución o explotación de una obra o la prestación de un suministro o de un servicio financiado con el MRR, ello constituirá, respectivamente, un contrato de obras, un contrato de servicios, un contrato de suministro, un contrato de concesión de obra o un contrato de concesión de servicios. Y la ejecución de este tipo de proyectos exigirá tramitar un procedimiento para la licitación y adjudicación sujeto a la normativa en materia de contratos del sector público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, "LCSP", principalmente).

En cambio, si el objeto del proyecto es la financiación para el cumplimiento de un determinado objetivo de interés público por parte del beneficiario (por ejemplo, para la rehabilitación de viviendas), estaremos ante una subvención cuyo otorgamiento debería sujetarse a las previsiones a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (la "Ley General de Subvenciones").

Partiendo del marco legal general vigente en materia de contratos, colaboración público-privada en especial, subvenciones y convenios, pero con el objetivo de dotar a los distintos operadores de la máxima flexibilidad posible en la ejecución del MRR, el Gobierno aprobó el RDL 36/2020. Esta norma tiene como objetivos expresos:

i. establecer las disposiciones generales para facilitar la programación, presupuestación, gestión y ejecución de las actuaciones financiables con fondos europeos, en especial los provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación (MRR); y

ii. reducir las barreras normativas y administrativas o "cuellos de botella" existentes en distintos procedimientos administrativos, para que éstos puedan ser gestionados de manera más ágil y eficiente para absorber los fondos europeos.

A continuación sintetizamos las distintas figuras jurídicas a través de las cuales se pueden articular los proyectos de ejecución del PRTR teniendo en cuenta las medidas introducidas por el RDL 36/2020 para simplificar los procedimientos.

Con carácter adicional a las medidas específicas que desarrollamos en los siguientes apartados, el RDL 36/2020 también establece previsiones de carácter transversal para impulsar la ejecución del PRTR:

i. Los artículos 47 y 48 del RDL 36/2020 determinan que se sujetarán a una tramitación de urgencia, reduciéndose los plazos a la mitad, los procedimientos para la aprobación de normas adoptadas en el marco de la ejecución de los fondos europeos para el PRTR y para la ejecución de gastos con cargo a fondos europeos para el PRTR.

ii. El artículo 66 del RDL 36/2020 prevé que, en materia de evaluación ambiental, los proyectos del PRTR no deberán someterse a los procedimientos de evaluación ambiental previstos en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, cuando tengan por

objeto modernizaciones o mejoras de instalaciones ya existentes. Se requiere que estos proyectos no supongan construcción de nueva planta, aumento de la superficie o adición de nuevas construcciones ni afección sobre recursos hídricos, y que incorporen para su financiación y aprobación la mejora de las condiciones ambientales.

4.1.1. CONTRATACIÓN PÚBLICA[9]

Los proyectos que tengan por objeto la contratación por parte de un ente del sector público de una obra, un servicio o un suministro se articularán jurídicamente como un contrato del sector público que deberá licitarse y adjudicarse de conformidad con la LCSP y su normativa de desarrollo.

El capítulo III del título IV del RDL 36/2020 establece un conjunto de especialidades en la tramitación de contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos procedentes del PRTR[10].

Entre las especialidades más relevantes, cabe destacar las siguientes:

i. Se prevé una tramitación de urgencia de los procedimientos de licitación cuando la situación impida la tramitación ordinaria. Para ello los órganos de contratación deberán justificar los motivos que justifiquen el recurso a la tramitación urgente.

ii. Sin perjuicio de lo anterior, todos los contratos y acuerdos marco que deriven de la ejecución del PRTR gozarán de preferencia para su despacho sobre cualquier otro contrato por los distintos órganos que intervengan en su tramitación.

iii. Se eleva el umbral de los procedimientos abierto simplificado abreviado y abierto simplificado ordinario.

iv. Se amplía excepcionalmente el plazo de duración de los contratos de suministro y servicios de carácter energético hasta un máximo de diez años cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato.

v. Se promueve la elaboración de pliegos-tipo de cláusulas técnicas y administrativas[11].

9 En materia de contratación pública, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON) ha publicado una Guía Básica Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, actualizada a 1 de julio de 2021, en la que detalla toda la normativa reguladora en materia de contratación pública de carácter nacional y autonómica. Además, la Guía analiza las novedades establecidas por el RDL 36/2020 y formula una seria de recomendaciones en materia de contratación en relación con la ejecución de fondos europeos. La Guía, que será objeto de actualizaciones periódicas, puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/estudios-guias-protocolos/guia-basica-plan-recuperacion.pdf .

10 El capítulo III del título IV del RDL 36/2020 utiliza reiteradamente la expresión "fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia". Entendemos que esta expresión constituye una falta de precisión del legislador, ya que el PRTR no contiene fondos estrictamente, sino proyectos que serán financiados a cargo del MRR. En este sentido, resulta más acertada la expresión contenida en la exposición de motivos del RDL 36/2020 relativa a "contratos financiados con los Fondos percibidos por el Reino de España en el marco del plan de recuperación". A los efectos de este artículo nos referiremos a contratos que deriven de la ejecución del PRTR.

11 Esta previsión no constituye en realidad una novedad, ya que se trata de una posibilidad amparada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. No obstante, sí que persigue incentivar este uso de los pliegos tipo con el objetivo de que los órganos de contratación sean más eficientes en la aplicación de los fondos europeos. Además, este puede ser un instrumento de coordinación entre las distintas Administraciones públicas territoriales, a los efectos de que no se establezcan regulaciones contractuales distintas por parte de los diferentes órganos de contratación.

vi. En los contratos de concesión de obras y de servicios financiados que deriven de la ejecución del PRTR, se modifican las reglas sobre desindexación de la economía española para calcular el período de recuperación de la inversión, permitiéndose una mayor rentabilidad.

vii. Se reducen los plazos para la interposición y resolución de los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan contra los contratos que deriven de la ejecución del PRTR y siempre que los procedimientos de selección del contratista se hayan tramitado efectivamente de forma electrónica.

viii. Además de las previsiones anteriores, el artículo 69 del RDL 36/2020, incluido en su capítulo VII del título IV, sobre otros instrumentos de colaboración, establece la posibilidad de que se constituyan sociedades de economía mixta para la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios relativo a un proyecto enmarcado en el PRTR. Estas sociedades de economía mixta podrán:

- acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura resultante no modifique las condiciones esenciales del contrato, y

- titulizar los derechos de cobro que ostente frente a la entidad adjudicadora del contrato, previa autorización del órgano de contratación.

4.1.2. SUBVENCIONES

Cuando el proyecto tenga por objeto la financiación de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública, este se configurará como una subvención que deberá sujetarse a las previsiones de la Ley General de Subvenciones.

El capítulo V del título IV del RDL 36/2020 también establece medidas de agilización de los procedimientos para el otorgamiento de subvenciones financiables con fondos europeos. Entre estas medidas destacamos las siguientes:

i. Se suprimen algunos trámites procedimentales preceptivos, como son la autorización del Consejo de Ministros para otorgar subvenciones de cuantía superior a 12 millones de euros y para préstamos y anticipos al tipo de interés inferior al de la deuda emitida por el Estado en instrumentos con vencimiento similar, y el informe del Ministerio de Hacienda para el otorgamiento de subvenciones "*en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria*".

ii. Se permite el otorgamiento de subvenciones de concurrencia no competitiva por orden de presentación de solicitudes cuando tengan por objeto financiar actuaciones o situaciones concretas que no requieran de valoración comparativa con otras propuestas.

iii. Se elevan los umbrales económicos para determinadas medidas de justificación de la aplicación de las subvenciones.

iv. Se permite la tramitación anticipada sin crédito de las subvenciones, siempre que se acredite que se ha solicitado la modificación necesaria para la disposición del crédito aplicable y la concesión de esta quede supeditada a la aprobación de la modificación.

4.1.3. CONVENIOS

Si los proyectos consisten en la suscripción de acuerdos entre Administraciones Públicas y sujetos de derecho privado para un fin común y que no tengan por objeto prestaciones propias de los contratos públicos, estos proyectos podrán materializarse a través de un convenio. Estos convenios se sujetarán a las previsiones establecidas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (la "LRJSP"). Por tanto, resultan aplicables los distintos tipos de convenios previstos en el artículo 47.2 de esta norma.

Sin perjuicio de lo anterior, el capítulo IV del título IV del RDL 36/2020 establece medidas de agilización de los convenios financiables con fondos europeos. En concreto, se simplifican los siguientes trámites administrativos para su adopción:

i. En los convenios que suscriba la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas, se exime de la obtención de los informes preceptivos que establezca la normativa aplicable, la autorización previa del Ministerio de Hacienda y la autorización del Consejo de Ministros para los convenios a suscribir con Comunidades Autónomas o Universidades públicas.

ii. Se permite que el plazo de vigencia de estos convenios sea de un máximo de seis años, con posibilidad de una prórroga de hasta seis años.

    Además, se permite que los acreedores de la Administración en ejecución del convenio, y en los términos que se determinen en este, tengan derecho a percibir un anticipo por las operaciones preparatorias que resulten necesarias para realizar las actuaciones financiadas, hasta un límite máximo del 50 % de la cantidad total a percibir.

4.1.4. PROYECTOS ESTRATÉGICOS PARA LA RECUPERACIÓN Y TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA (PERTE)

El RDL 36/2020 ha establecido una nueva fórmula de colaboración público-privada: los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica ("PERTE").

Según lo dispuesto en el artículo 8 del RDL 36/2020, el Consejo de Ministros podrá declarar como PERTE, a propuesta de los departamentos competentes por razón de la materia, aquellos proyectos "*de carácter estratégico con gran capacidad de arrastre para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad de la economía española*". Para ello se van a valorar los siguientes criterios:

i. La contribución al crecimiento económico, a la creación de empleo y a la competitividad de la industria y la economía española.

ii. Que permita combinar conocimientos, experiencia, recursos financieros y actos económicos, con el fin de remediar importantes deficiencias del mercado o sistémicas y retos sociales a los que no se podría hacer frente de otra manera.

iii. Que tenga un importante carácter innovador o un importante valor añadido en términos de I+D+i.

iv. Que sea importante cuantitativa o cualitativamente, con un tamaño o un alcance particularmente grande, o que suponga un nivel de riesgo o financiero muy elevado.

v. Que favorezca la integración y el crecimiento de pequeñas y medianas empresas y el impulso de entornos colaborativos.

vi. Que contribuya de forma clara y concreta a uno o más objetivos del PRTR.

Los PERTE podrán consistir en (i) un proyecto único claramente definido en cuanto a sus objetivos y sus modalidades de ejecución, o (ii) un grupo de proyectos insertados en una estructura o plan de trabajo que compartan el mismo objetivo y se basen en un enfoque sistémico coherente.

Con carácter general, la ejecución de los PERTE se llevará a cabo a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico (contratos, subvenciones, convenios, etc.), respetándose en todo caso los principios de igualdad y no discriminación, concurrencia, publicidad, transparencia y proporcionalidad. Como excepción, se prevé que las bases reguladoras de una ayuda puedan establecer como requisito para su percepción que el beneficiario esté inscrito en el registro de un PERTE.

Para poder participar en la ejecución de un PERTE, los interesados deberán inscribirse en el Registro estatal de entidades interesadas en los PERTE. Se trata de un registro de nueva creación que dependerá del Ministerio de Hacienda. Este registro se dividirá en secciones por cada uno de los PERTE. La regulación de cada PERTE establecerá las normas para que un operador económico pueda acreditarse como entidad interesada en ese PERTE en concreto.

Actualmente no se prevé un mecanismo concreto por el que un interesado o un conjunto de interesados puedan proponer un proyecto para que sea aprobado como un PERTE. Por tanto, la iniciativa corresponde a la Administración. No obstante, entendemos que a través de las manifestaciones de interés es posible presentar proyectos a los distintos Ministerios competentes para que puedan considerar, bajo su propia iniciativa, la declaración de dichos proyectos como un PERTE.

A la fecha de entrega de este artículo el único PERTE que ha sido aprobado es el dedicado al *Coche Eléctrico y Conectado*, aprobado por el Consejo de Ministros el 13 de julio de 2021. El objetivo del PERTE del Coche Eléctrico es crear en España el ecosistema necesario para el desarrollo y fabricación de vehículos eléctricos y conectados a la red y convertir a España en el *hub* europeo de electromovilidad. El desarrollo de este proyecto prevé una inversión total de más de 24.000 millones de euros en el periodo 2021-2023, con una contribución del sector público de 4.300 millones de euros y una inversión privada de 19.700 millones de euros.

Adicionalmente, y según consta publicado en el portal web del PRTR, a fecha de entrega de este artículo se encuentran en estudio los siguientes PERTE:

i. Aeroespacial.

ii. Cadena agroalimentaria.

iii. Medicina personalizada.

4.1.5. OTRAS FORMAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADAS

El capítulo VII del título IV del RDL 36/2020 establece otros instrumentos de colaboración público-privada para la ejecución del PRTR.

En primer lugar, el artículo 67 del RDL 36/2020 regula las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sin personalidad jurídica, para que puedan ser beneficiarias de subvenciones vinculadas con el PRTR. Todos los miembros de la agrupación serán beneficiarios de la subvención y responderán solidariamente del conjunto de actividades subvencionadas a desarrollar por la agrupación.

En segundo lugar, el artículo 68 del RDL 36/2020 establece en un régimen especial de los consorcios para la ejecución del PRTR. En este sentido, en los consorcios en los que participe la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades vinculadas no se requerirá que su creación esté autorizada por una ley.

Según lo previsto en el artículo 118 de la LRJSP, los consorcios "*son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias*". Por tanto, estamos ante una forma de cooperación institucionalizada, que da lugar a la creación de un ente jurídico: el consorcio. En todo aquello no previsto en el artículo 68 del RDL 36/2020, se aplicará el régimen general de los consorcios previsto en los artículos 118 a 127 de la LRJSP.

4.2. Medidas de organización. La "Gobernanza" del PRTR

Para garantizar el seguimiento del PRTR, incorporar las propuestas de los agentes económicos, sociales y políticos, y establecer mecanismos de coordinación con los distintos niveles de administración, el capítulo II del título III del RDL 36/2020 aprueba un conjunto de estructuras de gobernanza.

4.2.1. COMISIÓN PARA LA RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

Tiene atribuida la dirección y coordinación del PRTR. Está formada por el presidente del Gobierno, quien la preside; el resto de los miembros del Consejo de Ministros, distintos secretarios de Estado,

la autoridad responsable del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia y el responsable del Departamento de Asuntos Económicos y G20 del Gabinete de la Presidencia del Gobierno. Sus funciones son:

i. el establecimiento de las directrices políticas generales para el desarrollo y la ejecución del PRTR que hayan sido aprobadas por el Consejo de Ministros;

ii. el seguimiento estratégico del PRTR; y

iii. otras actividades o funciones que le encomiende el Consejo de Ministros.

4.2.2. COMITÉ TÉCNICO PARA EL PRTR

Es el órgano de asistencia y soporte técnico de la Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia.

4.2.3. SEGUIMIENTO DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

Se atribuye al Departamento de Asuntos Económicos y G20 del Gabinete de la Presidencia el seguimiento del PRTR para mantener informado de modo directo y continuo al presidente del Gobierno. También se le atribuyen las funciones de secretaría de la Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia y del Comité Técnico para el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

4.2.4. FOROS DE PARTICIPACIÓN Y GRUPOS DE ALTO NIVEL

Se prevé que los Ministerios puedan crear e impulsar foros de participación y grupos de alto nivel de carácter transversal u horizontal, para que actores relevantes puedan participar en la ejecución del PRTR y favorecer la discusión, la generación de sinergias y la gobernanza.

A modo de ejemplo, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico ha convocado los siguientes foros:

i. Foro sobre Transición Energética, Justa e Inclusiva.

ii. Foro sobre Infraestructuras y Ecosistemas Resilientes.

iii. Foro para la Cohesión Territorial.

4.2.5. PARTICIPACIÓN SOCIAL

Se constituye un foro de participación específico para favorecer el diálogo social con las organizaciones empresariales y los sindicatos en relación con el desarrollo del PRTR y la adopción de medidas estructurales. Este foro es la Mesa de Diálogo Social, en la que participan el presidente del

Gobierno, dos vicepresidentas, cinco ministros, el presidente de la CEOE, el presidente de CEPYME y los secretarios generales de UGT y de CC.OO.

Según la información disponible en el PRTR, hasta la fecha 16 de junio de 2021 se habían celebrado cuatro reuniones de la Mesa de Diálogo Social.

4.2.6. CONFERENCIA SECTORIAL DEL PRTR

Es el órgano de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para canalizar su participación en los proyectos del PRTR y establecer mecanismos y vías de cooperación y coordinación en la implementación del PRTR.

Está constituida por la ministra de Hacienda y los consejeros autonómicos y de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla competentes en la materia. También se prevé la posibilidad de convocar representantes de la administración local designados por la Federación Española de Municipios y Provincias.

Las decisiones de la Conferencia podrán revestir la forma de acuerdo vinculante o de recomendación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 de la LRJSP.

La Conferencia Sectorial del PRTR se constituyó el 21 de enero de 2021, con la asistencia de la ministra de Hacienda, la secretaria de Estado de Presupuestos, la secretaria general de Fondos Europeos, los respectivos consejeros autonómicos y el presidente de la Federación Española de Municipios y Provincias.

En la reunión que se celebró el 2 de agosto de 2021 se comunicó por parte de la ministra de Hacienda a las Comunidades Autónomas que ya se les habían asignado 7.250 millones de euros, cantidad que se incrementaría este año hasta los 10.500 millones de euros.

4.2.7. AUTORIDAD RESPONSABLE DEL MRR

El centro directivo del Ministerio de Hacienda con competencia en materia de fondos europeos actúa como autoridad responsable ante las instituciones europeas, asumiendo, entre otras, las funciones de punto de contacto con la Comisión Europea y la supervisión de los progresos en relación con los hitos y objetivos del PRTR.

Este centro directivo es la Dirección General del Plan y del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, la cual depende orgánicamente de la Secretaría General de Fondos Europeos[12]. A su vez, de esta Dirección General cuelgan las siguientes Subdirecciones:

12 Regulación establecida por el Real Decreto 1182/2020, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, el Real Decreto 689/2020, de 21 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales y el Real Decreto 390/1998, de 13 de marzo, por el que se regulan las funciones y la estructura orgánica de las Delegaciones de Economía y Hacienda.

i. Subdirección General de Programación del Plan Nacional de Recuperación.

ii. Subdirección General de Gestión del Plan Nacional de Recuperación.

iii. Subdirección General de Seguimiento y control de cumplimiento de hitos y objetivos.

iv. Subdirección General de Solicitudes de pago del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

4.2.8. AUTORIDAD DE CONTROL DEL MECANISMO PARA LA RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA

Según lo previsto en el artículo 21.1 del RDL 36/2020, se atribuye a la Intervención General de la Administración del Estado ("IGAE") las funciones de control interno del Instrumento Europeo de Recuperación, de conformidad con las previsiones del Reglamento 2020/2094 y del Reglamento 2021/241.

En concreto, se prevé que corresponderán a la IGAE las actuaciones derivadas del diseño y ejercicio del control de los fondos, asumiendo la coordinación de los controles asignados a cualquier otro órgano de control estatal, autonómico o local, así como el ejercicio de las relaciones con las instituciones comunitarias y nacionales para asegurar un sistema de control eficaz y eficiente.

4.2.9. RENDICIÓN DE CUENTAS ANTE LAS CORTES GENERALES

El Gobierno informará trimestralmente sobre los progresos y avances del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia ante la Comisión Mixta para la Unión Europea de las Cortes Generales.

Según la información disponible en la web del Senado, se han producido las siguientes comparecencias de miembros del Gobierno ante esta Comisión Mixta para informar sobre los avances del PRTR:

i. Comparecencia de la vicepresidenta tercera del Gobierno y ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital el 25 de febrero de 2021[13].

ii. Comparecencia de la vicepresidenta segunda del Gobierno y ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital el 22 de junio de 2021[14].

13 La comparecencia está publicada en el *Diario de Sesiones de las Cortes Generales* núm. 46 de la XIV Legislatura, año 2021: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CORT/DS/CM/DSCG-14-CM-46.PDF.

14 La comparecencia está publicada en el *Diario de Sesiones de las Cortes Generales* núm. 79 de la XIV Legislatura, año 2021: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CORT/DS/CM/DSCG-14-CM-79.PDF.

4.3. Control y auditoría de la ejecución del PRTR

El PRTR describe en su apartado 4.6, sobre control y auditoría, cómo se va a llevar a cabo la labor de supervisión de los proyectos de ejecución del PRTR. Según se ha apuntado, esta labor de control y auditoría de los fondos resulta esencial, ya que un uso incorrecto de estos podría dar lugar a la aplicación del régimen de protección de los intereses de la Unión previsto en el artículo 22 del Reglamento 2021/241. Esto es, a que el Estado miembro deba reintegrar a la Comisión Europea los importes percibidos que han sido aplicados de modo incorrecto.

En este contexto, el PRTR prevé que se aplicarán los siguientes niveles de control.

4.3.1. CONTROL INTERNO DEL ÓRGANO EJECUTOR (NIVEL 1)

El primer nivel es un control interno que compete al órgano encargado de la ejecución de un proyecto. El marco normativo aplicable a este control será el aplicable al tipo de operación que se esté ejecutando (contrato, subvención, convenio, etc.). En este sentido, las principales normas que resultarán de aplicación son la LCSP, la Ley General de Subvenciones, la LRJSP o la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En el marco de este control interno, los distintos órganos deberán cargar la información de forma centralizada en el nuevo sistema de gestión integral del MRR, que será administrado por la Secretaría General de Fondos Europeos. Entre otros extremos, el órgano deberá informar periódicamente sobre la ejecución contable del proyecto y sobre el cumplimiento de hitos y objetivos de las reformas e inversiones.

4.3.2. CONTROL INTERNO DEL ÓRGANO INDEPENDIENTE (NIVEL 2)

Un segundo nivel de control se encomienda a los órganos de control interno independientes de las distintas Administraciones actuantes (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Municipios, etc.), como pueden ser la IGAE y los respectivas Intervenciones Generales de las Comunidades Autónomas. Estos órganos internos independientes realizarán un control *ex ante* sobre los actos de ejecución de gasto.

Se prevé que mediante un Acuerdo del Consejo de Ministros se determinen todos aquellos aspectos que se deban verificar en este control *ex ante* y que resulten esenciales para la prevención del fraude, corrupción, conflicto de intereses y doble financiación de las actuaciones, así como para asegurar que los gastos a realizar se adecuan a las actuaciones y objetivos previstos en el PRTR.

4.3.3. AUDITORÍAS Y CONTROLES *EX POST* NACIONALES

De conformidad con lo establecido en el artículo 21 del RDL 36/2020, se atribuye a la IGAE la condición de Autoridad de control del MRR. En ejercicio de esta función, la IGAE llevará a cabo, por mediación de la Oficina Nacional de Auditoría, controles *ex post* sobre la ejecución de los fondos financiados por el MRR.

4.3.4. AUDITORÍAS SOBRE LAS SOLICITUDES DE PAGO ENVIADAS A LA COMISIÓN EUROPEA

De conformidad con lo que se establece en el artículo 24 del Reglamento 2021/241, la Comisión Europea puede suspender el desembolso de los pagos si no se cumplen satisfactoriamente los hitos y objetivos que justifican dichos pagos. Para ello es necesario que los Estados miembros presenten ante la Comisión solicitudes de pago en las que se justifique el cumplimiento de los hitos y objetivos pertinentes establecidos en la decisión de ejecución de los planes de recuperación y resiliencia adoptada por el Consejo Europeo. Estas solicitudes de pago pueden formularse con carácter bianual.

En este contexto, el artículo 22 del Reglamento 2021/241 prevé que los Estados miembros deberán disponer de un sistema de auditoría y control del uso de los fondos y de estas solicitudes. Por ello el apartado 4.6.4 del PRTR prevé la realización de auditorías sobre las solicitudes de pago que deben garantizar:

i. que el sistema implantado para el registro, agregación y comunicación del cumplimiento de hitos y objetivos es fiable;

ii. la existencia de pista de auditoría suficiente para acreditar la realización de los hitos y objetivos;

iii. que existe una coherencia entre los documentos que configuran la pista de auditoría y la realidad de los hitos y objetivos;

iv. que los hitos y objetivos acreditados en solicitudes de pago anteriores no han sido objeto de reversión.

Para lograr este objetivo está previsto que se confeccione una estrategia de auditoría que detallará la metodología de auditoría, el método de muestreo y la tipología y el calendario de auditorías a realizar.

4.3.5. AUDITORÍAS SOBRE LA EXISTENCIA DE MEDIDAS ADECUADAS PARA PREVENIR, DETECTAR Y CORREGIR EL FRAUDE, LA CORRUPCIÓN Y LOS CONFLICTOS DE INTERESES

Se prevé que la IGAE, en colaboración con el resto de las Intervenciones Generales de las Ciudades y Comunidades Autónomas, lleve a cabo auditorías sobre la existencia de medidas adecuadas para prevenir, detectar y corregir el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses en la gestión de los fondos financiados a través del MRR. Estas auditorías se basarán en la metodología prevista en el ámbito del control de fondos estructurales sobre la cuestión (EGESIF_14-0021-00).

4.3.6. AUDITORÍAS SOBRE LA DOBLE FINANCIACIÓN DE PROYECTOS/VINCULACIÓN DEL GASTO AL MRR

El PRTR dispone que en la estrategia de auditoría se incluirán la metodología de auditoría, el método de muestreo y la tipología y calendario de las auditorías a realizar para verificar:

i. la ausencia de doble financiación de los proyectos, y

ii. la vinculación del gasto al MRR.

Periódicamente se realizarán auditorías sobre una muestra de proyectos concretos para acreditar estos dos aspectos anteriores.

4.3.7. AUDITORÍAS DE LEGALIDAD Y REGULARIDAD DEL GASTO: SISTEMAS NACIONALES DE CONTROL

Adicionalmente a las auditorías específicas del MRR, la IGAE y el resto de las Intervenciones Generales de las Comunidades Autónomas llevarán a cabo sus funciones ordinarias y generales sobre auditoría pública y control financiero permanente.

La planificación de esta labor de control será aprobada por la Oficina Nacional de Auditoría, priorizando la gestión del MRR. Se prevé que se diseñen programas de trabajo para verificar, con especial énfasis, las siguientes áreas, y dentro de ellas, los conflictos de interés, el fraude y corrupción y la doble financiación:

i. contratación pública;

ii. ayudas de Estado;

iii. vinculación del gasto al MRR;

iv. principio de "no causar daño significativo"[15].

Los informes que se emitan en el marco de estas auditorías serán valorados por la Autoridad de control del MRR (la IGAE) para que pueda hacer recomendaciones de mejora y realizar auditorías temáticas, en caso de que proceda. Si se produjeran deficiencias relevantes se informará a la Autoridad responsable del MRR.

4.3.8. COORDINACIÓN EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE

En relación con la lucha contra el fraude, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude ("SNCA") será el órgano estatal encargado de coordinar las acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión Europea contra el fraude, en colaboración con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude.

15 El artículo 2.6) del Reglamento 2021/241 define el principio de "no causar un perjuicio significativo" como *"no apoyar o llevar a cabo actividades económicas que causen un perjuicio significativo a alguno de los objetivos medioambientales, en su caso, en el sentido en del artículo 17 del Reglamento (UE) 2020/852"*.

El artículo 17 del Reglamento (UE) 2020/852, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088, establece los supuestos en los que se considerará que una actividad económica causa un perjuicio significativo a objetivos medioambientales. Entre otros, cuando dé lugar a considerables emisiones de gases de efecto invernadero o cuando la actividad vaya en detrimento de la utilización y protección sostenible de los recursos hídricos y marinos.

Para ello se creará un canal específico de denuncias que será gestionado por el SNCA y que estará adaptado a las previsiones de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

5. Estado de ejecución del PRTR. Convocatorias de los proyectos de ejecución del PRTR

Según se ha expuesto en los apartados anteriores, la ejecución de los fondos del MRR se llevará a cabo a través de los treinta componentes que incluyen las diez políticas palanca del PRTR, que a su vez están informadas por los cuatro ejes transversales indicados. La realización de estos treinta componentes debe articularse en distintos proyectos, cuya forma jurídica (contrato público, subvención, convenio, etc.) dependerá del objeto del proyecto.

En este momento no se ha determinado cuáles serán estos proyectos concretos, quién los va a llevar a cabo (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas o entes locales) ni cuándo se van a iniciar los procedimientos correspondientes para que los interesados puedan optar a ellos.

En este sentido, los interesados en ser beneficiarios de estos proyectos deben estar pendientes de las distintas convocatorias de licitaciones, subvenciones y ayudas que publiquen las distintas Administraciones. Estas convocatorias se publicarán en los boletines oficiales de cada Administración y en sus respectivas páginas web y perfiles de contratación (en el caso de los contratos públicos).

No obstante lo anterior, el RDL 36/2020 y el PRTR prevén la creación de un portal web específico sobre el PRTR en el que se incluirá la información sobre el plan, los programas, convocatorias y proyectos que se vayan publicando, con la finalidad de servir como portal principal y unificado de información y para facilitar el acceso a las posibilidades de participación.

Este portal web específico sobre el PRTR es el siguiente: https://planderecuperacion.gob.es/. En él pueden encontrarse, entre otras informaciones, las convocatorias y las manifestaciones de interés que están abiertas en este momento en ejecución del PRTR. Ello permite a las empresas y operadores conocer las licitaciones y las subvenciones a las que pueden optar.

Adicionalmente, distintos Ministerios han empezado a someter a un trámite de información pública proyectos de órdenes ministeriales que establecen las bases reguladoras de distintas convocatorias[16].

16 A modo de ejemplo, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico sometió a información pública (hasta el 29 de junio) las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la financiación de proyectos innovadores para la transformación territorial y la lucha contra la despoblación. Los interesados pudieron formular alegaciones y observaciones a estos proyectos de bases reguladoras.

Finalmente, existe la posibilidad de que los Ministerios habiliten nuevas manifestaciones de interés a través de las cuales los agentes económicos puedan presentar proyectos que puedan formar parte de alguno de los treinta componentes del PRTR.

Por tanto, y, en síntesis, los operadores económicos deberán estar atentos a las distintas convocatorias y publicaciones que lleven a cabo las Administraciones públicas para poder optar a la gestión de los proyectos de ejecución del PRTR.

6. Conclusiones

A la luz de todo lo expuesto en los apartados anteriores, pueden formularse las siguientes conclusiones:

i. Los fondos europeos *Next Generation EU* o Instrumento de Recuperación de la Unión Europea son un mecanismo excepcional para lograr la recuperación económica después de la pandemia de la COVID-19 y para transformar la economía de los Estados miembros. Su capacidad financiera es de 750.000 millones de euros. La Comisión Europea dispondrá de estos fondos a través de su endeudamiento en nombre de la Unión Europea en los mercados de capitales.

ii. El programa más relevante del Instrumento de Recuperación de la Unión Europea es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), con una capacidad financiera de 672.500 millones de euros, de los cuales 360.000 millones son en préstamos reembolsables por los Estados miembros y 312.500 millones contribuciones no reembolsables. España debería recibir una contribución máxima de 141.128 millones de euros del MRR, de los cuales 71.600 millones corresponden a préstamos y 69.528 millones a subvenciones no reembolsables.

iii. Para la obtención de los fondos del MRR, el Gobierno de España aprobó el 27 de abril de 2021 el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. El PRTR se articula en torno a cuatro ejes transversales, que se proyectan en diez políticas palancas, las cuales incluyen hasta treinta componentes que articularán los proyectos de inversiones y las reformas que se deben llevar a cabo.

iv. La forma jurídica de los proyectos de ejecución de los treinta componentes del PRTR (contratos públicos, subvenciones, convenios, etc.) dependerá de cuál sea el objeto de cada uno de los proyectos en cuestión. Los proyectos deberán adjudicarse y ejecutarse siguiendo las previsiones de la normativa que sea aplicable según cual sea su forma jurídica (LCSP, Ley General de Subvenciones, LRJSP, etc.).

v. Sin perjuicio de lo dispuesto en la conclusión anterior, el RDL 36/2020 ha simplificado los procedimientos administrativos para la tramitación de los proyectos de ejecución del PRTR. Así, se han establecido especialidades en materia de contratación pública, subvenciones,

adopción de convenios y otras formas de colaboración público-privada (agrupaciones de operadores, consorcios y sociedades de economía mixta).

vi. Además, se ha creado una nueva figura de colaboración público-privada: los PERTE. Estos son proyectos de gran arrastre para el crecimiento económico que sean declarados como tal por el Consejo de Ministros. Los operadores económicos pueden acreditarse en algunos de los PERTE mediante su inscripción en el Registro estatal de entidades interesadas en los PERTE. Para poder percibir algunas ayudas se podrá exigir en su convocatoria que los beneficiarios estén inscritos en un PERTE.

vii. El RDL 36/2020 también ha creado un conjunto de estructuras de gobernanza que estarán encargadas de la ejecución, seguimiento y control del PRTR.

viii. La ejecución del PRTR y de sus proyectos estará sujeta a distintos niveles de control y auditoría. Se prevén auditorías *ex ante* que realizarán internamente los propios órganos ejecutores y los órganos de control interno independientes. Además, la IGAE y las Intervenciones Generales autonómicas llevarán a cabo distintas auditorías y controles *ex post* para prevenir el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, la inexistencia de doble financiación de proyectos y la vinculación del gasto al MRR.

ix. En este momento existe una situación de incertidumbre sobre cuáles serán los proyectos concretos de ejecución del PRTR, qué Administración ejecutará estos proyectos y cuándo se van a iniciar los proyectos para la adjudicación de estos proyectos.

x. Los operadores económicos interesados en la ejecución de estos proyectos deben estar atentos a las convocatorias que publiquen las distintas Administraciones Públicas. El portal web https://planderecuperacion.gob.es/ constituye un portal unitario en el que, según el PRTR, deberán recogerse todas las convocatorias de ejecución del PRTR.

xi. Los operadores económicos también pueden participar en los trámites de información pública de los proyectos de bases reguladoras de las convocatorias para presentar las alegaciones que estimen oportunas y, en todo caso, participar en las nuevas manifestaciones de interés, y presentar directamente sus propuestas de proyectos a las distintas Administraciones para que puedan ser uno de los proyectos de ejecución de los treinta componentes del PRTR.

xii. Las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales jugarán también un papel relevante en la canalización de los fondos del MRR. Se ha previsto ya el traspaso a las Comunidades Autónomas de unos 10.000 millones de euros de los 19.000 millones que el Estado espera terminar recibiendo este año 2021. Las distintas conferencias sectoriales han de concretar el reparto de esos 10.000 millones entre distintas materias.

Artículos

ELEMENTOS PARA ORIENTAR UNA REFORMA DEL SISTEMA FERROVIARIO CHILENO.

UN COMENTARIO A PROPÓSITO DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE FERROCARRILES EN ESPAÑA

Matías Larroulet

Asociado de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Chile)

Elementos para orientar una reforma del sistema ferroviario chileno. Un comentario a propósito del proceso de liberalización de ferrocarriles en España

En los últimos años el sistema ferroviario chileno ha recibido un nuevo impulso a través de inversión pública en el desarrollo de trenes de cercanía y en el potenciamiento del transporte de carga. Sin embargo, la institucionalidad ferroviaria chilena y su normativa, que no ha sido mayormente reformada, impide generar espacios de competencia que permitan una mayor eficiencia en beneficio de los usuarios. Junto con ello, existen déficits regulatorios en materia de seguridad ferroviaria que es necesario corregir.

Este trabajo identifica elementos del proceso de liberalización de ferrocarriles en España promovido por la Unión Europea que podrían orientar una reforma del sistema ferroviario chileno que permita abordar estos problemas.

Palabras claves:
Ferrocarril, Reforma, Liberalización de ferrocarriles.

Guiding rail network reform in Chile; an assessment based on the railway liberalisation process in Spain

The Chilean railway system has received a new boost in recent years through public investment to develop suburban and freight trains. However, the current institutional framework and its regulations, which have not been recently updated, do not allow for competition that would improve efficiency for users. There are also regulatory deficiencies in railway safety that need to be addressed.

This article identifies features of the railway liberalisation process in Spain –promoted by the European Union– that could serve as a model for a Chilean rail network reform.

Keywords:
Train, Reform, Liberalisation.

FECHA DE RECEPCIÓN: 4-5-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 7-5-2021

Larroulet, Matías (2021). Elementos para orientar una reforma del sistema ferroviario chileno. Un comentario a propósito del proceso de liberalización de ferrocarriles en España. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 140-151 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Luego de décadas de abandono, en los últimos años el ferrocarril en Chile ha recibido un nuevo impulso. El año 2011 la Empresa de Ferrocarriles del Estado ("EFE"), entidad pública y principal actor del transporte ferroviario en Chile, fijó un Plan Maestro Ferroviario basado en tres objetivos estratégicos: desarrollar trenes de cercanía, potenciar el transporte de carga y disminuir drásticamente las pérdidas financieras arrastradas por décadas.

Dicho plan se ha ido llevando a cabo a través de una serie de inversiones públicas tanto en nuevas líneas como en material ferroviario que han aumentado la oferta de trenes y han otorgado un nuevo estímulo al transporte por ferrocarril, hasta el punto de que el año 2019 constituyó un récord histórico en el transporte de pasajeros en Chile, llegando a más de 51 millones de pasajeros. El año 2019 se anunciaron nuevas inversiones en el sistema ferroviario a través del plan "Chile sobre Rieles" y EFE se impuso como meta triplicar el número de pasajeros transportados y duplicar la carga para el año 2027.

Ahora bien, estas inversiones y cambios no han implicado una reforma a la institucionalidad ferroviaria que permita avanzar hacia un sistema moderno y eficiente a través de la generación de ciertos espacios de competencia. En efecto, la norma general aplicable a todas las vías férreas y operadores ferroviarios (de forma supletoria en el caso de EFE), la Ley General de Ferrocarriles[1], cuyo texto original data de 1925, tiene una serie de falencias en materia de coordinación de los diferentes actores del sector ferroviario, en el control del cumplimiento de normas y en lo relativo a la seguridad ferroviaria que, en último término, impiden la generación de competencia entre actores.

En este trabajo se destacan ciertos elementos que podrían orientar una reforma a la institucionalidad ferroviaria chilena. Para ello, se observa el proceso de liberalización de ferrocarriles en España iniciado a principios de este siglo, el cual ha implicado una serie de cambios normativos y una transformación del sector ferroviario. Dentro de las transformaciones acaecidas en España se identifican tres elementos que podrían servir de modelo para una futura reforma del sistema ferroviario chileno, como son el avance hacia una separación efectiva de la gestión de la infraestructura ferroviaria del ejercicio de los servicios de transporte, la existencia de un órgano regula-

1 Cuyo texto se encuentra refundido en el Decreto N.º 1157 de 1931 del Ministerio de Fomento.

dor con claras facultades de fiscalización y supervisión, y la existencia de una adecuada regulación en materia de seguridad ferroviaria.

Este trabajo comienza analizando la configuración del sistema ferroviario en Chile, luego pasa a describir el proceso de liberalización de ferrocarriles acaecido en España, para finalmente referirse a los tres elementos del proceso español que podrían servir de guía para una reforma a la institucionalidad ferroviaria chilena.

2. El sistema ferroviario chileno y sus falencias

Atendida su especial situación geográfica, el ferrocarril ha cumplido un rol significativo en la historia de Chile. En efecto, entre los años 1850 y 1915 se construyeron miles de kilómetros de vías férreas que conectaban el territorio del país. Para 1915 existían 3500 kilómetros de vía férrea en el norte de Chile y 3800 kilómetros en el centro y sur del país, en tanto las principales compañías existentes a la fecha (Ferrocarril del Norte y Ferrocarril del Sur) fueron consolidadas a través de EFE, que se constituyó en el principal actor en la operación y administración del ferrocarril, sin perjuicio de la subsistencia de algunas empresas ferroviarias privadas en el norte.

A principios del siglo XX el sistema ferroviario chileno era reconocido como un ejemplo de modernización, integración y desarrollo económico[2]. Sin embargo, desde mediados del siglo XX, en un contexto de auge de las carreteras y de la irrupción del transporte aéreo, se originó un periodo de declive del ferrocarril. Dicho declive ocasionó significativas pérdidas financieras que el Estado intentaba compensar a través de crecientes subsidios a EFE. En el contexto de una serie de reformas privatizadoras y liberalizadoras realizadas entre las décadas de 1970 y 1980, los subsidios que hasta entonces recibía EFE se redujeron de forma drástica, lo que obligó a la empresa pública a cerrar una serie de líneas férreas no rentables, a vender material rodante, edificios y otros bienes, y a reducir considerablemente su personal.

En 1993, se llevó a cabo una reestructuración legal de EFE[3] que autorizó a la empresa a crear sociedades, otorgar concesiones a terceros y vender bienes que habían quedado en desuso, lo que permitió su desintegración vertical y horizontal. Ello conllevó una serie de transformaciones a través de la reestructuración de EFE, el traspaso de parte de la línea ferroviaria a otras entidades estatales y la privatización de algunas de las nuevas sociedades creadas[4].

2 Soto, Raimundo (2013). Rail Transport in Chile. En Christopher Findlay (ed.), *Priorities and Pathways in Services Reform— Part II: Political Economy Studies*. Adelaida: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd, p. 129. Para un análisis más detallado de la historia del ferrocarril en Chile hasta principios del siglo XX, véase Alliende Edwards, María Piedad (2017). La Construcción de los Ferrocarriles en Chile 1850-1913. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 5, pp. 143-161.

3 Mediante el Decreto con Fuerza de Ley N.° 1 de 1993 que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley Orgánica de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado.

4 Para un análisis más detallado de los cambios en el sistema ferroviario chileno y de sus actuales desafíos, véase Soto, Raimundo (2013). Rail Transport in Chile. En Christopher Findlay (ed.), *Priorities and Pathways in Services Reform— Part II: Political Economy Studies*. Adelaida: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd, pp. 129-149.

Estos cambios condujeron a que hoy el sistema ferroviario chileno esté compuesto por 2943 kilómetros de vía férrea[5] con servicio comercial (tanto de carga como de pasajeros), que pertenecen a diferentes empresas privadas y a una empresa pública (EFE), donde coexisten diferentes regímenes de operación.

Por un lado, tenemos la red norte, que se extiende desde las ciudades de Iquique hasta La Calera[6], con un ancho de vía de 1000 mm y destinada al transporte de mercancías, en la cual coexisten distintas empresas privadas[7] que son propietarias de la vía férrea y que la utilizan directamente en diferentes áreas, en un régimen de integración entre la gestión de la infraestructura ferroviaria y el ejercicio del servicio de transporte. En suma, en el norte del país no existe ni competencia "en el mercado" ni "por el mercado"[8].

Por otro lado, tenemos la red sur, que une las ciudades de La Calera y Puerto Montt, con un ancho de vía de 1676 mm[9] y destinada tanto al transporte de mercancías como al de pasajeros. En el caso de la red sur sí existe algún nivel de desintegración entre la entidad dueña y encargada de las vías ferroviarias y la entidad operadora de los ferrocarriles. Esto es así desde que, en el caso del transporte de mercancías, la operación corresponde a dos empresas privadas: Ferrocarriles del Pacífico S.A. ("FEPASA") y la empresa Transporte Ferroviario Andrés Pirazzoli S.A. ("TRANSAP"), con la vía férrea administrada por EFE. Tanto FEPASA como TRANSAP cuentan con contratos de acceso a la vía férrea con EFE por un plazo de veinte años y pagan a la empresa estatal por la provisión de infraestructura, según los términos de sus respectivos contratos, lo que da lugar a cierta competencia entre ambas empresas operadoras. En el caso de los transportes de pasajeros, en los que la vía férrea es también administrada por EFE, las operaciones de los ferrocarriles son realizadas por diferentes sociedades filiales de EFE que se han ido constituyendo para efectos de ir racionalizando su oferta (tales como Ferrocarriles Suburbanos de Concepción S.A., Trenes Metropolitanos S.A. y Metro Regional de Valparaíso S.A.), que constituyen monopolios sobre las diferentes áreas en donde operan, sin generar espacios de competencia.

De esta manera, el sistema ferroviario chileno se estructura sobre la base de monopolios en torno a diferentes vías férreas, con la única excepción del caso del transporte de mercancías en el sur, donde existe espacio para una incipiente competencia.

---

5 Dato a diciembre de 2019, informado por la Subsecretaría de Transportes a través de Oficio GS N.° 2870 de 22 de mayo de 2020, emitido a raíz de solicitud de acceso a información pública AN001T0010899.

6 Cabe señalar que también existe una vía férrea que va desde la ciudad de Arica hasta Visviri en Chile y que continúa hasta la Paz, Bolivia, pero cuyo servicio en la parte boliviana se encuentra discontinuado. Dicha vía férrea es de propiedad de EFE en la parte chilena, y es administrada por el Ferrocarril Arica-La Paz, filial de la empresa EFE.

7 La Empresa de Ferrocarriles del Norte (FERRONOR), la Compañía Minera del Pacífico S.A (CMP), la Sociedad Química y Minera de Chile (SQM) y Ferrocarril de Antofagasta a Bolivia (FCAB).

8 En el transporte ferroviario pueden darse dos tipos de competencia:

(i) Competencia en el mercado: se puede dar en aquellas actividades que no constituyan monopolios naturales. En este sentido, a través de unos niveles adecuados de coordinación, una misma infraestructura puede ser compartida por dos o más operadores que compiten prestando servicios de transporte en las mismas rutas.

(ii) Competencia por el mercado: se da cuando diferentes empresas compiten por el derecho a operar una ruta bajo condiciones reguladas a través de concesiones por tiempo limitado. Para que funcione, esta competencia debe generar una rivalidad *ex ante* y una amenaza de competencia *ex-post*. Véase el *Estudio sobre la Liberalización de Transporte de Viajeros por Ferrocarril* de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia española de fecha 1 de julio de 2019. Dicho estudio se encuentra disponible en https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00419-0 (revisado el 25 de febrero de 2021).

9 Salvo en el Ramal Talca-Constitución, que considera un ancho de vía de 1000 mm.

Es cierto que el transporte ferroviario se caracteriza por estar condicionado a una infraestructura o red cuyos costes de construcción son elevados y a la que no puede dársele un uso alternativo, lo que ha llevado a que históricamente se trate este tipo de transporte como un monopolio natural[10]. Sin embargo, existen posibilidades de generar espacios de competencia, lo que, de acuerdo con la experiencia en diversos países europeos, puede implicar un impacto positivo para todo el sistema, tanto por las mejoras en la calidad del servicio y las frecuencias de los trenes como en la disminución de los precios[11]. En este sentido, para el caso de transporte ferroviario de pasajeros, estudios de la Comisión Europea han concluido que en los segmentos donde hay una competencia más abierta entre empresas ferroviarias, los precios se han reducido y los usuarios han obtenido mayores opciones de viaje y un mejor servicio[12].

Para introducir espacios de competencia, tanto "en el mercado" como "por el mercado", dadas las especiales características del sector ferroviario —donde las barreras de entrada para nuevos operadores son altas y los actores que ya cuentan con operaciones pueden conservar ventajas difíciles de superar por sus competidores— es indispensable contar con una regulación clara que delimite los espacios donde existirá competencia y con un órgano regulador con potestades suficientes para impedir abusos de los actores con poder dominante. En otras palabras, para el éxito de la introducción de competencia en el sistema se requiere de una intervención pública que asegure que los operadores entrantes conozcan las reglas y puedan competir en igualdad de condiciones con el incumbente[13]. Junto con lo anterior, dados los riesgos inherentes al transporte ferroviario, es fundamental que se obligue a todos los operadores a regirse por las más estrictas medidas de seguridad.

El sistema ferroviario chileno justamente se caracteriza por una serie de deficiencias en todos los aspectos indicados, lo que impide avanzar hacia una generación de un mayor grado de competencia. En primer lugar, no existe una regulación general adecuada y que otorgue garantías de igualdad de condiciones para los diferentes operadores. La Ley General de Ferrocarriles, que constituye la única norma general aplicable a todas las vías férreas y operadores del país (en el caso de EFE, de forma supletoria), tiene una serie de problemas y vacíos, que se explican, en parte, por la antigüedad de la norma[14]. Junto con ello, dicha norma asume una identidad entre los operadores de ferrocarriles y los dueños de la vía férrea, ya sean empresas privadas (que deben solicitar una concesión para instalar vías férreas ante el presidente de la República) o empresas públicas, sin reconocer ni regular una posible desintegración vertical (aun cuando, como ha sido explicado, en los hechos sí existe una incipiente desintegración vertical).

10 Alonso Timón, Antonio Jesús (2019). La liberalización del transporte ferroviario de personas. *Revista de Administración Pública*, 210, p. 358.

11 En el Estudio sobre la Liberalización del Transporte de Viajeros por Ferrocarril de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España publicado el 1 de julio de 2019, se realiza (pp. 39-42) un análisis de los efectos positivos de la liberalización de ferrocarriles en el contexto europeo, destacándose el aumento en la demanda de servicios ferroviarios en la República Checa, Italia y Austria, el incremento de frecuencias en Italia y la disminución de las tarifas tanto en Italia como en República Checa, como consecuencia de la introducción de mayor espacios de competencia en el sistema. Dicho estudio se encuentra disponible en https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00419-0 (revisado el 25 de febrero de 2021).

12 Campos Méndez, Javier (2013). Competencia en el ferrocarril en España. *Cuadernos Económicos del ICE*, 88, p. 34.

13 Ibid., 14.

14 La ley data de 1925, y fue reformada por última vez el 29 de agosto de 1981.

En segundo lugar, el sistema ferroviario chileno no cuenta con un regulador con potestades de fiscalización y control que le permitan sancionar posibles abusos de actores con poder dominante y velar por el buen funcionamiento del sistema. En este sentido, la Ley General de Ferrocarriles otorga las potestades de control y supervisión del sistema ferroviario al Departamento de Ferrocarriles del Ministerio de Fomento, entidad hoy inexistente. Es cierto que en la actualidad debe entenderse que las potestades quedaron traspasadas a la Subsecretaría de Transporte, pero en los hechos dicha entidad no ha actuado como regulador y no ha ejercido las facultades que le otorga la ley[15]. Por otra parte, ni la Ley General de Ferrocarriles ni legislación alguna otorgan a la Subsecretaría de Transporte potestades para la promoción y salvaguarda de la competencia en el mercado ferroviario.

Finalmente, no existe en Chile una regulación general de la seguridad ferroviaria, sino que tan solo hay algunas disposiciones que prohíben construcciones a cierta distancia de las vías férreas[16] o que establecen determinados delitos contra la seguridad del tránsito en las vías férreas[17]. Así, aspectos como los requerimientos mínimos con relación al material rodante, la línea férrea, los dispositivos de seguridad requeridos o las normas de seguridad en la operación no cuentan con regulación general, de modo que se dejan, en la práctica, a la propia autorregulación que EFE o las empresas puedan autoimponerse, o a las exigencias particulares que pueda establecer el acto por el cual el presidente de la República otorga la concesión a empresas ferroviarias privadas.

3. La liberalización de ferrocarriles en España

En España, al igual que en el resto de Europa, el transporte ferroviario estuvo tradicionalmente dominado por el Estado mediante la figura de un monopolio público verticalmente integrado. En este sentido, la entidad pública empresarial Red Nacional de Ferrocarriles Españoles ("RENFE") fue durante años la propietaria de todas las vías férreas y la única operadora del sistema ferroviario español[18].

El año 2001 la Unión Europea impulsó un proceso de liberalización del transporte ferroviario, instando a una apertura gradual a la competencia para habilitar una mejora en la prestación de los servicios ferroviarios, una integración de los diferentes mercados nacionales y el avance hacia una movilidad más sostenible. Para ello, se optó por un modelo de desintegración vertical que apuntaba a una separación total o parcial entre las infraestructuras y los servicios de transporte, de manera tal que progresivamente se permitiera el acceso a nuevos operadores a efectos de posibilitar una competencia en el sistema que avanzara hacia una mayor eficiencia, optándose así por una competencia "en el mercado".

15 La Subsecretaría de Transportes no ha dictado ninguna regulación relevante en la materia, limitándose a desarrollar estudios descriptivos sobre el sistema ferroviario y a aprobar los planes de desarrollo presentados por EFE. Por otra parte, en los últimos diez años no se han realizado fiscalizaciones ni procedimientos sancionatorios en contra de empresas ferroviarias (información obtenida a través de Oficio GS N.° 2870 de 22 de mayo de 2020, emitido a raíz de solicitud de acceso a información pública AN001T0010899).

16 Los artículos 34, 35 y 36 de la Ley General de Ferrocarriles establecen una serie de prohibiciones de obras y construcciones a determinada distancia de la vía férrea.

17 El título VIII, capítulo I de la Ley General de Ferrocarriles establece una serie de delitos o faltas contra la seguridad del tránsito en las vías férreas.

18 Campos Méndez, Javier (2013). Competencia en el ferrocarril en España. *Cuadernos Económicos del ICE*, 88, pp. 27-46.

La Unión Europea ha ido impulsando la reforma de los sistemas ferroviarios de sus miembros de forma gradual y por medio de "paquetes" que agrupan una serie de directivas y reglamentos. Estos paquetes han implicado una transformación importante del sistema ferroviario español. Es así como el 1 de enero de 2005 entró en vigor la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, que tuvo por efecto que RENFE, que tenía el monopolio en el transporte por ferrocarril desde 1941, se dividiera en dos entidades empresariales distintas: el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias ("ADIF"), que pasó a tener el monopolio sobre la administración y construcción de la red ferroviaria de interés general, y RENFE-Operadora, que pasó a encargarse al servicio de la operación de transporte, en competencia con los actores que gradualmente han ido incorporándose al sistema.

Junto con ello, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, traspasó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") una serie de facultades para fiscalizar y controlar a las diferentes entidades involucradas con el objeto de velar por el buen funcionamiento del sistema ferroviario.

A su vez, mediante la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, se autorizó la creación de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria ("AESF"), cuyo estatuto se aprobó mediante el Real Decreto 1072/2014, de 19 de diciembre. La AESF pasó a ejercer el papel de autoridad responsable de la seguridad ferroviaria para la Red Ferroviaria de Interés General. Por otra parte, la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, ha implicado la incorporación de normas del segundo y tercer paquete ferroviario europeo, adaptando una serie de normas relativas a la apertura del mercado del transporte de viajeros por ferrocarril. Finalmente, el Real Decreto Ley 23/2018, de 21 de diciembre, ha significado nuevas modificaciones al sistema producto de la incorporación al ordenamiento jurídico español del cuarto y último paquete ferroviario de 2016, entre ellas el reforzamiento de la independencia y la imparcialidad de los administradores de infraestructuras y el derecho de acceso de las empresas con licencia ferroviaria de otros países europeos a la infraestructura en España[19].

Como puede apreciarse, en menos de dos décadas, el sistema ferroviario español ha sufrido grandes transformaciones a través de una serie de normativas que han significado pasar de un sector basado en la existencia de una gran empresa pública con el monopolio sobre la operación ferroviaria hacia uno basado en la competencia entre diferentes operadores. Ello también ha implicado el establecimiento de una serie de nuevas instituciones y la creación de nuevas regulaciones que han alterado el panorama existente hasta el 2003.

19 Para una explicación más detallada de los diferentes cambios regulatorios en España, véase Alonso Timón, Antonio Jesús (2019). La liberalización del transporte ferroviario de personas. *Revista de Administración Pública*, 210, pp. 351-392.

4. Elementos de la liberalización de ferrocarriles en España a considerar para una reforma del sistema ferroviario chileno

Las reformas españolas pueden otorgar una serie de lecciones y orientaciones en el momento de considerar posibles reformas del sistema ferroviario chileno que permitan solucionar algunas de las deficiencias explicadas más arriba.

En este sentido, sin desconocer las obvias diferencias en magnitud y extensión entre ambos sistemas[20], el análisis y estudio de las recientes modificaciones normativas en España puede servir de insumo para la orientación de posibles cambios regulatorios e institucionales en Chile. A continuación, nos referiremos a tres elementos que, a nuestro juicio, podrían tomarse del proceso de liberalización español para sugerir reformas en el sistema ferroviario chileno.

4.1. Separación de la gestión de la infraestructura ferroviaria del ejercicio de los servicios de transporte

El primer elemento que hay que destacar de la liberalización de ferrocarriles en España corresponde a la separación entre la gestión de la infraestructura ferroviaria y el ejercicio de los servicios de transporte, que se ha materializado en la división de RENFE entre RENFE-Operadora y ADIF. Posteriormente, ADIF se dividió en dos al crearse ADIF Alta Velocidad, que se centró en la infraestructura ferroviaria de alta velocidad. Tanto ADIF como ADIF Alta Velocidad son responsables de administrar el tráfico ferroviario y de adjudicar la capacidad disponible entre los operadores, además de explotar la red ferroviaria de interés general y realizar las inversiones necesarias para su mantenimiento. Por su parte, RENFE-Operadora pasó a centrarse en el ejercicio de los servicios de transporte, en competencia con aquellas empresas que se adjudiquen capacidad en los concursos públicos convocados por ADIF y ADIF Alta Velocidad.

La desintegración vertical ha constituido un paso indispensable para poder incorporar otros operadores privados que puedan prestar servicios ferroviarios en España y así generar una competencia que pueda aumentar la eficiencia en la prestación de servicios ferroviarios. En el caso de trenes de alta velocidad, cuyo proceso de liberalización se ha iniciado en diciembre de 2020, se espera una mayor eficiencia en el sistema que se traduzca en una mayor calidad y menor precio de los servicios ferroviarios. Para ello, se tiene presente la positiva experiencia de Italia, donde la

20 De acuerdo con datos proporcionados por la CNMC en su Informe Anual del Sector Ferroviario 2018 de fecha 17 de diciembre de 2019, España cuenta con 15.290 kilómetros de vía férrea de interés general y transporta anualmente 507 millones de viajeros y 27.702.984 toneladas netas (datos del año 2018). En contraste, de acuerdo con los datos proporcionados por la Subsecretaría de Transportes de Chile (a través de Oficio GS N.° 2870 de 22 de mayo de 2020 y en la página web del Departamento de Transporte Terrestre http://www.logistica.mtt.cl/areas/4/departamento-de-transporte-terrestre-ex-ferroviario) y por EFE (a través de su memoria anual correspondiente al año 2019), Chile cuenta con 2943 kilómetros de vía operativa y transporta anualmente 51 millones de pasajeros (durante año 2019) y cerca de 27 millones de toneladas (en el año 2016).

entrada de nuevos operadores ha implicado un aumento considerable en el número de viajes, mayor eficiencia y una mejora en la calidad del servicio[21].

En Chile, como se ha explicado, descartando el caso de la red norte, donde existe una integración vertical de las empresas ferroviarias que son dueñas de las vías y las operan por sí mismas, se han dado pasos para la separación entre la vía férrea y la gestión de la operación. Es así como, en el caso del transporte de mercancía en la red sur, la empresa pública EFE es la propietaria de la vía férrea, pero la operación es realizada por dos empresas ferroviarias privadas, que pagan un canon por el uso de la vía férrea que es regulado mediante contratos de acceso a dicha vía. En el caso del transporte de personas, la operación es realizada exclusivamente por empresas filiales de EFE que se han constituido para operar de forma exclusiva en determinados territorios.

Ahora bien, la separación entre la vía férrea y la gestión de la operación en el sur es bastante incipiente y ha dependido de EFE, que ha regulado a su parecer las condiciones de acceso a la vía férrea en el caso del transporte de mercancía, sin que se haya dado una competencia efectiva entre los diferentes operadores (especialmente en el caso del transporte de personas). Por otra parte, la Ley General de Ferrocarriles no reconoce la posibilidad de una desintegración vertical en materia ferroviaria y asume que tanto los operadores privadas como los públicos son dueños de la vía férrea.

En este sentido, tomando como ejemplo la experiencia en España, podría avanzarse hacia un modelo de separación entre la gestión de la infraestructura ferroviaria del ejercicio de los servicios de transporte con el objeto de incrementar la oferta y, por medio de una competencia "en el mercado", aumentar la eficiencia en la prestación del servicio. Para ello, como ocurrió en España, las reformas deberían impulsarse como política estatal, a través de modificaciones legales a la Ley General de Ferrocarriles y la dictación de las normas que sean necesarias, incorporando una regulación general que permita a los posibles interesados conocer las condiciones de acceso a la vía férrea que les aseguren que competirán en las mismas condiciones que los operadores incumbentes, luego de un proceso público de licitación.

Lo señalado implicaría una serie de transformaciones legales e institucionales de importante magnitud y que tendrían que atender a las diferentes realidades que conviven en el sistema ferroviario chileno, que van desde empresas privadas con monopolios sobre la vía férrea en el norte hasta casos de desintegración desregulada. Sin embargo, dichos cambios permitirían avanzar hacia un sistema institucional más racional, moderno y uniforme que, por medio de la introducción de competencia en la operación, podría otorgar mayor eficiencia en la oferta, para lo que el proceso español de liberalización de ferrocarriles es un buen ejemplo para orientar los cambios y reformas.

21 Alonso Timón, Antonio Jesús (2019). La liberalización del transporte ferroviario de personas. *Revista de Administración Pública*, 210, pp. 390-391.

4.2. Órgano autónomo con facultades de regulación, fiscalización y supervisión del correcto funcionamiento del sistema ferroviario

Otro elemento que hay que destacar en el proceso de liberalización del sistema ferroviario español es el establecimiento de una entidad independiente con facultades reguladoras, de supervigilancia y sancionadoras en materia ferroviaria.

En este sentido, como se explicó, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, confirió a la CNMC las facultades reguladoras previamente otorgadas al Comité de Regulación Ferroviaria. De esta manera, la CNMC, organismo público con personalidad jurídica propia y autonomía orgánica y funcional, pasó a ser responsable del buen funcionamiento del sector ferroviario, contando con funciones de supervisión y de resolución de conflictos entre los operadores del sistema. Además, se le otorgaron facultades de supervisión del proceso de fijación de cánones y tarifas por el uso de la vía férrea, facultades para conocer y sancionar ciertas infracciones en las que puedan incurrir empresas ferroviarias, junto con una serie de potestades reguladoras que puede ejercer a través de la dictación de resoluciones aplicables a las empresas ferroviarias, a ADIF y a los otros actores del sistema ferroviario español.

Como se puede apreciar, la CNMC es un órgano regulador con suficientes facultades para velar por el buen funcionamiento del sistema ferroviario, lo que es fundamental para garantizar que las empresas ferroviarias puedan participar en condiciones de igualdad en el sector ferroviario y para que pueda existir una competencia en los mercados del servicio ferroviario. En este sentido, al abrirse el sistema ferroviario español a la competencia, se hizo necesario contar con un regulador que fiscalizara y controlara que efectivamente se diera una competencia y que no existieran abusos por parte de la empresa con posición dominante en el mercado (RENFE).

En Chile, como se indicó, no existe una entidad regulatoria que vele por el buen funcionamiento del sector ferroviario. En efecto, la Subsecretaría de Transportes no ejerce las facultades de control que le han sido traspasadas luego de la eliminación del Departamento de Ferrocarriles del Ministerio de Fomento. Finalmente, ni la Ley General de Ferrocarriles ni otra norma entregan a la Subsecretaría de Transportes potestades para la promoción y salvaguarda de la competencia en el mercado ferroviario, y el trato no discriminatorio a los posibles operadores.

Si se quiere avanzar hacia una mayor competencia en el sistema ferroviario chileno que permita a empresas privadas competir en igualdad de condiciones en la operación de la vía férrea, es indispensable contar con un regulador con suficientes potestades para velar por que haya una efectiva competencia y para controlar los abusos, las discriminaciones arbitrarias y las infracciones que puedan producirse. Para dichos efectos, tanto si se decide crear un nuevo órgano regulador como si se opta por radicar potestades de supervisión y control del sistema ferroviario en un órgano existente, el modelo de la CNMC y las potestades con que cuenta podrían servir para determinar las características del órgano que se proponga.

4.3. Regulación en materia de seguridad ferroviaria

El último elemento que destacamos del proceso de liberalización del sistema ferroviario español tiene que ver con el modo en que regula el establecimiento de requisitos en materia de seguridad ferroviaria, elemento fundamental en todo sistema ferroviario dados los riesgos que existen de graves accidentes.

Las empresas ferroviarias que deseen operar en el mercado español, además de tener que cumplir con otros requerimientos, deben contar con un certificado de seguridad. El certificado de seguridad es otorgado por la AESF, autoridad responsable de la seguridad ferroviaria para la Red Ferroviaria de Interés General. AESF entregará el certificado de seguridad si comprueba que la empresa ferroviaria solicitante tiene un sistema propio de gestión de la seguridad y está en condiciones de cumplir los requisitos sobre sistemas de control, circulación y seguridad ferroviaria, sobre conocimientos y requisitos de su personal en materia de seguridad, y cuenta con condiciones de seguridad de su material rodante, de acuerdo con un procedimiento establecido en el Reglamento sobre seguridad en la circulación de la Red Ferroviaria de Interés General[22]. Contar con un certificado de seguridad es un requisito indispensable para prestar servicios de transporte sobre una determinada línea o tramo de la Red Ferroviaria de Interés General. El certificado de seguridad tiene una vigencia de cinco años y puede renovarse en la AESF, siempre que se cumplan las condiciones exigidas para su otorgamiento. La AESF dispone de amplias facultades fiscalizadoras y sancionadoras, y puede revocar la licencia en el caso de que la empresa ferroviaria en cuestión deje de cumplir los requisitos para su obtención.

Así, el sistema español cuenta con normas comunes de seguridad para todos los operadores ferroviarios a través de un sistema único y común de licencias, y con una autoridad especial encargada del cumplimiento de las medidas de seguridad con facultades suficientes para ello.

En contraste, el sistema ferroviario chileno se caracteriza por la falta de un sistema general de seguridad. En efecto, como se indicó más arriba, la Ley General de Ferrocarriles no establece una regulación general de la seguridad ferroviaria, sino que tan solo contiene algunas disposiciones que prohíben construcciones a cierta distancia de las vías férreas o que establecen determinados delitos contra la seguridad del tránsito en las vías férreas. En los hechos, gran parte de la seguridad de la vía férrea y de la operación de ferrocarriles descansa en la autorregulación que las propias empresas ferroviarias se dan. En el caso de la empresa pública EFE, su ley orgánica no tiene disposiciones en materia de seguridad ferroviaria, con la única excepción de un artículo que da ciertas orientaciones en el caso de cruces a nivel. Ello implica que, también en su caso, las normas de seguridad ferroviaria son establecidas directamente a través de políticas y manuales internos.

Considerando los graves riesgos de la actividad ferroviaria, creemos que la regulación de la seguridad no puede dejarse al arbitrio de las propias empresas —varias de las cuales son privadas—, y más aún si es que se avanza hacia una mayor competencia en el sistema ferroviario chileno, como se propone en este artículo. En este sentido, es importante transitar hacia un sistema que cuente

22 Real Decreto 810/2007, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre seguridad en la circulación de la Red Ferroviaria de Interés General.

con normas de seguridad generales y claras que den garantías de seguridad a los usuarios de los servicios y con una entidad pública que realmente fiscalice el cumplimiento de estas normas. Para una posible reforma que incorpore reglas comunes de seguridad ferroviaria para todos los operadores, nos parece interesante analizar el modelo español basado en licencias que deben obtenerse de forma previa a la operación. Ello permite controlar la existencia de normas mínimas de seguridad, al tiempo que también permite dar cierta flexibilidad a las empresas para que establezcan sus propios sistemas internos sujetos a la aprobación de la autoridad responsable, que será la que finalmente decidirá si otorgar o no la licencia. Además, podría analizarse la figura de la AESF para el establecimiento de una entidad que vele por la seguridad ferroviaria u otorgar dichas potestades al órgano regulador que vele por el buen funcionamiento del sistema. Sin perjuicio de la decisión que pueda adoptarse en esta materia, lo cierto es que el sistema de seguridad español constituye un insumo para orientar posibles reformas.

5. Conclusión

El sistema ferroviario chileno está experimentado cambios debido a una serie de inversiones que buscan aumentar la oferta de transporte ferroviario, tanto en la modalidad de transporte de pasajeros como en la modalidad de transporte de mercancías.

Este trabajo propone introducir reformas que permitan añadir ciertos márgenes de competencia, lo que sería beneficioso para el sistema ferroviario chileno, a la luz de la experiencia en algunos países europeos. Para ello, es indispensable una reforma de la normativa e institucionalidad que rige al sector ferroviario en Chile que delimite de forma clara los espacios donde existiría competencia y que dé garantías de igualdad de condiciones a los actores interesados.

Tomando en cuenta lo anterior, y que en España se ha desarrollado un proceso de liberalización de ferrocarriles que ha supuesto grandes transformaciones institucionales y normativas, este trabajo ha identificado tres elementos del proceso español que podrían orientar una reforma de la institucionalidad y regulación del sector ferroviario en Chile que permitan introducir ciertos espacios de competencia entre diferentes actores, lo que podría causar un impacto positivo en la oferta, calidad y precio de los servicios. Los elementos que se proponen como guía para posibles cambios son los siguientes: el avance hacia una separación efectiva de la gestión de la infraestructura ferroviaria del ejercicio de los servicios de transporte, la existencia de un órgano regulador con claras facultades de fiscalización y supervisión, y la existencia de una adecuada regulación en materia de seguridad ferroviaria.

El modo concreto en que estos elementos y principios orientadores podrían materializarse en el sistema chileno podría dar pie a otros estudios e investigaciones.

Foro de Actualidad

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 56, mayo-agosto de 2021, pp. 155-165

Foro de Actualidad

España

LA MODIFICACIÓN DE LAS CONCESIONES PORTUARIAS ANTE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Manuel Vélez Fraga y Nicolás Nägele García de Fuentes

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

La modificación de las concesiones portuarias ante la doctrina del Tribunal Supremo

En su sentencia n.º 1692/2020, de 10 de diciembre de 2020, el Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia sobre los límites a la modificación sustancial de las concesiones portuarias. A la vista de esta resolución, este foro de actualidad realiza una primera aproximación al régimen jurídico de esta figura y presta una especial atención a las conclusiones y principios alcanzados por el Tribunal Supremo. En la doctrina establecida en esa sentencia destaca la consideración del régimen de modificación de las concesiones como una materia singular dentro del derecho propio de los puertos españoles, no regida exactamente por los mismos principios y reglas que los que puedan aplicarse en materia de contratación pública. Así, su objeto puede ser modificado siempre que la concesión modificada no deje de ser "reconocible" en comparación con la concesión que fue adjudicada en origen.

Palabras clave:
Derecho portuario, Concesión portuaria, Modificación sustancial.

Modification Of Port Concessions In The Light Of The Supreme Court's Doctrine

Supreme Court judgment no. 1692/2020 of 10 December 2020 has set a precedent on the limits to substantial modifications of port concessions. This paper takes a first glance at this figure's regulation taking into consideration the Supreme Court's conclusions and principles. This precedent confirms the singularity of the concession modification regulation established in the Spanish ports law, as it is not governed by the same rules and prin-

ciples as public contracting regulations. In fact, the purpose of a concession can be modified if, following the modification, it is still "recognisable" as compared to the originally awarded concession.

Key words:
Ports Law, Port Concession, Substantial Modification.

FECHA DE RECEPCIÓN: 8-7-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-7-2021

Vélez Fraga, Manuel; Nägele García de Fuentes, Nicolás (2021). La modificación de las concesiones portuarias ante la doctrina del Tribunal Supremo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 155-165 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El pasado 10 de diciembre de 2020, el Tribunal Supremo dictó la sentencia n.º 1692/2020 por la que sienta jurisprudencia sobre una cuestión no siempre sencilla, como es la modificación sustancial del objeto de las concesiones portuarias.

El Tribunal Supremo confirma así que estas modificaciones están permitidas y expresamente reconocidas en el artículo 88 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (el "TRLPEMM").

El Alto Tribunal también aclara que el TRLPEMM no puede amparar un uso abusivo o fraudulento de la figura de la modificación concesional. Por consiguiente, esta facultad no es ilimitada, y fija como límite material para su validez que la concesión resultante de la modificación sea "reconocible" (es decir, que en la concesión modificada pueda reconocerse aquella que fue adjudicada en un primer momento). Este término —*concesión reconocible*— es novedoso y no está exento de dudas interpretativas sobre las que volveremos más adelante.

A la vista de la trascendencia jurídica y práctica de la sentencia, hemos considerado de interés realizar esta breve aproximación al instrumento jurídico de la modificación. Para ello, prestaremos especial atención a la jurisprudencia reciente en la materia.

2. Particularidades del régimen jurídico aplicable a las modificaciones de las concesiones portuarias

Las concesiones portuarias se configuran como el título administrativo a través del cual la Administración concede —salvo previsión expresa en contrario en los pliegos— el uso privativo del dominio público portuario y permite su ocupación con obras o instalaciones no desmontables o usos por plazo superior a tres años.

La concesión se otorga para un fin preestablecido en los pliegos. Sin embargo, cómo se desarrolla esa actividad viene determinado de forma independiente en el propio TRLPEMM y, a tal efecto, es preceptiva una licencia de servicios portuarios o una autorización de servicios comerciales (si

bien, documentalmente, las condiciones de la ocupación y actividad pueden estar recogidas en un mismo título *ex* artículos 81.4 y 139.3 TRLPEMM).

La concesión portuaria no es un fin en sí mismo bajo el que se percibe una remuneración, sino el medio para que un operador desarrolle su actividad en un sector regulado, pero abierto a la competencia. Su propósito principal no es conferir a un particular la gestión de un servicio público, la construcción de una obra pública, la prestación de un servicio o el suministro de un bien a la Administración. No estamos, por tanto, ante concesiones de servicios entendidas en el sentido de la legislación sobre contratación del sector público.

En línea con lo anterior, la concesión portuaria se rige por el TRLPEMM y, supletoriamente, por la legislación de costas y de patrimonio de las Administraciones públicas.

En esta misma línea, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ("LCSP") no resulta de aplicación. Como reconocen los artículos 4 y 9.1 de la LCSP, las concesiones demaniales se regulan por su normativa especial. Se acudirá a los principios de la LCSP solo para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

La regulación de las concesiones portuarias también queda fuera del ámbito armonizador de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (la "Directiva 2014/23"), como indica con claridad su considerando 15.

En esos mismos términos se manifestó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") en su sentencia de 14 de julio de 2016 (asuntos acumulados C-458/14 y C-67/15). El TJUE analizó la conformidad al derecho de la Unión de la normativa italiana que había establecido una prórroga automática a la fecha de vencimiento de concesiones de dominio público marítimo, lacustre y fluvial de relevancia económica.

En lo que aquí interesa (y sin perjuicio de otras cuestiones relevantes que plantea la sentencia), el TJUE niega que las concesiones controvertidas en aquel litigio pudieran constituir concesiones de servicios públicos y quedar sometidas, en cuanto tales, a la Directiva 2014/23 (lo que les impondría también un régimen de modificación determinado). En palabras de la citada resolución, las concesiones "*no se refieren a una prestación de servicios determinada por la entidad adjudicadora, sino a la autorización para ejercer una actividad económica en una zona de dominio público*", por lo que quedan excluidas de su ámbito de aplicación.

Esta precisión en cuanto a la autonomía del régimen jurídico de las concesiones portuarias frente a la regulación de contratación pública es determinante. Y ello porque existe una tendencia a acudir a los principios de la LCSP con cierto automatismo, cuando no siempre estamos ante regímenes equiparables. En el aspecto que es objeto de este foro, esa diferencia se expresa con claridad. Los requisitos exigidos para modificar un contrato administrativo (incluyendo las concesiones de servicio público) no coinciden con los exigidos para modificar una concesión demanial. Como veremos, el artículo 88 TRLPEMM admite expresamente la posibilidad de realizar modificaciones sustanciales, mientras que la LCSP las restringe a una serie de supuestos tasados.

3. La modificación de la concesión portuaria

3.1. Concepto y clases de modificaciones

Los términos que rigen el ejercicio del derecho a ocupar el dominio público se prevén en el título concesional y tienen una vocación de permanencia durante su vigencia. Sin embargo, estos términos iniciales pueden ser insuficientes si se piensa en el devenir de cualquier relación a largo plazo.

No es posible prever o, simplemente, regular las consecuencias de cada contingencia o situación que pueda darse durante la vida concesional. Esto es, pueden darse situaciones en las que la regulación inicial de la concesión resulte insatisfactoria para las partes (Administración concedente y concesionario).

Piénsese, a título de ejemplo, en la incorporación de nuevas actividades (pesaje de contenedores), nuevas inversiones (recrecimientos o automatizaciones), el incremento de la eslora máxima permitida en una terminal (imprescindible en un entorno con buques cada vez de mayor tamaño) o la fórmula de cálculo de la tasa de ocupación o actividad.

En estos y otros muchos supuestos, puede resultar precisa la adaptación de esos términos iniciales. El TRLPEMM no fue ajeno a esta realidad y previó, al efecto, dos procedimientos: la revisión y la modificación.

Mediante la revisión, la autoridad portuaria adapta el título concesional de oficio o a instancia del interesado en cinco supuestos tasados de interés público (artículos 89.c, d y e TRLPEMM) o por causas sobrevenidas y de fuerza mayor (artículos 89.a y b TRLPEMM). Esta revisión tiene carácter reglado si concurre alguna de esas cinco circunstancias.

La modificación, por su parte, atiende a razones tanto de necesidad como de "oportunidad", tiene carácter discrecional y, a fin de proteger al concesionario de una eventual acción unilateral de la Administración, el consentimiento del concesionario constituye un requisito esencial.

La modificación queda regulada en el artículo 88 del TRLPEMM, que a su vez encuentra su origen en el artículo 113 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (la "Ley 48/2003"). La redacción de este precepto ha permanecido inalterada desde entonces.

Así, el artículo 88 del TRLPEMM distingue entre dos tipos de posibles modificaciones: sustanciales y no sustanciales. Según el artículo 88.2 TRLPEMM, solo las siguientes tienen carácter sustancial:

i. La modificación del objeto concesional.

ii. La ampliación de la superficie en más de un 10 % de la fijada en el acta de reconocimiento. A estos efectos, es importante destacar que únicamente será admisible la ampliación de la superficie con bienes de dominio público colindantes a los concedidos.

iii. La ampliación del volumen o superficie construida e inicialmente autorizada en más de un 10 %.

iv. La ampliación del plazo concesional, en los supuestos establecidos en las letras b) y c) del artículo 82.2 TRLPEMM.

v. La modificación de la ubicación del objeto concesional.

En el cómputo de esos límites, se tendrán en cuenta los valores acumulados de modificaciones anteriores.

El legislador optó, por tanto, por una lista cerrada de cinco modificaciones sustanciales enumeradas en el artículo 88.2 TRLPEMM. *A sensu contrario*, será no sustancial toda alteración del título concesional que no se ajuste a alguno de esos cinco supuestos.

Según la exposición de motivos de la Ley 48/2003, se procuró con ello evitar la inseguridad jurídica existente hasta esa fecha, ya que el carácter sustancial no venía definido ni en la normativa de puertos ni en la de costas.

3.2. El procedimiento aplicable

La diferencia práctica entre los dos tipos de modificaciones es el procedimiento a seguir. Ambas se inician a solicitud del interesado, si bien, a continuación, difieren en las formalidades y garantías frente a terceros.

Los cambios no sustanciales se sujetan a un procedimiento simplificado. Para su aprobación, se exige un informe previo del director de la autoridad portuaria, que será elevado por el presidente al consejo de administración para que adopte la resolución que entienda procedente. Aunque no se realice una mención expresa, entendemos que es imprescindible la aceptación del texto definitivo por el concesionario.

Por su parte, en el caso de una modificación sustancial, la autoridad portuaria debe cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 85.2 y siguientes del TRLPEMM. Se trata de un procedimiento agravado que coincide con el previsto para el otorgamiento de una nueva concesión, con la única salvedad del trámite de concurrencia. Como es lógico, se excluye esta fase competitiva en la medida en que, por definición, la modificación recae sobre una concesión ya otorgada y con su respectivo titular.

En esencia, este procedimiento incluye: (i) la confrontación de la solicitud del concesionario sobre el terreno y espacio de agua con el fin de determinar su adecuación y viabilidad; (ii) un trámite de información pública durante un plazo no inferior a veinte días; (iii) los informes y evaluaciones que correspondan, tales como informes de la administración urbanística o de Puertos del Estado o la evaluación de impacto ambiental; (iv) el informe del director de la Autoridad Portuaria en el que se analice la procedencia de la solicitud; (v) en caso de ser favorable, la fijación por el director de los términos de la modificación, que serán notificados al concesionario para su aceptación; (vi) la elevación de la propuesta por el presidente de la autoridad portuaria para su aprobación, en

su caso, por el consejo de administración; (vii) si el consejo incorporase algún cambio a las condiciones, la nueva aceptación de estos nuevos términos por el concesionario; y (viii), finalmente, la publicación del acuerdo en el *BOE*.

Cabe destacar que la necesidad de que concurra el consentimiento del concesionario se proyecta a lo largo de todo el procedimiento. El procedimiento de modificación se inicia a petición del concesionario, y si, por alguna razón, se incoase por la autoridad portuaria, el concesionario debería aceptar su tramitación de manera tácita o expresa (STS de 10 de diciembre de 2020; Rec. 7155/2018).

El concesionario también ha de aceptar las condiciones fijadas por el director de la autoridad portuaria y, en el caso de que el consejo de administración variase alguna de esas condiciones, estas deberán remitirse de nuevo al concesionario para su visto bueno. Es decir, el concesionario ha de dar su aprobación a la versión definitiva del acuerdo de modificación.

El consentimiento, por tanto, se configura como uno de los elementos esenciales a fin de proteger al concesionario de cualquier cambio unilateral por la Administración.

3.3. Los objetivos del régimen de modificación sustancial

Puede concluirse de lo expuesto que el legislador ha previsto expresamente en el TRLPEMM un reconocimiento de las modificaciones sustanciales, por lo que esa categoría ha de considerarse clara y abiertamente permitida. Están definidas en el artículo 88 TRLPEMM y tienen un procedimiento agravado o reforzado para su tramitación de conformidad con los artículos 85.2 y ss. TRLPEMM.

Además, se observan importantes diferencias con respecto a la LCSP. En primer lugar, la LCSP emplea un término jurídico indeterminado para definir las modificaciones sustanciales, en línea con la normativa de la UE y la jurisprudencia del TJUE.

El artículo 205 de la LCSP califica de "sustancial" todo cambio que tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. Entiende, en cualquier caso, que estaríamos ante una alteración de tales características cuando:

i. se introduzcan condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de otro candidato o la aceptación de una oferta distinta, o habrían atraído a más participantes al procedimiento de concurrencia (test de licitación);

ii. se altere el equilibrio económico en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial (test de equilibrio); o

iii. se amplíe de modo importante el ámbito del contrato (test de objeto).

En segundo lugar, el TRLPEMM permite tanto las modificaciones sustanciales como las menores. Por su parte, la LCSP proscribe toda modificación de los contratos, salvo que estuviese reconocida en los pliegos de condiciones particulares en el momento de la licitación, de conformidad con el

artículo 204 de la LCSP, o que traiga causa de una de las tres circunstancias definidas en el artículo 205 de la LCSP, esto es, prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles o modificaciones no sustanciales.

En tercer lugar, el TRLPEMM solo sujeta la variación de la concesión a la tramitación, según el caso, de un procedimiento simplificado o agravado. En la LCSP, cada una de las causas que permitirían una modificación está, a su vez, condicionada al cumplimiento de un número significativo de requisitos materiales y formales.

Se trata de tres diferencias manifiestas y relevantes que evidencian que los objetivos perseguidos por la LCSP y el TRLPEMM no son siempre los mismos y justifican una especial prudencia en caso de extender los principios de la LCSP al régimen de utilización del dominio público portuario.

En este sentido, el mecanismo de modificación reconocido en el artículo 88 TRLPEMM encuentra un acomodo natural y es consistente con los objetivos que inspiran el modelo de gestión del dominio público portuario.

Este modelo está orientado a promover e incrementar la inversión privada en la financiación, construcción y explotación de las instalaciones portuarias y en la prestación de servicios a través de las concesiones (art. 66.1 TRLPEMM). Tal gestión de la infraestructura ha de ser llevada a cabo por las autoridades portuarias siguiendo criterios de rentabilidad y eficiencia (art. 66.3 TRLPEMM).

La inversión privada no es el objetivo en sí, sino el medio para mejorar la competitividad de nuestros puertos y la capacidad de inversión en las infraestructuras, en un entorno cambiante y expuesto a competencia nacional e internacional. Se busca, en síntesis, garantizar unos servicios portuarios competitivos, de calidad y eficaces (como se deduce del exponendo primero del TRLPEMM).

En la consecución de estos objetivos, cabe tener en cuenta que tanto inversiones como tráficos son difíciles de captar y fáciles de perder debido a la competencia actual.

No es inusual encontrar concursos con una o dos propuestas (o, directamente, no se convoca ante la falta de interés). De hecho, y frente a otros sectores, puede verse una competencia entre puertos por captar las inversiones, sin que sea excepcional que las autoridades portuarias realicen presentaciones (*roadshows*) a potenciales operadores antes de convocar los concursos relativos a concesiones estratégicas.

Una vez otorgada la concesión, el adjudicatario (nuevo concesionario) debe iniciar la no siempre fácil tarea de captar tráficos y negocio. Podemos citar, a título de ejemplo, la competencia entre las terminales de cruceros en el Mediterráneo español, o las terminales de contenedores españolas e internacionales.

En este contexto, no puede obviarse que un mecanismo rígido dificultaría o, incluso, impediría la necesaria adaptación de la concesión a una realidad económica, operativa y tecnológica cambiante.

Esa rigidez podría también reducir el atractivo económico de nuestros puertos y, por consiguiente, el número de licitantes, máxime cuando, en las concesiones estratégicas, el eventual concesiona-

rio acomete unas inversiones que debe amortizar en el largo plazo sin un derecho de reequilibrio económico y debe alcanzar una actividad o tráficos mínimos (art. 73.5 y 87.1.j TRLPEMM). Además, la importante competencia posterior ayuda, en teoría, a garantizar una adecuada calidad en la prestación de los servicios portuarios.

Y, por otro lado, el reducido número de licitantes diluye la importancia relativa del carácter transversal de los principios licitatorios (igualdad de trato, transparencia y libre concurrencia). Recordemos que estos principios se configuran como auténticos límites a la modificación contractual en la LCSP, debiéndose valorar si tal alteración podría haber alterado el resultado del trámite de concurrencia (ver Codina García-Andrade, x., *La modificación de los contratos del sector público*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2019, p. 35 y ss.). Por consiguiente, cuanto menor es el número de licitantes, menor es también la posibilidad de influir en el concurso.

En definitiva, restringir o imposibilitar la adaptación de los términos concesionales a la evolución económica, operativa o tecnológica podría tener un coste especialmente gravoso en el sector portuario.

En una ponderación de intereses, el legislador habría concedido un mayor peso a los objetivos perseguidos por el TRLPEMM (competitividad y atracción de inversiones) frente a otros principios. Esta ponderación tendría como resultado un régimen de modificación más flexible que el previsto en otros sectores del ordenamiento, como la LCSP.

4. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la conformidad a derecho de este procedimiento de modificación sustancial; en ambos casos, con respecto al objeto concesional.

De esta forma, ha aclarado algunos de los interrogantes que presentaba el TRLPEMM y acotado los límites formales y materiales de un instrumento de gran importancia práctica. Se facilita así la valoración *ex ante* de la eventual validez o no de una modificación por incumplir algún trámite esencial o por constituir, en realidad, una nueva concesión.

4.1. Obligación de identificar la causa del procedimiento de modificación

La primera sentencia relevante fue dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 18 de diciembre de 2012 (Rec. 3525/2010. Ponente: Excmo. Sr. Nicolás Maurandi Guillén). En esta ocasión, se analizó una alteración del objeto en la que se había añadido una actividad que no figuraba en el título concesional en el momento de su otorgamiento.

El Alto Tribunal declaró la nulidad del acuerdo debido a que "*se ha tramitado formalmente por una causa distinta a la del cambio de objeto, cual ha sido la concerniente a la ampliación de la superficie construida con la nueva finalidad de albergar una planta industrial de biodiésel* [la tramitación se hizo al amparo del artículo 113.2.c) de la Ley 48/2003, esto es, la ampliación de superficie]; *y, constando que la cesión tenía por objeto otorgar un nuevo uso a la superficie construida, consistente*

en el establecimiento de una planta de biodiésel, ese nuevo uso exigía que el procedimiento tramitado hubiese sido amparado, desde su incoación y durante su desarrollo, mediante la invocación de la modificación del objeto de la concesión prevista en el punto a) del artículo 113.2.a) de dicha ley".

Es decir, no es suficiente cumplir con los requisitos formales exigidos por el TRLPEMM, sino que, además, el procedimiento ha de tener una o varias finalidades claras y ciertas desde el inicio. En palabras del Tribunal Supremo, "*al conjunto de trámites que conforman el procedimiento administrativo no le es ajena la causa que haya motivado su incoación*".

En nuestro entendimiento, la Sala admitió la posibilidad de modificar el objeto de la concesión (alterando el original) siempre que se sustanciase el procedimiento legalmente previsto y que su finalidad estuviese identificada de manera correcta desde su incoación y durante su desarrollo [FD 5.º].

4.2. La "reconocibilidad" de la concesión resultante como límite material

Ahora, en su sentencia de 10 de diciembre de 2020 (Rec. 7155/2018. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde), el Tribunal Supremo ha entrado a valorar los límites materiales de la modificación sustancial.

En el supuesto de autos, la autoridad portuaria incorporó una disposición aclaratoria al objeto concesional, modificándolo. La concesión afectada estaba dedicada preferentemente a terminales de graneles, actividades químico-logísticas y servicios especiales, pero mediante la disposición aclaratoria se incorporó al objeto una lista de actividades permitidas, entre las que se encontraba el "*tratamiento de residuos*" [FD 2.º].

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia núm. 391/2018, de 11 de mayo, reconoce que la autoridad portuaria había seguido todas las formalidades enumeradas en el artículo 85.2 del TRLPEMM, al que se remite el artículo 88. Y, sin embargo, el Tribunal de instancia declaró nulo el inciso "*tratamiento de residuos*" al no estar permitido incluir esa actividad "*en atención al objeto de la misma recogido en el momento de su otorgamiento*" [FD 3.º].

Se infiere que el Tribunal Superior de Justicia acudió a los principios ordenadores de la normativa de contratos del sector público, que son más restrictivos, obviando el carácter autónomo y completo del artículo 88 TRLPEMM. En consecuencia, el tribunal de instancia concluyó que, al tratarse de una modificación que, conforme a los estándares de la LCSP, sería sustancial, se estaba ante una verdadera concesión nueva que requería la convocatoria del correspondiente concurso público.

Esta resolución fue recurrida ante el Tribunal Supremo, el cual, mediante auto de 24 de enero de 2020, consideró que la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistía en determinar si la inclusión de una nueva actividad en el objeto de una concesión, no contenida en el pliego, exigía el otorgamiento de una nueva concesión o debía considerarse una modificación sustancial amparada por el régimen propio de la legislación de puertos.

En su sentencia de 10 de diciembre de 2020, el Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia de instancia, en esencia, sobre la base de la siguiente consideración: "*Frente a ello, debemos señalar que*

el concepto de "modificación sustancial" es muy amplio, pues el artículo 88 del TRLPEMM considera que por tal procedimiento puede modificarse el objeto de la concesión, la superficie de la misma, el volumen o superficie construida, el plazo de la concesión, o, en fin, la ubicación de la misma. Es cierto que el legislador —al describir con amplitud y precisión, como modificables, tales aspectos de la concesión— ha pretendido flexibilizar el cambio de objeto y características esenciales de la misma, pero, también es cierto que tal descripción de parámetros objetivos de la concesión implican un límite a la modificación sustancial que habrá de situarse en aquellos supuestos en los que la misma implique una transformación, desvinculación o mutación absoluta de la concesión, de tal forma que la haga irreconocible en comparación con la inicialmente otorgada" [FD 4.º].

Es indicativo cómo el Tribunal Supremo no realiza ninguna alusión a la normativa de contratación pública, lo que, en nuestra opinión, evidencia el carácter autónomo de esta regulación especial. En consecuencia, la modificación sustancial de los términos de una concesión portuaria está permitida y expresamente reconocida en el artículo 88 TRLPEMM, sujeto al cumplimiento de los trámites del artículo 85.2 y ss.

Lógicamente, los términos resultantes serán diferentes al original, pero las autoridades portuarias tampoco tienen una facultad incondicionada e ilimitada para variar el título concesional. Además de los trámites procedimentales, las autoridades portuarias han de respetar un requisito material, de manera que sería contraria a derecho una modificación que "*implique una transformación, desvinculación o mutación absoluta de la concesión de tal forma que la haga irreconocible en comparación con la inicialmente otorgada*" [FD 4.º].

El límite, por tanto, no estaría ya en la "esencialidad" de los términos alterados o la "sustancialidad" de la modificación (puesto que está permitida), sino en si la concesión resultante es o no "reconocible" (es decir, si es la misma). Salvo error, este término no habría sido utilizado por el Tribunal Supremo con anterioridad, lo que dificulta su interpretación.

En este ejercicio interpretativo, cabe apuntar que existe un elemento común entre la "reconocibilidad" de la normativa portuaria y la "sustancialidad" de la contractual. Ambos buscan objetivar cuándo se realiza un uso fraudulento o abusivo de modo que, bajo la apariencia de una modificación, se esté ocultando el otorgamiento de una verdadera concesión nueva; si bien cada uno está sujeto a sus propios límites y requisitos.

Un supuesto evidente y extremo constituiría una sustitución completa del objeto, como fue el caso en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1983 (RJ\1983\5307. Ponente: Sr. José Garralda Valcárcel). El Alto Tribunal concluyó que el cambio de aprovechamiento en una concesión destinada a tendederos de redes y naves para útiles de pesca, a una planta industrial de reparaciones mecánicas y eléctricas en general, implicaba una nueva concesión. En otras palabras, modificar no es sinónimo de sustituir.

5. Consideraciones finales

La práctica es, sin embargo, mucho más rica y compleja, por lo que a buen seguro Administración y concesionarios se encontrarán ante supuestos menos evidentes. Deberá valorarse entonces si, tras una eventual modificación, una concesión puede dejar de ser o no reconocible en atención a la naturaleza y entidad de los cambios introducidos.

Se trata de una valoración de un eminente carácter casuístico, para lo que interesa dejar apuntadas unas primeras consideraciones generales:

i. El propio Tribunal Supremo reconoce la gran amplitud del artículo 88 del TRLPEMM con la finalidad de flexibilizar el cambio de su objeto y otras características esenciales [FD 4.º]. Por consiguiente, podría utilizarse como referencia la normativa de contratación pública, no por resultar subsidiariamente aplicable, sino en la medida en que prevé un régimen jurídico más restrictivo.

   De esta forma, si una determinada modificación portuaria cumple con los parámetros "materiales" establecidos por la LCSP o la normativa comunitaria de contratación pública, entonces puede razonablemente concluirse que tal alteración dará como resultado una concesión "reconocible", y será, por tanto, válida.

ii. Ahora bien, el TRLPEMM permite ir más allá. De hecho, puede decirse que el Tribunal Supremo opta por una interpretación amplia del término "*reconocible*", ya que fija el límite en que la modificación no "*implique una transformación, desvinculación o mutación absoluta*". Es decir, parece que la transformación, desvinculación o mutación del objeto concesional ha de ser, al menos, relativamente evidente ("*absoluta*").

iii. El Tribunal concluye que la modificación del caso de autos es conforme a derecho en la medida en que no constituye "*una desconexión o desvinculación del objeto inicial de la misma*" [FD 5.º].

   La modificación requiere, pues, de una cierta preservación del objeto inicial, sin perjuicio de poder incorporar actividades conectadas o vinculadas a la principal, como pudieran serlo los servicios complementarios o suplementarios.

   También confirmaría el hecho de que las modificaciones pueden atender tanto a meras razones de oportunidad —como es el caso— como a aquellas necesarias para cumplir con la finalidad de la concesión portuaria. Efectivamente, la inclusión de una planta de tratamiento no era imprescindible para asegurar la consecución del objeto concesional, si bien sería de interés general que albergase esa planta como se expone con cierto detalle en la propia sentencia.

iv. Aunque la sentencia no indique nada al respecto, deberán tenerse en cuenta las posibles limitaciones derivadas de la normativa de la Unión que resulten de aplicación y, en defecto de una disposición específica, las normas fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

España

NUEVOS DESARROLLOS EN EL SECTOR FARMACÉUTICO. LAS RESOLUCIONES DE ARCHIVO DE LA CNMC EN *"INHALADORES ASTRAZENECA"* Y *"ABBVIE"*[1]

Alfonso Gutiérrez y François Doumont

Abogados del Grupo de Derecho Europeo y de la Competencia de Uría Menéndez (Madrid)

Nuevos desarrollos en el sector farmacéutico. Las resoluciones de archivo de la CNMC en "*Inhaladores AstraZeneca*" y "*AbbVie*"

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la "CNMC") dictó el pasado 20 de abril de 2021 dos resoluciones de gran importancia para el sector farmacéutico, en particular para los laboratorios innovadores que llevan varios años en el punto de mira de las autoridades de defensa de la competencia española y europea.

En ambas resoluciones se acusaba a dos empresas farmacéuticas, AbbVie y AstraZeneca, de haber abusado de su supuesta posición de dominio —en el primer caso por ofrecer descuentos exclusionarios y, en el segundo,

1 Los autores quieren agradecer a Inés Pajares de Dios su colaboración en la realización de este artículo. Uría Menéndez ha intervenido como representante legal de AstraZeneca en el expediente "Inhaladores AstraZeneca".

por fijar precios predatorios— con el objetivo de impedir la entrada de competidores en el mercado tras la caducidad de sus respectivas patentes.

La CNMC resolvió, en ambos casos, no incoar expediente sancionador. Al mismo tiempo, la CNMC proporcionó aclaraciones y orientación sobre ciertas cuestiones clave: (i) la utilización de la "práctica clínica efectiva" y guías terapéuticas en la definición de mercado relevante; (ii) el análisis dinámico de las cuotas de mercado; y (iii) la aceptación expresa de la defensa "meeting competition" a la hora de descartar el abuso de posición de dominio.

Por lo tanto, estas resoluciones sientan dos precedentes de notable importancia sobre la aplicación de las normas de defensa de la competencia en el sector farmacéutico.

Palabras clave:
Posición de dominio, Práctica clínica efectiva, Guías terapéuticas, Abusos de exclusión, Precios predatorios, Meeting competition, Exclusivas.

New developments in the pharmaceutical sector - The CNMC resolutions on "*AstraZeneca Inhalers*" and "*AbbVie*"

On 20 April 2021, the Spanish Competition Authority (the "CNMC") issued two resolutions of great importance for the pharmaceutical sector. In particular for innovative laboratories that have been have been targeted by the Spanish and European Competition Authorities for several years now.

In both resolutions, two pharmaceutical companies, AbbVie and AstraZeneca, were suspected of having abused their alleged dominant position - in the first case by offering exclusionary discounts and, in the second, by setting predatory prices - both with the aim of preventing competitors from entering the market after the lapse of their respective patents.

The CNMC concluded, in both cases, not to initiate sanctioning proceedings. At the same time, the CNMC provided long overdue clarifications and guidance on certain key issues: (i) the use of "effective clinical practice" and therapeutic guides in the definition of relevant markets, (ii) the dynamic analysis of market shares and (iii) the explicit acceptance of the "meeting competition" defence when ruling out an abuse of dominant position.

Therefore, these rulings set two precedents of notable importance on the application of antitrust rules in the pharmaceutical sector.

Key words:
Dominant position, Effective clinical practice, Therapeutic guides, Exclusionary abuses, Predatory pricing, Meeting competition, Exclusive discounts.

Fecha de recepción: 9-9-2021

Fecha de aceptación: 10-9-2021

Gutiérrez, Alfonso; Doumont, François (2021). Nuevos desarrollos en el sector farmacéutico. Las resoluciones de archivo de la CNMC en "Inhaladores AstraZeneca" y "AbbVie". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 166-173 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 20 de abril de 2021, la CNMC dictó dos resoluciones de archivo en materia de abuso de posición de dominio en mercados farmacéuticos, la primera en el expediente S/0027/19 *Inhaladores AstraZeneca* y la segunda en el expediente S/0024/19 *AbbVie* (en adelante "Resolución AstraZeneca", "Resolución AbbVie" o "Resoluciones"). Ambas suponen precedentes de notable importancia para el sector, especialmente para los laboratorios innovadores, y concluyen la inexistencia de infracción de los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia ("LDC") y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE").

El propósito de este artículo es sintetizar y contextualizar el razonamiento de la CNMC en las Resoluciones con el ánimo de extraer conclusiones útiles a la hora de abordar futuros casos de supuestos abusos de posición de dominio en el sector farmacéutico. El artículo no contiene un análisis detallado de todos los puntos de derecho de las Resoluciones.

2. Las Resoluciones

2.1. Hechos investigados

La Resolución AstraZeneca deriva de un conflicto comercial entre Teva Pharmaceutical, S.L.U., y AstraZeneca Farmacéutica Spain, S.A., relativo a la competencia en el mercado entre el medicamento innovador Symbicort de AstraZeneca y el híbrido Duoresp, desarrollado por Teva. En diciembre de 2016, Teva denunció a AstraZeneca ante la CNMC por un supuesto abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de precios predatorios en la venta de Symbicort a hospitales. La CNMC llevó a cabo una inspección en 2019 en los locales de AstraZeneca y recabó un gran volumen de información.

Symbicort es un medicamento innovador del tipo ICS / LABA (combinación de corticoesteroide y broncodilatador) indicado para el tratamiento del asma y de la enfermedad pulmonar obstructiva crónica ("EPOC"), administrable por vía inhalatoria, que se dispensa tanto en oficinas de farmacia como en hospitales. Los principios activos del fármaco son la budesonida y el formoterol, y estaba protegido por una patente que expiró en 2015. Teva desarrolló Duoresp, un producto análogo (un fármaco híbrido en el sentido de la regulación farmacéutica) basado en los mismos principios activos y que empezó a comercializar en España tras la expiración de la patente de Symbicort.

La Resolución AstraZeneca considera acreditado que AstraZeneca reaccionó a la entrada de Duoresp en el mercado hospitalario, mediante la presentación de ofertas comerciales específicas a hospitales. Según la Resolución, la actuación comercial de AstraZeneca se caracterizó por los siguientes elementos: (i) carácter reactivo (*i. e.*, respuesta a ofertas competidoras previas y basadas en la igualación —no en la mejora— de los descuentos del competidor); (ii) AstraZeneca perseguía el objetivo de mantener Symbicort en los hospitales, no de bloquear la entrada de los productos competidores; (iii) política no selectiva (*i. e.*, no específicamente dirigida contra Teva, sino aplicable en general a las ofertas competidoras); (iv) política puntual, aplicable caso a caso a

ofertas rivales concretas, y; (v) con un éxito limitado, al no haber evitado la entrada en el mercado de productos análogos ni la pérdida significativa de cuota de mercado de Symbicort.

En cuanto a la Resolución AbbVie, el asunto consistía de nuevo en un conflicto comercial entre un laboratorio innovador (AbbVie Spain, S.L.U.) y un especialista en genéricos y biosimilares (Amgen, S.A.) relativo a la comercialización por este de Amgevita, un medicamento biosimilar a Humira —un fármaco desarrollado por AbbVie e indicado contra la artritis, entre otras afecciones, cuyo principio activo es el adalimumab— y cuya patente expiró en 2018.

En marzo de 2019, Amgen denunció a AbbVie ante la CNMC por un supuesto abuso de posición de dominio, consistente en la aplicación de descuentos exclusionarios sobre Humira con el objetivo de expulsar a sus competidores del mercado (incluyendo a Amgevita). A raíz de la denuncia, la CNMC llevó a cabo una inspección domiciliaria en la sede de AbbVie. La investigación de la CNMC examinó si, como sostenía Amgen, AbbVie diseñó un sistema de descuentos que, aunque formalmente no eran de exclusividad, inducían *de facto* al cliente hospitalario a suministrarse exclusivamente de Humira. El descuento estaba estructurado en tramos crecientes, que se aplicaban a los volúmenes de compra de Humira que superaban en determinados porcentajes las compras realizadas por el cliente hospitalario el año anterior. Se trataba, por tanto, de un descuento de crecimiento (*growth rebate*). Quedó acreditado que la práctica se produjo con ocasión de la apertura del mercado tras la expiración de la patente de Humira.

3. Aspectos jurídicos

3.1. Mercado relevante y posición de dominio

En los asuntos farmacéuticos tradicionalmente se definen los mercados relevantes a partir de la clasificación Anatómico-Terapéutico-Química ("ATC"), un sistema jerárquico y codificado de fármacos estructurado en cinco niveles. El punto de partida suele ser el nivel ATC3, que agrupa los medicamentos por sus indicaciones terapéuticas específicas, descendiendo en ocasiones al nivel ATC4 (subgrupo químico, terapéutico o farmacológico) e incluso al nivel ATC5 (molécula o principio activo que contiene el fármaco).

Las Resoluciones establecen con claridad el criterio de que los mercados relevantes en el sector farmacéutico vienen definidos en esencia por la práctica clínica efectiva y, en concreto, por las guías terapéuticas que sirven de referencia a los médicos para el tratamiento de las afecciones correspondientes. Se trata de guías utilizadas por los médicos para el tratamiento de enfermedades específicas que les permiten determinar el tratamiento adecuado para cada paciente. Dichas guías contienen indicaciones terapéuticas, recomendaciones e información sobre fármacos (por ejemplo, características, nombres comerciales, tipo de tratamiento, dosis, efectos secundarios, presentaciones y precio).

Este hecho fue especialmente relevante en la Resolución AstraZeneca, que se apoyó específicamente en el hecho de que las guías aportadas a la CNMC por el laboratorio probaban que todos los fármacos ICS / LABA (esto es, los medicamentos integrados en el mismo nivel ATC4) estaban

indicados indistintamente para el tratamiento de asma y EPOC. Por esta misma razón, la CNMC rechazó con claridad la tesis de Teva basada en un mercado estrecho de principio activo (nivel ATC5), siguiendo por lo demás la más reciente jurisprudencia europea en el asunto *Servier* (Sentencia del TGUE de 12 de diciembre de 2018, As. T-691/14 *Servier y otros/Comisión*, pendiente de recurso ante el TJUE). Nótese que la CNMC descarta el nivel ATC5 a pesar del hecho —reconocido en la Resolución AstraZeneca— de que los hospitales suelen organizar los concursos de compra de medicamentos por principio activo.

La correcta definición del mercado relevante era crucial en el asunto de AstraZeneca, toda vez que el laboratorio tenía una cuota inferior al 30 % en un mercado definido a nivel ATC4, pero habría tenido una cuota cercana al 80 % en un hipotético mercado definido a nivel ATC5.

Por lo demás, la Resolución AstraZeneca también confirma que el canal hospitalario y el canal farmacéutico son mercados distintos, si bien conexos, dado que la prescripción de un determinado inhalador en un hospital determina en gran medida las futuras prescripciones en centros de salud y oficinas de farmacia.

Por lo que se refiere a la posición dominante, la CNMC menciona expresamente criterios típicos del sector farmacéutico (tales como el marco regulatorio, los derechos de propiedad industrial, la regulación de precios, las políticas públicas de fomento de medicamentos genéricos, las actividades de promoción y las licitaciones de clientes hospitalarios) como elementos a tomar en cuenta a la hora de determinar si un laboratorio posee o no una posición dominante en un mercado previamente definido. Sin perjuicio de lo anterior, la CNMC se basa esencialmente en el análisis estático y dinámico de las cuotas de mercado para descartar la posición de dominio. En particular:

i. La Resolución AstraZeneca confirma explícitamente la presunción de que las cuotas de mercado inferiores al 40 % indican la ausencia de dominancia, máxime si el producto en causa no es líder del mercado.

ii. En la resolución AbbVie se presta especial atención a la rápida erosión de la cuota de mercado, en especial tras la expiración de la patente, como indicio importante de la ausencia de dominancia incluso en casos en que el laboratorio parte de una cuota cercana al monopolio. La Resolución revela que la entrada de los biosimilares de adalimumab en el mercado fue más rápida que la de otros principios activos en los últimos años, que en poco más de un año consiguieron una cuota del 37,8 % y que en enero de 2019 —solo dos meses después de la expiración de la patente— los biosimilares habían alcanzado una cuota del 30 %, y un año después la cuota aumentó al 50 %.

3.2. Posibles abusos

Las Resoluciones comentadas se alinean con claridad con los precedentes europeos y la más reciente doctrina jurisprudencial (p. ej., Sentencia del TS de 10 de abril de 2018, recurso 3568/2015) en materia de abusos de exclusión. La CNMC examina si la práctica en cuestión tiene una naturaleza objetivamente abusiva, si indica una intencionalidad o propósito de expulsión del competidor y si, además, tiene aptitud de cierre de mercados de la conducta. Ambas Resoluciones constatan

la falta de acreditación de los tres elementos anteriores. En este mismo sentido, la CNMC recuerda que las empresas en posición dominante pueden competir legítimamente (*i. e.*, sin cometer abuso) en el mercado sobre la base del mérito (*competition on the merits*), incluso si ello supone la expulsión de competidores menos eficientes.

Repárese que en la Resolución AstraZeneca la CNMC concluyó la ausencia de dominancia del laboratorio, por lo que no había abuso posible. Sin embargo, y a pesar de ello, la CNMC quiso examinar específicamente las conductas denunciadas y concluyó que no podían considerarse abusivas incluso en la hipótesis de que el laboratorio fuera dominante. Este hecho dota de más relevancia aún al razonamiento de la CNMC en materia de abusos de exclusión.

También resulta de interés el hecho de que la denuncia contra AstraZeneca se centraba en la supuesta aplicación de precios predatorios, por lo que la CNMC pudo simplemente desestimar el cargo tras comprobar que el laboratorio no vendió por debajo de sus costes ("*los correos internos* [de AstraZeneca] *aseguraban que era posible igualar el descuento de TEVA con el margen del producto*"). Sin embargo, la Resolución AstraZeneca examina el resto de los elementos de las ofertas comerciales del laboratorio para concluir su carácter legítimo y no abusivo, destacando en concreto los siguientes:

i. Las ofertas de AstraZeneca a los hospitales eran una respuesta a ofertas comerciales previas de los competidores, que como mucho igualaban —pero no mejoraban— los descuentos ofrecidos por estos. Se trata, por tanto, de un ejemplo evidente de la conocida defensa *meeting competition*, *i. e.*, reacción frente a ofertas competidoras previas para que el cliente elija en pie de igualdad.

ii. Las ofertas no implicaban una estrategia comercial específicamente dirigida contra un nuevo entrante concreto, sino que se aplicaban a varios competidores. En otros términos, no había *targetting* contra la denunciante.

iii. Los documentos internos hallados en la inspección revelaron que la intencionalidad del laboratorio era evitar la expulsión de Symbicort, y no expulsar o bloquear el producto competidor. Se buscaba en realidad la coexistencia de marcas dentro del mismo hospital.

iv. Los descuentos eran puntuales y específicos (cliente a cliente) y temporales (corta duración), esto es, se trataba de excepciones a la política comercial general del laboratorio y no de una actuación comercial aplicable en general a los clientes hospitalarios.

v. En todo caso, los descuentos de AstraZeneca carecían de aptitud para cerrar el mercado, como acreditaba la rápida entrada del producto de Teva y otros fármacos competidores.

En la Resolución AstraZeneca la defensa del *meeting competition* recibe un respaldo explícito de la CNMC, lo que no ocurría de forma expresa desde el antiguo asunto de los *Planes Claros* de Telefónica (Sentencia del TS de 20 de junio de 2006, rec. de casación núm. 9174/2003). Nótese que la noción del *meeting competition* es inseparable del concepto de competencia normal en el mercado (o *competition on the merits*), ya admitida por los Tribunales de la UE.

La Resolución AbbVie, si bien contiene un razonamiento más escueto, también ofrece indicaciones útiles sobre los denominados descuentos de crecimiento, esto es, los condicionados a que el cliente alcance y supere el volumen de compras del año anterior. La CNMC subraya la ausencia de exclusividad de la oferta (al no estar condicionada a que el hospital no adquiriera productos competidores), la breve duración de la oferta, la ausencia de efectos exclusionarios (al constatar la entrada exitosa de productos competidores en el mercado) y, por último, el hecho de que los laboratorios competidores ofrecían precios más bajos que la propia AbbVie.

4. Consecuencias para el sector farmacéutico en la práctica

Las Resoluciones examinadas tienen a nuestro juicio un valor significativo como precedentes para el sector farmacéutico. El hecho de que la CNMC haya querido entrar a examinar todos los aspectos de fondo (a pesar de no ser necesario al haber descartado la posición dominante, al menos en el caso de AstraZeneca), junto con la cita de abundantes precedentes europeos y el tiempo empleado por la CNMC para examinar las denuncias y decidir sobre ambos expedientes, sugieren que se trata de Resoluciones cuidadosamente consideradas por nuestra autoridad y que pretenden ofrecer guía y orientación a los operadores económicos del sector.

A modo de resumen, las principales consecuencias serían las siguientes:

En primer lugar, el contenido de las guías terapéuticas (los informes de posicionamiento terapéutico de la AEMPS o las guías e informes de las sociedades médicas) se revela como un elemento crucial para la definición de los mercados relevantes en el sector farmacéutico, por lo que estas guías serán normalmente el punto de partida de un examen de hipotéticas conductas abusivas en el sector. En cuanto a la definición de mercados estrechos basados en el principio activo (ATC5), es claro que el hecho de que los hospitales públicos organicen sus licitaciones de compra de fármacos en torno a este elemento no influye en la definición del mercado relevante.

En segundo lugar, la dominancia puede excluirse si la cuota de mercado es inferior al 40 % y el producto no es líder en su categoría. E incluso en casos de cuotas superiores podrá descartarse la posición dominante si se acredita una erosión rápida de la cuota de mercado en favor de los nuevos entrantes tras la expiración de la patente correspondiente.

En tercer lugar, la defensa *meeting competition* (política comercial puramente reactiva frente a ofertas competidoras, igualando pero no mejorando sus condiciones) se presume legítima y no abusiva en caso de dominancia, en la medida en que el cliente puede elegir en pie de igualdad y el objetivo de la empresa dominante no es bloquear al nuevo entrante, sino evitar que su producto sea expulsado de la cuenta. A estos efectos resulta particularmente relevante el lenguaje empleado interna y externamente por el departamento comercial de la empresa dominante a la hora de justificar la formulación de ofertas especiales para igualar una oferta previa competidora. En el asunto de AstraZeneca los documentos internos recabados durante la inspección domiciliaria fueron tomados en cuenta por la CNMC para excluir el abuso.

En cuarto lugar, se confirma la importancia de la aptitud de la conducta para cerrar el mercado y expulsar al competidor como requisito esencial del abuso exclusionario. Los laboratorios investigados en el futuro podrán aportar pruebas que acrediten la erosión de su cuota de mercado tras la expiración de la patente y la correspondiente penetración de los fármacos rivales (especialmente los genéricos, híbridos o biosimilares) como defensa frente a la acusación del abuso. Nótese que este elemento de la pérdida de cuota es relevante igualmente para combatir la acusación de posición dominante, tal y como reconoce la CNMC.

Y, en quinto lugar, los precedentes examinados ofrecen alguna indicación útil para sostener el carácter lícito y no abusivo de los descuentos de crecimiento aplicados por las empresas dominantes, en especial la necesidad de evitar cualquier tipo de elemento de exclusividad (directa o indirecta), la comparativa con los descuentos efectivos ofrecidos a los clientes por las empresas competidoras y la duración no superior a un año del volumen acumulado de compras del cliente para la aplicación de los distintos tramos del esquema de descuentos.

España

AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS SANITARIAS.

A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO 719/2021, DE 24 DE MAYO, Y 788/2021, DE 3 DE JUNIO

Carlos Lora González y Paola Hidalgo Herrero

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

Autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo 719/2021, de 24 de mayo, y 788/2021, de 3 de junio

El Tribunal Supremo ha dictado la primera sentencia que resuelve el novísimo recurso de casación introducido por el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, en materia de autorización o ratificación judicial de medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas al amparo de la legislación en materia de emergencias sanitarias. En ella, el Alto Tribunal fija la interpretación de algunos elementos relevantes del régimen aplicable.

Palabras clave:
Medidas sanitarias, Autorización judicial, Ratificación judicial, Crisis sanitaria, Pandemia, COVID-19, Derechos fundamentales.

Court authorisation or ratification of sanitary measures. On the Decisions of the Spanish Supreme Court no 719/2021 of 24 May and 778/2021 of 3 June

The Spanish Supreme Court has ruled its first Decision deciding the brand-new appeal introduced by Royal Decree-Law 8/2021 of 4 May on court authorisation or ratification of sanitary measures restricting fundamental rights according to sanitary emergencies regulations. In such Decision the Supreme Court set the interpretation of some relevant issues of the applicable regime.

KEY WORDS:
SANITARY MEASURES, COURT AUTHORISATION, COURT RATIFICATION, SANITARY CRISIS, PANDEMIC, COVID-19, FUNDAMENTAL RIGHTS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 29-6-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-7-2021

Lora González, Carlos; Hidalgo Herrero, Paola (2021). Autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo 719/2021, de 24 de mayo, y 788/2021, de 3 de junio. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 174-182 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La crisis sanitaria provocada por el SARS-CoV-2 ha convulsionado por completo el sistema constitucional de España (y de la mayoría de los países de nuestro entorno). Las autoridades han adoptado medidas de muy distinta naturaleza que, en muchos casos, han limitado, cuando no impedido, el ejercicio de los derechos y libertades más básicos, para lo cual el ordenamiento jurídico impone a la Administración sanitaria algunas exigencias de legalidad reforzadas. Entre estas exigencias se encuentra la de someter a autorización o ratificación judicial toda medida que comporte la limitación o restricción de un derecho fundamental reconocido en el capítulo II del título I de la Constitución.

Este singular expediente, introducido en el ordenamiento español por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha sido objeto de dos importantes reformas a lo largo de este año largo que la pandemia lleva azotando nuestro país. Por un lado, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (la "Ley 3/2020"), distribuyó la competencia, originalmente concentrada en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo competentes —antiguo artículo 8.6 párrafo segundo, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (la "LJCA")—, entre los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, para aquellas medidas que tuvieran destinatarios determinados; las Salas de ese orden de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos, para aquellas medidas de alcance general dictadas por las Comunidades Autónomas (cfr. nuevo artículo 10.8 de la LJCA); y la Sala homóloga de la Audiencia Nacional, para las medidas de alcance general adoptadas por el Gobierno de la nación (cfr. nuevo artículo 11.1-*i* de la LJCA).

Por otro lado, el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma 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 (el "RDL 8/2021"), introdujo la posibilidad de que los autos dictados por aquellos órganos jurisdiccionales en relación con la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias puedan ser recurridos en casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Mediante sus sentencias n.º 719/2021, de 24 de mayo (la "Sentencia 719/2021"), y n.º 788/2021, de 3 de junio (la "Sentencia 788/2021"), el Tribunal Supremo ha resuelto los dos primeros recursos de casación de esta clase, interpuestos por las Administraciones autonómicas de las Islas Cana-

rias y de las Islas Baleares, respectivamente. Aunque, en relación con el fondo del asunto, ambas sentencias se limitan a confirmar los autos de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia objeto de los recursos, el Tribunal Supremo aprovecha el expediente para fijar la interpretación de algunos aspectos relevantes del régimen de autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias, con lo que contribuye a dotar al sistema de una mayor seguridad jurídica.

2. Fundamento constitucional

En primer lugar, el Tribunal Supremo no desconoce que la legalidad de la reforma operada por la Ley 3/2020 se encuentra impugnada ante el Tribunal Constitucional.

En efecto, mediante Auto de 3 de diciembre de 2012, recaído en el recurso n.º 332/2020, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón planteó ante el Tribunal Constitucional una cuestión previa de constitucionalidad respecto del nuevo artículo 10.8 de la LJCA. A juicio de la Sala promotora, la obligación de que la Administración someta a autorización o ratificación judicial medidas de alcance general podría vulnerar el privilegio de autotutela declarativa de que dispone la Administración *ex* artículo 103 de la Constitución, sin que ello pueda encontrar encaje en el artículo 117.3 (que atribuye a los juzgados y tribunales, de forma exclusiva y excluyente, la potestad jurisdiccional) y 4 (que atribuye a esos centros de poder, además, la potestad de actuar en garantía de cualquier derecho que la ley le encomiende) del mismo texto constitucional. El Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido a trámite la cuestión de constitucionalidad mediante providencia de 16 de febrero de 2020, bajo el número 6283-2020 (*Boletín Oficial del Estado* de 23 de febrero de 2021, pág. 20523).

En este contexto, la Sentencia 719/2014, una vez referida la existencia de esa cuestión de constitucionalidad, señala que su admisión a trámite es "*señal de que no la ha considerado manifiestamente infundada*", si bien a continuación precisa que ello "*No signifi*[ca] *que deba acabar encontrándolo contrario a la Constitución, ya que su artículo 117.4 contempla la atribución por Ley a los Juzgados y Tribunales de funciones en garantía de cualquier derecho*" (fundamento jurídico cuarto, *ab initio*). Por tanto, parece que el Tribunal Supremo se inclina por la constitucionalidad del expediente.

A falta de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto, la aproximación del Tribunal Supremo nos parece la acertada. Como apunta el Alto Tribunal, el artículo 117.4 de la Constitución atribuye a los juzgados y tribunales las funciones "*que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho*". La Constitución deja, pues, a criterio del legislador atribuir o no a la jurisdicción esa función. Y este criterio deberá concretarse en cada caso con base en razones de oportunidad política que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, solo al legislador compete apreciar.

Así las cosas, entendemos que tan constitucional fue que hasta el año 2000 el legislador no sometiera las medidas adoptadas por la Administración con base en la normativa de emergencias sanitarias como que, a partir de ese año, optara por atribuir a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo esa función, una función que, por cierto, hasta la reforma operada por la Ley 3/2020 se atribuía a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo sin distinguir entre medidas de

alcance general o individual, y que, hasta ese momento, sirvió en no pocas Comunidades Autónomas para limitar la libertad de circulación de municipios enteros, previa autorización o ratificación judicial, sin que en ningún momento se discutiera la constitucionalidad de tal atribución.

3. Función

En segundo lugar, sin desconocer que el sustento de este *sui generis* recurso de casación sigue siendo la apreciación de un interés casacional objetivo, el Tribunal Supremo esclarece qué función desempeña este expediente en nuestro ordenamiento.

Tal y como el propio Tribunal se había pronunciado en sus anteriores autos de 20 de mayo de 2021, recaídos todos ellos en los recursos de casación n.º 3417, 3425 y 3473/2021, las medidas sometidas a este expediente no pueden ser eficaces hasta que la Sala correspondiente se pronuncie sobre su legalidad. Esto es, la autorización de las medidas por parte de las Salas de lo Contencioso-Administrativo ha de preceder a su entrada en vigor. De este modo, el Tribunal Supremo despeja las dudas respecto a si existe diferencia entre la "autorización" o "ratificación" a que se refiere separadamente la LJCA, y concluye que, sin perjuicio del término empleado a efectos dialécticos, el trámite no tiene un efecto confirmatorio de la validez y eficacia de las medidas sanitarias.

En este sentido, el Alto Tribunal añade que el carácter preliminar de este control viene confirmado por la disponibilidad de las vías jurídicas ordinarias, tales como el recurso contencioso-administrativo o el recurso especial para la tutela de derechos fundamentales para controlar la legalidad de los actos administrativos *a posteriori* (cfr. fundamento jurídico cuarto-A de la Sentencia 719/2020). Y, de hecho, el Tribunal Supremo reconoce expresamente que la autorización o ratificación judicial previa no es un obstáculo para un examen posterior (y, consiguientemente, para declarar su posible ilegalidad en ese otro recurso). De forma más contundente, se afirma también lo anterior en la Sentencia 788/2021: "*no es un examen exhaustivo de la legalidad de la actuación, ni por supuesto cercena el derecho a la tutela judicial efectiva de cualquier persona afectada por las medidas ratificadas*" (cfr. fundamento jurídico quinto).

En otro orden de cosas, el Alto Tribunal recuerda que el expediente no puede consistir en un enjuiciamiento de la legalidad de las medidas propuestas, sino que las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia competentes deben limitarse a realizar la facultad fiscalizadora que se les atribuye "*conforme a los parámetros propios del control previsto por el legislador en los artículos 10.8 y 11.1 i) de la Ley de la Jurisdicción*", esto es, limitándose a comprobar la competencia de la Administración para adoptar las medidas cuestionadas, la existencia de una habilitación objetiva en las leyes sanitarias, los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa y la constatación *a priori* de su proporcionalidad en relación con el objetivo que persiguen (cfr. fundamento jurídico cuarto-C de la Sentencia 719/2021).

En definitiva, la autorización o ratificación judicial es *conditio sine qua non* para que las medidas sanitarias produzcan efectos, y estos pueden verse suprimidos con ocasión de un control legal más exhaustivo en sede de un procedimiento contencioso-administrativo ordinario, lo que confirma el carácter provisionalísimo del expediente.

4. Alcance: juicio de proporcionalidad

Seguidamente, el Tribunal Supremo declara que el procedimiento de autorización o ratificación de medidas sanitarias puede calificarse como de "cognición limitada" (cfr. fundamento jurídico cuarto-B de la Sentencia 719/2021 y fundamento jurídico cuarto de la Sentencia 788/2021). Especial atención merece al Alto Tribunal a este respecto la justificación de estas medidas desde el prisma del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad preside, con carácter general, el dictado de cualquier acto administrativo limitativo del ejercicio de derechos (cfr. artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público). Específicamente, en el marco de emergencias sanitarias, dicho principio juega un papel decisivo, dada la presumible afectación que estas medidas tienen sobre los derechos y libertades de los individuos (de ahí su referencia expresa en los artículos 3-*c* y 27.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad —LGS— y, por supuesto, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública —LO 3/1986—, que pueden servir de base a la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales).

El Tribunal Supremo, partiendo de la lectura de estos preceptos, aprueba su aplicación en abstracto, si bien lamenta que "*en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia*" (cfr. fundamento jurídico cuarto-D). Sin duda, el Tribunal Supremo comparte la opinión mayoritaria en el mundo jurídico sobre la conveniencia de una reforma legal que dote de mayor seguridad jurídica al sistema. Sea como fuere, y a falta de esa mayor precisión, el Tribunal Supremo explica que un componente esencial del control judicial que deben realizar las Salas de lo Contencioso-Administrativo se corresponde con el juicio de proporcionalidad de las medidas en el contexto sociosanitario concreto, en los siguientes términos:

"[…] *(iii) ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida con indicación de los hechos que así lo acreditan; la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal; y (v) ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados. Y, sobre esos, presupuestos, (vi) la Sala correspondiente deberá concluir si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada*" (cfr. fundamento jurídico cuarto-D de la Sentencia 719/2021).

A tal efecto, las Salas competentes, sin entrar a examinar el fondo del asunto, podrán servirse, entre otras herramientas, de informes técnico-sanitarios que sirvan de soporte a la medida, así como de la evolución de los principales indicadores sanitarios de público conocimiento para concluir con la proporción o desproporción de la medida. Lo que el Tribunal Supremo rechaza en esta búsqueda de la proporcionalidad es que medidas restrictivas de derechos fundamentales se basen en "*meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución*", tal y como afirma expresamente el Tribunal en la Sentencia 788/2021.

En el anterior contexto, las medidas sanitarias adoptadas por las Administraciones canaria y balear —que en ambos casos eran limitativas de la libertad de circulación— no superaron el examen de proporcionalidad, toda vez que, a juicio del Tribunal Supremo —coincidente con el de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en el primer caso, y con el Ministerio Fiscal recurrente en casación, en el segundo—, no resultaban adecuadas, necesarias y proporcionadas *stricto sensu* para alcanzar el fin de reducir la propagación de la COVID-19.

5. Ámbito objetivo: limitaciones o restricciones de derechos fundamentales que no formen parte de su normal contenido

En otro orden de cosas, las sentencias confirman que la ratificación judicial procede en aquellos casos en los que las limitaciones se dicten en ejercicio de las potestades administrativas que atribuyen a la Administración las leyes en materia de emergencia sanitaria, y no cuando formen parte de la delimitación del contenido normal de los derechos:

"*Por otro lado, está claro que las que deben ser objeto de ratificación son las que no están ya previstas sea por la legislación sanitaria sea por la de policía administrativa o por la correspondiente a otras materias. Es el caso, entre otras, de las disposiciones relativas a horarios y aforos en establecimientos públicos, a las actividades educativas, las que miran a preservar los espacios públicos y a impedir que en ellos se consuma alcohol, las que tienen por objeto evitar la contaminación acústica o de otra naturaleza y, en general, las dirigidas a mantener la convivencia*" (cfr. fundamento jurídico cuarto-A, *in fine*).

Con más detalle, la Sentencia 788/2021 expresa que:

"La restricción o limitación de derechos fundamentales, por necesidades sanitarias o por cualquier otra causa, está prevista y regulada en la Constitución Española con alcance general. La restricción de derechos fundamentales -y más aún su suspensión- en los estados previstos en los arts. 55 y 116 de la Constitución no deja de ser, afortunadamente, algo excepcional. El medio normal para aprobar normas que impliquen la restricción o limitación de un derecho fundamental se encuentra, como es sabido, en los arts. 53 y 81 del texto constitucional: dicho medio es la previsión por ley que, en todo caso, debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental restringido y, por ello mismo, superar el juicio de proporcionalidad; y es la ley orgánica cuando la restricción prevista suponga desarrollo de alguno de los derechos proclamados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I" (cfr. fundamento jurídico segundo).

Esta consideración es lógica. Las limitaciones que, en último término, provienen de una ley (ya sea sanitaria, de policía administrativa o de otra materia) cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 53.1 de la Constitución para delimitar el contenido de derechos fundamentales. Por el contrario, aquellas limitaciones impuestas por la Administración en el ejercicio de potestades administrativas, en cuanto alteran el normal contenido de los derechos, deben someterse a autorización o ratificación judicial.

En realidad, el criterio no es distinto del que se emplea en nuestro derecho administrativo para distinguir la delimitación del normal contenido de los derechos que se realiza por ley de las limitaciones administrativas a su ejercicio. La delimitación del contenido de un derecho realizada por ley determina, con vocación de generalidad y permanencia, qué facultades inherentes a él son admisibles y los límites dentro de los cuales debe ejercitarse, a fin de garantizar los demás bienes constitucionalmente protegidos. Por el contrario, la limitación de derechos, en palabras de los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez:

"*Se trataría de una incidencia que no modifica el derecho subjetivo afectado, ni tampoco la capacidad jurídica o de obrar del titular, sino que actúa, exclusivamente, sobre las condiciones de ejercicio de dicho derecho, dejando inalterados todo el resto de los elementos del mismo (configuración, funcionalidad, límites, protección). Esa incidencia sobre las facultades de ejercicio de los derechos está determinada por la necesidad de coordinarlos, bien con los derechos o intereses de otro sujeto, bien (lo que es el supuesto normal de las limitaciones administrativas) con los intereses o derechos de la comunidad o del aparato administrativo*" (García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón (2002). *Curso de derecho administrativo*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, tomo II, p. 114).

Las limitaciones administrativas de derechos son, por tanto, constricciones que afectan al ejercicio del derecho en unas circunstancias determinadas y, en la medida que no alteran el normal contenido de derechos, carecen de vocación de permanencia. Estas limitaciones, cuando se adoptan en el ejercicio de las potestades atribuidas a la Administración por las leyes en materia de emergencia sanitaria, deben ser objeto de autorización o ratificación judicial porque así lo establece la ley. Y cuánto más cabe decir de aquellas limitaciones que no solo merman el contenido del derecho legalmente determinado, sino que afectan a su contenido esencial, algo que ni siquiera el legislador (en su caso, orgánico) tiene permitido hacer. En estos casos, la necesidad de autorización o ratificación es, si cabe, aún mayor.

De este modo, la atribución a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo de la competencia de ratificar o autorizar las medidas que incidan en el normal contenido de los derechos fundamentales de los particulares garantiza el recto ejercicio de las potestades atribuidas a la Administración, impidiendo sacrificios innecesarios de derechos que en modo alguno coadyuven al objetivo de enfrentar la situación de emergencia sanitaria que se produzca.

Sobre la base de lo anterior, entendemos que debe someterse a autorización o ratificación judicial toda medida restrictiva o limitativa del ejercicio de derechos fundamentales que, en cambio, no afecte a la delimitación normal de su contenido, ya se ampare en la LO 3/1986 en relación con los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo II del título I de la Constitución —reservados a ley orgánica *ex* artículo 81.1 de la Carta Magna—, ya lo haga en el artículo 26 de la LGS o en otro precepto ordinario, estatal o autonómico, cuando se trate de derechos fundamentales de la sección segunda del capítulo II del título I de la misma norma suprema.

6. Cuestiones procesales relativas al nuevo recurso de casación

Finalmente, la Sentencia 719/2021 aclara algunas cuestiones procesales relevantes en relación con el nuevo recurso de casación que el RDL 8/2021 no precisó y que, en consecuencia, podían generar algunas dudas en la aplicación de este nuevo expediente.

Por un lado, el Tribunal Supremo aclara la cuestión de la legitimación para la interposición del recurso de casación, sobre lo que señala que "*sólo puede promoverlo la Administración que pretende obtener la ratificación y sólo está llamado a intervenir en él el Ministerio Fiscal según el artículo 122 quater de la Ley de la Jurisdicción*" (fundamento jurídico cuarto-B). La precisión es importante, porque el RDL 8/2021 contenía una regulación deficiente a este respecto, en la medida en la que solo hablaba de "*parte recurrente*" (*a. e.*, nuevo artículo 87 ter de la LJCA), sin especificar quién debía ostentar tal condición. Ante semejante silencio, no habría sido descabellado integrar la nueva regulación de este singular recurso de casación con las previsiones generales de legitimación contenidas en el artículo 19 de la LJCA y haber concluido que quienes ostentaran un derecho o interés legítimo afectado por la medida (en la práctica, cualquier particular) podrían haber interpuesto el recurso.

La solución alcanzada por el Tribunal Supremo nos parece, en cualquier caso, coherente con la función no jurisdiccional a que obedece el expediente. En la medida en que la institución se configura como un control *ex ante* del ejercicio de poder administrativo en atención a las concretas circunstancias que en él concurren (excesiva discrecionalidad y posible afección a derechos fundamentales con mayor intensidad a la prevista en las leyes), resulta por completo razonable que la única legitimada para recurrir una eventual denegación sea la Administración que promueve la ratificación.

Por otro lado, el Tribunal Supremo atenúa las exigencias que, en materia de interés casacional objetivo, resultan de aplicación para la admisión de un recurso de casación tras la reforma que de esta materia llevó a cabo la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Así, frente al criterio sostenido por el Ministerio Fiscal, que abogaba por aplicar las mismas exigencias y presupuestos previstos en el artículo 88 de la LJCA para la admisión de cualquier otro recurso de casación, el Alto Tribunal opta por una aplicación modulada de este precepto:

"*Por eso, el interés casacional objetivo, en todo caso imprescindible, ha de situarse especialmente en la comprobación de que la Sala competente, al resolver sobre la ratificación solicitada, se ha ajustado a los términos del control preliminar que hemos indicado antes. No debemos olvidar que nos encontramos ante decisiones que afectan a derechos fundamentales, los cuáles deben recibir una especial tutela por parte de los tribunales de justicia.*

Y, desde la perspectiva del interés casacional objetivó que advirtamos en la controversia suscitada en torno a la decisión de la Sala competente, deberemos examinar su fundamentación y su decisión y, de ser necesario, fijar la interpretación qué entendamos procedente. Al igual que en los demás recur-

sos de casación, el examen que nos corresponde ha de versar sobre la resolución judicial impugnada. No ha de suponer la revisión plena de la controversia, aunque, al Igual que en los demás recursos de casación, podamos integrar los hechos ya establecidos con los que resulten del expediente y de las actuaciones si fuere menester" (fundamento jurídico cuarto-C).

A la vista de las matizaciones que, con buen criterio, introduce el Tribunal Supremo en el régimen jurídico aplicable a este singular recurso, cabe plantearse si, precisamente por esa singularidad, no habría sido más adecuado que el legislador, en lugar de deformar una institución procesal de contornos definidos en la que encuentra difícil encaje un expediente sustanciado en ejercicio de una función distinta de la jurisdiccional, hubiera introducido un nuevo recurso extraordinario *ad hoc* para esta materia, cuyo conocimiento podría haber atribuido igualmente a la Sala Tercera del Alto Tribunal. En nuestra opinión, esta opción habría sido más consistente con la regulación vigente del sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo y habría evitado muchos problemas de seguridad jurídica que, en el escenario actual, deberán solucionarse por medio de nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 56, mayo-agosto de 2021 pp. 183-191

Foro de Actualidad

España

EL CONTRATO DE HOSPEDAJE: RESIDENCIAS DE ESTUDIANTES Y *COLIVING*

Ignacio M. Nägele García de Fuentes y Raquel Yannone Obregón
Abogados del Área de Derecho Inmobiliario de Uría Menéndez (Madrid)

El contrato de hospedaje: residencias de estudiantes y *coliving*

El arrendamiento entre estudiantes o huéspedes de edificios de coliving no encuentra un encaje claro en la regulación actual. En el presente artículo se examina el contrato de hospedaje como alternativa que el ordenamiento jurídico proporciona para suplir la inseguridad jurídica derivada de la falta de regulación. Asimismo, se analizan las ventajas de este tipo de contratos frente a los tradicionales contratos de arrendamiento sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Palabras clave:
Contrato de hospedaje, Coliving, Uso de habitación, Servicios complementarios, Contrato atípico, Arrendamiento de vivienda, Edificación habitable.

Lodging Agreement: student housing and coliving

The agreement between students or guests of coliving buildings does not find a clear place under the current Spanish regulations. This document reviews the lodging agreement (contrato de hospedaje) as an alternative that the Spanish law provides to make up for the legal uncertainty arising from the lack of regulation. It also reviews the advantages of this type of agreements compared to lease agreements subject to Law 29/1994 of 24 November 1994 on Urban Leases.

Key Words:
Accommodation contract, Coliving, Use of dormitory, Complementary services, Non-standard contract, Housing rent, Habitable construction.

FECHA DE RECEPCIÓN: 31-5-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-7-2021

Nägele García de Fuentes, Ignacio M.; Yannone Obregón, Raquel (2021). El contrato de hospedaje: residencias de estudiantes y *coliving*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 183-191 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Pese a su naturaleza atípica dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el contrato de hospedaje ha tenido, tradicionalmente, una gran relevancia dentro del contexto turístico.

Nuestra intención es analizar en qué medida este contrato puede aplicarse a otros sectores distintos del puramente hotelero y respecto de otros conceptos diferentes al arrendamiento de habitaciones para el alojamiento de viajeros, adaptándose a modelos de negocio ya consolidados en nuestro país, como las residencias de estudiantes, o a nuevos negocios.

Las nuevas tendencias en lo que a necesidades de los usuarios se refiere han exigido un replanteamiento de la configuración de determinados activos inmobiliarios. Emergen así nuevos conceptos, dinámicos y flexibles, basados en una experiencia más cooperativa, en los que la explotación del activo integra la prestación de servicios hasta el momento ajenos al propio ladrillo, pero que en ningún caso están relacionados con matices turísticos o se basan en la categoría de viajero del usuario.

Estos nuevos espacios tienen su máxima expresión en los conceptos del *coworking*, sector que presenta algo más de madurez en nuestro país, y del *coliving*, que vio la luz por primera vez en Silicon Valley y que se configura como una combinación entre residencia de estudiantes, pero sin estudiantes, hotel, pero sin viajeros, piso en alquiler, sin la configuración tradicional de estos, y club social. Así, los usuarios del *coliving* alquilan una habitación con baño y, en algunos casos, cocina independiente, y tienen acceso a un gran número de zonas comunes, tales como salones, espacios de trabajo, gimnasio, terrazas o lavandería, y pueden disfrutar, además, de servicios comunes de restauración, conectividad, limpieza, seguridad y mantenimiento. Más que como una forma de residencia, los inversores —directamente o por medio de sociedades expertas en la explotación de este tipo de activos— ofrecen este tipo de esquemas de alojamiento como un estilo de vida, en el que cada huésped pertenece a una comunidad formada por jóvenes con inquietudes y objetivos afines.

La implantación y desarrollo del negocio de *coliving*, tan en auge en algunas de las principales ciudades europeas, encuentra relevantes trabas en nuestro país, donde las dificultades burocráticas se han impuesto en muchas ocasiones a la iniciativa de los inversores. La normativa española no está adaptada ni preparada para este tipo de usos combinados, que genera inquietudes e incertidumbres tanto en la administración pública como en los inversores. Sin ser este el objeto principal de este artículo, no queríamos dejar de poner de manifiesto la urgencia que requiere la revisión y adaptación de los usos urbanísticos a las nuevas necesidades de la población.

Naturalmente, en lo que a nosotros nos concierne, la explotación de este tipo de activos requiere una flexibilidad a la altura de sus propios conceptos, que no es ofrecida por la ley especial en materia de arrendamientos urbanos, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos ("LAU"), por lo que resulta imprescindible encontrar una alternativa contractual y un marco regulatorio que garantice la seguridad jurídica.

No obstante, más allá de las tendencias actuales del mercado, nuestra intención es plantear la posibilidad de aplicación del contrato de hospedaje a activos inmobiliarios más tradicionales, pero cuyos titulares pretendan elevar la experiencia de la estancia, ofreciendo servicios complementarios al del goce pacífico de la cosa.

2. Naturaleza jurídica

En este sentido, cabe plantearse cuál es la calificación jurídica y el tipo de normas que deben regir la relación entre los huéspedes de las residencias de estudiantes o del *coliving* y sus propietarios o explotadores. Para responder a esta pregunta hemos de tener en cuenta cuáles son las prestaciones que suelen ofrecer este tipo de alojamientos y cuáles son sus características.

Las partes del contrato serían, por un lado, el huésped y, por otro, el empresario, individual o social, que pone a disposición del huésped el alojamiento y presta los servicios típicos de este tipo de negocios (normalmente, lavandería y limpieza, comedor y seguridad, además de otros como pueden ser transporte, formación o actividades deportivas y gimnasio). Por su parte, el huésped tendrá como obligación principal el pago de la renta convenida y el empresario tendrá la obligación de poner a disposición del huésped el alojamiento, incluyendo la habitación y el resto de las instalaciones, y la de prestar los servicios acordados.

De acuerdo con lo anterior, observamos que la relación entre huésped y empresario tiene las características tanto del arrendamiento de inmueble en el sentido del Código Civil o de la LAU como del arrendamiento de servicios o de obra y de depósito (arts. 1783 y 1784 CC).

Estas características encajan en el contrato que la doctrina y la jurisprudencia han denominado de hospedaje. El contrato de hospedaje se ha definido como aquel "*contrato sui generis, de carácter complejo, consensual y bilateral, en virtud del cual una de las partes se obliga con respecto a la otra a cederle el uso de una o más habitaciones, a prestarle ciertos servicios, a la custodia de su equipaje y a la reventa de ciertos objetos o energías industriales, a cambio de una contraprestación en dinero*" (véase BADENAS CARPIO, Juan Manuel (2000): Sobre la posible publificación del contrato de hospedaje. *Actualidad Civil*, n.º 2, pp. 622-623).

Por su parte el Tribunal Supremo lo define como un contrato de naturaleza compleja en el que se combinan el arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), el arrendamiento de servicios (para los servicios personales), de obra (para comida) y depósito (para los efectos que introducen).

El contrato de hospedaje se ha estudiado y considerado tradicionalmente en relación con los alojamiento hoteleros o turísticos, en general, como un contrato atípico que carece de regulación contractual expresa, si bien existe una amplia regulación de la actividad turística en el ámbito del derecho público. Este contrato guarda semejanzas con diversos tipos contractuales y, por ello, se hace necesario determinar su naturaleza jurídica para tratar de delimitar el régimen jurídico aplicable.

Por nuestra parte, entendemos que el contrato de hospedaje tiene características particulares que lo diferencian y que impiden encuadrarlo en una categoría concreta. Si bien la prestación básica coincide con el arrendamiento de inmueble, existen diferencias manifiestas derivadas de las obligaciones adicionales que asume el propietario, fundamentalmente la prestación de servicios a las personas que se encuentren en la residencia de estudiantes o el *coliving*.

La doctrina ha tratado de analizar si se trata de un contrato mixto, es decir, aquel que regula varias prestaciones reguladas por diversas normas, o si es un contrato simplemente atípico, en el que existe una obligación principal (arrendamiento de inmueble) y otras accesorias (como la prestación de servicios o el depósito).

En todo caso, entendemos que habrá que atender a la intención de las partes. En este sentido, consideramos que los huéspedes que residen en residencias de estudiantes o *coliving* valoran en igual medida la posibilidad de ocupar la habitación y los servicios y prestaciones adicionales que pueden disfrutar. Es esto lo que les hace optar por este tipo de alojamientos en lugar de por el arrendamiento de vivienda tradicional. Esto se puede observar, por ejemplo, en la diferencia de renta que debe abonar el huésped respecto de un arrendamiento de vivienda (ya que en el caso de las residencias o del *coliving* suele ser superior).

Si bien no es una particularidad del contrato de hospedaje, este quedará sujeto a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en la medida en que cumpla los requisitos para ser considerado como un contrato de adhesión (es decir, un contrato en el que el empresario fija unilateralmente las condiciones sin que el huésped pueda negociarlas). De forma parecida, el contrato de hospedaje y la actividad de la residencia o el *coliving* quedarán supeditados al 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, en la medida en que la persona que explota el negocio actúe con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, y el huésped actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

3. Obligaciones del empresario

El empresario que explote una residencia o un *coliving* deberá cumplir con las obligaciones derivadas de la regulación sectorial o de derecho público y con sus obligaciones contractuales. Las obligaciones administrativas afectarán en gran medida la forma de ejecución del contrato, y su incumplimiento dará lugar a las correspondientes sanciones administrativas. En cuanto a las obligaciones contractuales, debido a la complejidad de las prestaciones del contrato de hospedaje, se han agrupado tradicionalmente en tres tipos.

3.1. Obligaciones relacionadas con el uso y disfrute de la habitación y otras dependencias

El empresario debe proporcionar al huésped, además de la cesión del uso y disfrute de la habitación, aquellos suministros y servicios básicos ofertados, como aire acondicionado, agua, calefacción, televisión o wifi. Asimismo, esta obligación no incluye únicamente la cesión del uso de la habitación, sino también del resto de las instalaciones conforme a las condiciones pactadas.

3.2. Obligaciones relacionadas con otros servicios que pueden prestarse durante la estancia

En el hospedaje se incluirá una variedad de servicios cuya oferta puede ser muy amplia. En este sentido merece la pena mencionar que si alguno de estos servicios requiere una nueva manifestación de consentimiento por ambas partes (*i. e.*, servicios adicionales que el huésped puede contratar durante la estancia), esto dará lugar a un nuevo contrato de la naturaleza jurídica que corresponda (servicios, obra, compraventa, etc.). En cuanto al servicio de comidas, por ejemplo, si no viniera incluido en los servicios acordados bajo el contrato, existirán dos tipos de contratos: hospedaje y compraventa.

3.3. Obligaciones de seguridad de la persona y los bienes del huésped

Esta obligación deriva en última instancia de la obligación de buena fe y del artículo 1258 CC, en la medida en que el empresario está obligado no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a responder por todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. De esta forma, el empresario se encuentra obligado a garantizar la seguridad del huésped y sus bienes, lo cual incluye (i) la custodia de los objetos almacenados en la habitación (o en las consignas habilitadas para ello), (ii) la protección de los bienes introducidos en la residencia de estudiantes o el *coliving* no consignados (en relación con los arts. 1783 y 1784 CC) y (iii) la seguridad e integridad del huésped.

4. El arrendamiento de vivienda o de temporada

En este punto cabe plantearse en qué medida el contrato entre el huésped y el empresario podría calificarse como arrendamiento de vivienda bajo la LAU. En la medida en que el contrato incluya servicios y prestaciones accesorias que no son propias del arrendamiento de vivienda, debe entenderse que estamos ante un contrato de hospedaje, independiente y atípico. No obstante, hay que recordar que esta consideración podría cuestionarse, bien por intentar encubrir dentro del hospedaje un verdadero arrendamiento de vivienda con la intención de evitar la regulación de la LAU, lo que debería conllevar la consideración de contrato ejecutado en fraude de ley que no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir (art. 6.4 CC), o bien por ser esta la regulación de la LAU la más acorde al contrato suscrito, aunque las partes hayan expresado otra cosa (STS de 18 de diciembre 2019).

Para responder a la pregunta debemos determinar cuáles son los requisitos que debe cumplir un arrendamiento para que, conforme a la actual LAU, pueda ser considerado como de vivienda, con independencia de los servicios y prestaciones adicionales que puedan establecerse. Se ha de tener en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, en sentencias de 10 de febrero de 1986 y 24 de febrero de 2000), en caso de duda acerca de si la normativa aplicable a un contrato es la general del Código Civil o la especial, representada por la LAU, debe concluirse la aplicabilidad de la legislación general dictada para la mayoría de los casos en lugar de seguir el criterio de la especialidad de la LAU.

Sin perjuicio de otros arrendamientos excluidos expresamente en la LAU, hemos de anticipar que, de acuerdo con el artículo 5.1 LAU, están excluidos de su ámbito de aplicación "*el uso de las viviendas universitarias, cuando éstas hayan sido calificadas expresamente como tales por la propia Universidad propietaria o responsable de las mismas, que sean asignadas a los alumnos matriculados en la correspondiente Universidad y al personal docente y de administración y servicios dependiente de aquélla, por razón del vínculo que se establezca entre cada uno de ellos y la Universidad respectiva, a la que corresponderá en cada caso el establecimiento de las normas a que se someterá su uso*". Por lo tanto, el análisis deberá centrarse en aquellas residencias de estudiantes que no se puedan encuadrar en el anterior supuesto y en los huéspedes de los *colivings*.

El artículo 2.1 de la LAU establece que se considera arrendamiento de vivienda aquel que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. De este precepto legal pueden extraerse una serie de requisitos que deben cumplirse para poder considerar un arrendamiento como de vivienda:

i. El primero de los requisitos es que el arrendamiento recaiga sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea el de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. Así, la jurisprudencia ha considerado que es posible, incluso, que en la finca se desarrollen actividades complementarias sin que el contrato deje de estar considerado como arrendamiento de vivienda (SAP Madrid 9 de marzo de 2004).

ii. El segundo requisito, y que deriva de lo anterior, es la vocación de permanencia, es decir, que se satisfaga una necesidad permanente de vivienda del arrendatario. Es por ello por lo que la propia LAU considera el arrendamiento de temporada como arrendamiento para uso distinto del de vivienda. La STS de 19 de febrero de 1982 estableció que la característica principal de los arrendamientos de temporada es la de haberse convenido para habitar transitoriamente y no con el objetivo de establecer con carácter permanente la vivienda del arrendatario. Este requisito debe entenderse de forma flexible y amplia, y no se refiere únicamente a la mera duración cronológica del arrendamiento.

Así, deben tenerse en cuenta tanto la finalidad como los hechos de los que pueda inferirse la voluntad de las partes. Esta finalidad (satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario) ha de ser compartida y aceptada por el arrendador, ya que no puede depender únicamente de la voluntad interna y subjetiva del huésped la aplicación del régimen más beneficioso para el arrendatario previsto en la LAU.

En definitiva, para poder calificar un contrato de arrendamiento como de vivienda, lo decisivo no es el plazo de duración puramente cronológico (si bien puede ser un indicio), sino la finalidad a la que va encaminado el arrendamiento y la voluntad de las partes.

De acuerdo con lo anterior, podemos descartar que el contrato entre el huésped y el empresario pueda considerarse como de vivienda en la medida en que no se cumplan los anteriores requisitos. No obstante, para evitar la consideración del contrato como arrendamiento de temporada y la consiguiente aplicación de las disposiciones de la LAU en relación con los arrendamientos de uso distinto del de vivienda, deberá configurarse el contrato de tal forma que nos encontremos efectivamente ante un contrato no solo consistente en la cesión del uso del inmueble, sino en el que se incluya el resto de prestaciones de un contrato de hospedaje.

A estos efectos, en caso de conflicto, adquiere una gran relevancia la actividad probatoria, tanto documental (empadronamiento, titularidad de suministros, etc.) como testifical, para probar la finalidad con la que realmente se estableció el arrendamiento y la necesidad que efectivamente ha estado satisfaciendo. Así, por ejemplo, una característica indicativa de que nos encontramos ante un contrato de hospedaje es que el huésped puede confiar de forma legítima en que el empresario velará por la seguridad de sus bienes y de él mismo por tener un encargado o vigilante en la recepción de la residencia de estudiantes o *coliving*.

Finalmente, a pesar de que podrían existir ciertas similitudes entre los contratos a suscribir por los huéspedes de las residencias y del *coliving* y el tradicional contrato de arrendamiento de habitación regido en el Código Civil, tendemos a pensar que, en la medida en que los servicios complementarios ofrecidos en las residencias o *colivings* se están definiendo como un elemento fundamental de la experiencia, el contrato de habitación, que se refiere a la cesión de una de las habitaciones de la vivienda para ser usada como dormitorio (aunque con derecho de uso compartido de otras dependencias de la vivienda) podría tener un difícil encaje en este contexto.

5. Ventajas del contrato de hospedaje

Tal y como hemos indicado, el contrato de hospedaje puede constituirse como una útil herramienta que facilite la flexibilidad requerida por los nuevos modelos de negocio. Frente a los elementos que definen un contrato de arrendamiento tradicional sujeto a la LAU, esta tipología de contratos regidos por el Código Civil ofrecen las siguientes ventajas:

i. En términos de plazo, el Código Civil no impone al titular del establecimiento un plazo mínimo durante el cual el propietario esté obligado a ceder el inmueble al usuario y garantizar el goce pacífico de la cosa, como sí hace, por el contrario, el artículo 9 de la LAU en su redacción vigente. Tampoco se observarían, por tanto, diferencias en la duración mínima del arrendamiento en el caso de que el titular del establecimiento fuera una persona física o jurídica, como sí se establecen en la versión actual de la LAU, estando en ambos casos sujetos a los mismos derechos y obligaciones. Ello ofrecería cierta flexibilidad tanto a los huéspedes, que podrían abandonar la habitación en los periodos estivales o durante el tiempo en que no fueran a residir en ella, como al propietario, quien a su vez podría dis-

poner del espacio para y maximizar el valor del activo y de la experiencia, introduciendo a nuevos huéspedes que a su vez pudieran enriquecer la comunidad.

ii. Intrínsecamente ligado a lo anterior, no resultaría de aplicación la prórroga del contrato a la que hace referencia el artículo 10 de la LAU. En caso de extensión de la estancia del usuario sin que ninguna de las partes se hubiera opuesto a la prórroga del contrato, será necesario atender a lo pactado por las partes en virtud de este. No obstante, al igual que en los contratos de arrendamiento, la tácita reconducción prevista en el artículo 1566 del Código Civil también es de aplicación al contrato de hospedaje. De esta forma, si al terminar el contrato, el huésped permanece disfrutando quince días de la habitación arrendada con aquiescencia del arrendador, el contrato de hospedaje quedará prorrogado por un plazo de duración equivalente al utilizado para la fijación de la renta (*e. g.*, si la renta está fijada anualmente, el contrato quedará prorrogado por plazo de un año).

iii. (A diferencia de lo que sucede en los arrendamientos de vivienda sujetos a la LAU, en los contratos de hospedaje se permite pactar las causas de resolución o desistimiento que las partes estimen convenientes. Del mismo modo, tampoco estarían tasadas las consecuencias de dicha resolución o desistimiento, a diferencia de lo que sucede en caso de desistimiento unilateral por el arrendatario de vivienda al amparo de la LAU.

iv. Sujeto a la regulación aplicable en materia de consumidores, en términos de renta, nada impediría al titular del establecimiento fijar libremente, actualizar o elevar la renta y, por supuesto, repercutir los gastos de aquellos servicios comunes de los que el usuario ha dispuesto durante su estancia, estando únicamente sujeto a la ley de la oferta y la demanda. Nos aventuramos a pensar, en estos tiempos de incertidumbre legislativa, que una eventual modificación de la LAU destinada a imponer restricciones a la rentas en municipios con una especial demanda tampoco sería de aplicación en el caso de un contrato de hospedaje, todo ello naturalmente sujeto a la publicación del mecanismo en virtud del cual nuestro poder legislativo regule este extremo.

v. El derecho de adquisición preferente impuesto por el artículo 25 de la LAU no sería aplicable al contrato de hospedaje. Por la configuración que están tomando estos activos, en los que parece que los planes de negocio de los inversores no contemplan la división horizontal de estos inmuebles, es razonable pensar que tampoco en el marco fáctico este derecho podría aplicarse razonablemente, dado que la transmisión suele realizarse sobre la totalidad del activo y no a una unidad en particular.

vi. El contrato de hospedaje no impone la obligación de otorgar la fianza equivalente a una mensualidad de renta prevista en el artículo 36 de la LAU y a los trámites relacionados con su depósito ante la administración autonómica competente. En este sentido, si bien es usual que los estudiantes o huéspedes deban abonar una cantidad en concepto de depósito o garantía, el contrato de hospedaje permite evitar los trámites y burocracia relacionados con el depósito de la fianza de la LAU y las posibles sanciones derivadas del incumplimiento. Es necesario advertir que la obligación de depósito de la fianza es una obligación que debe cumplir el arrendador a pesar de que no se hubiera recibido el pago de la fianza del arrendatario, y el incumplimiento de este deber está sujeto a sanciones administrativas.

Así, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid el incumplimiento de la obligación de depósito de la fianza estaría sancionado con multa de entre el 26 % y el 50 % de la cuantía de la fianza no exigida o no depositada hasta un máximo de 90.151,82 euros.

vii. Respecto de las obras de mantenimiento y mejora, habría que atender al modelo de negocio concreto. En todo caso, aunque podría ser objeto de acuerdo entre las partes, será el titular del establecimiento el responsable de llevar a cabo las obras de mantenimiento y mejora en el inmueble.

viii. Tampoco estaría sujeto el titular del inmueble a las subrogaciones impuestas por la LAU en la posición del arrendatario en caso de separación, divorcio, nulidad matrimonial o muerte de este.

En definitiva, como se deriva de todo lo anterior, el contrato de hospedaje podría ofrecer una solución alternativa a los tradicionales contratos de arrendamiento cuando el modelo de negocio desarrollado en el inmueble pretende ofrecer una alternativa habitacional temporal y flexible.

España

LA INSCRIPCIÓN DE CLÁUSULAS ESTATUTARIAS O ACUERDOS DE DELEGACIÓN QUE LIMITEN LAS FACULTADES REPRESENTATIVAS DE LOS ADMINISTRADORES

Ángela de Olaran Berraondo y Fernando Calbacho Losada
Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

La inscripción de cláusulas estatutarias o acuerdos de delegación que limiten las facultades representativas de los administradores

Este trabajo analiza si es necesario que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública exija, como requisito de inscripción, que en las cláusulas estatutarias o acuerdos de delegación que limiten las facultades representativas de los administradores se incluya una salvedad explícita al contenido del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital. Para ello, se defiende que no hay motivos para rechazar la inscripción de este tipo de decisiones porque el propio artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital permite su inscripción y porque, a su vez, protege a los terceros al establecer que cualquier limitación será siempre ineficaz frente a terceros.

Palabras clave:
Administradores, Poder de representación, Límites, Inscripción, Ineficacia frente a terceros.

Registration of clauses of articles of association or delegation resolutions limiting the directors' representative powers

This paper analyses whether it is necessary for the General Directorate for Legal Certainty and Public Faith to require, as a condition for registration, that the clauses of articles of association or delegation resolutions

limiting the directors' representative powers include an explicit reference to article 234 of the Corporations Law. We take the view that there are no reasons to deny the registration of these decisions because article 234 of the Corporations Law itself allows for their registration and it also protects third parties by establishing that any restrictions will always be ineffective vis-à-vis third parties.

KEYWORDS:
DIRECTORS, REPRESENTATIVE POWERS, RESTRICTIONS, REGISTRATION, INEFFECTIVENESS VIS-À-VIS THIRD PARTIES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-6-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-6-2021

De Olaran Berraondo, Ángela; Calbacho Losada, Fernando (2021). La inscripción de cláusulas estatutarias o acuerdos de delegación que limiten las facultades representativas de los administradores. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 192-200 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

En la resolución de 10 de febrero de 2021, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (la "Dirección General" o "DGSJFP") ha considerado que las cláusulas estatutarias o acuerdos de delegación que limiten las facultades representativas de los administradores o de los consejeros delegados no son inscribibles salvo que hagan una salvedad explícita al artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital ("LSC"), relativo a que dichas limitaciones serán ineficaces frente a terceros.

La Dirección General desestimó el recurso contra la suspensión de la inscripción de un acuerdo del consejo de administración de una sociedad de responsabilidad limitada por el que se designaba a un consejero delegado para que pudiera ejercitar todas las facultades legal y estatutariamente delegables en representación de la sociedad, con el límite de aquellas cuyo contenido económico resultara superior a un millón de euros, que solo podrían ser ejercitadas junto con otras dos personas de forma mancomunada.

El motivo alegado por la Dirección General para confirmar la nota del registrador en la que rechazaba la inscripción fue que el acuerdo de delegación no dejaba a salvo lo dispuesto en el artículo 234 LSC, que, entre otras cuestiones, establece que el poder de representación de los administradores se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos y que cualquier limitación a dichas facultades no será oponible a terceros.

Aunque la Dirección General reconoce que el artículo 249 LSC dispone que el consejo de administración podrá designar entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas y establecer "*el contenido, los límites y las modalidades de delegación*", a continuación recurre a lo que califica de "*interpretación sistemática*" de la norma para rechazar que "*esa determinación del contenido y los límites de la delegación*" le autorice al consejo "*para limitar el contenido típico del poder de representación*" de los consejeros delegados.

En nuestra opinión, esta resolución no está fundamentada de forma correcta y es contraria a la LSC. A continuación exponemos las razones por las que consideramos que la Dirección General no debería exigir la formalidad adicional de incluir la mencionada salvedad en las cláusulas estatuta-

rias o los acuerdos de delegación que limiten las facultades representativas de los administradores o de los consejeros delegados como requisito para su inscripción.

2. El ámbito del poder de representación de los administradores. Posibilidad de inscribir cláusulas estatutarias o acuerdos de delegación que limiten las facultades de los administradores derivada del artículo 234 LSC

El artículo 234 LSC establece que el poder de representación de los administradores se extiende a todos los actos que estén comprendidos en el objeto social. Además, y con el fin de extender la protección de los terceros que contraten con la sociedad, este mismo artículo dispone a continuación que la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de la sociedad.

Esta es una norma de carácter imperativo que no puede ser alterada por los estatutos o por la decisión de un órgano societario. Sobre la base de este principio imperativo, la Dirección General ha considerado que, para ser inscribibles, los acuerdos que limitan las facultades de los administradores tienen que incluir una salvedad expresa al contenido del artículo 234 LSC, porque entiende que lo contrario provocaría ambigüedad e incertidumbre respecto del ámbito de poder de representación de los administradores[1]. Es decir, el objetivo de la salvedad que la resolución exige que se incluya en el acuerdo de delegación es que no se produzca ambigüedad o incertidumbre, y ello con el objetivo de proteger a los terceros que contraten con la sociedad, a quienes no se les puede exigir indagar sobre el alcance de las facultades de los administradores.

Ahora bien, la ambigüedad se causaría cuando algo se pudiese entender de varios modos o admitir distintas interpretaciones y, por consiguiente, diese motivo a dudas, incertidumbre o confusión; y la incertidumbre tendría lugar cuando no se tuviese un conocimiento seguro y claro de algo[2]. Esto no puede suceder cuando el acuerdo de delegación que se pretenda inscribir no incluya una salvedad expresa al contenido del artículo 234 LSC. Esta salvaguarda es innecesaria frente a una norma imperativa que prevalece en todo caso frente a cualesquiera cláusulas estatutarias o acuerdos de delegación, con independencia de que el acuerdo haga una referencia expresa a ella o no.

Así lo había reconocido la propia Dirección General en anteriores resoluciones al establecer que la mera eficacia interna de las limitaciones se impondría "*por la indudable subordinación de las disposiciones estatutarias a las normas legales imperativas*"[3] y porque "*no puede hacerse recaer en el tercero la carga de interpretar la conexión entre el acto que va a realizar y el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante*"[4].

En su objetivo de proteger a los terceros, consideramos que la resolución se ha extralimitado en su interpretación de la ley. En nuestra opinión, impedir la inscripción de este tipo de acuerdos resulta

desproporcionado, dado que estos ya están protegidos por la ley de manera clara y suficiente, y no es necesario que la Dirección General complete dicha protección mediante requisitos o restricciones adicionales.

La referida protección legal de terceros está reconocida tanto en el artículo 9.2 de la Directiva sobre Derecho de Sociedades, que establece que "*las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los estatutos o de una decisión de los órganos competentes, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado*", como en el artículo 234 LSC, que, por un lado, reconoce que las facultades representativas de los administradores se pueden limitar y que tales limitaciones se pueden inscribir en el registro mercantil y, por otro lado, garantiza que las limitaciones serán ineficaces frente a terceros aunque se hallen inscritas en el registro mercantil.

Las limitaciones tienen, siempre y por mandato legal, una mera eficacia interna en la relación entre la sociedad y el administrador, y nunca podrán oponerse frente a terceros que hayan contratado con la sociedad, con independencia de que estén o no inscritas en el registro mercantil. Por tener rango de ley, esta protección del artículo 234 LSC prevalece sobre el principio reglamentario de legitimación del artículo 7.1 del Reglamento del Registro Mercantil ("RRM") —que establece que el contenido del registro mercantil se presume exacto y válido y que los asientos registrales producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad— y sobre el principio de oponibilidad del artículo 9 RRM —que establece, entre otras cuestiones, que los actos sujetos a inscripción solo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y que la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción—.

No se trata de cuestionar si la delegación de facultades permite establecer limitaciones oponibles frente a terceros —estamos de acuerdo en que no—, sino de remarcar que la mera eficacia interna de las limitaciones no impide que se puedan inscribir en el registro mercantil, y así lo reconoce la ley cuando afirma (segundo párrafo del artículo 234.1 LSC) que cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores será ineficaz frente a terceros "*aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil*".

Es cierto que estas discrepancias en la interpretación de la ley se podrían haber evitado si la ley hubiera dicho que este tipo de cláusulas limitativas de las facultades de representación de los administradores no se pueden inscribir en el registro mercantil, como forma de recalcar su carácter interno en la relación entre la sociedad y el administrador. Pero la realidad es la contraria. La ley ha permitido que este tipo de cláusulas limitativas se inscriban en el registro mercantil y se ha limitado a advertir de su ineficacia frente a terceros.

Por consiguiente, la función del registro debe consistir en comprobar si las limitaciones establecidas en las cláusulas estatutarias o acuerdos de delegación que se quieren inscribir son conformes a la ley y a los principios configuradores del tipo social, y no debe denegar su inscripción por el simple hecho de que la ley haya proclamado la ineficacia de estas limitaciones frente a terceros.

Como consecuencia del carácter orgánico de la representación de los administradores y de la mera eficacia interna de las limitaciones que la sociedad les pueda establecer, la sociedad siempre

quedará vinculada frente a terceros por los actos que los administradores hayan realizado, incluso cuando estos se hubieran extralimitado en sus facultades. En este último caso, la sociedad podrá exigir responsabilidad a dichos administradores, sin perjuicio de que el acto realizado sea válido y eficaz frente a terceros. La propia Dirección General lo reconoce cuando dice que "*una limitación como la cuestionada en el presente caso puede tener una eficacia meramente interna (en el ámbito de la exigencia de responsabilidad que la sociedad pudiera hacer valer frente al consejero delegado que se hubiese extralimitado)*"[5].

En consecuencia, nos parece que el criterio de la Dirección General es desproporcionado por innecesario. El artículo 234 LSC es una norma clara que reconoce tanto la validez como la posibilidad de inscribir este tipo de acuerdos y, por su carácter de norma imperativa, no precisa de ninguna salvaguarda adicional.

3. Posibilidad de que el consejo de administración delegue facultades estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación derivada del artículo 249 LSC

La misma conclusión es aplicable al acuerdo de delegación de facultades del consejo de administración, reconocido en el segundo párrafo del artículo 233.2 y en el artículo 249 de la LSC. En ellos se faculta al consejo de administración para que pueda designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, indicando el régimen de su actuación y estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación, siempre que en los estatutos de la sociedad no se disponga lo contrario.

A pesar de lo establecido en estos preceptos, la Dirección General consideró que "*de la interpretación sistemática de dicha norma* [artículo 249 LSC] *resulta que esa determinación del contenido y los límites de la delegación no autoriza para limitar el contenido típico del poder de representación*", sin llegar a justificar la razón de su criterio.

Sin embargo, el contenido típico del poder de representación no consiste solo en que las facultades representativas de los administradores se extiendan a todos los actos que estén comprendidos en el objeto social, sino también en que la sociedad podrá establecer limitaciones a esta facultades y que estas serán inoponibles frente a terceros.

El registrador admitió que el consejo de administración puede delegar el poder de representación de la sociedad, pero "*si lo delega, lo delega con ese contenido típico* [el del poder de representación de la sociedad], *como un todo, sin posibilidad de establecer limitaciones oponibles a terceros*". Este razonamiento es incorrecto porque presupone que las limitaciones que se quieren inscribir pretenden ser oponibles frente a terceros, lo cual no es posible por mandato legal, como hemos explicado antes. Solo sería correcto si no fuera una mera suposición y si el acuerdo de delegación

pretendiera, de hecho, que la limitación fuera oponible frente a terceros, y que lo manifestara así de forma expresa.

Sin embargo, en el caso concreto no cabe entender que el acuerdo de delegación tuviese tal intención ("[...] *no obstante lo anterior, cualesquiera facultades delegadas cuyo contenido económico resultara superior a un millón de euros (1.000.000€) calculados en cómputo individual por operación, únicamente podrán ser ejercitadas, de forma mancomunada, con don H.R.P. o con don I.F.R.P.*") y, por lo tanto, al no pretender que las limitaciones fueran oponibles frente a terceros, estamos bajo la órbita del mandato legal de que no lo son.

El registrador había defendido que las expresiones "*estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación*" y "*la delegación permanente de alguna facultad*" del artículo 249 LSC no permiten delegar solo determinadas facultades en lugar del íntegro poder de representación y que estas expresiones contemplan las distintas facultades susceptibles de delegación.

Sin embargo, este argumento no se corresponde con la literalidad de la LSC. La delimitación de las facultades delegables del consejo de administración no se encuentra en el artículo 249 LSC, sino en el artículo 249 bis LSC, que enumera las facultades que en ningún caso se podrán delegar, determinando, *a sensu contrario*, que todas las demás facultades se pueden delegar.

Por el contrario, el artículo 249 LSC confirma el criterio de que las facultades representativas se pueden limitar e inscribir en el registro mercantil, porque traslada a la delegación de facultades por el consejo de administración el mismo concepto que hemos comentado respecto del artículo 234 LSC. Por tanto, al igual que los socios pueden limitar las facultades representativas de los administradores e inscribir los límites a estas en el registro mercantil, cuando el consejo de administración decida delegar facultades en uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas en virtud del artículo 249 LSC, también podrá inscribir las limitaciones que estime convenientes. La protección de terceros es la misma en ambos casos, por lo que los límites a las facultades delegadas también han de ser ineficaces frente a terceros, con independencia de que estén inscritas o no.

Finalmente, y a falta de otros argumentos, el registrador tiene que recurrir al argumento un tanto peregrino de que, si se quieren establecer limitaciones a la capacidad de actuación de un consejero delegado, se tenga que acudir al apoderamiento en lugar de a la delegación. Esta pretensión del registrador no es que no sea lógica, que no lo es, sino que tampoco es legal, y el registrador se extralimitó mediante una interpretación incorrecta de la ley.

Por su parte, la resolución afirma que los artículos 149.3 y 185.5 RRM confirman expresamente que no es posible establecer limitaciones oponibles a terceros. Esto no es correcto.

El artículo 149.3 RRM establece que "*El ámbito del poder de representación de los órganos delegados será siempre el que determina el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con los administradores*", y el artículo 185.5 RRM dispone que "*En caso de prever consejo de administración, los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo, que deberá comprender las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría. La delegación de facultades se regirá por lo establecido para las sociedades anónimas*".

Como puede observarse de su simple lectura, estas dos normas en las que se apoya la resolución no confirman la interpretación de la Dirección General de que no sea posible establecer limitaciones oponibles a terceros. Más bien confirman lo contrario. La conclusión correcta de la remisión al actual artículo 234 LSC (el anterior artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas) es que las limitaciones a las facultades representativas de los administradores no serán oponibles a terceros, con independencia de que estén inscritas o no en el registro mercantil, que no es lo mismo.

Lo sorprendente y contradictorio de esta resolución es que afirme que "*la cuestión relativa al ámbito de representación de los administradores de sociedades de capital en el ejercicio de su cargo ha sido solventada ya en nuestro derecho, en el sentido de que, para los actos comprendidos en el objeto social, son ineficaces frente a terceros las limitaciones impuestas a las facultades de representación de los administradores, aunque estén inscritos en el registro mercantil*", y no permita a continuación inscribir también en el registro mercantil una delegación de facultades que contenga limitaciones a las facultades de representación.

No acaban aquí las contradicciones de la resolución. Si, como reconoce la resolución, el artículo 233.2 d) de la LSC permite que "*el poder de representación puede atribuirse a uno o varios consejeros delegados, indicando el régimen de su actuación*", y "*el contenido o ámbito del poder de representación está inequívocamente delimitado, de modo imperativo, por el citado artículo 234*", la interpretación sistemática que preconiza la resolución no puede ser que la facultad de determinación del contenido y de los límites de la delegación por parte del consejo no autorice a limitar el contenido típico del poder de representación. Por supuesto que lo autoriza, y esta es la interpretación sistemática correcta, porque es la única que permite compatibilizar la posibilidad de establecer la limitación —y, por supuesto, de inscribirla en el registro— con el hecho de que esa limitación no afecte a terceros. Así lo reconoce la propia resolución cuando declara que una limitación como la cuestionada en el presente caso puede tener una eficacia meramente interna, en el ámbito de la exigencia de responsabilidad que la sociedad pudiera hacer valer frente al consejero delegado que se hubiese extralimitado.

Lo que no tiene sentido es que, después de afirmar eso, no se pueda inscribir la decisión del consejo, con esa eficacia meramente interna que la ley le atribuye de forma imperativa sin anunciar por si acaso que esa limitación no pretende infringir el artículo 234 LSC.

Por último, la resolución termina apoyándose en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2009 para tratar de justificar que, cuando la defensa del interés social se contrapone a la seguridad del tráfico y la consiguiente protección del tercero de buena fe, "*hay tendencia a adoptar o aproximarse al sistema germánico que da primacía a la protección del tercero y a la seguridad del tráfico*". Sin embargo, esta sentencia no analiza la cuestión de si es posible inscribir limitaciones a las facultades de los administradores o no, sino que confirma que, cuando un tercero de buena fe contrata con la sociedad, es irrelevante que de los estatutos inscritos en el registro mercantil se desprenda que los actos realizados por los administradores no estaban comprendidos en el objeto social. Lejos de confirmar el criterio de la Dirección General, lo que hace más bien esta sentencia es contradecirlo.

4. Conclusión

El principio de la autonomía privada consagrado en el artículo 28 LSC permite incluir cuantos pactos y condiciones se juzguen convenientes en los estatutos y en los acuerdos sociales, siempre que no sean contrarios a la ley ni a los principios configuradores de la sociedad de capital.

De la interpretación de los artículos 234 y 249 LSC se llega a la conclusión de que los límites a las facultades representativas de los administradores o de los consejeros delegados son válidos y se pueden inscribir en el registro mercantil sin necesidad de la tutela adicional que ha exigido la Dirección General.

En definitiva, no nos parecen acertados los motivos de la Dirección General para rechazar la inscripción de cláusulas estatutarias o acuerdos de delegación que limiten las facultades representativas de los administradores o de los consejeros delegados —válidos conforme a las leyes y a los principios configuradores del tipo social— que no hayan dejado a salvo lo dispuesto en el artículo 234 LSC de forma expresa, porque con ello no se refuerza la protección de terceros, que se encuentran ya protegidos de forma suficiente en la ley.

Notas

1 En particular, la resolución afirma que *"ningún obstáculo existiría para inscribir dicha limitación si en el acuerdo de delegación quedara a salvo expresamente lo dispuesto en el referido artículo 234 LSC, eliminando así toda ambigüedad e incertidumbre, incompatibles con la exigencia de precisión y claridad de los pronunciamientos registrales"*.

2 De la definición de *ambiguo* y *certeza* del diccionario de la Real Academia Española.

3 Resoluciones de la DGRN de 17 de septiembre de 2015 y de 4 de abril de 2016.

4 Resolución de la DGRN de 17 de septiembre de 2015.

5 Resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2018 y de la DGSJFP de 10 de febrero de 2021.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 56, mayo-agosto de 2021, pp. 201-211

Foro de Actualidad

España

NUEVAS MEDIDAS DE INTERVENCIÓN SOBRE EL MERCADO DE VIVIENDA DE LAS ISLAS BALEARES

Carlos Lora González y Marina Baena Solís

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

Nuevas medidas de intervención sobre el mercado de vivienda de las Islas Baleares

El Decreto-Ley 3/2020, de 28 de febrero, de medidas urgentes en materia de vivienda en las Islas Baleares, introdujo nuevas medidas de intervención sobre el mercado de vivienda de las Islas Baleares en materia de obligación de ofrecimiento de alquiler social, expropiación forzosa del uso de la vivienda y derechos de adquisición preferente de la Administración. El reciente Decreto ley 4/2021, de 3 de mayo, para impulsar y agilizar la tramitación de ayudas y otras actuaciones en materia de vivienda, refuerza esas medidas y aclara algunas partes oscuras. Algunas de estas medidas podrían ser inconstitucionales.

Palabras clave:
Vivienda, Mercado de vivienda, Islas Baleares, Expropiación forzosa, Alquiler social, Derechos de adquisición preferente

New intervention measures on Balearic Islands' housing market

Decree-Law 3/2020 of 28 February on urgent housing measures in Balearic Islands introduced new measures on Balearic Islands' housing market in terms of social renting obligation, taking of dwellings' use or pre-emption rights in favour of Balearic public authorities. Recent Decree-Law 4/2021 of 3 May on boosting and speeding up the processing of grants and other measures on housing reinforces such measures and clarifies some dark points. Some of such measures could be contrary to the Spanish Constitution.

Key words:
Housing, Housing market, Balearic Islands, Taking, Social renting, Pre-emption rights.

FECHA DE RECEPCIÓN: 29-6-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-7-2021

Lora González, Carlos; Baena Solís, Marina (2021). Nuevas medidas de intervención sobre el mercado de vivienda de las Islas Baleares. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 201-211 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 5 de marzo de 2020 se publicó en el *Boletín Oficial de las Islas Baleares* ("*BOIB*") el Decreto-ley 3/2020, de 28 de febrero, de medidas urgentes en materia de vivienda en las Islas Baleares (el "Decreto-ley 3/2020"), convalidado por la Diputación Permanente del Parlamento Balear el 14 de abril de 2020 (*BOIB* del 18 de abril). El Decreto-ley 3/2020 ha sido recientemente modificado por el Decreto-ley 4/2021, de 3 de mayo, para impulsar y agilizar la tramitación de ayudas y otras actuaciones en materia de vivienda (el "Decreto-ley 4/2021"), que refuerza algunas de esas medidas y pretende aclarar algunas partes oscuras de su contenido.

El Decreto-ley 3/2020 establecía, con carácter urgente, medidas de fomento dirigidas a "*facilitar la promoción, la construcción, la implantación o el uso de viviendas de titularidad pública en las Illes Balears con el fin de contribuir a la efectividad del derecho a la vivienda*" (artículo 1). Sin embargo, su disposición adicional tercera modificó la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears (la "Ley 5/2018"), e introdujo ciertas limitaciones al derecho de propiedad de los grandes tenedores de vivienda (personas físicas o jurídicas que, de manera directa o indirecta, dispongan de facultad de uso sobre más de diez viviendas y tengan como actividad principal la promoción inmobiliaria, la intermediación, la gestión, la inversión, la compraventa, el alquiler o la financiación de viviendas). Algo similar ocurre con el Decreto-ley 4/2021, que pretende reforzar el régimen de subvenciones y ayudas al alquiler, pero introduce, vía disposición final, algunas modificaciones de calado en la Ley 5/2018.

En concreto, ambas normas obligan a los grandes tenedores de vivienda a ofrecer alquiler social en favor de personas vulnerables con necesidad residencial; establecen que las viviendas de su titularidad desocupadas por más de dos años incumplen la función social de la propiedad y, en consecuencia, su uso puede ser temporalmente expropiado; y confieren a la Administración derechos de tanteo y retracto en ciertas transmisiones de viviendas.

2. Inconstitucionalidad de las limitaciones al derecho de propiedad de los grandes tenedores de vivienda

Con carácter previo, cabe destacar que algunas de las limitaciones que el Decreto-ley 3/2020 introduce sobre el derecho de propiedad podrían ser inconstitucionales. En la medida en que esas limitaciones son confirmadas, con alguna modificación, por el Decreto-ley 4/2021, sus previsiones al respecto estarían viciadas de igual inconstitucionalidad.

2.1. Las normas exceden los límites materiales del artículo 86.1 de la Constitución

Según el Tribunal Constitucional, los decretos-leyes autonómicos tienen como límite, además de aquellos que impongan los estatutos de autonomía, los que el artículo 86.1 de la Constitución establece para los reales decretos leyes (cfr. sentencias del Tribunal Constitucional núm. 93/2015, de 14 de mayo; o 61/2021, de 28 de enero). Entre esos límites se encuentra no afectar a los "*derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título primero*".

Con base en esa previsión, el Tribunal Constitucional ha declarado que la reserva de ley que el artículo 33.2 y 3 de la Constitución establece para la regulación del derecho fundamental a la propiedad privada se identifica con una reserva de ley formal, y no solo con la material. En consecuencia, la regulación del derecho de propiedad está vedada a los decretos-leyes. En su Sentencia núm. 93/2015, de 14 de mayo, el Tribunal señaló:

"*La previsión contenida en el precepto impugnado* [medidas análogas a las introducidas por el Decreto-ley 3/2020]*, más que delimitar un concreto sistema urbanístico o una determinada política de vivienda, se dirige a precisar el haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada y, al mismo tiempo, a definir la función social del mismo, que son, como hemos visto, los dos elementos básicos que conforman el derecho de propiedad* [...].

Por todo lo razonado, debemos concluir que el artículo 1.3 concurre a establecer el régimen general del derecho de propiedad de la vivienda y dentro de él uno de sus elementos esenciales, lo que, por implicar "afectación" del mismo en el sentido que a este concepto le atribuye la doctrina constitucional, está vedado a esta modalidad de disposición con fuerza de ley".

Esta doctrina ha sido aplicada por el propio tribunal en su reciente Sentencia núm. 16/2021, de 28 de enero, que anula medidas similares a las introducidas por el Decreto-ley 3/2020 (y confirmadas por el Decreto-ley 4/2021) contenidas en un decreto-ley catalán. Por tanto, los decretos-leyes que ahora se examinan, en la medida que vulneran los límites materiales establecidos en el artículo 86.1 de la Constitución, serían igualmente inconstitucionales.

2.2. Las normas no justifican la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad en relación con las limitaciones al derecho de propiedad privada que introducen

El Decreto-ley 3/2020 no justifica debidamente que, respecto de las limitaciones al derecho de propiedad, concurra el presupuesto habilitante de esta clase de normas.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (*vid.*, por todas, sentencias del Tribunal Constitucional núm. 137/2011, de 14 de septiembre; 211/2015, de 8 de octubre; 243/2015, de 30 de noviembre; o 70/2016, de 14 de abril), el dictado de decretos-leyes requiere acreditar tanto la constatación de una situación de extraordinaria y urgente necesidad como la conexión entre esa situación y las medidas finalmente adoptadas.

El Decreto-ley 3/2020 no justifica ninguno de esos extremos en relación con las limitaciones al derecho a la propiedad privada de grandes tenedores. De acuerdo con su artículo 1, la norma tiene un objeto muy distinto a la introducción de nuevas limitaciones al derecho de propiedad, pues este se circunscribe a una rápida ampliación del parque público de viviendas con el objetivo de dar una ágil satisfacción a la creciente demanda residencial en Islas Baleares mediante la realización de políticas de fomento. Según su exposición de motivos:

"*El carácter extraordinario y urgente de las medidas que recoge este Decreto se justifica ante esta necesidad de asegurar el derecho de acceso a una vivienda digna mediante la ampliación del parque público de viviendas, que viene impuesta por el difícil contexto actual del mercado de vivienda. Para ser efectivo, este incremento del parque de vivienda de gestión pública tiene que ser ágil.*

[...] *Es precisamente para alcanzar este ritmo de construcción de nuevas viviendas protegidas por lo que resulta imprescindible que, además de recursos presupuestarios y personales, se disponga de los instrumentos propios que posibiliten su materialización de una forma rápida y eficiente. Las herramientas que se diseñan en el marco de la legislación sectorial de vivienda tienen precisamente este objeto: agilizar los procedimientos administrativos necesarios para la construcción de viviendas públicas. En este sentido, se adoptan medidas extraordinarias que permitan ampliar de forma rápida el parque público de viviendas* [...]".

Así pues, la razón de ser del Decreto-ley 3/2020 radica en la introducción en el ordenamiento jurídico balear de medidas de fomento que permitan ampliar el parque de vivienda pública. La única referencia a las limitaciones al derecho de propiedad que, sin embargo, contempla se circunscribe a referir la disposición y, en el caso de las medidas expropiatorias, a calificarla de mera mejora técnica, algo que en modo alguno satisface los requisitos indicados. En consecuencia, no puede entenderse que el Decreto-ley 3/2020 satisfaga adecuadamente el presupuesto habilitante previsto en el artículo 86.1 de la Constitución para su dictado.

Por otro lado, aunque la exposición de motivos del Decreto-ley 4/2021 se explaya con más detenimiento en las modificaciones que operan sobre las limitaciones al derecho de propiedad que regula, tampoco justifica adecuadamente la extraordinaria y urgente necesidad que motiva el recurso a ese instrumento y, por tanto, tampoco concurre razonablemente el presupuesto habilitante para recurrir a este tipo de normas.

3. Obligación de ofrecer alquiler social impuesta a grandes tenedores

El nuevo artículo 26 bis en la Ley 5/2018, introducido por el Decreto-ley 3/2020 y modificado recientemente por el Decreto-ley 4/2021, establece que los grandes tenedores están obligados a realizar una propuesta de alquiler social a personas, unidades familiares o unidades de convivencia que no tengan una alternativa propia de vivienda y que estén en situación de especial vulnerabilidad con carácter previo a:

i. La adquisición de viviendas mediante acuerdos de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios sobre la vivienda habitual (cfr. apartado 1 del artículo 26 bis de la Ley 5/2018).

ii. La firma de contratos de compraventa que tengan como causa de la venta la imposibilidad por parte del prestatario de devolver el préstamo hipotecario (cfr. apartado 1 del artículo 26 bis de la Ley 5/2018).

iii. La interposición de demanda judicial de ejecución hipotecaria o de ejecución de títulos no judiciales (cfr. apartado 2 del artículo 26 bis de la Ley 5/2018).

Habida cuenta de que este último supuesto podría invadir la competencia exclusiva estatal en materia procesal reconocida en el artículo 149.1.6 de la Constitución, la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Illes Balears acordó, mediante Resolución de 5 de marzo de 2021, que el apartado 2 del artículo 26 bis debía interpretarse en el sentido de que "*no suponen una innovación o especialidad procesal alguna en relación con el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 80/2018, de 5 de julio). La sanción administrativa se limita a establecer una obligación sustantiva cuyo nacimiento se hace coincidir temporalmente con la iniciación de la ejecución y cuyos efectos y consecuencias se producen, en todo caso, al margen de los trámites que han de seguirse en sede procesal, que no quedan afectados*". En esta dirección, el Decreto-ley 4/2021 ha modificado el apartado 3 del artículo 26 bis de la Ley 5/2018 a fin de establecer que, "*una vez verificada la situación de especial vulnerabilidad y formulada la oferta de alquiler social, en los términos del apartado 5, si los afectados la rechazan, el demandante podrá no será sancionado por incumplimiento de la obligación de ofrecer un alquiler social si inicia el procedimiento judicial*".

Sin perjuicio de la polémica anterior, cuando se dé alguno de los tres supuestos referidos, los grandes tenedores deben requerir a los afectados información para comprobar si concurren las circunstancias previstas en la norma —situación de especial vulnerabilidad e inexistencia de alternativa propia de vivienda— que harían obligatoria la oferta de alquiler social. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 5/2018, se considera que existe "situación de especial vulnerabilidad en materia de vivienda" cuando, acumuladamente: (i) ningún miembro de la unidad familiar o de convivencia es titular de algún derecho que le permita disponer del uso de una vivienda estable y en condiciones de habitabilidad; (ii) haya estado empadronado en las Islas Baleares durante el plazo mínimo que se fije reglamentariamente; (iii) la unidad familiar o de convivencia no disponga de los recursos necesarios para acceder a una vivienda a precio de mercado; y (iv) los servicios sociales competentes emitan un informe acreditativo de tal situación.

La Ley 5/2018 remitió a un ulterior desarrollo reglamentario la concreción de los requisitos que se habría de reunir para tener por acreditada la "situación de especial vulnerabilidad en materia de vivienda", y ordenó que, en todo caso, se considerara y diera prioridad a situaciones socioeconómicas y familiares como (i) que alguno de sus miembros tenga declarado un grado de discapacidad superior al 33 %, una situación de dependencia o incapacidad laboral; (ii) haber padecido violencia de género; (iii) tener menores al cargo; o (iv) haber sido desahuciado o estar en proceso de desahucio o lanzamiento, entre otros. A la fecha de publicación de estas páginas, el Gobierno balear aún no ha aprobado el correspondiente desarrollo reglamentario, por lo que se desconoce

en qué términos quedará definida dicha situación. En cualquier caso, la falta de desarrollo reglamentario no es impedimento para que la Administración pueda aplicar la previsión (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013 —rec. 4939/2011—, y de 6 de mayo de 2013 —rec. 3442/2011—).

Por su parte, el Gobierno balear ha elaborado una "Guía" explicativa de las obligaciones de los grandes tenedores reguladas en la Ley 5/2018, desprovista de todo valor jurídico, en la que se informa de que, en los supuestos anteriores, los grandes tenedores deberán comprobar esta situación de especial vulnerabilidad requiriendo previamente a los afectados la siguiente documentación:

i. Información registral acreditativa de que ningún miembro de la unidad familiar o de convivencia titula un derecho de propiedad, usufructo o cualquier derecho real que permita el uso y disfrute de alguna vivienda ubicada en territorio español. En el supuesto de que obrare inscrito algún derecho real a su favor, se debe acreditar la no disponibilidad del uso y disfrute de la vivienda.

ii. Certificado histórico de convivencia de todos los miembros de la unidad de convivencia.

iii. Informe de los servicios sociales competentes que acredite la especial vulnerabilidad en materia de vivienda de la unidad de convivencia.

En cuanto al contenido de la propuesta de alquiler social, la Ley 5/2018 exige que la renta ofrecida no supere el 30 % de los ingresos ponderados de la unidad familiar, y que se ofrezca preferentemente la vivienda afectada por el procedimiento o, alternativamente, una vivienda ubicada dentro del mismo término municipal, salvo que se disponga de un informe de los servicios sociales municipales acreditativo de que el traslado a otro término municipal no afecta negativamente a la situación de exclusión residencial de la unidad familiar.

Las normas relevantes no regulan el plazo que se habría de conferir a los afectados para aceptar el ofrecimiento. Sí se establece, por el contrario, la obligación de comunicar a la Consejería competente en materia de vivienda la oferta de alquiler social a los afectados en el plazo de tres días hábiles desde su realización (cfr. artículo 26 bis.4 de la Ley 5/2018).

De acuerdo con el artículo 88-t) de la Ley 5/2018, el incumplimiento de la obligación de realizar la propuesta de alquiler social o la realización de oferta sin cumplir con los requisitos anteriores está tipificado como una infracción muy grave, que podrá ser sancionada con multa de 30.001 a 90.000 euros. Asimismo, con arreglo al artículo 88-u), de la Ley 5/2018, constituye una infracción muy grave el incumplimiento de la obligación de comunicación a la Administración de haber realizado la oferta de alquiler social.

4. Expropiación forzosa temporal del uso de viviendas por incumplimiento de la función social de la propiedad

El Decreto-ley 3/2020 modifica el régimen de intervención administrativa sobre las llamadas "viviendas desocupadas" titularidad de grandes tenedores de viviendas y, como se anticipaba al inicio, introduce la posibilidad de que la Administración autonómica balear expropie forzosamente el uso de las viviendas desocupadas a grandes tenedores cuando estos incumplan la función social de la vivienda mediante su uso habitacional efectivo durante un tiempo superior a dos años (cfr. nuevo artículo 36.3 de la Ley 5/2018).

A los efectos previstos por el artículo 36.3 de la Ley 5/2018, de acuerdo con el artículo 5.2-b) de la misma ley, se incumple la función social de la vivienda cuando esta pueda reputarse "*desocupada*". Y, en este sentido, los artículos 4-d) y 36.1 de la Ley 5/2018 definen *vivienda desocupada* como aquella que "*permanece desocupada de manera continuada durante un tiempo superior a dos años, sin ninguna causa que justifique su desocupación, según establece esta ley y su normativa de desarrollo*". Las causas justificativas de la desocupación previstas en el artículo 36.2 de la Ley 5/2018 se corresponden con la concurrencia de circunstancias ajenas a la voluntad del propietario (así, ocupación ilegal o existencia de carga o gravamen que impida ocuparla). Por tanto, una vivienda que se encuentre vacía durante más de dos años por razones que escapan de la esfera de control del propietario no puede reputarse como vivienda desocupada ni, en consecuencia, su uso puede ser objeto de expropiación.

Según el artículo 36.3 de la Ley 5/2018, el incumplimiento de la obligación de dar cumplimiento a la función social de la vivienda, acreditado por la inscripción de la vivienda en el Registro, es causa bastante de interés social para proceder a la expropiación forzosa del uso temporal, siempre que se den las circunstancias establecidas en el artículo 42 de esta ley y conforme al procedimiento establecido en la legislación sobre expropiación forzosa.

La expropiación forzosa del uso temporal del inmueble regulado en la Ley 5/2018 se corresponde con un procedimiento especial de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad regulado en el capítulo II del título II de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa (la "LEF"). De una lectura integrada de ambas normas se concluye que la expropiación forzosa del uso temporal de viviendas vacías requiere la concurrencia de las circunstancias siguientes:

i. Existencia de una declaración positiva formulada por ley o decreto del Consejo de Gobierno de que un determinado bien o una categoría de bienes debe emplearse de cierta forma (cfr. artículos 72.1.º de la LEF y 88.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa, aprobado mediante Decreto de 26 de abril de 1957 —el "REF"—). Esta declaración positiva se corresponde con la que realiza el artículo 36.3 de la Ley 5/2018.

ii. Para el caso de que la declaración positiva anterior se refiera a una categoría de bienes, debe existir una segunda declaración positiva individualizada mediante decreto del Consejo de Gobierno de que un bien en concreto, o un conjunto de bienes concretos, deben emplearse en la forma estipulada por la ley (cfr. artículo 88.2 del REF). Ello supone que la Administración expropiante debe dictar, antes del inicio del procedimiento expropiatorio, un decreto que obligue a un determinado particular a utilizar una vivienda concreta de la forma indicada por el artículo 36.3 de la Ley 5/2018 (ser empleadas como viviendas en un plazo máximo de dos años).

iii. Concurrencia de las condiciones establecidas en el artículo 42.1 de la Ley 5/2018, a saber: (a) debe existir una necesidad objetiva de vivienda o dificultades de acceso a ella por parte de la ciudadanía; (b) el número de viviendas afectadas no puede ser superior al número de personas inscritas en el registro de demandantes de vivienda pública cuya solicitud no haya podido ser atendida durante el último año; (c) las medidas adoptadas por las Administraciones públicas han resultado insuficientes para atender la necesidad objetiva de vivienda; (d) en todo caso, se debe garantizar una justa compensación a los propietarios expropiados, que podrá ser superior a la renta de alquiler que pague el arrendatario de la vivienda; y (e) la expropiación queda limitada por las disponibilidades presupuestarias del Instituto Balear de la Vivienda ("IBAVI").

El procedimiento se regula en el artículo 20 del Decreto 36/2019, de 10 de mayo, por el cual se regulan las viviendas desocupadas, el Registro de viviendas desocupadas de grandes tenedores y el procedimiento de cesión obligatoria por parte de grandes tenedores. No obstante, la normativa autonómica guarda silencio en cuanto a la duración máxima del procedimiento, por lo que cabe razonablemente entender que resulta de aplicación la regla de los tres meses contenida en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 20, la normativa básica estatal en materia de expropiación forzosa es de aplicación supletoria.

5. Nuevos derechos de adquisición preferente en favor de la Administración autonómica de Islas Baleares

5.1. Supuestos de aplicación de los derechos de adquisición preferente

El Decreto-ley 3/2020 introduce derechos de adquisición preferente a favor de la Comunidad Autónoma en tres supuestos:

i. Transmisiones de viviendas o terrenos adquiridos mediante dación en pago, compensación de deudas o ejecución de garantías hipotecarias o títulos no judiciales respecto de las que tanto vendedor como comprador sean grandes tenedores de vivienda. Además, las viviendas o terrenos deben estar ubicados en suelos clasificados como urbanos o urbanizables, y debe tratarse de la primera o posterior transmisión.

Por "primera transmisión" cabe entender la venta de una vivienda ya adquirida por alguno de los expedientes indicados, pero no esa adquisición en sí misma. Y ello porque (a) la norma se refiere a viviendas y terrenos "adquiridos" por esos expedientes, y no a inmuebles "que se adquieran" así; (b) alguna de las situaciones referidas (como la ejecución de títulos no judiciales) impiden, por su propia naturaleza, el ejercicio de un derecho de tanteo por la Administración, toda vez que algunas de las condiciones esenciales de la transmisión (como el precio) no se verán determinadas hasta que se haya realizado la adjudicación; (c) el Decreto-ley 3/2020 carga con la obligación de comunicación de la transmisión al transmitente —que, en estos procesos, sería el deudor que impaga el crédito—, pero no a los órganos judiciales o notariales a cuyo cargo se esté sustanciando la transmisión; y (d) en todo caso, la norma ya incluye otras medidas para proteger a los inquilinos afectados por un procedimiento de esta clase (así, obligación de ofrecer alquiler social). Además, la reforma operada por el Decreto-ley 4/2021 aclara que el derecho afecta a toda transmisión realizada después del 6 de marzo de 2020 "*aunque no sea el gran tenedor transmitente quien haya adquirido la titularidad del inmueble en el proceso judicial o extrajudicial y con independencia de la fecha en que los inmuebles hayan sido adquiridos en aquel proceso*".

De acuerdo con el párrafo 3.º del artículo 26.1 *quater* de la Ley 5/2018, se considerará transmisión a estos efectos la modificación estructural o el cambio de control de las sociedades tenedoras. Además, el párrafo 2.º del mismo precepto establece una presunción *iuris tantum* de adquisición mediante compensación o pago de deuda cuando la vivienda o el terreno sea adquirido por una entidad perteneciente al mismo grupo de sociedades que el acreedor. Se excluyen de este régimen las viviendas de protección oficial, a las que resultan de aplicación en los artículos 75 a 75 *sexies* de la Ley 5/2018.

ii. Transmisión de viviendas inscritas en el Registro de viviendas desocupadas de las Islas Baleares (por permanecer desocupadas por un tiempo superior a dos años) entre grandes tenedores de viviendas (cfr. artículo 36.4 de la Ley 5/2018). Estos derechos de adquisición preferente estarán vigentes mientras las viviendas se mantengan inscritas en el Registro y afectarán a la primera y posteriores transmisiones de esas viviendas.

iii. Transmisión del dominio de la totalidad de un inmueble que disponga de más de una vivienda cuando al menos una de ellas esté arrendada. A estos efectos, se considerará transmisión las modificaciones estructurales o los cambios de control ocurridos en la sociedad propietaria. No se requiere que la transmisión tenga lugar entre grandes tenedores de viviendas (cfr. artículo 26 ter.1).

5.2. Procedimiento de ejercicio del derecho de tanteo

El artículo 26 *quinquies* de la Ley 5/2018 regula el procedimiento para el ejercicio del derecho de tanteo en transmisiones entre grandes tenedores. En cuanto a su ejercicio en los casos de transmisión de edificios completos, el nuevo artículo 26 ter.2 se remite a "*los términos previstos en la normativa aplicable*", lo que no aclara si tales términos son los previstos en el artículo 26 *quinquies* o los previstos en los artículos 75 a 75 *sexies* para viviendas de protección oficial. Aunque la primera opción parece más razonable, tanto por la ubicación sistemática del precepto como porque los

tres supuestos constituyen excepciones al régimen de derechos de adquisición preferente sobre viviendas de protección oficial, la regulación del procedimiento dada por el Decreto-ley 4/2021 en ese precepto no despeja la duda, toda vez que limita expresamente su alcance a la transmisión de viviendas o terrenos "*sujetos a derecho de tanteo y retracto previsto en el artículo 26 quater*", sin mencionar el artículo 26 ter. Sea como fuere, a continuación se expone exclusivamente el régimen previsto en el artículo 26 *quinquies* de la Ley 5/2018.

El derecho de tanteo es la regla general (cfr. artículo 26 *quinquies*.1). El transmitente debe comunicar la decisión de transmitir la vivienda al IBAVI, incluyendo la información esencial de la operación que cita dicho precepto. El incumplimiento de esta obligación de comunicación está calificada como infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 88-s), v) y r) de la Ley 5/2018, y, en consecuencia, podrá ser sancionado con multa de 30.001 a 90.000 euros.

El titular debe mostrar la vivienda a la Administración si esta así lo solicita. En caso de incumplimiento, el plazo para el ejercicio del derecho de tanteo quedará en suspenso hasta la fecha de su cumplimento efectivo, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador (cfr. artículo 26 *quinquies*.3). De acuerdo con el artículo 88-x) de la Ley 5/2018, el incumplimiento de esta obligación puede constituir una infracción muy grave, sancionable con la misma multa referida.

Transcurridos dos meses desde que se haya practicado la comunicación sin que la Administración haya notificado su voluntad de ejercer su derecho de tanteo, se entenderá que renuncia a su ejercicio. No obstante, ese plazo puede ampliarse en los casos previstos en la normativa de procedimiento administrativo común o cuando resulte necesario subsanar la notificación, plazo este que no podrá superar los veinte días (cfr. artículo 26 *quinquies*.2). Los efectos liberadores caducarán a los seis meses desde la fecha de la notificación (cfr. artículo 26 *quinquies*.4). Además, el gran tenedor transmitente deberá notificar cualquier cambio que se produzca en la situación de la vivienda o en la operación, notificación que reiniciará el plazo (cfr. artículo 26 *quinquies*.2). El incumplimiento de esta obligación puede ser constitutivo de infracción muy grave (cfr. artículo 88-z).

El ejercicio del derecho deberá notificarse al gran tenedor transmitente, con el contenido señalado en el artículo 26 *quinquies*.5. El plazo para formalizar la adquisición será de tres meses, contados desde la notificación anterior. Todo cambio en la situación de la vivienda o en las condiciones de la operación ocurrido antes de la formalización deberá ser notificado a la Administración, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador que corresponda o el ejercicio de las acciones pertinentes por parte de la Administración o la entidad beneficiaria.

5.3. Procedimiento de ejercicio del derecho de retracto

El derecho de retracto solo podrá ser ejercitado por la Administración autonómica, por el mismo precio y en las mismas condiciones de adquisición en que efectivamente se haya producido la transmisión, en los siguientes supuestos, previstos con carácter de *numerus clausus* (cfr. artículo 26 *sexies*): (i) cuando la transmisión del inmueble se haya llevado a cabo infringiendo lo previsto para el derecho de tanteo; (ii) cuando la transmisión se haya producido antes de que venza el plazo para ejercer el derecho de tanteo o una vez finalizados los efectos liberadores; y (iii) cuando la transmisión se haya realizado en condiciones distintas a las fijadas por la notificación.

La Administración podrá decidir el ejercicio del derecho de retracto en los tres meses siguientes a que haya tenido conocimiento de la transmisión y de sus condiciones (que, en la mayor parte de los casos, será en el momento de la notificación por el gran tenedor transmitente: cfr. artículo 26 *sexies*.3). A tal efecto se sustanciará un procedimiento contradictorio que prevé la audiencia del gran tenedor transmitente (cfr. artículo 26 *sexies*.4). En estos casos, concurren las mismas obligaciones de colaboración previstas para el derecho de tanteo, con análogas consecuencias.

El derecho de tanteo se ejercerá mediante resolución que deberá incluir el contenido señalado por el artículo 26 *sexies*.6. El plazo para formalizar la adquisición será de tres meses desde la notificación del ejercicio del derecho (cfr. artículo 26 *sexies*.8).

Los derechos de adquisición preferente podrán ejercitarse por la propia Administración autonómica directamente o a través de entidades de derecho público con personalidad jurídica propia. El ejercicio de esos derechos podrá tener lugar en beneficio propio o en favor de un municipio, un consejo insular u otras entidades que dependan de estos, incluidas sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público mediante la suscripción del correspondiente convenio (cfr. artículo 26 *quater*.3). El bien adquirido deberá destinarse a proporcionar viviendas, alojamientos dotacionales o cualquier otra solución habitacional, y podrá ser gestionado directamente por la Administración o por entidades del tercer sector (cfr. artículo 26 *quater*.4).

España

LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR EN EL TRANSPORTE NACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA

Diego José Pérez Rodríguez

Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

La responsabilidad del porteador en el transporte nacional de mercancías por carretera

Este artículo analiza el régimen de responsabilidad del porteador en el marco del contrato de transporte nacional de mercancías por carretera, en especial, a la vista de los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la materia.

Palabras clave:
Responsabilidad del porteador, Límites de responsabilidad, Cuantía indemnizatoria, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2020.

Carrier's liability in national road freight transport

This article analyses the carrier's liability in the framework of contracts for national road freight transport, especially in light of the most recent rulings of the Supreme Court on the matter.

Keywords:
Carrier's liability, Liability limits, Amount of compensation, Supreme Court judgment of 12 February 2020.

Fecha de recepción: 14-6-2021

Fecha de aceptación: 17-6-2021

Pérez Rodríguez, Diego José (2021). La responsabilidad del porteador en el transporte nacional de mercancías por carretera. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 212-224 (ISSN: 1578-956X).

1. El contrato de transporte nacional de mercancías por carretera

1.1. Concepto y naturaleza jurídica

Podemos definir el contrato de transporte nacional de mercancías por carretera como aquel en virtud del cual una persona llamada porteador se obliga frente a otra denominada cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato (*i. e.,* el destinatario).

De forma similar a lo que ocurre con el contrato de construcción naval en el transporte marítimo, su naturaleza jurídica se ha puesto en entredicho en determinados momentos. En la actualidad, esta discusión se encuentra superada, y el contrato de transporte de mercancías se configura como un arrendamiento de obra en lugar de como un arrendamiento de servicio. La conclusión anterior parece evidente si se tiene en cuenta que lo que se pacta y espera es un resultado (*i. e.*, trasladar las cosas de un lugar a otro), y no una mera actividad diligente.

1.2. Régimen jurídico-privado

La regulación del transporte nacional de mercancías por carretera se halla dividida en normas de carácter administrativo y de derecho privado. Además, por razones obvias, existe una normativa internacional.

Es en el derecho privado donde se incardina el contrato de transporte nacional de mercancías por carretera —que reviste siempre naturaleza jurídico-privada—, sin perjuicio de que el interés económico general de la actividad implique un fuerte intervencionismo público-administrativo que no debe ser ignorado.

Desde un punto de vista mercantil, la piedra angular de su regulación es la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (en adelante, la "LCTTM"). La ley opta por regular unitariamente el contrato de transporte terrestre de mercancías en sus dos variantes, por carretera y por ferrocarril, sin perjuicio de ofrecer soluciones específicas para el transporte ferroviario cuando resulte necesario o conveniente.

Una de las finalidades esenciales de la norma es adaptar la regulación nacional de esta materia al derecho del transporte internacional; de ahí que el principal modelo de política legislativa seguido para su elaboración fuese el Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, de 19 de mayo de 1956 ("CMR"), y que sea latente una importante impronta de las Reglas Uniformes relativas al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Ferrocarril (COTIF).

Como no podría ser de otra forma, es la LCTTM la que señala el régimen jurídico del contrato de transporte nacional de mercancías por carretera, al establecer que este se regirá por los convenios

internacionales vigentes en España, por las normas de derecho comunitario, por la propia LCTTM y, en lo no previsto, por las normas sobre contratación mercantil.

A pesar de que la LCTTM no lo menciona, el marco normativo debe completarse con la Orden FOM/1882/2012 por la que se aprueban las condiciones generales de la contratación de los transportes de mercancías por carretera. Estas condiciones generales se traducen en un contrato-tipo elaborado por la Administración que resulta de aplicación en defecto de pacto expreso entre las partes del contrato de transporte.

A pesar de su carácter supletorio, la importancia práctica de esta orden es extraordinaria, toda vez que, más allá de los escasos aspectos regulados en la carta de porte, no es habitual la existencia de condiciones pactadas por escrito entre las partes, lo que implica la aplicación de las condiciones generales, en algunos casos incluso sin conocimiento de los contratantes.

2. La figura del porteador

El porteador es la persona física o jurídica que asume la obligación de realizar el transporte en nombre propio y en las condiciones acordadas, con independencia, salvo pacto en contrario, de que lo ejecute por sus propios medios o contrate su realización a un tercero.

Lo anterior supone que no se pierde la consideración de porteador por el hecho de que el desplazamiento de las mercancías se materialice a través de un tercero. Al mismo tiempo, permite concluir que en un mismo transporte podemos distinguir, al menos, dos tipos de porteadores:

i. Porteador contractual: aquel que contrata la realización del transporte con el cargador, con independencia de que lo realice él mismo o subcontrate con un tercero su ejecución.

ii. Porteador efectivo: quien realiza el desplazamiento efectivo de las mercancías, que puede coincidir o no con la persona del porteador contractual.

El porteador contractual es responsable frente al cargador con quien hubiera contratado de la realización íntegra del transporte, y asume frente a este todas las obligaciones que le impone la LCTTM, y ello aun cuando sea el porteador efectivo quien lo lleve a cabo, en todo o en parte. Este régimen de responsabilidad resulta coherente si tenemos en cuenta que no existe vinculación jurídica entre el cargador y el porteador efectivo. Es el porteador contractual el que asume la obligación de realizar el transporte y, por tanto, el que debe responder de él (aun cuando subcontrate su ejecución).

Por su parte, la relación contractual que media entre el porteador contractual y el efectivo debe ser calificada como un contrato de transporte, en el que el primero asume la posición de cargador (con las obligaciones y responsabilidades correspondientes) y el segundo la de porteador contractual.

En la práctica, es muy habitual que en un mismo transporte participen una pluralidad de porteadores, especialmente, a raíz de la generalización de unidades de carga (*e. g.*, contenedores) que

facilitan tanto el transporte como el almacenamiento. A pesar de esta habitualidad, y a diferencia de lo que ocurre con la acción directa de la que dispone el porteador efectivo, en principio, el cargador sólo tendrá acción contra el porteador contractual (sin perjuicio de que, como es obvio, el porteador contractual pueda repetir, en vía de regreso, contra el porteador efectivo, sobre la base de la relación contractual que les une). Así, no se prevé legalmente en el transporte nacional de mercancías por carretera una posible acción directa del cargador real frente al porteador efectivo (que será quien, en la mayor parte de los casos, habrá ocasionado el daño a las mercancías).

A pesar de lo anterior, ante los numerosos casos en que los porteadores efectivos acaban siendo demandados solidariamente con los contractuales, son cada vez más las sentencias que reconocen legitimación activa al cargador o destinatario (en función del supuesto concreto), algunas de ellas sin fundamentar demasiado esta posibilidad (*e. g*., STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 9 de julio de 2015), y otras acudiendo a la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 y siguientes del Código Civil. En el caso concreto del destinatario, la doctrina mayoritaria defiende que esta habilitación se encuadra en la figura jurídica de la estipulación a favor de tercero, ya que, a diferencia del cargador, no es parte del contrato de transporte.

Teniendo en cuenta que la subcontratación es práctica habitual en el sector, resultaría conveniente regular el ejercicio de esta acción directa del cargador o destinatario contra el porteador efectivo en la LCTTM o, al menos, dentro de la propia normativa del transporte terrestre (como sucede con la acción directa del porteador efectivo) en aras de una mayor seguridad jurídica, bien recogiendo legislativamente la solución que vienen aplicando los tribunales, o bien creando una acción directa *ex novo.*

3. El régimen de responsabilidad del porteador

El porteador no solo se compromete a transportar las mercancías al punto de destino en un plazo determinado, sino que ha de custodiarlas debidamente por el mero hecho de la recepción, lo que genera un complejo régimen de responsabilidad.

Su regulación se enmarca en los artículos 46 a 63 de la LCTTM, que sigue, en líneas generales, el contenido previsto bajo el CMR. Este régimen de responsabilidad presenta la siguientes características:

i. Parcialidad: la regulación prevista en la LCTTM se aplicará únicamente en aquellos supuestos en que la responsabilidad del transportista derive de la pérdida, total o parcial, de las averías o del retraso en la entrega de la mercancía transportada. Cualesquiera otros supuestos que pudieran generar responsabilidad para el porteador por incumplimiento del contrato de transporte no quedarían sujetos a esta normativa, sino a la normativa general en materia de responsabilidad contractual.

ii. Fundamento de la responsabilidad: la doctrina se encuentra dividida entre los que consideran que se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y aquellos que defienden que, en realidad, estamos ante un régimen de culpa presunta del porteador con inversión

de la carga de la prueba. Con independencia de la discusión existente, lo cierto es que el porteador deberá responder de la pérdida, avería o retrasos acaecidos en las mercancías durante el transporte y dentro de su periodo de responsabilidad, salvo que pruebe la concurrencia de alguno de los supuestos de exoneración previstos en la LCTTM.

iii. Imperatividad de mínimos: a diferencia del marco legal dispositivo que diseña la LCTTM con carácter general, las disposiciones que regulan la responsabilidad del porteador tienen naturaleza imperativa, de tal forma que cualquier cláusula que tuviera por efecto aminorar o reducir la responsabilidad de este serán ineficaces y se tendrán por no puestas.

iv. Independencia de la naturaleza de la acción: las normas sobre responsabilidad del porteador resultan de aplicación cualquiera que fuere el procedimiento y el fundamento, contractual o extracontractual, de la acción que se ejercitase frente a él. Esto tiene especial relevancia a los efectos de permitir al porteador efectivo frente al que se ejercita una acción extracontractual (en los términos recogidos en el apartado 2 anterior) disfrutar de los supuestos de exoneración y limitación de responsabilidad de la LCTTM.

v. Periodo de responsabilidad: el periodo mínimo de responsabilidad del porteador terrestre comprende desde el momento de recepción de las mercancías hasta su entrega al destinatario.

4. El perímetro de responsabilidad del porteador

4.1. Supuestos de responsabilidad

Como ya hemos anticipado, los supuestos de hecho que pueden desencadenar la responsabilidad del porteador se extienden a la pérdida (total o parcial) y avería de las mercancías desde el momento de su recepción hasta el de su entrega en destino, así como al retraso en la ejecución del transporte.

Por pérdida de las mercancías podemos entender aquellos casos en que estas no son entregadas, en todo o en parte, en el destino pactado, con independencia de que su paradero sea o no conocido. Además, hay una serie de supuestos que se equiparan a la pérdida total: (i) cuando le es entregada al destinatario una parte de las mercancías y este pruebe que no puede usarlas sin las que no han sido entregadas; (ii) los casos de avería en que los efectos transportados resulten inútiles para su venta o consumo; y (iii) si han transcurrido veinte días desde la fecha acordada para la entrega o, a falta de pacto, treinta días desde que el porteador se hizo cargo de las mercancías.

Por su parte, la avería supone una modificación interna o externa en la sustancia de las mercancías que conlleva una disminución de su valor (*e. g.*, rotura, oxidación, etc.).

Menos dudas plantea el concepto de retraso, que supone la entrega en un momento posterior al pactado. En defecto de pacto, habrá que atender al término que razonablemente utilizaría un por-

teador diligente para realizar el transporte en función del caso concreto y, en cualquier caso, sin rebasar los límites temporales descritos anteriormente que equiparan el retraso a la pérdida total.

El porteador no solo responderá de sus actos, sino también de la actuación de los auxiliares a los que recurra para la ejecución del contrato, aunque no fueran sus dependientes.

4.2. La exoneración de la responsabilidad del porteador

Las consideraciones descritas anteriormente permiten concluir que la LCTTM presenta un sistema de responsabilidad severo para el porteador, derivado del hecho de que las mercancías se sitúan bajo su esfera de actuación debido a su responsabilidad *ex recepto*.

Sin embargo, en línea con lo ya comentado al analizar la naturaleza jurídica de su responsabilidad, este riguroso régimen se ve atenuado ante la concurrencia de una serie de circunstancias que, por encontrarse fuera de la esfera de control del porteador, impiden que se le impute responsabilidad ante una pérdida, avería o retraso.

Estos supuestos de exoneración de responsabilidad se dividen en dos grupos:

i. Causas de exoneración:

   - El porteador puede quedar liberado de responsabilidad si acredita la concurrencia de la concreta causa de exoneración y la relación de causalidad entre el hecho y el daño en las mercancías.

   - Esta categoría, aplicable a pérdidas, averías y retrasos, está integrada por los siguientes supuestos: (i) culpa del cargador o destinatario; (ii) instrucciones de alguno de los anteriores; (iii) vicio propio de las mercancías; o (iv) circunstancias inevitables.

ii. Presunciones de exoneración:

   - Para la liberación del porteador será suficiente que se acredite el supuesto de hecho liberatorio y la posibilidad de que el daño haya podido resultar verosímilmente de él, atendidas las circunstancias del caso concreto. Es decir, una vez acreditado el hecho correspondiente, la relación de causalidad se presume. Eso sí, esta presunción es *iuris tantum*.

   - En este grupo, únicamente aplicable a pérdidas y averías, se incluyen (i) el empleo de vehículo abierto; (ii) la ausencia o deficiencia en el embalaje; (iii) la manipulación, carga, estiba, desestiba o descarga realizadas por el cargador o destinatario; (iv) la naturaleza de las mercancías; (v) la deficiente identificación o señalización de bultos; o (vi) el transporte de animales vivos.

A pesar de lo anterior, es posible que el porteador no quede completamente exonerado de responsabilidad ante la concurrencia de una causa o presunción de exoneración. Así, cuando el daño haya sido causado parcialmente por una circunstancia imputable al porteador, "éste sólo responderá en la medida en que la misma haya contribuido a la producción del daño" (art.49.2 LCTTM).

5. El importe de la indemnización y los límites de responsabilidad

5.1. Valoración del daño y cuantificación de la suma indemnizatoria

Una vez que el porteador ha sido declarado responsable de alguno de los sucesos descritos en el apartado 4.1 anterior, es necesario determinar el importe al que asciende la indemnización que debe abonar. A estos efectos, deben establecerse dos grupos: supuestos de pérdidas y averías, y retraso en la entrega.

5.1.1. SUPUESTOS DE PÉRDIDAS Y AVERÍAS

Por lo que respecta a pérdidas y averías, la LCTTM, a diferencia de la regulación anterior, establece que solo se resarcirán los daños directos causados por el incumplimiento, y no el posible beneficio que se ha dejado de percibir (*i. e.*, lucro cesante).

Por lo tanto, la piedra angular a efectos de dilucidar la responsabilidad del porteador es el valor de las mercancías transportadas. Este valor será calculado de acuerdo con su precio de mercado y, en su defecto, con el valor corriente de mercancías de su misma naturaleza y calidad. No obstante, si la mercancía hubiese sido vendida inmediatamente antes de su transporte, se presumirá, salvo pacto en contrario, que su valor de mercado es el precio que refleje la factura de venta (deducidos el precio y demás gastos de transporte).

Sin perjuicio de las anteriores reglas comunes, pérdidas y averías tienen sus propias reglas de valoración —previstas en los artículos 52 y 53 LCTTM—, en consonancia con su naturaleza:

i. Pérdida total o parcial: la cuantía de la indemnización vendrá determinada por el valor de las mercancías no entregadas, tomando como base el valor que tuvieran en el momento y lugar en que el porteador las recibió para su transporte (*i. e.*, valor en origen).

ii. Averías: el porteador indemnizará la pérdida de valor que experimenten las mercancías, representada por la diferencia entre el valor que tenían en origen y el que habrían tenido con la avería en el mismo tiempo y lugar, de conformidad con los siguientes límites:

   - Avería total: si la avería afecta a la totalidad de los efectos transportados, la indemnización no podrá exceder de la debida en caso de pérdida total.

   - Avería parcial: cuando las averías afecten solo a una parte de las mercancías, la cuantía a abonar no podrá exceder de la cantidad que correspondería en caso de pérdida de la parte depreciada.

Con independencia de la compensación que corresponda abonar de conformidad con los parámetros anteriores, el porteador deberá reintegrar el precio del transporte y los demás gastos devengados con ocasión de él (siempre que estos conceptos hubiesen sido abonados previamente

al porteador), así como los gastos de salvamento razonables y proporcionados. Esta previsión no contradice el principio general que establece que solo se indemnizarán los daños directos, toda vez que estos conceptos no forman parte del *quantum* de la compensación, sino que representan partidas adicionales a las que, en consecuencia, tampoco resultan de aplicación los límites indemnizatorios previstos en la LCTTM.

5.1.2. RETRASO EN LA ENTREGA

A diferencia de la precisa regulación que la LCTTM ofrece para los casos de pérdidas y averías a efectos de valoración del daño, en materia de retrasos en la entrega las soluciones proporcionadas por el artículo 56 LCTTM resultan más opacas, en concordancia con la regulación tradicional y la dificultad intrínseca de esta figura derivada de la ausencia de un daño objetivo.

El principal perjuicio que ocasiona el retraso es de índole económica, y está representado por la imposibilidad de cumplimiento por el cargador de obligaciones con terceros (ya asumidas o por asumir), lo que trae como resultado que la LCTTM no proporcione pautas que puedan servir de guía en la valoración del daño, limitándose a establecer en su artículo 56 que la indemnización ascenderá al perjuicio causado por la demora, que habrá de ser debidamente acreditado por el reclamante.

5.2. Determinación del tope resarcitorio máximo

Si la valoración del daño descrita en el apartado 5.1 ya supone una limitación de la responsabilidad del porteador, en la medida en que este se limitará a responder por el daño directo (o, en caso de retraso, el perjuicio causado por la demora), una vez calculada la suma indemnizatoria, el siguiente paso consiste en determinar la cifra legal más allá de la cual no podrán resarcirse los daños y perjuicios causados.

5.2.1. LÍMITE LEGAL DE LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA

El artículo 57 LCTTM regula distintas fórmulas a los efectos de calcular el tope resarcitorio máximo a abonar por el porteador. Esto supone que, a falta de pacto entre las partes en los términos del subapartado 5.2.2 siguiente, la responsabilidad del porteador estará limitada a los importes resultantes de realizar los citados cálculos. De nuevo, procede establecer dos categorías:

i. Supuestos de pérdidas y averías: en ambos casos, la indemnización a abonar por el porteador tiene como límite la cuantía resultante de multiplicar cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o averiada por un tercio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples ("IPREM") diario.

ii. Supuestos de retraso en la entrega: la indemnización por los perjuicios derivados de retraso no puede exceder del precio del transporte.

En caso de concurrencia de indemnizaciones por varios de los conceptos anteriores, cada una de ellas será calculada conforme a sus propias reglas, y los importes correspondientes deberán

abonarse cumulativamente. El importe total a satisfacer por el porteador en estos supuestos de acumulación no podrá superar la suma debida en caso de pérdida total de las mercancías.

5.2.2. MODIFICACIONES CONVENCIONALES DEL LÍMITE LEGAL DE LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA

Como ya hemos mencionado, el régimen de responsabilidad del porteador bajo la LCTTM es imperativo, pero esta imperatividad es de mínimos. Esto implica tanto que el porteador siempre va a disfrutar de indemnizaciones tasadas y cuantificables como que las partes son libres de modificar convencionalmente el tope resarcitorio máximo que resulte de aplicar las fórmulas previstas en el subapartado 5.2.1 anterior, siempre y cuando la responsabilidad del porteador como consecuencia de ese acuerdo no quede por debajo del mínimo legal (*i. e.*, las partes únicamente podrán acordar el aumento del límite de indemnización).

Esta concesión en favor de la autonomía de la voluntad afecta de manera exclusiva a los límites de responsabilidad previstos en el artículo 57 LCTTM —veremos que, dependiendo de la concreta figura jurídica, permitirá modificar uno u otro precepto de ese artículo—, pero en ningún caso afectará a las reglas de valoración del daño expuestas en el apartado 5.1; es decir, permite modificar el tope resarcitorio máximo previsto legalmente, pero no los parámetros legales para el cálculo de la indemnización.

Su regulación está prevista en el artículo 61 LCTTM, y es necesario diferenciar tres supuestos diferentes:

i. La declaración de valor (art. 61.1 LCTTM):

   La declaración de valor permite atribuir un determinado valor a las mercancías en el contrato de transporte para configurarlo como límite indemnizatorio máximo en los supuestos de pérdidas y averías, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

   - Esa valoración debe ser necesariamente superior al tope resarcitorio máximo previsto legalmente.
   - Deberá constar obligatoriamente en la carta de porte.
   - Como contrapartida a este aumento de responsabilidad del porteador, el cargador deberá abonar un suplemento respecto del precio a abonar por el transporte.

   En cualquier caso, lo normal es que la declaración de valor se haga corresponder con el valor real de las mercancías y que se utilice para aquellos casos en los que el peso de la mercancía sea mínimo en relación con su valor real.

   La previsión en la carta de porte de una cifra superior al valor real de las mercancías no garantiza una indemnización más elevada. Como las reglas de valoración del daño no pueden ser modificadas convencionalmente, el cargador, por ejemplo, nunca podrá percibir

en caso de pérdida total de las mercancías un importe mayor que el correspondiente al valor de estas, por mucho que se modifique el tope máximo indemnizatorio.

ii. La declaración de interés especial en la entrega (art. 61.2 LCTTM):

La declaración de interés especial en la entrega implica añadir a la indemnización ordinaria que el acreedor tendría derecho a recibir en caso de pérdida, avería o retraso el resarcimiento de otros perjuicios que las partes hayan convenido y cuantificado en el contrato (*e. g.*, pérdida de mercado). En este caso, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- La declaración tiene que estar incorporada a la carta de porte: deberán indicarse tanto los perjuicios a los que las partes vinculan el interés especial como el montante económico al que ascienden.

- Es necesario probar la concurrencia del perjuicio declarado, en cuyo caso se podrá indemnizar hasta el importe previsto en la carta de porte.

- Como contrapartida a este aumento de responsabilidad del porteador, el cargador deberá abonar un suplemento respecto del precio a abonar por el transporte.

La funcionalidad de esta figura varía según se trate de un supuesto de perdida, avería o retraso. En los dos primeros casos, la cláusula de declaración de interés permite indemnizar los daños indirectos o consecuenciales (*i. e.*, lucro cesante), no cubiertos por la indemnización ordinaria (al abarcar esta solamente los daños directos).

En el caso del retraso, lo que se indemniza es precisamente el lucro cesante, por lo que la declaración de interés no supone la introducción en la suma indemnizatoria de daños de naturaleza distinta. El aporte de esta figura consiste en la posibilidad de incluir en el montante indemnizatorio partidas adicionales de daños indirectos que de otro modo, debido a la opacidad de las reglas de valoración del retraso, podrían quedar excluidas de la indemnización.

iii. Pacto de aumento del límite de responsabilidad del artículo 57.1 LCTTM (art. 61.3 LCTTM):

El artículo 61.3 es con total seguridad uno de los preceptos más controvertidos de la LCTTM, o al menos lo era. El desmarque de la ley en esta concesión a la autonomía de la voluntad con respecto al CMR y la propia redacción del precepto justifican sus dificultades interpretativas.

El tenor literal del artículo reza lo siguiente: "*Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, las partes del contrato de transporte podrán acordar el aumento del límite de indemnización previsto en el artículo 57.1. El acuerdo dará derecho al porteador a reclamar un suplemento del porte, a convenir por las partes*". De su lectura se desprenden, al menos, dos interrogantes, que son los que la doctrina se ha venido planteando históricamente: la posibilidad de pactar una responsabilidad ilimitada del portador y la existencia del suplemento del precio como requisito de validez del propio pacto.

Tras una década de discrepancias interpretativas, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su sentencia de 12 de febrero de 2020, ha querido arrojar luz al respecto y, al tiempo que revisa la doctrina jurisprudencial sobre los límites de responsabilidad en el transporte y el funcionamiento del resto de los pactos previstos en el artículo 61, interpreta por primera vez el artículo 61.3 LCTTM, dando respuesta a los interrogantes existentes y tratando de definir, con más o menos claridad según el aspecto tratado, los requisitos de validez del pacto:

- Las partes pueden pactar el aumento del límite de responsabilidad previsto en el artículo 57.1 LCTTM, pero sin llegar a acordar una responsabilidad ilimitada del transportista.
- El daño causado debe ser siempre probado.
- No es necesario que el pacto se recoja en la carta de porte.
- El porteador cobrará en todo caso un suplemento respecto del precio que se abona por el transporte, con el objetivo de no alterar la economía del contrato y no desnaturalizar el sentido de las excepciones a las limitaciones de responsabilidad.

Sin embargo, el pronunciamiento del Alto Tribunal también presenta dudas. El Pleno hace referencia a la aplicabilidad del artículo 61.3 LCTTM no solo para pérdidas y averías, sino también para supuestos de retraso; en cambio, el artículo solo alude a la posibilidad de modificar los límites indemnizatorios del artículo 57.1 —el límite legal de la cuantía indemnizatoria para los supuestos de retraso se recoge en el artículo 57.2 LCTTM—. Será necesario esperar a nuevas resoluciones para comprobar si el Tribunal Supremo mantiene esta postura respecto a los retrasos o si opta por una interpretación más acorde con la literalidad de la ley.

6. Pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad del porteador

Como hemos expuesto a lo largo del presente artículo, el elemento más característico de la regulación legal del contrato de transporte es la existencia de un particular régimen de responsabilidad para el porteador. Este aúna un endurecimiento de sus presupuestos con una serie de beneficios que le colocan en una posición más ventajosa de la que tendría si se aplicase únicamente el régimen de derecho común.

Sin embargo, los beneficios limitadores de la responsabilidad (incluidos los relativos a la limitación de los daños a resarcir) dejan de operar en ciertos casos de conducta especialmente reprobable del porteador. Es el artículo 62 LCTTM el que se encarga de establecer que no se aplicarán las normas del capítulo V de la LCTTM que excluyan o limiten la responsabilidad, o que inviertan la carga de la prueba, cuando el daño o perjuicio haya sido causado por el porteador o por sus auxiliares, dependientes o independientes, con actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción.

Dejando a un lado el tradicional debate doctrinal sobre el concepto de dolo, lo más llamativo es que no solo es este el elemento intencional que provoca la pérdida de la limitación de responsabilidad, sino que se añade la noción de "infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido", que hasta ese momento no estaba prevista en nuestro ordenamiento jurídico a estos efectos y que carece, en principio, de antecedentes claros en la esfera internacional.

La redacción de esta previsión es bastante enigmática, toda vez que la literalidad del precepto no aclara cómo ha de interpretarse un aspecto tan esencial como este. La interpretación que nuestros tribunales hacen del artículo pone freno a la línea jurisprudencial anterior, que privaba del beneficio de limitación de responsabilidad a los porteadores que, sin mediar dolo en su actuación, actuaban con culpa grave.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en tres ocasiones sobre este extremo. Especialmente ejemplificativa de la última tendencia jurisprudencial es su sentencia de 4 de julio de 2016, que, al tiempo que repasa las anteriores resoluciones del Alto Tribunal sobre la materia, establece que "(...) *ha interpretado la formulación alternativa del artículo 62 LCTTM en el sentido de que resulta equiparable al dolo el daño ocasionado como consecuencia lógica o necesaria de la infracción de un deber jurídico conscientemente cometido por el deudor, sin necesidad del «animus» o intención de perjudicar a otro (dolo eventual)*".

A la espera de nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto, y a pesar del intenso debate doctrinal y jurisprudencial existente, podemos concluir que a día de hoy nuestro Alto Tribunal opta por ligar conceptualmente la "infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido" con el concepto de dolo eventual, y considera al comportamiento doloso como el único capaz de privar al porteador de los límites de responsabilidad (eso sí, directo o eventual).

Por último, la pérdida de limitación de responsabilidad se aplica al transportista con independencia de que las conductas descritas en el artículo 62 LCTTM hayan sido llevadas a cabo directamente por él o por un empleado suyo u otro porteador al que ha encargado la realización de una parte o de la integridad del transporte.

Si bien parece evidente que los empleados se encuentran incluidos en la categoría legal de auxiliares del porteador (dependientes o independientes), la situación respecto de los porteadores efectivos no ha sido tradicionalmente tan pacífica. No obstante, si el porteador contractual confía a otro porteador la ejecución de un transporte que él ha asumido contractualmente, también resulta lógico pensar —y la jurisprudencia así lo respalda— que tendrá que aceptar las consecuencias beneficiosas o gravosas que su actuación le pueda generar.

Bibliografía

EMPARANZA, Alberto (2016). La pérdida de la limitación de responsabilidad del transportista: la existencia de dolo o culpa grave. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 9 de julio de 2015 (RJ 2015, 3692). *Revista de Derecho Mercantil*, 300, pp. 321-333.

MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza (2010). Régimen de responsabilidad del porteador: fundamento, supuestos y causas de exoneración. *Revista de Derecho del Transporte*, 6, pp. 255-273.

MARTÍNEZ SANZ, Fernando; PUETZ, Achim (2010). Transporte de mercancías por carretera (I). Transporte Interno. En *Manual de Derecho del Transporte*, Madrid: Marcial Pons, pp. 157-181.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 56, mayo-agosto de 2021, pp. 225-233

Foro de Actualidad

España

PRUEBA ILÍCITA Y CALIFICACIÓN DEL DESPIDO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/2021, DE 15 DE MARZO

Belén Velasco Pardo

Abogada del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)

Prueba ilícita y calificación del despido: análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo

La calificación que ha de merecer el despido justificado mediante el uso de una prueba obtenida ilícitamente es uno de los debates judiciales que más controversia ha suscitado en los últimos años. Sin cerrar por completo el debate existente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo, cuyo análisis constituye el objeto de este artículo, se pronuncia sobre el alcance del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de las personas trabajadoras y las implicaciones de la conducta empresarial vulneradora de esos derechos.

Palabras clave:
Nulidad, Despido, Prueba ilícita, Vulneración de derechos fundamentales, Indemnización.

How to qualify a dismissal based on unlawful evidence: analysis of Constitutional Court Ruling 61/2021 of 15 March

How to qualify a dismissal based on evidence unlawfully obtained is one of the most controversial labour matters in recent years. Without completely closing the discussion, Constitutional Court Ruling 61/2021 of 15

March, which is the subject of this article, has ruled on the scope of the right to privacy and secrecy of correspondence of employees and the implications of business practices that breach these rights.

Keywords:
Nullity, Dismissal, Unlawful evidence, Infringement of fundamental rights, Compensation.

FECHA DE RECEPCIÓN: 12-6-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-6-2021

Velasco Pardo, Belén (2021). Prueba ilícita y calificación del despido: análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 225-233 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La vulneración de derechos fundamentales en la actividad probatoria presenta, en el ámbito laboral, una trascendencia nada desdeñable que incide, de manera particular, en los procedimientos de despido y la posible calificación de nulidad o improcedencia de este. Es la problemática de la denominada "prueba ilícita", entendiendo por tal no la prohibida por ley, sino la obtenida directa o indirectamente violentando los derechos fundamentales.

Esta cuestión compleja, que se presenta como una de las más controvertidas en la práctica laboral a lo largo de los últimos años, fue abriendo paso a un arduo debate que se ha suscitado, esencialmente, en el marco de procedimientos de despido en los que los hechos imputados por el empleador, cuya acreditación es determinante para la calificación del despido, han sido obtenidos con vulneración de derechos fundamentales. Aunque la problemática bien puede plantearse en relación con cualquiera de los derechos de la sección 1.ª del capítulo segundo de la Constitución española (la "CE"), el paradigma se encuentra en conductas empresariales que pueden afectar al conglomerado de derechos reconocidos en el artículo 18 de la CE (esencialmente, derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones), como pueden ser la monitorización de los equipos informáticos, la videovigilancia o el acceso a las comunicaciones de la persona trabajadora.

Bajo ese contexto, el desierto normativo en lo que a efectos de la prueba ilícita sobre la calificación del despido se refiere ha acentuado la problemática sobre la calificación del despido en estos supuestos. Y es que la obligada cita de los artículos 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ("LOPJ"), 90.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social ("LRJS"), y 287 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como normas de referencia en materia de ilicitud de la prueba, no contribuyen a una segura interpretación.

2. Calificación del despido: posiciones contrapuestas

El debate se plantea con respecto a si la prueba obtenida mediante vulneración de un derecho fundamental —que se califica como ilícita— únicamente tiene consecuencias en el plano puramente procesal, al no surtir efectos —en aplicación de los citados artículos 11.1 de la LOPJ y 90.2 de la LRJS—, caso en el que el despido se calificará como procedente o improcedente en función

de la existencia o no de otras pruebas lícitas aportadas por la empresa, o si, por el contrario, la nulidad de la prueba se extiende también a la calificación del despido, caso en el que deberá reportarse igualmente nula la decisión extintiva por haberse vulnerado los derechos fundamentales de la persona trabajadora.

Resulta conveniente realizar una precisión previa y es que, en nuestro modelo de despido, la nulidad se desprende —al margen de los casos de la denominada "nulidad objetiva", en cuanto nulidad que opera en supuestos de especial protección— del móvil o conducta del empleador reactiva a derechos fundamentales o de carácter discriminatorio. Sin embargo, la posible nulidad que ahora nos concierne se sitúa en un nivel diferente: no en la decisión en sí misma, sino en la obtención de los medios de prueba que sirven para justificar esa decisión.

Sobre la calificación del despido como nulo, el artículo 55.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre ("ET"), únicamente señala, a los efectos que aquí importan, que será nulo "*el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*".

Así, y volviendo al debate existente, parte de la doctrina sostiene que la infracción del derecho constitucional concernido con efectos sobre la licitud de prueba sustentadora del despido no se extiende a la calificación del acto extintivo, lo que comportaría su declaración de improcedencia por falta de acreditación, en su caso, de los hechos aducidos en la carta. Se aplicaría con ello un silogismo claro: desaparecida la causalidad del despido, este no puede ser más que improcedente (entre otras, sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 225/2020, de 12 de junio [rec. 176/2020] y de Madrid núm. 413/2020, de 16 de junio [rec. 155/2020]).

Sin embargo, una segunda postura invoca la denominada "doctrina de los frutos del árbol envenenado" (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), acuñada por la Corte Suprema de los Estados Unidos y desarrollada especialmente en el ámbito penal, que viene a establecer que si la fuente (el "árbol") de la que proviene la evidencia obtenida está contaminada, entonces su "fruto" estará igualmente contaminado; en consecuencia, que la nulidad de la prueba sobre la que se ampara el despido extiende sus efectos también sobre el propio despido (entre otras, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 12 de septiembre de 2006 [rec. 1270/2006]). Con ello, se entiende que la reparación no se agota con la nulidad de la prueba, sino que se hace necesario que todos los actos derivados de esa vulneración corran la misma suerte.

Ambas corrientes han sido acogidas por la opinión judicial y doctrinal, sin que existiera hasta el momento una postura unánime. Esa falta de unanimidad se vislumbra de manera especialmente clara desde el año 2004, cuando el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 196/2004, de 15 de noviembre, en un supuesto en que el despido tenía su causa en una prueba calificada de ilícita (hallazgos de cannabis en el análisis efectuado por el servicio de prevención de riesgos de la empresa), otorgaba el amparo argumentando que "[…] *según constante doctrina de este tribunal la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo, lo que implica la anulación de la sentencia impugnada y declaración de la firmeza de la sentencia del juzgado de lo social que con acierto aplicó el art. 18.1 CE*".

Ahora, más de quince años después, el Tribunal Constitucional tiene ocasión de pronunciarse sobre la cuestión que subyace al debate existente: ¿es nulo el despido fundamentado en una prueba obtenida de manera ilícita? Ahí radica, de manera capital, la trascendencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo, en la que se centra el presente artículo.

3. La sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo

3.1. Despido y sentencia de instancia

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional es el último hito de un largo procedimiento judicial que trae causa del despido de una trabajadora que prestaba servicios para la empresa demandada desde el 19 de abril de 1979. La empresa contaba con una política de uso aceptable de los sistemas de información, de internet y del correo electrónico que era conocida por la trabajadora, quien estaba informada de la posibilidad empresarial de llevar a cabo auditorías y controles para verificar el correcto uso de los dispositivos corporativos por parte de sus empleados.

La empresa —tras una serie de desencuentros sobre la ocupación y rendimiento de la trabajadora— decidió poner en práctica el protocolo de monitorización permanente de su equipo informático, lo que permitió visualizar y grabar todo lo que aparecía en la pantalla de su ordenador durante tres días. Como consecuencia de la monitorización, se pudo verificar que la trabajadora dedicaba en torno a un 70 % de su jornada a cuestiones del ámbito de su esfera personal y, sobre la base de tales hechos, fue despedida por su empresa, que adicionalmente le imputó ofensas verbales al empresario e indisciplina en el trabajo.

La trabajadora presentó demanda en la que solicitaba la declaración de nulidad de su despido o, subsidiariamente, su improcedencia, además de una indemnización por los daños morales —que cuantificaba en 51.439,4 euros— ocasionados por la conducta de la empresa, para lo que alegaba vulneración de su dignidad (artículo 10 de la CE) y de sus derechos fundamentales a la integridad moral (artículo 15 de la CE), al honor y propia imagen (artículo 18.1 de la CE) y a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (artículos 18.1 y 3 de la CE).

La Sentencia núm. 453/2017 del Juzgado de lo Social 19 de Madrid, de 17 de noviembre (autos 737/2017), estimó parcialmente la demanda al apreciar una lesión de los derechos fundamentales de la trabajadora a la intimidad y al secreto de sus comunicaciones traducida en una prueba que no podía ser tenida en cuenta para justificar su despido, lo que sirvió al juzgador para declarar la nulidad de la extinción.

El pronunciamiento, con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en particular, en su Sentencia de 5 de septiembre de 2017 (Caso Bărbulescu), argumenta que la monitorización del ordenador de la demandante, en la forma en que se hizo, no estaba justificada y resultó desproporcionada, pues permitió a la empresa acceder a correos personales de la trabajadora, y que podía haberse realizado por vías menos invasivas, tales como el control de los

resultados o la exigencia de una dación de cuenta por parte de la actora de las tareas realizadas durante su jornada.

En relación con el resto de las imputaciones contenidas en la carta de despido y ajenas a esa actuación, el juzgador considera que no quedaron acreditadas o que no revestían la gravedad necesaria para justificar un despido. Asimismo, y aunque la sentencia reconoce la existencia de una conflictividad laboral, descarta la situación de acoso alegada en la demanda.

Finalmente, constatada la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de la actora, la sentencia reconoce el derecho a una indemnización sustentada en el artículo 183.1 de la LRJS y que cuantifica, con base en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en el importe mínimo de 6.251 euros.

Ambas partes interpusieron recurso de suplicación.

3.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

En fase de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia núm. 591/2018, de 13 de septiembre (rec. 351/2018), se alinea con la tesis contraria al entender que lo único que vulnera los derechos fundamentales de la trabajadora es la prueba obtenida por la empresa, sin que ello comporte la nulidad del despido. En este sentido, la sentencia de suplicación mantiene que la obtención de la prueba para justificar el despido se realizó de forma ilícita, con vulneración de derechos fundamentales, sin que pueda confundirse "*el despido con violación de derechos fundamentales con la infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba de parte de los hechos en los que se basó la empleadora para adoptar tal sanción*".

Así pues, dado que no se probó que la decisión extintiva, en sí misma considerada, pretendiera la vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas de la trabajadora ni que el móvil del despido respondiera a una causa vulneradora de esos derechos fundamentales, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid falla que la calificación que corresponde es la de improcedencia, por no haber quedado acreditada la causa del despido al no poder ser tenida en cuenta, por su ilicitud, la prueba más importante en la que se fundamentaba el despido.

Por otro lado, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid revoca el pronunciamiento de la indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales reconocida por el juzgador *a quo*, ya que entiende que dicha indemnización se vinculó tanto en la demanda como en la sentencia de instancia a la existencia de una vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora por parte de la empresa, "*y como tal lesión no ha existido (no hay prueba del acoso laboral y el despido ha sido calificado de improcedente), no procede indemnización alguna*".

Ambas partes formalizaron recurso de casación para la unificación de doctrina, y ambos recursos fueron inadmitidos por auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2019.

3.3. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

Frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el auto dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la trabajadora presentó recurso de amparo en el que imputaba a dichas resoluciones la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) en relación con los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (artículos 18.1 y 3 de la CE) y solicitaba la nulidad de ambas al entender que la calificación de la prueba como vulneradora de derechos fundamentales debe conducir a la nulidad del despido y que el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es incongruente, desde la perspectiva del derecho a una respuesta motivada y razonada, al no pronunciarse sobre la indemnización.

Sobre la base de tales hechos, el Tribunal Constitucional admite el recurso de amparo por especial trascendencia constitucional (artículo 50.1.b de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional) a la hora de determinar si es exigible, en términos constitucionales, que el despido sea calificado como nulo en un caso como el presente, en el que una de las pruebas con las que se pretendía justificar dicho despido vulneró derechos fundamentales.

En relación con la primera de las cuestiones, la trabajadora sostiene que no estamos solamente ante un supuesto de ineficacia absoluta de la prueba, que es nula, sino de nulidad de cuantos actos y medidas traigan causa de ella, de modo que el despido ha de calificarse también como nulo. Con invocación del artículo 55.5 del ET, indica que la primera causa de nulidad del despido es que tenga su origen en una discriminación proscrita constitucionalmente, mientras que la segunda causa es que dicho despido se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, que, a su entender, "*es exactamente lo que aquí se ha producido*".

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no concede el amparo, puesto que entiende que no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva la interpretación del artículo 55.5 del ET que realiza el Tribunal Superior de Justicia de Madrid al calificar el despido como improcedente, pese a la nulidad de la prueba más importante en la que se fundamentaba el despido.

Lo anterior se debe a que "*no puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una 'consecutividad lógica y jurídica'. Dicho, en otros términos, no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo, por lo que la pretensión de la actora no puede tener sustento en una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 18.1 y 3 CE. Tampoco puede imputarse a la resolución impugnada una conculcación de los derechos de la recurrente a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, máxime cuando han sido los órganos judiciales quienes han reconocido que dicha vulneración se produjo con la monitorización del ordenador de la trabajadora*".

El Tribunal Constitucional asienta el parámetro básico de su análisis en su consolidada doctrina, de acuerdo con la cual únicamente podrá entrar a valorar la existencia de una interpretación de la legalidad ordinaria realizada por jueces y tribunales cuando esta sea arbitraria o manifiestamente irrazonada o irrazonable y, por ello, vulnere la tutela judicial efectiva. Esta fundamentación parte —como la más reputada doctrina constitucional ha señalado— de un modelo de deferencia al juez ordinario que limita el alcance del control constitucional sobre sus pronunciamientos.

En esta línea, la sentencia es concluyente al manifestar expresamente que no concurren esas notas en la sentencia recurrida cuando califica el despido de improcedente: "*Bajo esta premisa, la solución adoptada por la resolución impugnada desvinculando la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de la calificación del despido, tiene anclaje positivo en nuestro ordenamiento jurídico, sin que pueda ser calificada de arbitraria o manifiestamente irrazonable. Ciertamente, existen otras interpretaciones posibles, como la defendida por la actora, o la exegesis ecléctica que de modo profuso y pormenorizado expone el ministerio fiscal, pero no es objeto del recurso de amparo ni corresponde a este Tribunal, que no es una tercera instancia, decidir cuál de esas interpretaciones es la correcta, pues en tal caso se estaría efectuando un control de mera legalidad, rectificando la interpretación y aplicación de las normas legales realizadas por los Jueces y Tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el artículo 117.3 CE, excediéndonos del objeto propio del amparo, que es determinar si en ese ejercicio se ha violado o no alguna garantía constitucional. De admitir lo contrario, el recurso de amparo quedaría transformado en una nueva instancia revisora con merma de las competencias que constitucionalmente corresponden a la jurisdicción ordinaria* […]*, y al propio tiempo se desvirtuaría la naturaleza propia del proceso constitucional de amparo*".

Ahora bien, justo al entendimiento contario llega el Tribunal Constitucional en relación con la segunda de las cuestiones objeto del recurso de amparo, en la que la trabajadora alegaba que la exigencia de motivación es más intensa cuando está implicado en el proceso un derecho fundamental sustantivo y cuestionaba que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no concediera la indemnización solicitada por daños morales. Así, la sentencia otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al desconocer el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas.

El Tribunal Constitucional califica el fallo de "*incongruente, ilógico y contradictorio*" al desestimar la fijación de cualquier indemnización, negando incluso la reconocida en instancia, cuando, al mismo tiempo, reconoce que se vulneraron los derechos fundamentales de la trabajadora al monitorizar su ordenador. Lo que el Tribunal Constitucional señala es que el artículo 183.1 de la LRJS, cuando dispone que la sentencia que declare la existencia de una vulneración de un derecho fundamental debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, no hace depender el reconocimiento de la indemnización de la calificación del despido, sino del reconocimiento de que la persona trabajadora ha sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, y ello con independencia de la calificación que haya merecido el despido.

En definitiva, el Tribunal Constitucional establece que no se debe vincular la indemnización correspondiente por vulneración de los derechos fundamentales con la nulidad del despido, sino simplemente con la propia vulneración.

Así pues, el Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de amparo, declarando la vulneración del derecho de la trabajadora a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) y el derecho a ser restablecida en la integridad de su derecho, anula la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y acuerda la retroacción de las actuaciones al momento previo al dictado de la citada resolución, a fin de que, en congruencia con lo interesado en el recurso de suplicación en relación con la indemnización solicitada por la demandante por la vulneración de los

derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, el órgano judicial resuelva de manera respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

3.4. Voto particular

Muestra cierta de la dispar doctrina existente que se ha advertido al comienzo de estas líneas es la oposición de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón expresada en un voto particular discrepante con el fallo.

La magistrada discrepante sostiene que el amparo debería haberse concedido. Su argumentación parte de que la cuestión sometida a examen del Tribunal Constitucional no es una mera cuestión de legalidad ordinaria, sino que, al contrario, la consideración que deben tener los derechos fundamentales y las consecuencias que ha de producir su vulneración es una cuestión que entra de lleno dentro de las competencias del máximo intérprete de la Constitución. En este sentido, señala que no resulta indiferente la interpretación que se dé al artículo 55.5 del ET y que resultaba obligado profundizar en si el razonamiento del Tribunal Superior de Justicia era constitucionalmente aceptable o no, sin limitarse a enjuiciarlo desde el simple prisma del derecho a obtener una resolución que no sea arbitraria, irrazonable o incursa en error patente.

Partiendo de lo anterior, el voto particular razona que el despido se produce con violación de los derechos fundamentales de la recurrente a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, y que no es suficiente con declarar que la prueba es ilegal, porque se procedió al despido vulnerando dos derechos fundamentales, lo que no puede tener otra consecuencia que la declaración de su nulidad.

Añade, además, que no se posible enervar la calificación del despido como nulo por el hecho de que en la carta de despido se incluyeran otros hechos, como si se tratara de un despido pluricausal, esto es, un despido disciplinario en el que, frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental, el empresario alcanza a probar que el despido obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que justifican la adopción de la medida extintiva.

Con cita de la doctrina constitucional que señala que, en relación con los despidos pluricausales, es válido para excluir la nulidad que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable, la magistrada culmina su argumentación indicando que, en el presente caso, al no haberse acreditado la concurrencia de circunstancias suficientes para proceder al despido disciplinario al margen de la que trae causa de la vulneración de los derechos fundamentales de la actora, no tiene cabida dicha doctrina.

En definitiva, y por todo lo anterior, el voto particular concluye que "*no hay más despido que el producido con vulneración de los indicados derechos fundamentales*", lo que debería haber determinado que el Tribunal Constitucional hubiera estimado el recurso de amparo en su integridad.

4. Trascendencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

Desde un punto de vista puramente fáctico, no puede desconocerse que la vigilancia empresarial a través de medios tecnológicos puede ser particularmente invasiva de los derechos de las personas trabajadoras, cuyo respeto por la empresa es obligado. Sin obviar el reconocimiento y protección de los derechos de las personas trabajadoras, los derechos de vigilancia y control de la empresa se han ido imponiendo en la imparable transformación digital del trabajo, y una de las maneras de hacerlo es, sin duda, la exclusión del contenido esencial del derecho fundamental de los efectos de su vulneración, reduciendo así el alcance de la protección.

En esa línea, el Tribunal Constitucional descarta la automaticidad entre la vulneración de un derecho fundamental y el alcance de esa vulneración, al señalar, con cita en su Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, que no es posible "*concluir que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales* [abarque] *no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos*".

Con ello, el Tribunal Constitucional se inhibe y deja en manos de la jurisdicción ordinaria la decisión sobre la nulidad o improcedencia del despido. No obstante, el Tribunal Constitucional lo hace, seguramente, de forma nada gratuita, porque tras su análisis lo cierto es que admite palmariamente la calificación de improcedencia contenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. No parece, en consecuencia, que una alternativa distinta a la declaración de improcedencia tenga visos de prosperar en el futuro, especialmente cuando, en opinión de quien suscribe, la tesis de la improcedencia tiene mejor encaje en nuestro ordenamiento jurídico.

Además, la sentencia tiene una relevancia añadida, y es que el Tribunal Constitucional reconoce que, con independencia de cuál sea la calificación del despido, la proclamación de que ha existido una vulneración de derechos fundamentales habrá de ser reparada no necesariamente con la readmisión (algo que solo se produciría en caso de nulidad), sino a través de la indemnización, en su caso, del daño moral. Así pues, la sentencia que declare una prueba ilícita por vulneración de un derecho fundamental habrá de pronunciarse, necesariamente, sobre la cuantía de la indemnización compensatoria.

Con todo, y pese a que no se han cerrado todos los debates, la lectura que se extrae de la sentencia del Tribunal Constitucional es clara: puede haber nulidad de la prueba sin que ello implique la existencia de nulidad del despido.

España

A VUELTAS CON EL RETRACTO DE CRÉDITO LITIGIOSO EN VENTAS DE CARTERAS. A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

Antonio José Moya Fernández

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

A vueltas con el retracto de crédito litigioso en ventas de carteras. A propósito de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo ha dictado recientemente varias sentencias relevantes en materia de retracto de crédito litigioso. En este trabajo se analiza la doctrina contenida en esas sentencias (incluido el ámbito y requisitos de aplicación del retracto) y sus implicaciones prácticas desde una perspectiva procesal, entre las que destaca que este derecho no resulta de aplicación en las operaciones de ventas de carteras de créditos.

Palabras clave:
Tribunal Supremo, Retracto de crédito litigioso, Artículo 1535 Código Civil, Cesión de carteras de créditos, Existencia y exigibilidad del crédito, Caducidad del derecho, Ejercicio judicial y extrajudicial del derecho, Préstamos impagados, Procesos de ejecución ordinaria e hipotecaria.

Right of first refusal over disputed credits and sale of credit portfolios. Recent case law of the Supreme Court

The Supreme Court has recently passed several judgments on the right of first refusal over disputed credits. This article analyses the grounds of those judgments (including the scope and requirements for the right to apply) and its practical implications from a procedural standpoint, among which it is worth noting that this right does not apply to the sale of credit portfolios.

Keywords:
Supreme Court, Right of First Refusal Over Disputed Credit, Article 1535 Of The Civil Code, Assignment of Credit Portfolios, Existence And Enforceability of The Credit, Expiry of The Right, Judicial and Extra-Judicial Enforcement of the Right, Non-Performing Loans, Ordinary Enforcement And Foreclosure Proceedings.

FECHA DE RECEPCIÓN: 29-6-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-7-2021

Moya Fernández, Antonio José (2021). A vueltas con el retracto de crédito litigioso en ventas de carteras. A propósito de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 234-250 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

En el presente trabajo se analizan las tres últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en relación con el derecho de retracto de crédito litigioso regulado en el artículo 1535 del Código Civil ("CC"). Son las sentencias de 5 de marzo de 2020 (JUR 2020/85237), 5 de octubre de 2020 (RJ 2020/3768) y 10 de mayo de 2021 (RJ 2021/2076).

Estos pronunciamientos son relevantes si se tiene en cuenta el reciente incremento de la litigiosidad asociada a este precepto, que obedece a las siguientes razones: en primer lugar, la escasa jurisprudencia existente sobre él y las dudas interpretativas que suscita su aplicación; y, en segundo lugar, la proliferación en los últimos años de ventas de carteras de créditos de dudoso cobro o en situación de incumplimiento (conocidos por su nombre inglés de *non-performing loans* o NPL) por parte de bancos —que pretenden "limpiar balances"— a inversores (normalmente, fondos de inversión extranjeros o entidades especializadas en la gestión del cobro de créditos morosos) con una tasa de descuento (que difiere en función de si los créditos cuentan o no con garantía real) a cambio de que estos compradores asuman, como parte de su negocio, el riesgo y ventura de su reclamación y recuperación[1].

Ahora bien, a raíz de esa multiplicidad de ventas de carteras, en cuestión de apenas unos pocos años, hemos pasado de una situación en la que el derecho de retracto de crédito litigioso era residual y estaba en franco desuso a otra en la que se viene abusando de él.

En un número anterior de esta misma publicación[2] ya advertíamos de la creciente litigiosidad asociada a este derecho de retracto y, partiendo de su interpretación restrictiva, defendíamos que no es aplicable a las ventas de carteras de créditos.

La valoración de las sentencias que son objeto de análisis en este trabajo es positiva. Primero, porque abogan por una interpretación restrictiva del artículo 1535 CC, en sintonía con el criterio mayoritario seguido por la jurisprudencia menor emanada de las Audiencias Provinciales y por la doctrina científica. Segundo, porque aclaran muchas de las dudas existentes sobre la aplicación práctica del derecho de retracto. Y, tercero, porque dejan claro que no resulta de aplicación a las ventas de carteras por un precio único y global fijado a tanto alzado.

Estas sentencias deben servir para poner coto a la práctica habitual de muchos deudores que, en claro abuso de derecho, y aun siendo conscientes de que no concurren los requisitos para el ejercicio del retracto, hacen un uso inadecuado de esta figura para obstaculizar las reclamaciones de sus acreedores e intentar extinguir sus deudas (mediante el repago a los compradores de tales créditos del precio que abonaron por su adquisición, más intereses y costas) por un importe sensiblemente inferior al realmente adeudado.

Frente a este tipo de pretensiones, los adquirentes de los créditos suelen plantear una estrategia o línea de defensa basada en la formulación "en cascada" de los siguientes argumentos, sobre los que se pronuncian las sentencias objeto de este trabajo:

i. El artículo 1535 CC no resulta de aplicación a las ventas en globo y a tanto alzado de carteras de créditos.

ii. El crédito o créditos adquiridos no reúnen los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para ser considerados litigiosos.

iii. En el procedimiento judicial en curso entre el acreedor cedente u originario y el deudor cedido no se cuestiona, en puridad, ni la existencia ni la exigibilidad de los créditos cedidos.

iv. La caducidad de la acción de retracto de crédito litigioso ejercitada de contrario.

2. El retracto de crédito litigioso. Regulación y presupuestos para su ejercicio

Este derecho está regulado en el artículo 1535 CC[3], que establece:

"*Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.*

Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago".

En síntesis, según la jurisprudencia y la doctrina clásicas, los presupuestos para el ejercicio del derecho de retracto de crédito litigioso son los siguientes:

i. Que aquel frente a quien se ejercita la acción (acreedor cedido) haya adquirido y sea titular de un crédito contra el retrayente (deudor cedido).

ii. Que el crédito cedido tenga el carácter de litigioso. Esto significa que, al tiempo de la adquisición del crédito por el acreedor cedido, debe existir un procedimiento judicial seguido a instancias del acreedor cedente contra el deudor retrayente cuya resolución esté pendiente y en el que el deudor conteste a la demanda cuestionando la existencia o la exigibilidad del crédito cedido (debe ser una oposición de fondo[4] y no meramente formal);

iii. Que el acreedor cedido haya adquirido el crédito del antiguo titular (acreedor cedente) mediante cesión a título oneroso, lo que le permite ocupar su posición en el procedimiento judicial que versa sobre la reclamación del crédito.

iv. Que el deudor cedido ejercite la acción de retracto en el plazo legal de caducidad de nueve días a contar desde el momento en el que el nuevo acreedor le reclame el pago de la deuda. A tal efecto, debe abonar al cesionario el precio por el que este adquirió el derecho de crédito, más los intereses y las costas.

El siguiente caso práctico ejemplifica el funcionamiento del derecho de crédito litigioso previsto en el artículo 1535 CC. Supongamos que A tiene un crédito contra B por importe de 1000 euros. A entabla un procedimiento declarativo contra B en reclamación del crédito. En ese pleito, B contesta a la demanda y se opone a la existencia y/o exigibilidad del crédito. Constante el pleito entre A y B sin que todavía se haya dictado sentencia firme, A vende el crédito a C por importe de 500 euros. C comunica a B que, en virtud de la cesión del crédito, es el nuevo acreedor y reclama el pago de la deuda a B, a la vez que se persona y pasa a ocupar la posición procesal de A en el pleito que este sigue contra B. Desde que C reclama a B el pago de la deuda, B cuenta con nueve días para interponer una demanda judicial frente a C en ejercicio del derecho de retracto de crédito litigioso y extinguir su crédito con motivo de la cesión, reembolsando a C el precio pagado por la cesión (los 500 euros, y no los 1000 euros adeudados), más intereses y costas.

3. Cuestiones prácticas suscitadas en torno al derecho de retracto de crédito litigioso y su aplicabilidad o no a ventas de carteras. Estado de la cuestión en la jurisprudencia y doctrina anteriores

Como se ha anticipado, el escaso tratamiento dispensado al artículo 1535 CC por la jurisprudencia, unido a la creciente litigiosidad asociada al ejercicio del retracto en ventas de carteras, ha propiciado que en los últimos años se hayan suscitado importantes dudas en torno a la interpretación y aplicación del precepto y que, dentro de la práctica judicial, se den pronunciamientos divergentes.

A continuación se indican, sin ánimo exhaustivo, algunos de los aspectos más controvertidos del retracto de crédito litigioso y su estado de la cuestión en la jurisprudencia y doctrina anteriores a las tres sentencias que son objeto de este trabajo.

i. Una de las cuestiones más discutidas ha sido si el derecho de retracto del artículo 1535 CC es o no aplicable a las ventas de carteras de créditos. Con anterioridad a las sentencias de 5 de marzo y 5 de octubre de 2020, no existía ningún pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo en un supuesto de venta de cartera.

   Pese a eso, la mayoría de la jurisprudencia menor emanada de las Audiencias Provinciales y de la doctrina[5] viene sosteniendo que el retracto de crédito litigioso no es de aplicación a las ventas en bloque o en globo de carteras de créditos por un precio global y único fijado a tanto alzado, ya que no se está ante una venta o cesión de uno o varios créditos individualizados por un precio determinado o determinable[6]. Estas resoluciones argumentan que es aplicable al caso la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2015 (RJ 2015/1175), en la que se establece que no cabe el retracto de crédito litigioso cuando este ha sido transmitido conjuntamente con otros créditos, en bloque, por sucesión universal, y no de forma individualizada[7].

   Con todo, la aplicación de esa doctrina a las ventas de carteras ha seguido siendo una cuestión harto controvertida.

ii. Otra de las cuestiones que se ha planteado con asiduidad es la de si para que un crédito pueda ser considerado litigioso a los efectos del artículo 1535 CC es necesario que el deudor cuestione su existencia y/o exigibilidad, o si, por el contrario, basta con que cuestione otros aspectos del crédito, como su cuantía. La jurisprudencia clásica —con el paréntesis de la Sentencia del Tribunal Supremo Tribunal Supremo 28 de febrero de 1991— viene exigiendo que, en todo caso, el deudor discuta la existencia o exigibilidad del crédito.

iii. Otro aspecto controvertido es si el derecho de retracto de crédito litigioso debe ejercitarse judicialmente o si también puede ejercitarse extrajudicialmente. La jurisprudencia mayoritaria[8] tiene declarado que solo cabe ejercitarlo judicialmente.

iv. Al hilo de lo anterior, ha existido polémica sobre cuál es el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de nueve días para el ejercicio del derecho de retracto. El artículo 1535 CC establece que el plazo empezará a contar desde que el cesionario reclame el pago al deudor cedido. Jurisprudencia y doctrina coinciden en destacar la falta de claridad del precepto. En un trabajo anterior ya nos hicimos eco de que existen diversas posturas sobre cuál es el *dies a quo* cuando el crédito cedido está siendo reclamado en un proceso judicial[9]. Según las distintas tesis, el plazo se computaría (i) desde el traslado de copias del escrito de personación del cesionario en el litigio pendiente solicitando la sucesión procesal y aportando copia de la escritura de cesión; (ii) con la notificación de la resolución judicial por la que se da traslado al deudor del referido escrito de personación y sucesión procesal del cesionario; (iii) desde la notificación al deudor de la resolución por la que se acuerda la sucesión procesal; o (iv) desde el primer emplazamiento, a falta de constancia de notificación de la transmisión de la deuda.

Como se indicó entonces, parece razonable fijar el *dies a quo* en el primer momento en el que acreedor cedido reclame al deudor cedido el pago de la deuda, ya sea judicialmente (el cómputo se iniciaría desde el primer emplazamiento al deudor o, si el pleito ya está en curso, con el traslado entre procuradores del escrito del cesionario de personación, comunicación de la cesión y sucesión procesal) o extrajudicialmente (mediante comunicación del cesionario al deudor cedido conocida como *hello letter*, por la que le informa de la cesión del crédito y de la identidad del nuevo acreedor y le requiere el pago.

v. También se ha debatido si el procedimiento judicial en el que se cuestione la existencia o exigibilidad del crédito debe haber sido iniciado por el acreedor cedente. En sentido favorable se pronuncia un importante sector doctrinal[10]. En sentido contrario, un sector minoritario ha defendido que el procedimiento judicial puede haberse iniciado por el deudor cedido[11].

vi. Es discutido igualmente si solo puede reputarse litigioso el crédito reclamado en un proceso declarativo. En sentido favorable se manifiestan la jurisprudencia clásica y parte de la doctrina[12]. En sentido contrario y, por tanto, a favor de que también pueda considerarse litigioso el crédito reclamado en un procedimiento de ejecución, se ha manifestado parte de la jurisprudencia menor emanada de las Audiencias Provinciales y de la doctrina científica cuando, al tiempo de la cesión del crédito, esté pendiente de resolución la oposición a la ejecución basada en algún motivo de fondo que afecte a la existencia o exigibilidad del crédito (principalmente, cuando el deudor es consumidor y su oposición a la ejecución se basa en la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, cuya estimación comportaría el sobreseimiento del proceso por afectar al fundamento de la ejecución)[13].

vii. Asimismo, ha planteado dudas la cuestión de hasta qué momento es litigioso el crédito, si bien hay precedentes en favor de que la litigiosidad se proyecta hasta la firmeza de la sentencia o resolución judicial que declare la existencia y exigibilidad del crédito, sin que ello impida que luego haya que continuar litigando para hacerlo efectivo[14].

viii. Otro tema polémico y de suma importancia práctica es el de si para que el crédito sea litigioso es necesario que la controversia sobre la existencia o exigibilidad del crédito se mantenga al tiempo de su venta o cesión, o si, por el contrario, es indiferente que tal controversia acabe antes o se inicie después de la cesión del crédito. La jurisprudencia y la doctrina han venido exigiendo, con buen criterio, que esté pendiente de resolución firme al tiempo de la cesión. Consecuencia lógica de lo anterior es que la oposición del deudor cedido a la sucesión procesal interesada por el cesionario con posterioridad a la cesión no convierte al crédito en litigioso.

ix. Al hilo de lo anterior, se ha discutido si el derecho de retracto de crédito litigioso puede ejercitarse en el trámite de sucesión procesal en un proceso de ejecución. En ese sentido, la jurisprudencia menor sostiene que no es el cauce adecuado y remite al deudor al inicio de un procedimiento declarativo ordinario para el ejercicio del derecho[15].

4. Relevancia de las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020, 5 de octubre de 2020 y 10 de mayo de 2021

Las tres sentencias recientes dictadas por el Tribunal Supremo tienen un enorme valor porque aclaran y resuelven muchas de las dudas planteadas hasta ahora.

Las dos primeras enjuician supuestos en los que deudores cedidos (sociedades mercantiles) pretenden ejercitar el derecho de retracto de crédito litigioso del artículo 1535 CC frente a fondos de inversión (cesionarios) que, en el marco de operaciones de ventas de carteras de créditos, habían adquirido a bancos (cedentes) los créditos que estos ostentaban frente a aquellos deudores.

La primera sentencia, relativa a una cartera de créditos *secured* o con garantía real, se centra, sobre todo, en analizar los requisitos que debe reunir un crédito para ser calificado como litigioso. Y la segunda, referida a una cartera de créditos *unsecured* o sin garantía real, analiza la no aplicabilidad del artículo 1535 CC a las ventas de carteras, desarrollando el razonamiento introducido al respecto por la primera sentencia.

Por su parte, la tercera sentencia resuelve un supuesto en el que la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria ("Sareb") cede a una agencia inmobiliaria un crédito hipotecario contra una promotora. Lo que se plantea es si puede entenderse enervada la caducidad de la acción cuando, dentro del plazo legal de nueve días a contar desde que tiene conocimiento de la cesión, el deudor cedido intenta ejercitar el retracto primero extrajudicialmente y después judicialmente en la ejecución hipotecaria seguida contra él.

A continuación se analizan con más detalle el contenido y las implicaciones jurídicas de cada una de estas tres sentencias.

4.1. Sentencia de 5 de marzo de 2020

4.1.1. SUPUESTO DE HECHO

En 2015 un banco cedió noventa y un créditos contra diversos deudores a un fondo extranjero por un precio global y conjunto de 283.229.144,72 euros. Como es práctica habitual, este fondo encomendó a una sociedad española la gestión del cobro de los créditos (a este tipo de entidades gestoras se las conoce como *servicers*). Cuatro de los créditos cedidos eran contra un mismo deudor (sociedad hotelera) que, poco antes, en 2014, había instado contra el banco un procedimiento declarativo en el que solicitaba la nulidad de las cláusulas suelo y la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de esa cláusula.

Cuando el banco y el fondo notificaron a la sociedad hotelera deudora la cesión de esos cuatro créditos hipotecarios, la deudora interpuso contra ambos una demanda declarativa en ejercicio de un supuesto derecho de retracto de crédito litigioso del artículo 1535 CC. La sentencia de pri-

mera instancia estimó la acción ejercitada contra el fondo adquirente de los créditos y desestimó la acción ejercitada contra el banco por falta de legitimación pasiva. La sentencia de segunda instancia confirmó la de primera instancia. El fondo recurrió en casación y el Alto Tribunal estimó el recurso.

4.1.2. RELEVANCIA DE LA SENTENCIA

La sentencia desestima la demanda de retracto porque considera que el crédito que se pretende retraer no es litigioso. La doctrina fijada por la sentencia es relevante por las siguientes razones:

i. Se aboga por una interpretación restrictiva del retracto de crédito litigioso, como excepción que es a la regla general contenida en el artículo 1112 CC de libre transmisibilidad de todos los derechos y obligaciones[16]. Esta doctrina pone de manifiesto que la recurrente pretensión de la mayoría de deudores de que se haga una interpretación extensiva del precepto carece de toda base legal y jurisprudencial.

ii. En línea con lo anterior, se acota el concepto de crédito litigioso del siguiente modo:

- Se reafirma el criterio de que para que un crédito sea litigioso debe cuestionarse su existencia o exigibilidad. Se añade que no ocurre en el caso de autos, porque solo se pretende la nulidad de una cláusula suelo y la restitución del importe cobrado por su indebida aplicación, y eso no afecta a la subsistencia y exigibilidad del resto del préstamo. En este sentido, se reitera la doctrina de que los pleitos que versen sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes del crédito a las que se refería la Sentencia del Tribunal Supremo 28 de febrero de 1991 no convierten al crédito, por sí solos, en litigioso.

  Esta aclaración es muy acertada y tiene una gran relevancia porque supone que no serán considerados litigiosos aquellos créditos cedidos respecto de los cuales los deudores solo hubieran impugnado su cuantía, pero no su existencia o exigibilidad, supuesto este muy frecuente en la práctica.

- Se aclara que crédito litigioso no equivale a crédito impagado. Esta precisión terminológica es muy oportuna porque, en ocasiones, algunas resoluciones judiciales confunden crédito litigioso con crédito impagado o crédito ejecutado o reclamado judicialmente. En esta misma línea, la sentencia reitera la jurisprudencia que tiene establecido que no cabe equiparar crédito litigioso con crédito ejecutado o reclamado judicialmente.

- En la estimación del recurso se tiene en cuenta ("*como factor no determinante, pero sí coadyuvante*") que el pleito existente sobre el crédito cedido había sido instado por el deudor contra el acreedor originario y que no constaba la sucesión procesal del fondo cesionario en la posición de demandado. Al respecto, el Alto Tribunal razona que el supuesto típico que prevé el artículo 1535 CC es aquel en el que el acreedor originario es el demandante en el procedimiento judicial, y en el que el deudor contesta y se opone a la demanda discutiendo la existencia o exigibilidad del crédito. Y concluye que admitir el juego del derecho de retracto cuando el demandante es el deudor sería contrario a

la *ratio* histórica del precepto ("*cortar pleitos*"), en la medida en la que incentivaría la litigiosidad por parte de los deudores.

Este criterio tiene una gran virtualidad práctica, ya que es habitual que los deudores más sofisticados (principalmente, personas jurídicas) insten procedimientos judiciales contra los acreedores originarios (en la mayoría de los casos sin ningún fundamento, como sucede con las promotoras o constructoras que invocan la abusividad de cláusulas de sus préstamos hipotecarios) en previsión de que su crédito pueda ser cedido a un fondo de inversión y a los solos efectos de que, llegado tal caso, puedan ejercitar un supuesto derecho de retracto sobre la base de un sedicente crédito litigioso.

i. Aunque la desestimación del recurso se basa en la falta de carácter litigioso del crédito cedido, la sentencia aclara además que el retracto del artículo 1535 CC no se aplica a las ventas de carteras por la distinta finalidad de ambas figuras.

   Sostiene que, mientras que la venta de carteras tiene una triple finalidad, consistente en "*mejorar el ratio financiero y de morosidad de la entidad, mejorar la liquidez con la entrada de ingresos procedentes de la venta de la cartera y reducir provisiones y coste de gestión de estos activos*", la *ratio* histórica del artículo 1535 CC tiene por objeto evitar el abuso de los especuladores de pleitos.

ii. En cambio, a juicio del Tribunal Supremo, las ventas de carteras (i) se encuadran en el mismo contexto socio-económico y proceso de reestructuración del sistema financiero que sirve de base a la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2015 para no aplicar el artículo 1535 CC a un supuesto de modificación estructural (segregación) y (ii) comparten la finalidad del artículo 36.4.b) de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que excluye la aplicación del artículo 1535 CC en caso de cesión de créditos litigiosos a la Sareb[17].

   En esa línea, la sentencia aplica por analogía la doctrina contenida en la Sentencia de 1 de abril de 2015, por apreciar identidad de razón entre el supuesto de hecho resuelto en aquella y la venta de carteras por la imposibilidad de subrogación en la posición contractual del cesionario, y desliza el argumento de que el retracto del artículo 1535 CC no es aplicable a una venta de carteras porque es un supuesto de venta de universalidad del artículo 1532 CC, que excluye el retracto.

iii. Se reitera la doctrina sentada por la Sentencia de 30 de abril de 2007, conforme a la cual el cesionario puede reclamar el importe íntegro del crédito, y no solo lo pagado por él, sin que ello entrañe enriquecimiento injusto alguno del cesionario.

4.2. Sentencia de 5 de octubre de 2020

4.2.1. SUPUESTO DE HECHO

En 2016 un banco transmitió a una entidad especializada en la gestión del cobro de créditos morosos una cartera de créditos de dudoso cobro sin garantía real, entre los que se encontraba el derivado de un préstamo con garantía personal. En el contrato de compraventa se fijó un precio único por toda la cartera de créditos.

El banco había instado un proceso de ejecución de título no judicial en reclamación del préstamo. El deudor se opuso a la ejecución alegando el pago o compensación como posibles causas de extinción del crédito. La oposición fue desestimada en primera instancia y el deudor recurrió en apelación. El recurso estaba pendiente de resolución cuando tuvo lugar la cesión de la cartera.

Tras la cesión, el deudor demandó al banco y a la gestora en ejercicio de una acción de retracto de crédito litigioso. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. El deudor recurrió en apelación y la Audiencia desestimó el recurso. El deudor interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación y ambos fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

En el caso enjuiciado por el Alto Tribunal, no se discutía el carácter litigioso del crédito ni el carácter oneroso de la cesión, sino si el artículo 1535 CC resulta de aplicación a las ventas de cartera.

4.2.2. RELEVANCIA DE LA SENTENCIA

El interés esta sentencia radica especialmente en los siguientes aspectos:

i. En la resolución del recurso de casación, el Tribunal Supremo mantiene la calificación que del contrato de compraventa hace la Audiencia Provincial como venta en globo y a precio alzado. Y sostiene que esa calificación no se ve desvirtuada por el hecho de que:

   - los créditos cedidos estén identificados en el CD de datos que se entrega al comprador con la formalización de la compraventa, ya que la identificación de los créditos integrantes de la cartera no impide que se trate de la venta de un conjunto unitario (artículo 1532 CC); y

   - se hubiese pactado la exoneración de responsabilidad del cedente en caso de ejercicio por algún deudor del artículo 1535 CC, ya que dicho precepto es imperativo y no disponible por las partes.

ii. En línea con lo anterior, se desarrolla el argumento —ya introducido en la sentencia de 5 de marzo de 2020— de que no cabe el retracto porque la venta de carteras es un supuesto de venta en globo o por cantidad alzada del artículo 1532 CC, que excluye el retracto.

iii. Se establece que no cabe determinar, sin alterar la voluntad de las partes, un precio individual para cada crédito de la cartera. En la sentencia de segunda instancia, que se confirma

en casación, se sostiene que el precio pactado es global y que calcular el valor de los créditos individuales a prorrata supondría fijar un precio arbitrario, ya que el precio alzado no se establece en atención a la suma de todos los importes.

iv. En la resolución del recurso extraordinario por infracción procesal, la sentencia confirma que el testimonio parcial de la escritura es un documento idóneo para acreditar la venta en bloque de una cartera de créditos por un precio único a tanto alzado. En el caso concreto, tiene por probada la existencia de un precio único para toda la cartera por el testimonio parcial de la escritura de compraventa obrante a autos. Y añade que es irrelevante que en él se omita el precio global de la operación, ya que de las estipulaciones del contrato se colige que el precio fue conjunto, y no individualizado por cada uno de los créditos. Esto es importante porque es habitual que, para acreditar la venta de la cartera, el demandado (acreedor cesionario) se limite a aportar a autos, por protección de datos y secreto bancario, un testimonio parcial de la escritura que incluya la cláusula por la que se establece un precio conjunto (con o sin indicación de la cifra), y que el deudor solicite (y el juzgado acuerde en ocasiones) que se requiera al demandado para que exhiba o aporte el original o la copia completa de la escritura de compraventa de la cartera de créditos, incluidos los anexos, e indique el precio individualizado por el que se cedió su crédito, a lo que normalmente se opone el demandado con razón, ya que no procede.

4.3. Sentencia de 10 de mayo de 2021

4.3.1. SUPUESTO DE HECHO

En 2017 la Sareb cedió a una agencia inmobiliaria el crédito que ostentaba frente a una promotora inmobiliaria y sus dos fiadores. El día después de la cesión, la cesionaria se personó en el proceso de ejecución hipotecaria instado en su día por la Sareb contra la promotora y sus fiadores, aportó copia para las partes de la escritura de cesión del crédito y solicitó la sucesión procesal, que se acordó a los pocos días.

Antes de que se acordara la sucesión, la cesionaria levantó, como complemento de la escritura de cesión, un acta notarial por la que reiteró la notificación de la cesión del crédito y requirió de pago a la cesionaria. En respuesta al requerimiento, la deudora y sus fiadores manifestaron que ejercitaban extrajudicialmente su derecho de retracto y depositaron en la notaría los cheques con los que pretendían abonar el precio, los intereses y los gastos de la cesión. En vista de que la cedente se opuso a dicho intento, la deudora y sus fiadores presentaron un escrito en la ejecución en el que manifestaban su voluntad de ejercer el derecho, a lo que el juzgado respondió que el ejercicio del derecho exigía la interposición de una nueva demanda de retracto. Cuando los retrayentes presentaron la demanda de retracto, el plazo legal de nueve días había expirado, y la demanda fue desestimada en primera instancia por no ser litigioso el crédito. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, pero porque consideró que la acción estaba caducada. Y el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de segunda instancia, por lo que tampoco entró a analizar si el crédito era o no litigioso.

En casación no se discutió el *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio del derecho, que en ese caso había sido fijado en la fecha del traslado del escrito de personación, con copia de la escritura de cesión, presentado por el cesionario en la ejecución hipotecaria.

4.3.2. RELEVANCIA DE LA SENTENCIA

La sentencia es relevante porque traslada al retracto de crédito litigioso la jurisprudencia ya existente en el ámbito de otros retractos legales. Aunque no enjuicia un supuesto de venta de cartera de créditos, sino de cesión de un solo crédito, su doctrina es aplicable a todos los casos.

En línea con esa jurisprudencia, el Tribunal Supremo aclara los siguientes puntos: (i) que el plazo legal de nueve días previsto para el ejercicio del derecho de retracto de crédito litigioso es de caducidad; (ii) que no cabe hacer una disociación entre ejercicio del derecho y la acción de retracto a los efectos de que el plazo de caducidad legalmente previsto solo afecte al primero pero no a la segunda; (iii) que la presentación de la demanda y la consignación del precio de la cesión en el referido plazo ante un juzgado incompetente no impide que opere la caducidad; (iv) que el ejercicio extrajudicial (notarial, en este caso) del derecho dentro del citado plazo no interrumpe ni suspende el plazo de caducidad si el acreedor cedido guarda silencio o se opone a aquel; (v) que la declaración de caducidad no queda enervada por la manifestación efectuada por el deudor en la ejecución, dentro del referido plazo, con intención de ejercitar el derecho, por efectuarse en un procedimiento inadecuado y en un juzgado incompetente; y (vi) que, para evitar la caducidad, el derecho de retracto debe ejercitarse judicialmente en el juzgado competente mediante la interposición de una demanda declarativa en el plazo de nueve días.

Es un pronunciamiento de gran trascendencia práctica porque es habitual que, dentro del plazo de nueve días, los deudores cedidos se limiten a manifestar mediante carta, acta notarial o escrito presentado en la ejecución, su voluntad de ejercitar el derecho de retracto de crédito litigioso, y que interpongan la demanda intempestivamente, una vez que se ha rebasado, con creces, el referido plazo. Ahora queda claro que, en todos esos casos (y aquellos en los que la demanda y la consignación se presentan ante un juzgado incompetente), procede sin más la desestimación de la demanda por caducidad de la acción.

5. Conclusiones

En atención a lo expuesto, cabe concluir lo siguiente:

i. Las tres sentencias del Tribunal Supremo objeto de este trabajo delimitan con acierto los contornos del derecho de retracto de crédito litigioso y aclaran dudas interpretativas surgidas en torno a su aplicación y que no podían ser colmadas con la escasa jurisprudencia existente en la materia. Es de esperar que esto contribuya a dotar de mayor seguridad jurídica a las ventas de carteras y a reducir la abundante y, en no pocas ocasiones, artificiosa litigiosidad generada en los últimos años por el abuso que de esta figura vienen haciendo un buen número de deudores cuyos créditos son cedidos dentro de esas carteras.

ii. Las sentencias reiteran con acierto la procedencia de la interpretación restrictiva del artículo 1535 CC, que proyectan no solo sobre el concepto de crédito litigioso, sino también sobre la *ratio*, la finalidad y el ámbito de aplicación del derecho de retracto que asiste al deudor cedido. Esta postura está plenamente justificada porque, aunque el retracto de crédito litigioso no se puede asimilar del todo a los retractos legales por su especial naturaleza de facultad de extinción del crédito cedido, su proximidad a ellos y el hecho de que suponga una restricción legal al principio de libre circulación y transmisión de créditos, exige su interpretación restrictiva (deviene de plena aplicación al caso el aforismo clásico *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*).

iii. Las sentencias atienden al origen histórico y al fundamento de este retracto. Recuerdan que tiene como antecedente el "*retracto anastasiano*" previsto en la Ley Anastasiana del derecho romano y que se introdujo en el CC por inspiración del Código napoleónico con una doble finalidad: desincentivar a los especuladores de pleitos y reducir la litigiosidad ("*cortar pleitos*").

iv. Es especialmente relevante que la sentencia de 5 de marzo de 2020 reitere que, para que un crédito sea considerado litigioso, es preciso que en el pleito que haya en curso se cuestione su existencia o exigibilidad. Y que no basta con que solo se cuestione la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes del crédito (como su cuantía), como sostuvo la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1991, que constituye un pronunciamiento aislado que se ha visto superado por la jurisprudencia posterior.

El pronunciamiento que ahora nos ocupa tiene una gran trascendencia práctica, porque es frecuente que los deudores cedidos basen el supuesto carácter litigioso del crédito en que tienen impugnada su cuantía, bien en sede de oposición a la ejecución, o bien en procedimientos declarativos instados contra el acreedor cedente o el acreedor cedido. Esta impugnación suele plantearse, bien directamente, negando la existencia de la deuda o alegando error en su determinación, o bien indirectamente, mediante la invocación de abusividad de cláusulas abusivas del préstamo hipotecario, cuya apreciación determinaría la reducción de la cantidad reclamada. Este último recurso defensivo es utilizado por muchos deudores que, claramente, no son consumidores, como las sociedades promotoras y constructoras.

v. Con buen criterio, las sentencias de 5 de marzo y de 5 de octubre de 2020 acogen los argumentos esgrimidos por la mayoría de la jurisprudencia menor y por un nutrido sector doctrinal para rechazar la aplicabilidad del artículo 1535 CC a las ventas de carteras de créditos, entre los que destacan los siguientes:

- Que la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2015 y reiterada en la de 13 de septiembre de 2019 (RJ 2019\3588) es, *mutatis mutandis*, plenamente aplicable al caso.

- Que no cabe el retracto cuando el precio abonado por el acreedor cedido ha sido fijado a tanto alzado y es único y global para toda la cartera y no existe un precio individualizado para cada crédito.

Al hilo de lo anterior, en mi opinión, no existe individualización del precio en los casos en los que se transmite conjuntamente una cartera de créditos por un precio global y único y, bien en la escritura de compraventa, o bien en algún anexo de ella, se asigna un valor a cada uno de los créditos transmitidos a los únicos efectos de: (i) liquidar las obligaciones fiscales derivadas de la transmisión de los créditos; (ii) inscribir el cambio de titularidad de las hipotecas en los correspondientes Registros de la Propiedad; y (iii) en su caso, recomprar o sustituir los créditos que, de conformidad con lo pactado, pudieran ser considerados defectuosos[18].

- Que no es posible determinar, sin alterar la voluntad de las partes, un precio individual para cada crédito de la cartera, ni que el deudor retrayente se subrogue en la posición contractual del cesionario.

- Por puras razones de economía de escala (conforme a las cuales, a mayor volumen de la operación, menor precio unitario de esta), el precio unitario nunca coincidiría con la suma del precio individualizado de los créditos en caso de que se procediera a su venta por separado.

- Que el tenor literal del artículo 1535 habla de venta de "un crédito" en singular.

- Que el retracto exige una perfecta identidad entre lo retraído y lo vendido, y dicha identidad no se da cuando se pretende retraer por un inexistente precio individualizado un crédito incluido en una cartera que se ha adquirido por un precio global y único fijado a tanto alzado.

- Que, adicionalmente, para justificar la exclusión del retracto, el Tribunal Supremo asimila la venta de carteras de créditos en globo o a precio alzado a la venta de universalidad del artículo 1532 CC y aplica analógicamente el artículo 25.7 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que excluye el retracto arrendaticio cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas y locales propiedad del arrendador que formen parte del mismo inmueble y cuando se transmiten todos los pisos y locales del edificio.

vi. La sentencia de 10 de mayo de 2021 aclara que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1535 CC, para evitar la caducidad, el deudor debe ejercitar la acción de retracto por la vía judicial mediante la interposición de una nueva demanda declarativa ante el juzgado competente en el plazo legal de nueve días.

    Esta doctrina debe conducir a la desestimación, por caducidad de la acción, de todas aquellas demandas interpuestas por los deudores una vez transcurrido el plazo de nueve días, en la creencia —errónea, por su parte— de que la previa manifestación —efectuada dentro del referido plazo— de su intención de ejercitar el retracto era suficiente, por sí sola, para impedir el juego de la caducidad.

vii. Como es lógico, las sentencias analizadas no resuelven todas las dudas interpretativas que plantea el artículo 1535 CC. Sin ir más lejos, no se pronuncian —porque no era cuestión

controvertida en los recursos— sobre la fijación del *dies a quo*, pese a que reconocen que es una cuestión compleja por la oscura redacción del precepto. En páginas anteriores se ha propuesto una solución a esta polémica. En todo caso, la respuesta a esta y a otras cuestiones pendientes debe encontrarse a través de la interpretación restrictiva del derecho de retracto de crédito litigioso sentada por el Tribunal Supremo.

Notas

1 Aunque la casuística es enorme, es frecuente que una parte de la cartera cedida ya esté judicializada —es decir, que los créditos estén siendo objeto de reclamación judicial— y que algunos de los deudores cedidos —ya sean empresas o consumidores— estén en situación concursal.

2 *Vid*. Moya Fernández, Antonio José, Pérez-Pujazón, Encarnación y Trigo Sierra, Eduardo (2016). Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: retracto de crédito litigioso y titulización. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 44, pp. 48-64.

3 Esta regulación se complementa con lo previsto en el artículo 1536 CC, que establece que "*se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior la cesión o ventas hechas: 1.º A un coheredero o condueño del derecho cedido. 2.º A un acreedor en pago de su crédito. 3.º Al poseedor de una finca sujeta al derecho litigioso que se ceda*".

4 Pantaleón Prieto, Fernando (Comentario a los artículos 1526 a 1536 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Madrid: Ministerio de Justicia, t.II, Madrid, 1991, p. 1042) entiende que es necesario que la contestación verse sobre el fondo.

5 Por todas, pueden citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 1 de octubre de 2015 (JUR 2015/248346), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª) de 29 de septiembre de 2016 (JUR 2016/275854), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4.ª) de 25 de enero de 2017 (JUR 2017/79538) y el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de febrero de 2017 (JUR 2017/92049).

6 En sentido contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2011 (JUR 2011/202677) estima que sí hubo una transmisión individualizada de cada uno de los más de 200.000 créditos cedidos, pero rechazó el retracto porque el crédito no era litigioso. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3.ª) de 26 de enero de 2017 (EDJ 2017/13206) aplica el artículo 1535 CC a una venta de cartera al entender que sí que existía un precio individualizado para el crédito por el hecho de que en el contrato de compraventa se había fijado un precio que resultaba de aplicar el porcentaje del 4,15 % al saldo principal impagado. Esta interpretación ha sido criticada por García-Villarrubia Bernabé, Manuel (La resurrección del retracto y el Derecho de Consumo. Cuestiones procesales y sustantivas. *El Derecho, Revista de Derecho Mercantil*, 58, 2017), que sostiene —con razón— que lo anterior no significa que se pueda hablar de una cesión individualizada de cada crédito, porque el importe de cada uno se había establecido en atención al conjunto de circunstancias concurrentes en la operación global.

7 Según la jurisprudencia menor, aunque la sentencia de 1 de abril de 2015 se refiere a supuestos de segregación de sociedades mercantiles, lo determinante es que no haya una individualización del precio pagado por los elementos que componen el activo transmitido, sino que se trate de un precio conjunto y único. En el supuesto de hecho enjuiciado por la sentencia de 2015 se había producido una cesión en bloque, por sucesión universal, de diversos créditos litigiosos a consecuencia de una segregación (modificación estructural) de una parte del patrimonio de la sociedad acreedora que conformaba una unidad económica. En la doctrina, Romero García-Mora, Guillermo (*Venta de carteras de créditos y retracto de créditos litigiosos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 141) afirma: *"en las ventas de carteras de créditos non-performing a tanto alzado no será posible extinguir el crédito ex art. 1535 CC ya sea porque se entienda trasladable la doctrina contenida en la STS n.º 165/15, ya se entienda, en todo caso, que ello se debe a que no existe un precio individualizado del crédito"*.

8 Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 (RJ 2009/2903) afirma que *"la acción judicial que pone en movimiento el derecho de retracto solo se materializa a través de la presentación de una demanda que formula el titular del derecho ante el órgano jurisdiccional"*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 septiembre de 2015 (JUR 2016/19337) dice que *"la posibilidad de plantear retracto de crédito litigioso (...) conformaba una acción distinta y autónoma que en su caso debió ejercitar el demandado frente al transmitente y adquirente del crédito"*.

9 *Vid*. Moya Fernández, Antonio José, Pérez-Pujazón, Encarnación y Trigo Sierra, Eduardo, *op. cit.*, pp. 57 y 58.

10 En ese sentido se pronuncian Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.) (2013). Comentario a los artículos 1535-1536 del Código Civil. En *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, pp. 10867 y ss.; y Veiga Copo, Abel Benito (2013). Compraventa de carteras de créditos y retracto de créditos litigiosos. En Á. Carrasco Pereira, *Tratado de la Compraventa*, Thomson Reuters Aranzadi, t. 1, p. 699.

11 Achón Bruñén, María José (*Ejecución civil hipotecaria, 389 preguntas y respuestas*, Madrid, 2018, p. 109) sostiene que *"el crédito será litigioso cuando esté pendiente de resolución firme la oposición a la ejecución por motivos de fondo, así como cuando el deudor haya interpuesto un juicio declarativo para alegar una causa de oposición que no puede invocar en el procedimiento ejecutivo"*.

12 La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2008 (RJ 2008/5810) establece que son *"créditos litigiosos aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme, y desde la contestación de la demanda (exigiéndose por la doctrina una oposición de fondo, aunque debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía ex art. 496.2)"*. En la doctrina, García-Villarrubia Bernabé, Manuel (op. cit.) afirma: "*Con la norma en la mano (...) se exige la existencia de un procedimiento judicial relativo al crédito y, además, que se trate de un procedimiento declarativo, ordinario o verbal, únicos en los que existe el trámite procesal de contestación a la demanda. Quedarían, por tanto, excluidos otros procedimientos, singularmente los de ejecución"*.

13 *Vid*. Achón Bruñén, María José, op. cit., p. 109 y nota al pie n.º 13.

14 La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2019 (RJ 2019/3588) declara que *"el carácter de "crédito litigioso", se pierde tan pronto queda firme la sentencia que declaró su certeza y exigibilidad, o tan pronto cese el proceso por algún modo anormal, como es, por ejemplo la transacción"*. En el caso enjuiciado, el Alto Tribunal concluye que el crédito sobre el que versa el procedimiento no tenía el carácter de litigioso cuando fue cedido a la demandada, puesto que su existencia, exigibilidad y cuantía ya habían sido determinadas en sentencia firme. Con el añadido, en este caso, de que en la ejecución de sentencia tampoco había contienda cuando se produjo la cesión, puesto que las partes habían llegado a un acuerdo sobre el pago fraccionado de la deuda, que se estaba cumpliendo.

15 *Vid*., por todos, el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª) de 22 de febrero de 2017 (JUR 2017/92049), que declara que el ejercicio del derecho de retracto del artículo 1535 CC queda fuera del estrecho cauce del incidente de sucesión procesal de la ejecución y remite al ejecutado a hacer valer su derecho en el procedimiento declarativo correspondiente. Y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 octubre de 2015 (JUR 2016/150385), que señala que el requerimiento del juzgado al cesionario para que informe del precio abonado por la compra del crédito

excede claramente de las facultades del juzgador y del limitado objeto del trámite de sucesión procesal, en cuyo marco el juzgado solo puede acordarla o rechazarla.

16 En el mismo sentido, la SAP de Madrid de 18 de febrero de 2015 (AC 2015, 970) establece que el artículo 1535 CC *"supone, en definitiva, una restricción legal al principio de libre circulación y transmisión de los créditos, proclamado en el artículo 1.112 de Código Civil"*.

17 La cuestión está ahora regulada en el artículo 29.4.b) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que exceptúa expresamente la aplicación del artículo 1535 CC en supuestos determinados.

18 En esa línea, en la jurisprudencia menor puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª), de 13 de septiembre de 2016 (JUR 2016/219667), que dice: *"No es óbice para ello el hecho de que el contrato detalle y concrete datos que singularizan e identifican cada uno de los crédito que componen la cartera, (cuantía, deudores, tipo de producto fecha vencimiento ..) pues se trata de una identificación y particularización a efectos meramente informativos a la par que lógica y necesaria para las actuaciones que el cesionario pueda llevar a cabo respecto a cada da uno de ellos; ni tampoco es óbice el hecho de que se hubiera pactado la recompra por el cedente de créditos defectuosos e incluso fijado un mecanismo para calcular el precio de dicha recompra, pues se trata de una operación distinta a la de cesión o transmisión inicial que, como hemos dicho, no se hace forma particularizada sino en bloque o en conjunto por un precio único por cada una de las carteras"*. En la doctrina, Romero García-Mora, Guillermo (*op. cit.*, p. 141) afirma que la caracterización como venta a tanto alzado conlleva que el régimen de responsabilidad pactado para el caso de créditos defectuosos no pueda tomarse como si fuera el precio del retracto que se pretenda.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 56, mayo-agosto de 2021, pp. 251-258

Foro de actualidad

España

LOS PLAZOS DE INSTRUCCIÓN A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INVESTIGADO

Patricia Leandro Vieira da Costa y Belén Adell Troncho

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

Los plazos de instrucción a la luz de los derechos fundamentales del investigado

¿Por qué existen los plazos máximos de instrucción si, en la práctica, no han servido para acelerar las instrucciones penales? En este artículo analizamos la relevancia de estos plazos para salvaguardar los derechos fundamentales del investigado a la defensa y a un proceso sin dilaciones indebidas, a luz de la STS 455/2021, de 27 de mayo, que mantiene una postura radicalmente contraria a la defendida por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2021, de 8 de abril.

Palabras clave:
Derecho de defensa, Plazos de instrucción penal

Time limits to criminal investigations and the constitutional rights of the suspect

Why are there time limits to criminal investigations in Spain if, in practice, such limits have not accelerated the pace of criminal investigations? In this article, we analyze the relevance of such time limits in order to guarantee the suspect's constitutional rights of defense and to a fair trial in a reasonable time, according to the Spanish Supreme Court Judgment no. 455/2021, of 27 May. This Judgment contains an interpretation of such time limits radically contrary to the interpretation thereof maintained by the Spanish General Public Prosecutor's Office (in its resolution no. 1/2021, of 8 April).

Key words:
Right to defence, Time limits to criminal investigations

FECHA DE RECEPCIÓN: 22-7-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-9-2021

Leandro Vieira da Costa, Patricia; Adell Troncho, Belén (2021). Los plazos de instrucción a la luz de los derechos fundamentales del investigado. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 251-258 (ISSN: 1578-956X).

1. La importancia de los plazos máximos de instrucción y el debate sobre las consecuencias de su incumplimiento

Cualquiera que haya tenido un mínimo contacto con un proceso penal (sencillo o complejo) sabe que existe un desafortunado riesgo de que el procedimiento, y particularmente la fase de instrucción, se eternice en el tiempo. Es cierto que en ocasiones esta demora puede deberse a la necesidad de practicar un número amplio de diligencias de investigación o de diligencias que, por su propia naturaleza, requieren determinado tiempo para su práctica (por ejemplo, comisiones rogatorias internacionales). Pero en muchos otros casos, desgraciadamente, se producen auténticos parones en las instrucciones penales, difícilmente justificables.

Estos parones son perniciosos, principalmente, para el sujeto investigado, que puede ver mermados sus derechos fundamentales a la defensa y a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas (art. 24 de la Constitución española —"CE"—). Es evidente que el paso del tiempo puede dificultar la incorporación al proceso penal de diligencias de descargo que amparen la tesis de la defensa. Además, ostentar la condición de investigado durante un largo periodo de tiempo puede atentar contra los derechos a la presunción de inocencia y al honor de los investigados.

Atendiendo a este potencial perjuicio al investigado, la Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (la "Ley 2/2020"), dispone en su preámbulo que "[...] *establecer ciertos límites a la duración de la instrucción supone una garantía para el derecho de los justiciables. Como es sabido, el proceso penal es en sí mismo una pena que comporta aflicción y costes para el imputado. Por identidad de razón por la que en otros ámbitos (por ejemplo, en materia tributaria o sancionatoria) se establecen límites a la duración de las actividades inspectoras o instructoras, debe articularse un sistema que cohoneste la eficacia del proceso penal con los derechos fundamentales de presunción de inocencia, derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías que se sustancie en un plazo razonable*". En un sentido parecido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2021, de 8 de abril, sobre los plazos de la investigación judicial del art. 324 LECr (la "Circular FGE 1/2021"), afirma que el retraso en la respuesta judicial puede convertirse "[...] *en una suerte de retribución anticipada para el sujeto sometido a investigación, fruto del carácter aflictivo inherente a la propia condición de sujeto pasivo del procedimiento. De ahí que se haya postulado la oportunidad de limitar los plazos de la fase de instrucción a fin de eludir el riesgo de someter sine die a la persona investigada a un proceso penal* [...]".

La existencia de plazos máximos en la instrucción penal sigue siendo relativamente novedosa en el proceso penal español. Hasta la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías

procesales (la "Ley 41/2015"), solo existía un "*exiguo e inoperante*" (en palabras del preámbulo de la Ley 41/2015) plazo de un mes de instrucción, cuyo transcurso solo obligaba al secretario judicial a dar parte semanal de las razones que hubiesen impedido la conclusión de la instrucción en este plazo de un mes. Ahora bien, ni el incumplimiento de este plazo ni de esta obligación de dar parte de la prolongación de la instrucción acarreaban consecuencia alguna.

La Ley 41/2015 (vigente desde el 6 de diciembre de 2015) modificó el artículo 324 LECr para establecer un plazo máximo de instrucción de seis meses desde la incoación del procedimiento. Si la causa era declarada "compleja", el plazo máximo sería de dieciocho meses, previéndose una posibilidad de prórroga. Excepcionalmente, podría fijarse un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción. Por su parte, la Ley 2/2020 (vigente desde el 29 de julio de 2020) simplificó este régimen y estableció un plazo máximo general de doce meses desde la incoación del procedimiento, con posibilidad de prórrogas sucesivas por periodos iguales o inferiores a seis meses. Bajo esta nueva regulación, el juzgado instructor, si acuerda prorrogar la instrucción, debe especificar las causas que han impedido concluirla en el plazo de doce meses, así como las diligencias que deben practicarse y su relevancia para la investigación.

El preámbulo de la Ley 41/2015 ya disponía que venía a establecer "*plazos realistas cuyo transcurso sí provoca consecuencias procesales*". ¿Y qué consecuencias son estas? Transcurrido este plazo (y, en su caso, las prórrogas acordadas), el juez instructor debe poner fin a la fase de instrucción y, en el caso del procedimiento abreviado, dictar la resolución que proceda conforme al art. 779 LECr (de acuerdo con el actual art. 324.4 LECr). Básicamente, y en la mayor parte de los casos, el juzgado instructor deberá decidir si, a la vista de las diligencias practicadas durante la fase instrucción, concurren indicios de delito suficientes para pasar a la siguiente fase del proceso penal (acordando la transformación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado —art. 779.1.4.ª LECr—) o si, por el contrario, procede acordar el sobreseimiento, libre o provisional, del procedimiento (arts. 779.1.1ª, 637 y 642 LECr). Por tanto, debe decidir si sigue adelante con el proceso penal o si lo cierra. En consecuencia, agotado el plazo legal de instrucción, ya no cabría acordar la práctica de nuevas diligencias de investigación.

A este respecto, hay una diligencia de investigación de máxima relevancia para que el juzgado instructor pueda acordar la transformación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado: la declaración del investigado. De acuerdo con el art. 779.1.4.ª LECr, el juzgado no podrá acordar la transformación del procedimiento (esto es, que el procedimiento siga adelante) sin haber practicado esta diligencia.

Desde la entrada en vigor de los plazos máximos de instrucción a finales de 2015, no ha sido extraño que, en la práctica, una vez transcurrido el plazo de instrucción, el juzgado instructor siguiese acordando nuevas diligencias de investigación. En coherencia, tampoco ha sido infrecuente que la prórroga del plazo de instrucción se acordase de forma extemporánea, una vez transcurrido el plazo máximo correspondiente. Así, la nueva regulación de plazos máximos se convirtió, en la práctica, en una cuestión meramente burocrática, que de poco o nada servía para acelerar el ritmo de las instrucciones penales. En efecto, en la Memoria de 2020 de la Fiscalía General del Estado ("FGE") se comparan los datos de las diligencias previas pendientes a 1 de enero y a 31 de diciembre de los años 2015 a 2019, y se observa que 2018 y 2019 son los únicos años con más diligencias pendientes a 31 de diciembre que a 1 de enero. Así, se constata una tendencia al incremento de la

pendencia de las instrucciones penales, a pesar de haber disminuido el número de diligencias previas incoadas cada año. De ahí que la FGE concluya en esta Memoria que la regulación de plazos máximos "*no ha venido a solucionar el retraso en la tramitación de los procedimientos abreviados, que incluso se incrementa con respecto a la anualidad anterior*". Pero este resultado poco alentador puede deberse, en nuestra opinión, a la citada práctica, consistente en soslayar los límites temporales de la instrucción fijados por nuestro legislador.

Este fenómeno de incumplimiento de los plazos máximos de instrucción generó un intenso debate acerca de la validez de las diligencias acordadas transcurrido este plazo (muy especialmente, la declaración de investigado), cuando de forma extemporánea se dictaba una resolución de prórroga de la instrucción. El apartado 7 del art. 324 LECr, en su redacción dada por la Ley 41/2015, disponía que "*las diligencias de investigación acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos*". *A contrario sensu*, podría deducirse que las diligencias de instrucción acordadas agotado el plazo máximo de instrucción no serían válidas.

Cualquier duda que pudo haber generado la redacción de este precepto parece haberse clarificado con la reforma del art. 324 LECr operada por la Ley 2/2020, en cuyo apartado tercero se establece que "*si, antes de la finalización del plazo o de alguna de sus prórrogas, el instructor no hubiere dictado la resolución a la que hace referencia el apartado 1, o bien esta fuera revocada por vía de recurso, no serán válidas las diligencias acordadas a partir de dicha fecha*". Por tanto, ya se dispone literalmente en el art. 324 LECr que las diligencias de investigación acordadas fuera del plazo máximo de instrucción "*no serán válidas*". Y ello, precisamente, porque pasar por alto los plazos máximos de instrucción fijados por nuestro legislador atenta contra los más básicos derechos fundamentales del investigado, principalmente el derecho de defensa y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24 CE).

A pesar de la meridiana claridad del precepto, más aún tras la Ley 2/2020, en la Circular FGE 1/2021 se viene a defender una interpretación de esta norma perjudicial para el investigado y, en nuestra opinión, poco ajustada a los citados derechos fundamentales. No es de extrañar que poco más de un mes después de la emisión de esta Circular de la FGE, nuestro Tribunal Supremo dictara la Sentencia 455/2021, de 27 de mayo, que mantiene una interpretación del art. 324 LECr que, al menos en determinados aspectos, es diametralmente opuesta a la reflejada en la Circular FGE 1/2021 y, creemos, mucho más ajustada a los derechos y garantías de los investigados.

En los siguientes apartados procedemos a examinar las discrepantes posturas mantenidas en la Circular FGE 1/2021 y en la STS 455/2021, y extraemos nuestras conclusiones al respecto.

2. La postura restrictiva de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2021, de 8 de abril

Como adelantamos, la Circular FGE 1/2021 mantiene una interpretación de los plazos máximos de instrucción poco compatible con los derechos y garantías del investigado. En efecto, se llega a afirmar que estos plazos máximos no tienen una "*conexión directa*" con el derecho fundamen-

tal a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) o con el derecho a un proceso equitativo en plazo razonable (art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), sin que sea posible "*vincular los plazos —más que de un modo remoto— con el tiempo razonable para la tramitación del procedimiento*". La finalidad de los plazos máximos de instrucción sería, según la Circular FGE 1/2021, la de "*ordenar el curso del procedimiento*".

Es sin duda encomiable el esfuerzo argumental de la Circular FGE 1/2021 para llegar a esta sorprendente conclusión. Entre otros argumentos, se afirma que los plazos máximos del art. 324 LECr no desarrollan derecho fundamental alguno porque, si así fuera, debería haberse introducido por ley orgánica (en virtud de la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE) y no mediante ley ordinaria. Ni que decir tiene que este argumento parece olvidarse de que no todo aquello que afecta a un derecho fundamental debe regularse por ley orgánica. Como dispone la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2018, de 10 de abril: "*En relación con la exigencia de Ley Orgánica en el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 81.1), hemos recordado recientemente que 'no todo lo que 'afecte' a los derechos fundamentales (...) es un desarrollo directo de esos derechos fundamentales, esto es, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de Ley Orgánica. La Constitución* [...] *reserva a la Ley ordinaria regular el ejercicio de tales derechos y libertades respetando su contenido esencial (art. 53.1)* [...]".

Además, la pretendida "no conexión directa" entre los plazos máximos de instrucción y los derechos de los investigados no solamente resulta contraria al ya citado preámbulo de la Ley 2/2020, sino también a la anterior Circular 5/2015 de la FGE, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción (la "Circular FGE 5/2015"). En esta última se afirmaba que "[...] *no debe olvidarse que una de las principales finalidades de esta norma es garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*" (p. 3), que "*la limitación de los plazos de instrucción está en conexión con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*" (p. 19) y que "*el incumplimiento de los plazos podrá generar una infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*" (p. 19). Por tanto, podemos observar un giro copernicano en la postura de la FGE contenida en su posterior Circular 1/2021.

Bajo esta controvertida premisa de que los plazos máximos de instrucción no tienen conexión directa con los derechos fundamentales de los investigados, hay dos apreciaciones de la Circular FGE 1/2021 que llaman especialmente la atención, pues suponen, en la práctica, pasar por alto la existencia de límites temporales a la instrucción penal:

a) Por un lado, se aboga por la validez de la declaración en calidad de investigado acordada y practicada tras la finalización del plazo máximo de instrucción. Y ello a efectos de que el juzgado instructor pueda acordar la continuación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado (art. 779.1.4.ª LECr). Esta tesis se fundamenta en que esta declaración no constituye únicamente una diligencia de investigación, sino también una garantía de defensa del investigado. Por esta razón, se afirma en la Circular FGE 1/2021 que de manera mayoritaria las audiencias provinciales han aceptado la práctica extemporánea de esta diligencia. Si no fuera así, considera la FGE que la omisión de la declaración en calidad de investigado antes de la finalización del plazo máximo de instrucción "*supondría una tácita modificación del art. 637 LECrim, introduciendo como causa de sobreseimiento libre un supuesto no previsto por la norma, al tiempo que atribuiría un efecto sustantivo a una norma procesal al admitirse por la vía de hecho una causa de extinción de la responsabilidad criminal asociada al transcurso del tiempo, distinta a la prescripción*

del delito". Y ello porque la LECr no permite continuar con el proceso penal sin la práctica de esta declaración de investigado, de ahí que deba admitirse su práctica extemporánea. Para la FGE, los plazos del art. 324 LECr tienen un carácter "*netamente procesal*", sin que quepa predicar de su transcurso "*efecto sustantivo alguno*".

b) Por otro lado, la FGE considera viable que, tras el sobreseimiento provisional del procedimiento (acordado con la finalización del plazo máximo de instrucción), el Ministerio Fiscal pueda desarrollar diligencias de investigación preprocesales (al amparo del art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de art. 773 LECr). En el caso de que concurran nuevos indicios de delito en el marco de esta investigación preprocesal (que, en realidad, se llevaría a cabo con carácter postprocesal, tras el sobreseimiento provisional acordado por el juzgado instructor), el juzgado podría alzar el sobreseimiento provisional acordado y, si ya se hubiese agotado el plazo máximo de instrucción, podría acordar directamente la transformación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado. Y todo ello "*sin perjuicio de interesar, en su caso, la práctica de la declaración de la persona investigada*" que, para la FGE, podría acordarse y practicarse aunque hubiese transcurrido el plazo máximo de instrucción.

Son muchas las razones por las que consideramos que ambos planteamientos deberían ser rechazados de plano. Destacamos algunas de ellas:

i. Estamos ante una interpretación *contra legem* del art. 324 LECr, que dispone que las diligencias acordadas tras la finalización del plazo de instrucción "*no serán válidas*". Por tanto, no cabría admitir la validez de la declaración de investigado acordada y practicada tras la expiración de este plazo.

ii. Además, constituye un contrasentido conceptual que, bajo el pretexto de que la declaración de investigado constituye una "garantía de defensa" del investigado, se realice una interpretación de la norma que le perjudique, con el fin de admitir que su declaración pueda acordarse y practicarse finalizado el plazo máximo de instrucción.

iii. Los citados planteamientos implicarían, además, desconocer por completo, en un claro fraude de ley, la existencia de límites temporales a la instrucción, así como que un "*Estado democrático de Derecho no puede ni debe mantener la amenaza penal sine die sobre un sujeto sometido a investigación*" (p. 79 de la Circular FGE 1/2021). Por tanto, si tras la instrucción penal el juzgado instructor considera que debe acordarse el sobreseimiento de las actuaciones (libre o provisional) porque no concurren indicios de delito, carece de todo sentido que el Ministerio Fiscal siga investigando por su cuenta, al margen del control judicial e ignorando el transcurso de los plazos máximos de instrucción, plazos que, por otra parte, son más que razonables para evitar impunidades (actualmente el plazo máximo general es de doce meses, que puede ser prorrogado por plazos iguales o inferiores a seis meses).

iv. Por último, admitir la práctica de la declaración de investigado tras el fin de plazo legal de instrucción daría lugar al riesgo de que la instrucción se practicara a espaldas del investigado, sin que pudiera defenderse debidamente. Esta es, precisamente, la razón de por qué no cabe acordar la transformación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado sin la previa declaración del investigado, como dispone el ATC 5/2019, de 29 de enero (citado en la misma Circular FGE 1/2021).

Afortunadamente, en la reciente STS 455/2021, de 27 de mayo, nuestro Alto Tribunal sentó un precedente jurisprudencial que hace que los aludidos planteamientos de la Circular FGE 1/2021 resulten inviables.

3. La postura más ajustada a los derechos fundamentales del investigado de la STS 455/2021, de 27 de mayo

Poco tiempo después de la Circular FGE 1/2021, el Tribunal Supremo dictó la Sentencia 455/2021, de 27 de mayo, que realiza una interpretación de los plazos máximos de instrucción radicalmente opuesta a aquella.

En esta sentencia el Tribunal Supremo confirmó la nulidad de todo lo actuado tras el auto por el que se había revocado el sobreseimiento y declarado la instrucción "compleja" de manera extemporánea, prolongando indebidamente el plazo de instrucción. En este caso, el juzgado instructor no había acordado ni practicado ninguna diligencia durante el plazo legal de instrucción, más allá de la incoación de las diligencias previas. Así, todas las diligencias de investigación practicadas tras la expiración del plazo máximo de instrucción se reputaron nulas, incluida la declaración de investigado. En consecuencia, al no existir una declaración de investigado válida practicada durante la fase de instrucción, no resultaba posible juzgar a los investigados (posteriormente acusados), de ahí que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia dictara una sentencia absolutoria *in voce* tras el trámite de cuestiones previas, sin la práctica de prueba alguna en el juicio oral.

Las apreciaciones del Alto Tribunal para confirmar esta absolución contrastan de manera contundente con la interpretación de los plazos máximos de instrucción contenida en la Circular FGE 1/2021. Así:

a) Para el Tribunal Supremo, la fijación de plazos máximos de instrucción constituye una opción legislativa que determina que las diligencias de investigación acordadas y practicadas fuera de este plazo serán nulas, sin posibilidad de subsanación (sin perjuicio de las denominadas "diligencias rezagadas", que se acuerdan dentro del plazo de instrucción, pero cuya práctica se produce tras la finalización de este plazo, conforme al actual art. 324.2 LECr). Y es que los plazos de instrucción son de obligado cumplimiento, sin que quepa una interpretación flexible de los mismos. Por ello, y haciendo suyos los argumentos de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, el Alto Tribunal estima que el auto por el que se revocó el sobreseimiento acordado y se declaró la instrucción "compleja" fuera de plazo, ampliando indebidamente el plazo de instrucción, "*constituye un fraude al derecho fundamental del investigado a un proceso sin dilaciones indebidas contrario a la Ley y a la Constitución*". Por tanto, a diferencia de lo afirmado en la Circular FGE 1/2021, el Alto Tribunal considera que existe una relación directa entre los plazos máximos de instrucción y el derecho fundamental del investigado a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

b) Nuestro Tribunal Supremo incluso va más allá y afirma que la práctica de diligencias de investigación de forma extemporánea conlleva indefensión material para el investigado. Es interesante

destacar que en este caso los investigados estuvieron personados durante la fase de instrucción y, por tanto, pudieron presentar alegaciones y proponer la práctica de diligencias en el ejercicio de su derecho de defensa. No obstante, el Tribunal Supremo considera que la vulneración del derecho de defensa reside en que se hubiese permitido "*a la acusación aportar diligencias de investigación que no podía haber aportado, y construir un material para sostener la acusación altamente improcedente, basado en una actuación contra legem que debe tener la sanción de la nulidad de lo aportado fuera de los plazos legales. La indefensión no fue formal, sino material*". En un sentido parecido, también afirma el Alto Tribunal que admitir la práctica de diligencias tras el fin del plazo de instrucción "*produciría un desequilibrio de la reciprocidad entre las partes en el proceso*", pues el Ministerio Público debe tener una postura proactiva en el procedimiento, "*sancionándose la pasividad con la declaración de nulidad de diligencias extemporáneas* [...]".

c) El incumplimiento del plazo máximo de instrucción tuvo consecuencias materiales sustantivas: la nulidad de todo lo actuado tras el fin del plazo máximo de instrucción y el dictado de una sentencia absolutoria, con eficacia de cosa juzgada. Para el Tribunal Supremo, la omisión de la declaración de investigado durante el plazo legal de instrucción impedía continuar las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado, por eso carecía de sentido retrotraer las actuaciones a la fase de instrucción. Así, alcanzada la fase del juicio oral, y ante la imposibilidad de reapertura de la instrucción, solo cabía dictar una sentencia absolutoria.

d) La decisión que debió adoptar el juzgado instructor al finalizar el plazo de instrucción (el sobreseimiento o la continuación del procedimiento) debió acordarse "con lo que había" en el procedimiento cuando venció el plazo máximo, y no "con lo que hubo después", transcurrido este plazo. Y así "*se excluye cualquier riesgo de impunidad por el transcurso de los plazos al excluirse que su agotamiento dé lugar al archivo automático de las actuaciones fuera de los supuestos en que proceda el sobreseimiento libre o provisional de la causa*".

4. Conclusiones

Los plazos máximos de instrucción regulados en el art. 324 LECr constituyen una garantía de los derechos de los investigados a la defensa y a un procedimiento sin dilaciones indebidas (art. 24 CE). Así lo ha considerado nuestro Tribunal Supremo en la reciente Sentencia 455/2021, de 27 de mayo, en la que se sostuvo una interpretación de este precepto radicalmente contraria a la mantenida en la Circular FGE 1/2021.

En consecuencia, no serán válidas las diligencias de investigación (incluida la declaración en calidad de investigado) acordadas tras la finalización de este plazo, ni cabrá la reapertura del procedimiento sobreseído provisionalmente al finalizar el plazo de instrucción si, dentro de este plazo, no se había acordado la declaración en calidad de investigado.

Por último, la práctica de diligencias de investigación extraprocesales por el Ministerio Fiscal, tras el agotamiento del plazo máximo de instrucción, constituiría, en nuestra opinión, un fraude de ley poco compatible con los citados derechos fundamentales del investigado.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 56, mayo-agosto de 2021, pp. 259-268

Foro de Actualidad

Portugal

A LIQUIDAÇÃO NO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA: ALGUMAS NOTAS PRÁTICAS

David Sequeira Dinis e Mafalda Fuzeta da Ponte

Advogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Lisboa)

A liquidação no processo de insolvência: algumas notas práticas

No processo de insolvência, a liquidação, ainda que eventual, assume um papel fulcral, dado que consiste na venda de bens que compõem a massa insolvente. Com o presente texto pretendemos fazer uma resenha das principais questões e dificuldades que se suscitam, na prática, aquando da liquidação. Assim, fazendo um enquadramento do regime geral, procuramos abordar, por um lado, aqueles casos que, de alguma forma, se apresentam como "desvios" à normal tramitação e, por outro lado, as situações que impõem maiores cautelas.

Palavras-chave:
Liquidação, Forma e modalidades de alienação, Produto da venda e pagamento aos Credores, Processo de insolvência.

Liquidation in insolvency proceedings: some practical notes

Liquidation plays a key role within insolvency proceedings, as it consists in the sale of the assets of the insolvent estate. In this article, we aim to provide an overview of the main issues and difficulties that, in practice, arise at the time of liquidation. Therefore, by providing a framework for the general regime, we seek to address, on the one hand, those cases which, in some way, "deviate" from normal proceedings and, on the other hand, situations which require greater caution.

Key words:
Liquidation, Form and methods of sale, Sale profits and payment to creditors, Insolvency proceedings.

FECHA DE RECEPCIÓN: 19-7-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 22-7-2021

Dinis, David Sequeira; Ponte, Mafalda Fuzeta da (2021). A liquidação no processo de insolvência: algumas notas práticas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 259-268 (ISSN: 1578-956X).

1. Considerações gerais

1.1. Noção e pressupostos

A liquidação – prevista nos artigos 156.º e seguintes do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (doravante, "CIRE") – consiste, essencialmente, na venda de bens e cobrança de créditos que compõem a massa insolvente, com a finalidade de converter o património, que integra a massa insolvente, numa quantia pecuniária a distribuir pelos credores. Ou seja, é uma espécie de concretização da execução universal, característica basilar do processo de insolvência.

Atendendo ao disposto no artigo 158.º do CIRE, podemos dizer que existem três requisitos principais para que seja dado início à liquidação. *Em primeiro lugar*, a liquidação apenas poderá ter início após o trânsito em julgado da sentença declaratória da insolvência (sendo certo que o eventual recurso e a oposição de embargos suspendem a liquidação, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 3, do artigo 40.º e n.º 3, do artigo 42.º, do CIRE). *Em segundo lugar*, só poderá ser dado início à liquidação após a realização da primeira assembleia de credores (aplicando-se o disposto no n.º 5, do artigo 36.º, do CIRE, naqueles casos em que há dispensa da assembleia de apreciação do relatório). *Em terceiro lugar*, as deliberações entretanto tomadas pelos credores não podem opor-se à venda dos bens. Além disso, saliente-se que, nos termos do disposto no artigo 225.º, do CIRE, a liquidação só tem lugar depois que ao devedor seja retirada a administração, nos casos, evidentemente, em que a mesma lhe tenha sido concedida nos termos dos artigos 223.º e seguintes do CIRE.

Não obstante o exposto, há que notar o seguinte: com o regime do artigo 158.º do CIRE, o legislador apenas pretende estabelecer que, não estando verificados aqueles requisitos, então, não pode ser dado início à *venda dos bens*: mas apenas e só isto. Ou seja, parece que podem – ou, até mesmo em algumas circunstâncias, devem – ser realizadas as diligências preparatórias da liquidação, como, por exemplo, anúncios, contactos comerciais com potenciais interessados, avaliações, etc.

1.2. Prazo e processamento

No que concerne ao prazo e ao processamento da liquidação, a nossa lei contém duas disposições relevantes: *por um lado*, e quanto ao prazo, o artigo 169.º do CIRE, determina que o processo de insolvência deve ser encerrado no prazo de um ano a contar da data da assembleia de apreciação do relatório, sob pena de destituição do administrador de insolvência com justa causa (isto, claro está, salvo havendo *razões que justifiquem* o prolongamento do processo); *por outro lado*, e quanto ao processamento, o artigo 170.º do CIRE, impõe que a liquidação corra em apenso ao processo de insolvência.

A propósito do disposto no artigo 169.º do CIRE, cumpre referir que, atendendo à morosidade dos Tribunais Portugueses, esta norma acaba por revestir, essencialmente, uma natureza programática, tornando-se, na prática, bastante difícil destituir o administrador da insolvência apenas por este motivo.

1.3. "Desvios" à normal tramitação

São dois os desvios que podem ser apontados àquela que é a normal tramitação da liquidação. Analisaremos, aqui em particular, a venda antecipada de bens e a inexistência de liquidação.

Por um lado, a venda antecipada de bens – prevista no n.º 2, do artigo 158.º do CIRE – visa a preservação do património do devedor em situações limite, dado que o administrador da insolvência tem a faculdade de promover a venda antecipada dos bens da massa insolvente que não possam ou se devam conservar por estarem sujeitos a deterioração ou depreciação. No âmbito deste regime colocam-se, essencialmente, duas questões:

i. Será que se pode aplicar extensivamente este regime a outras situações? Pense-se, por exemplo, num empreendimento turístico, relativamente ao qual surge uma proposta de compra, que se mantém válida apenas por 15 dias: esta é uma questão que não tem resposta fácil, nem, de resto, definitiva. Parece-nos que, só a circunstância descrita, não é suficiente para desencadear a necessidade de venda antecipada do bem: terá que existir algo mais, susceptível de justificar a perda irreparável de valor do bem em causa e a impossibilidade ou extrema dificuldade de, mais tarde, se conseguir algum comprador por preço igual ou semelhante.

ii. Será que tem que existir autorização prévia para se proceder à venda antecipada de bens? A resposta é negativa à luz do disposto no artigo 158.º do CIRE. A lei estabelece obrigações de publicidade (no portal Citius) e informação por parte do Administrador da Insolvência, ao devedor, à comissão de credores, quando exista, e ao Tribunal com a antecedência de, pelo menos, 2 dias úteis antes da realização da venda. Tudo isto visa permitir que o Tribunal, *ex officio* ou a requerimento do devedor, da comissão de credores ou de qualquer credor da insolvência ou da massa, possa impedir a venda por decisão irrecorrível. Ou seja, é desnecessária uma autorização prévia, mas tanto o Tribunal como os eventuais interessados podem reagir e prevenir a venda.

A experiência prática revela que os Juízes e os administradores de insolvência são bastante avessos à aplicação do regime da venda antecipada de bens. Tal sucede, precisamente, por se tratar de um regime excepcional, aplicável a casos residuais.

Por outro lado, a lei prevê alguns casos em que não há lugar à liquidação. Em concreto, podem ser identificados quatro cenários:

i. Dispensa de liquidação, dado que se logra alcançar a satisfação dos interesses dos credores por outra via (cfr. artigo 171.º do CIRE);

ii. Interrupção da liquidação: por insuficiência da massa insolvente, pode suceder que o processo encerre sem a liquidação terminar (cfr. n.º 4, do artigo 232.º do CIRE);

iii. Suspensão da liquidação: a liquidação suspende nos casos previstos no n.º 3, do artigo 156.º, artigo 225.º, n.º 3, do artigo 40.º, e n.º 3 do artigo 42.º, todos do CIRE; e

iv. Inexistência de liquidação: nos casos de insuficiência da massa insolvente e perante uma aprovação de plano de pagamentos, não há lugar à liquidação, nos termos do disposto nos artigos 39.º e 259.º, ambos do CIRE.

2. Procedimento e modalidades

2.1. Algumas regras procedimentais

Tipicamente, são apontadas três *regras* quanto ao modo como se deve pautar a conduta do administrador da insolvência durante a liquidação, procurando, assim, acautelar-se o bom destino das quantias que venham a ser recebidas.

Em primeiro lugar, e por determinação do artigo 167.º do CIRE, o administrador da insolvência deve depositar o produto da venda à ordem da administração da massa. Não obstante a dita norma consagrar esta imposição, a verdade é que inexiste uma sanção específica para o seu incumprimento. Ainda assim, parece-nos o incumprimento do disposto nesta norma – se não for justificado – não pode deixar de ser sancionável, podendo, dependendo dos contornos do caso concreto, conduzir, não só à destituição do administrador da insolvência, à responsabilidade civil, como, inclusivamente, à sua responsabilidade disciplinar e penal.

Em segundo lugar, o n.º 1, do artigo 168.º, do CIRE consagra uma proibição, estabelecendo que o administrador da insolvência não pode adquirir bens ou direitos compreendidos na massa insolvente, sob pena de destituição por justa causa com restituição à massa do bem ou direito ilicitamente adquirido (cfr. n.º 2, do artigo 168.º, do CIRE). Já se discutiu no foro se esta norma é absoluta ou se pode comportar excepções. Ou seja, se é possível, em certas situações, derrogar a proibição ali prevista. No caso com que nos deparámos, após diversas tentativas de venda infrutíferas, a assembleia de credores, totalitariamente, não se opôs a que uma entidade com relação conhecida com o administrador da insolvência adquirisse um determinado bem por valor (muito) superior ao valor mínimo de venda. A questão é complexa, pois a lei claramente quis estabelecer uma regra imperativa e não derrogável, nem mesmo por vontade unânime dos credores, dado que se trata de uma norma que, evitando situações de potenciais conflitos de interesses, evita suspeições sobre o próprio estatuto do administrador da insolvência.

Em terceiro lugar, e naquelas situações em que seja vendido um imóvel com construção urbana, determina o n.º 6, do artigo 833.º, do Código de Processo Civil (aplicável *ex vi* n.º 6, do artigo 164.º, do CIRE), que tal venda pode efectuar-se com dispensa da licença de utilização ou de construção. Quanto a esta disposição, saliente-se que o regime ali previsto deve ser igualmente

aplicável a casos de PER, de tal modo que, por exemplo, uma dação realizada no âmbito de um PER, também deverá beneficiar deste regime de isenção de licença.

2.2. Forma e modalidades de alienação

A alienação dos bens e direitos que integram a massa insolvente poderá seguir uma de duas formas: poderá haver a alienação *como um todo* da empresa ou estabelecimentos (*i.e.*, trespasse) ou poderá haverá uma alienação *de bens isolados* ou *em lotes*. O critério – implícito no artigo 162.º do CIRE – é o da maximização da receita da venda, o que não é, de todo, indiferente. Imagine-se, por exemplo, uma situação de venda de um activo imobiliário em que, por um lado, a venda a uma determinada entidade desencadeia uma contingência de IVA e, por outro lado, a venda a uma outra entidade já não desencadeia tal contingência. Neste cenário, não pode deixar de se ponderar que a venda à entidade que não desencadeia a tal contingência fiscal, mesmo que seja feita por um valor inferior, pode maximizar a receita líquida da venda.

Nos termos do disposto no artigo 164.º do CIRE, a alienação é feita, preferencialmente, através de leilão electrónico, sendo que o administrador da insolvência poderá, desde que o justifique, optar por qualquer uma das modalidades admitidas em processo executivo ou até mesmo por alguma outra que tenha por mais conveniente. Esta norma foi alterada em 2017, com a intenção de tornar mais transparente a venda, já que o regime anterior deixava totalmente na disponibilidade do administrador a escolha da modalidade da venda e não incluía a actual preferência pelo leilão electrónico. Portanto, numa tentativa de *corrigir alguns "pecados"* do processo a norma passou a ter outra redacção.

Não obstante o exposto, aquela norma pode ser (aliás, como resulta expressamente do seu texto) derrogada pelo administrador da insolvência, sempre que considere que qualquer diferente modalidade de venda é mais conveniente. Note-se que a modalidade escolhida não tem de ser, sequer, uma modalidade admitida no processo executivo: de facto, atendendo às circunstâncias do caso concreto, o administrador da insolvência pode *desenhar,* à medida do processo, uma determinada modalidade de venda. Porém, deve ser tida alguma cautela na interpretação desta norma, evitando-se exigir demasiado ao administrador da insolvência para, no âmbito da sua discricionariedade, ajustar o procedimento de venda ao tipo de processo.

3. Casos especiais

3.1. Necessidade de consentimento

Já vimos que é ao administrador da insolvência que compete escolher a modalidade da venda e, bem assim, praticar todos os demais actos de liquidação. Esta é a regra geral. Não obstante, e para equilibrar o regime, alguns actos (os chamados *actos de especial relevo*) carecem do consentimento da comissão de credores ou, na sua falta, da assembleia de credores: assim resulta do disposto no n.º 1, do artigo 161.º, do CIRE.

O n.º 3, do artigo 161.º, do CIRE contém um elenco não taxativo de actos considerados de especial relevo, para os quais a lei impõe o prévio consentimento da comissão de credores (ou, na sua falta, da assembleia de credores). Tendencialmente, atende-se somente ao disposto no mencionado n.º 3, dado que é um preceito que, aparentemente, esgota a maioria das situações relevantes. Contudo, é (ainda) fundamental ponderar, na qualificação de um acto como especial relevo, os riscos envolvidos e as suas repercussões sobre a tramitação ulterior do processo, às perspectivas de satisfação dos credores da insolvência e à susceptibilidade de recuperação da empresa (conforme resulta do disposto no n.º 2 do artigo 161.º, do CIRE).

A este propósito, é certo que a lei não deixa dúvidas quanto à ponderação das perspectivas de satisfação dos credores da insolvência. Porém, poder-se-ia questionar se não devem ser também tidas em consideração, nesta sede, as perspectivas de satisfação dos credores da massa: a resposta é simples – é que o legislador presume que as dívidas da massa são integralmente pagas e, portanto, na medida em que as dívidas da massa são pagas com prioridade sobre todos os outros credores, são pagas pontualmente, então, o problema não se coloca.

Uma das dificuldades resultante do artigo 161.º do CIRE prende-se com as consequências da sua violação. De facto, não sendo obtido o consentimento prévio exigido para a prática de um acto de especial relevo – violando-se, assim, o disposto no artigo 161.º do CIRE –, o CIRE, no seu artigo 163.º, mais não prevê do que a potencial ineficácia do acto praticado: nada se estabelece quanto ao procedimento de arguição desta ineficácia, nem quanto ao prazo e, muito menos, quanto à legitimidade para a respectiva arguição. Neste contexto, o Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou acerca desta parca previsão legal, clarificando que o artigo 163.º do CIRE viola o disposto nos n.os 1 e 5, do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, *"por não assegurar, imediatamente no processo, tutela efectiva para o direito infringido, desconsiderando a possibilidade de pronta intervenção do julgador*" (cfr. Acórdão do STJ, de 04.04.2017, proferido no âmbito do proc. n.º 1182/14.0T2AVR-H.P1). Em todo o caso, verificados que estejam os requisitos, sempre poderá haver lugar à responsabilização do administrador da insolvência, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 59.º do CIRE.

Além disso, a norma contida no artigo 163.º do CIRE pode ser problemática, já que, frequentemente, o intérprete tem uma tendência para tornar aquilo que é excepcional como regra: é que a ineficácia do acto praticado sem consentimento só se verifica se as obrigações assumidas pelo administrador da insolvência excederem *manifestamente* as da contraparte; a ineficácia do acto não é, pois, a regra.

3.2. Alienação da empresa

Nos casos em que a modalidade da venda, escolhida pelo administrador da insolvência, consistir na alienação da empresa importa ter presente as seguintes linhas gerais que pautam esta modalidade de venda: (i) previamente, o administrador da insolvência deve indicar quais as perspectivas de manutenção da empresa do devedor (cfr. al. c), do n.º 1, do art. 155.º, do CIRE); (ii) a assembleia de apreciação do relatório delibera sobre o encerramento ou manutenção em actividade (cfr. n.º 2, do artigo 156.º, do CIRE); (iii) a título excepcional, o administrador da insolvência pode encerrar os estabelecimentos antes da assembleia (cfr. artigo 157.º do CIRE); (iv) a venda carece de

consentimento da comissão de credores ou, se não existir, da assembleia de credores (cfr. artigo 161.º, n.º 1 e n.º 3, al. a)); (v) a empresa deve ser alienada como um todo, excepto se não existir uma proposta satisfatória ou se não houver vantagem em alienar em partes separadas (cfr. artigo 162.º, n.º 1, do CIRE); (vi) o administrador da insolvência deve realizar todas as diligências necessárias à alienação, assim que iniciar funções (cfr. artigo 162.º, n.º 2, do CIRE); e (vii) a violação do disposto no artigo 162.º do CIRE não prejudica a eficácia dos actos praticados, salvo se as obrigações assumidas pelo Administrador Judicial excederem manifestamente as obrigações assumidas pela contraparte (cfr. artigo 163.º do CIRE).

3.3. Alienação de bens objecto de garantia real

Pela relevância que assume na maior parte dos processos de insolvência, a alienação de bens objecto de garantia real merece ser analisada com algum detalhe.

O n.º 2, do artigo 164.º, do CIRE impõe que o credor com garantia real sobre o bem a alienar é sempre ouvido acerca da modalidade da alienação. Desta norma, surgem, essencialmente, três questões: (i) deverá ser ouvido também o devedor insolvente?; (ii) o parecer, dado pelo credor, é vinculativo ou será o seu interesse acautelado mediante a impugnação do acto?; e (iii) se o credor não for ouvido, será que a venda é nula? Vejamos, então.

Quanto à **primeira questão** – portanto, saber se o devedor insolvente também deverá ser ouvido antes da alienação de um bem onerado com uma garantia real – a resposta não pode deixar de ser negativa. Na realidade, se o legislador assim o quisesse tê-lo-ia previsto. Note-se que o legislador foi bastante rigoroso e prolixo em todas as outras situações para as quais considerou ser necessário auscultar algum(uns) interveniente(s) do processo, pelo que, se no âmbito do artigo 164.º, n.º 2, do CIRE não considerou o devedor, então, não é suposto ser tida em consideração a sua opinião. Além disso, ao querer ouvir o insolvente, estamos a abandonar a *ratio* que presidiu à reforma do CIRE e a assumir um retorno ao antigo regime, mais burocrático: é que o legislador do CIRE quis *confiar* no administrador da insolvência e foi equilibrando o regime especificamente em algumas situações.

Quanto à **segunda questão** – saber se o parecer dado pelo credor garantido é vinculativo – entende-se que não é vinculativa a posição manifestada pelo credor com garantia real. Porém, o credor garantido sempre poderá fazer uso de, pelo menos, dois mecanismos: (i) ser colocado na posição em que estaria, tivesse sido seguido o seu parecer (cfr. n.º 3, do artigo 164.º, do CIRE); e (ii) peticionar a responsabilização do administrador da insolvência e pedir a sua destituição, nos termos gerais.

Por fim, e quanto à **terceira questão** – saber se a venda é nula quando o credor garantido não seja ouvido previamente acerca da modalidade da alienação – a jurisprudência tem vindo a perfilhar três entendimentos distintos.

i. *Primeiro*, há que entenda que, perante a violação do disposto no artigo 164.º do CIRE, há uma mera responsabilização do administrador da insolvência pelos danos causados e/ou

pedir a sua destituição com justa causa (cfr. Acórdão do STJ, de 04.04.2017, proferido no âmbito do proc. n.º 1182/14.0T2AVR-H).

ii. *Segundo*, há acórdãos que ditam que a inobservância do disposto no n.º 2, do artigo 164.º, do CIRE, produz a nulidade da venda (cfr. Acórdão do TRC, de 13.11.2019, proferido no âmbito do proc. n.º 108/17.3T8LRA-N.C1).

iii. *Terceiro*, o próprio Tribunal Constitucional já julgou inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 4, conjugado com o art. 18.º, n.º 2, da CRP, a norma contida nos artigos 163.º e 164.º, n.ºs 2 e 3, do CIRE, na interpretação segundo a qual "*o credor com garantia real sobre o bem a alienar não tem a faculdade de arguir, perante o juiz do processo, a nulidade da alienação efectuada pelo administrador com violação dos deveres de informação do valor base fixado ou do preço da alienação projectada a entidade determinada*" (cfr. Acórdão do TC n.º 616/2018, de 21.11.2018).

Há ainda três outros aspectos que devem ser considerados, a propósito da alienação de bens objecto de garantia real.

Em primeira linha, os credores garantidos que adquiram bens integrados na massa insolvente estão sujeito à aplicação das regras do processo executivo (cfr. artigo 165.º do CIRE), nomeadamente no que concerne à adjudicação, à dispensa do depósito do preço e à prestação de caução. No entanto, há alguns desvios, impostos pela própria natureza do processo de insolvência e pela necessária actualização do Direito em função da economia, em particular: (i) a garantia não tem que ser prestada por uma instituição financeira; e (ii) a garantia não tem que ser uma garantia bancária à primeira solicitação (a este propósito, cfr. David Sequeira Dinis, Luís Bértolo Rosa, "*A protecção dos credores garantidos e o regime do artigo 164.º, n.º 2, do CIRE*", *in* Revista de Direito da Insolvência, 2018, pp. 9 a 38).

Em segunda linha, o atraso na alienação de um bem desencadeia as consequências previstas no artigo 169.º do CIRE (destituição com justa causa do administrador da insolvência). Além disso, e aplicando-se exclusivamente aos credores com garantia real, o credor deverá ser compensado pelo prejuízo causado, nos termos do disposto no n.º 1, do artigo 166.º, do CIRE. Todavia, esta hipótese normativa perde aplicabilidade em face da demora dos tribunais, que tornam muito difícil imputar o atraso (e a consequente responsabilidade) ao administrador da insolvência.

Por fim, e em terceira linha, se o bem em causa tiver sido dado em garantia de dívida de terceiro ainda não exigível pela qual o insolvente não responda pessoalmente, a alienação pode ter lugar com essa oneração. Porém, tal bem será alienado livre de ónus e encargos se isso causar prejuízo à satisfação de crédito, com garantia prevalecente, já exigível. É o que resulta do disposto no n.º 5, do artigo 164.º, do CIRE.

4. Produto da venda e pagamento aos credores

4.1. Regras gerais

Realizada que seja a liquidação, o produto da venda é distribuído – e, consequentemente, o pagamento dos credores é feito – de acordo com as regras gerais, previstas nos artigos 172.º e seguintes, do CIRE. Assim, o pagamento será efectuado pela seguinte ordem: (i) pagamento das dívidas da massa (cfr. artigo 172.º); (ii) pagamento aos credores garantidos (cfr. artigo 174.º); (iii) pagamento aos credores privilegiados (cfr. artigo 175.º); (iv) pagamento aos credores comuns (cfr. artigo 176.º); pagamento aos credores subordinados (cfr. artigo 177.º). O rateio final segue também os termos gerais, previstos no artigo 182.º, do CIRE.

4.2. Rateio *ah hoc*

No âmbito da legislação aprovada em virtude da Pandemia COVID-19, a Lei n.º 75/2020, de 27 de Novembro – que criou um processo extraordinário de viabilização de empresas afectadas pela crise económica decorrente da Pandemia – inclui uma norma que consagra ratios *ad hoc*. Nos termos do artigo 16.º daquele diploma, em todos os processos de insolvência pendentes à data da entrada em vigor da dita lei, é obrigatória a realização de rateios parciais das quantias depositadas à ordem da massa insolvente. A obrigatoriedade dos rateios parciais depende da verificação de três requisitos cumulativos, nomeadamente:

Trânsito em julgado da sentença declaratória de insolvência e prosseguimento do processo para liquidação do activo, pela forma prevista nos artigos 156.º e seguintes do CIRE;

Esgotamento do prazo de impugnação da relação de credores previsto no artigo 130.º do CIRE sem que nenhuma impugnação tenha sido deduzida, ou, tendo-o sido, se a impugnação em causa já estiver decidida, seja nos termos do disposto no n.º 3, do artigo 131.º do CIRE seja por decisão judicial, aplicando-se o disposto no n.º 1, do artigo 180.º do CIRE caso a decisão não seja definitiva; e

As quantias depositadas à ordem da massa insolvente sejam iguais ou superiores a €10.000 e a respectiva titularidade não seja controvertida.

4.3. Casos especiais

Ainda a propósito do produto da venda e do pagamento aos credores, há três casos *especiais* que merecem uma palavra de destaque. Em particular:

Devedores solidários: há que ter em consideração o disposto no artigo 179.º do CIRE, sempre com as devidas cautelas para que o credor não receba mais do que aquilo a que tem direito. Poderá ainda fazer sentido aplicar a dita norma a casos em que não haja solidariedade em sentido próprio, como, por exemplo, uma fiança com renúncia à excussão prévia, porque, apesar de juridica-

mente não se tratar de um caso de solidariedade, a verdade é que, materialmente, os efeitos são idênticos.

Créditos sujeitos a condição suspensiva: créditos atendidos pelo valor nominal nos rateios parciais, devendo continuar depositadas as quantias que por estes lhes sejam atribuídas, na pendência da condição (cfr. artigo 181.º do CIRE).

Créditos sujeitos a condição resolutiva: regime de um crédito incondicional até ao momento da verificação da condição, sendo que, uma vez preenchida a condição, os efeitos retroagem (por aplicação do disposto no artigo 276.º CC).

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 56, mayo-agosto de 2021, pp. 269-275

Foro de Actualidad

Portugal

DO DEVER DA AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA DE SE CONFORMAR COM A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: ALTERAÇÕES RECENTES

Catarina Fernandes

Advogada del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Lisboa)

Do dever da Autoridade Tributária e Aduaneira de se conformar com a jurisprudência dos tribunais superiores: alterações recentes

O presente artigo pretende analisar as recentes alterações introduzidas ao artigo 68.º-A, n.º 4, da Lei Geral Tributária e, em concreto, as situações em que a Autoridade Tributária e Aduaneira passou a estar legalmente obrigada a rever as suas orientações genéricas em conformidade com a jurisprudência dos tribunais superiores.

Palavras-chave:
Jurisprudência dos tribunais superiores, Orientações genéricas.

The Portuguese tax authorities' obligation to act in accordance with consolidated case-law of higher courts: Recent amendments

This article briefly analyses the recent amendments made to article 68-A.4 of the General Tax Law and, in particular, the situations in which the Portuguese tax authorities must review their general rulings in accordance with the consolidated case-law of the higher courts.

Key Words:
Case-law of higher Courts, General rulings.

FECHA DE RECEPCIÓN: 8-9-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 10-9-2021

Fernandes, Catarina (2021). Do dever da Autoridade Tributária e Aduaneira de se conformar com a jurisprudência dos tribunais superiores: Alterações recentes. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 269-275 (ISSN: 1578-956X).

1. Enquadramento

Com o presente artigo pretende-se analisar as alterações recentemente introduzidas, através da Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro de 2021 ("Lei 7/2021"),ao artigo 68.º-A, n.º 4, da Lei Geral Tributária ("LGT"), e de que forma é que tais alterações podem contribuir para o reforço das garantias dos contribuintes e da relação de confiança que deve existir entre a Autoridade Tributária e Aduaneira ("AT") e os contribuintes.

Este dever legal de revisão das orientações genéricas da AT em conformidade com a jurisprudência dos tribunais superiores foi introduzido, pela primeira vez, em 2014 através do aditamento de um número 4 ao artigo 68.º-A da LGT.

De acordo com a referida norma, na redação introduzida pela Lei do Orçamento do Estado para 2014, as orientações genéricas da AT deviam ser revistas: "*(...) atendendo, nomeadamente, à jurisprudência dos tribunais superiores*".

Sucede que, na prática, o conteúdo indeterminado do dever legal constante do artigo 68.º-A, n.º 4, da LGT coartou esta norma de qualquer efeito útil e provocou um não acatamento generalizado da jurisprudência dos tribunais superiores pela AT, o que levou o legislador a introduzir alterações à referida norma com vista a delimitar, de forma mais exata e precisa, em que situações é que a AT estaria efetivamente obrigada a rever as suas orientações genéricas em conformidade com a jurisprudência dos tribunais superiores.

É neste contexto que se devem compreender as alterações introduzidas ao n.º 4 do artigo 68.º-A, da LGT que, na redação dada pela Lei 7/2021, estabelece o seguinte:

"*A administração tributária deve rever as orientações genéricas referidas no n.º 1 quando:*

i. *Versem sobre matéria apreciada em decisão sumária por um tribunal superior, nos termos do artigo 656.º do Código de Processo Civil; ou*

ii. *Exista acórdão de uniformização de jurisprudência proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo; ou*

iii. *Exista jurisprudência reiterada dos tribunais superiores, manifestada em cinco decisões transitadas em julgado no mesmo sentido, sem que existam decisões dos tribunais superiores em sentido contrário igualmente transitadas em julgado, em número superior".*

É, pois, sobre estas alterações legislativas e sobre o impacto das mesmas no reforço da relação de confiança que deve existir entre os contribuintes e a AT que nos vamos debruçar de seguida.

2. Das alterações introduzidas ao n.º 4 do artigo 68.º-A da LGT com a finalidade de reforço das garantias dos contribuintes

Antes de entrar na análise das alterações introduzidas ao n.º 4 do artigo 68.º - A da LGT, cumpre salientar que a AT tem atualmente poderes limitados na medida em que está vinculada ao princípio da legalidade tributária e as suas decisões são sindicáveis pelos tribunais.

Com efeito, os contribuintes dispõem hoje de diversos meios de reação ao seu dispor para contestar quer a exigibilidade dos impostos cobrados pela AT quer a legalidade dos atos tributários ou em matéria tributária e os tribunais (judiciais e arbitrais) têm vindo a assumir um papel muito importante e ativo no controlo da legalidade da atuação da AT.

Ora, se os tribunais devem ter a última palavra em litígios entre a AT e os contribuintes, não deixa de ser contraproducente e até contrário ao princípio constitucional da prossecução do interesse público que a AT persista numa atitude de litigância em processos onde a probabilidade de obtenção de um desfecho favorável, atenta a jurisprudência uniforme dos tribunais superiores, é praticamente nula.

Foi precisamente o não acatamento generalizado da jurisprudência dos tribunais superiores pela AT que levou o legislador a: (i) estabelecer, em 2014, um dever legal de a AT alterar as suas orientações genéricas em conformidade com a jurisprudência dos tribunais superiores; e, (ii) prever, em 2018, um regime transitório e excecional de revogação de atos tributários, designadamente, nos casos em que existisse jurisprudência favorável aos contribuintes.

De facto, o dever da AT de rever as suas orientações genéricas constantes de circulares, regulamentos ou instrumentos de idêntica natureza, foi introduzido pela Lei do Orçamento do Estado para 2014.

Nos termos do n.º 4 do artigo 68.º-A, n.º 4, da LGT, conforme aditado pela Lei do Orçamento do Estado para 2014: "*A administração tributária deve rever as orientações genéricas referidas no n.º 1* [constantes de circulares, regulamentos ou instrumentos de idêntica natureza, independentemente da sua forma de comunicação, visando a uniformização da interpretação e da aplicação das normas tributárias] *atendendo, nomeadamente, à jurisprudência dos tribunais superiores.*"

Sucede que a AT ofereceu sempre bastante resistência em acatar o referido dever legal.

Ciente desta realidade e com o intuito de reforçar as garantias dos contribuintes, o legislador densificou, em 2021, as situações em que a AT está obrigada a rever as suas orientações genéricas, passando a estabelecer-se que tais orientações devem ser revistas nos casos em que exista

uma decisão sumária de um tribunal superior, um acórdão de uniformização de jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo ("STA") ou cinco acórdãos do STA no mesmo sentido sem que existam acórdãos, em número igual, em sentido divergente.

Note-se que o Governo já havia formalizado a sua intenção de apresentar uma iniciativa legislativa com vista a impedir que a AT levasse a tribunal casos em que existissem decisões de tribunais superiores favoráveis aos contribuintes - cf. Comunicação oficial do Ex.mo Senhor Secretário dos Assuntos Fiscais, António Mendonça Mendes, de 31 de janeiro de 2020, disponível, para consulta, no sítio oficial da República Portuguesa.

Na referida Comunicação, o Ex.mo Senhor Secretário dos Assuntos Fiscais assinalou que existe "«a perceção generalizada de que nem sempre a administração fiscal conforma a sua atuação» à jurisprudência dos tribunais superiores, nomeadamente do Supremo Tribunal Administrativo" e que, por conseguinte, impunha-se densificar "*(...) o conceito de jurisprudência dos tribunais superiores (isto é, decisões judiciais destes tribunais que esclarecem como deve a lei ser interpretada) fazendo com que a administração fiscal as cumpra «sem margem de discricionariedade»*".

Mais acrescentou que a solução projetada pretendia assegurar *"(...) o dever de a administração tributária rever as orientações genéricas quando «exista doutrina assente pelo Supremo Tribunal Administrativo em recurso para uniformização de jurisprudência ou quando exista jurisprudência uniforme dos tribunais superiores manifestada em cinco decisões transitadas em julgado no mesmo sentido, sem que existam decisões de tribunais superiores em sentido contrário igualmente transitadas em julgado» e em número superior."* e, bem assim, "*(...) o dever de revisão das orientações genéricas da administração tributária quando esteja em causa matéria apreciada em decisão sumária por um tribunal superior, nos termos do regime previsto na lei*."

Por fim, o Ex.mo Senhor Secretário dos Assuntos Fiscais assinalou que a referida proposta tinha como finalidade "*(...) contribuir para a «redução do contencioso desnecessário», libertando tempo e recursos à autoridade tributária e aos tribunais*".

Chegados a este ponto e sendo inegável que os contribuintes devem poder confiar nos motivos e intenções da AT e que a existência de uma relação de proximidade e confiança entre a AT e os contribuintes é essencial para a prossecução do interesse público, para o reforço da certeza e segurança dos contribuintes e para a atração e manutenção do investimento estrangeiro em Portugal, impõem-se duas questões e, em concreto, importa analisar, por um lado, se a atuação da AT tem contribuído para o reforço da referida relação de proximidade e de confiança e, por outro lado, de que forma é que as recentes alterações legislativas são suscetíveis de contribuir para tal reforço.

2.1. Da atuação da AT como elemento catalisador da desconfiança dos contribuintes

No que diz respeito à primeira questão, é inegável que a atuação da AT tem, por vezes, contribuído para alguma desconfiança dos contribuintes.

A título de exemplo, a emissão, pela AT, de informações vinculativas, orientações genéricas ou meras instruções internas que contrariam quer os critérios de hermenêutica jurídica que devem presidir à interpretação das normas quer a jurisprudência dos tribunais superiores não só põe em causa a relação entre os poderes administrativo e judicial como tem contribuído sobremaneira para um clima de desconfiança dos contribuintes relativamente à atuação da AT.

Importa não esquecer que a AT está vinculada ao princípio constitucional da legalidade tributária e não pode legitimamente assumir a posição de legislador (ainda que indireto) nem integrar eventuais lacunas existentes na legislação tributária (integração de lacunas que é, de resto, proibida em normas de incidência tributária ao abrigo do artigo 11.º, n.º 4, da LGT).

A confiança dos contribuintes deve ser conquistada pela AT através da melhoria contínua da administração levada a cabo pela AT, do acatamento escrupuloso da jurisprudência dos tribunais superiores e do reforço de uma relação de proximidade entre a AT e os contribuintes.

Importa ainda salientar que, com a implementação de diversos mecanismos, internos e internacionais, de combate à evasão fiscal e à erosão da base tributável, a tendência atual é no sentido de que a concorrência fiscal internacional não esteja tão orientada para a carga de imposto aplicável em cada uma das jurisdições, passando a ser uma concorrência pelo procedimento, clareza, transparência, confiança e segurança do sistema jurídico-fiscal.

Ora, uma atuação da AT pautada pela agressividade, elevada litigância e desrespeito pela jurisprudência proferida pelos tribunais superiores não inspira confiança aos investidores e poderá até representar um claro desincentivo ao investimento estrangeiro em Portugal.

2.2. Das alterações introduzidas ao n.º 4 do artigo 68.º - A da LGT com vista a reforçar a relação de confiança dos contribuintes relativamente à atuação da AT

No que diz respeito à segunda questão, não podemos deixar de assinalar que as alterações legislativas introduzidas pela Lei 7/2021 e acima enunciadas são de louvar e representam um contributo relevante no restabelecimento (ainda que forçado) da confiança mútua que deve existir entre a AT e os contribuintes. No entanto, entendemos que o legislador podia e devia ter ido muito mais longe nesta matéria.

Em primeiro lugar, não está prevista qualquer consequência para o incumprimento, pela AT, do dever que sobre si impende de se conformar com a jurisprudência dos tribunais superiores, o que poderá representar um desincentivo ao acatamento de tal dever pela AT. A título de exemplo, poderia estabelecer-se que em caso de incumprimento, pela AT, de tal dever, o contribuinte ficaria automaticamente dispensado da prestação de garantia para efeitos de suspensão de eventual processo de execução fiscal instaurado para cobrança coerciva da dívida de imposto. Também deveria estabelecer-se um vício de ilegalidade autónomo dos atos (tributários ou em matéria tributária) que sejam praticados tendo por base orientações genéricas da AT desconformes à jurisprudência dos tribunais superiores.

Em segundo lugar, o legislador devia ter estabelecido que os procedimentos que tenham por objeto a análise de questões já tratadas pelos tribunais superiores assumem a natureza de procedimentos abreviados com prazos de decisão mais curtos e com prolação de decisões sumárias de deferimento liminar.

Em terceiro lugar, o n.º 4 do artigo 68.º-A da LGT devia consagrar um prazo dentro do qual, uma vez reunidas as condições legais para o efeito, a AT tinha a obrigação de rever as suas orientações genéricas em conformidade com a jurisprudência dos tribunais superiores.

Assim, ainda que se reconheça o esforço do legislador nesta matéria, é evidente que tal esforço fica ainda muito aquém do esperado e necessário.

Em suma, as alterações legislativas recentes representam um bom ponto de partida e um contributo relevante (ainda que forçado) para o reforço da relação de confiança que deve existir entre a AT e os contribuintes mas continuam a ser insuficientes. Por outras palavras, a intenção do legislador foi válida e é de louvar mas a falta de concretização que ainda persiste das condições e prazos em que a AT deve rever a sua posição em conformidade com a jurisprudência dos tribunais superiores e, bem assim, das consequências jurídicas do não acatamento de tal jurisprudência, retiram alcance prático às referidas alterações.

2.3. Da relevância prática das alterações introduzidas ao n.º 4 do artigo 68.º-A, n.º 4, da LGT

Conforme demonstrado, o legislador sentiu necessidade de densificar o dever legal de revisão das orientações genéricas da AT em conformidade com a jurisprudência dos tribunais superiores, tendo estabelecido, no artigo 68.º-A, n.º 4, da LGT, as três situações em que impende sobre a AT o dever legal de proceder a tal revisão.

Assim, ainda que não esteja legalmente prevista qualquer cominação para o incumprimento do referido dever legal, não pode deixar de concluir-se que aos contribuintes assiste, pelo menos, o direito a apresentar uma ação administrativa para prática do ato devido nos termos dos artigos 97.º, n.º 1, alínea p), e n.º 2 do Código de Procedimento e de Processo Tributário ("CPPT") e 37.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

A título de exemplo, se numa das situações expressamente estabelecidas no artigo 68.º-A, n.º 4, da LGT (*i.e.*, num caso em que exista uma decisão sumária de um tribunal superior ou um acórdão de uniformização de jurisprudência do STA ou cinco acórdãos do STA em sentido favorável aos contribuintes sem que existam acórdãos, em número igual, em sentido divergente) a AT emitir uma liquidação adicional de imposto a um contribuinte com base em doutrina constante de orientações genéricas desconformes à referida jurisprudência, o contribuinte deve poder intentar uma ação administrativa para efeitos de condenação da AT na prática do ato devido (no caso, na revisão das orientações genéricas em conformidade com a jurisprudência dos tribunais superiores).

Sendo que, num argumento de maioria de razão, não pode deixar de entender-se que a referida norma não só obriga a AT a rever as suas orientações genéricas em conformidade com a jurispru-

dência dos tribunais superiores como também proíbe a emissão, pela AT, de novas orientações genéricas que contenham doutrina administrativa contrária à jurisprudência dos tribunais superiores.

Resulta, pois, evidente que todas as orientações genéricas que não se conformem com a jurisprudência dos tribunais superiores, à revelia da opção do legislador nesta matéria, padecem de vício de violação de lei, o que não pode deixar de assumir relevância jurídica e, designadamente, não pode deixar de conceder aos contribuintes o direito a instar, ainda que por intermédio de uma ação administrativa de condenação da AT na prática do ato devido, a AT a cumprir a lei.

Uma solução diferente da que acima se enunciou implicaria que os contribuintes ficassem reféns da eventual inércia e atuação (ilegal) da AT, incentivaria o incumprimento, pela AT, do disposto no artigo 68.º-A, n.º 4, da LGT, seria contrária à intenção do legislador e retiraria qualquer conteúdo útil à referida norma, sendo que, em cumprimento do n.ºs 2 e 3 do artigo 9.º do Código Civil, aplicável nos termos previstos no artigo 2.º, alínea d), da LGT, o intérprete deve presumir que o legislador se exprimiu de forma adequada e que pretendeu atribuir um sentido / efeito útil às normas jurídicas.

3. Conclusão

Em jeito de conclusão, as alterações introduzidas ao n.º 4 do artigo 68.º-A da LGT representam um contributo relevante para o reforço da relação de confiança que deve existir entre a AT e os contribuintes.

No entanto, importa ainda estabelecer os prazos dentro dos quais a AT está obrigada a rever as suas orientações genéricas em conformidade com a jurisprudência dos tribunais superiores e, bem assim, as consequências legais do não acatamento de tal jurisprudência pela AT dentro de tais prazos.

Sem prejuízo do exposto e considerando que o disposto no artigo 68.º-A, n.º 4, da LGT, na redação introduzida pela Lei 7/2021, estabelece, de forma objetiva, expressa e clara, as condições em que a AT está obrigada a rever as suas orientações genéricas, não pode deixar de ser reconhecido aos contribuintes o direito a iniciar uma ação administrativa para efeitos de condenação da AT à prática de ato administrativo devido (no caso, ao ato de revisão das orientações genéricas em conformidade com a jurisprudência dos tribunais superiores), sob pena de os contribuintes ficarem reféns da eventual inércia e atuação (ilegal) da AT.

Portugal

O NOVO REGIME DO PROCEDIMENTO DE INJUNÇÃO EM MATÉRIA DE ARRENDAMENTO

André Mena Hüsgen

Advogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Lisboa)

O novo regime do procedimento de injunção em matéria de arrendamento

O Decreto-Lei n.º 34/2021, de 14 de maio, aprovou o procedimento aplicável à injunção em matéria de arrendamento, que, de acordo com o referido diploma, corresponde a uma providência que tem por fim conferir força executiva ao requerimento apresentado com vista à efetivação de certos direitos do arrendatário. O presente artigo descreve a aplicabilidade e tramitação do referido procedimento e identifica, por fim, certas circunstâncias legais e práticas que, a nosso ver, condicionam a utilidade deste meio processual.

Palavras Chave:
Arrendamento, Intimação, Procedimento de injunção, NRAU, Saúde e segurança do arrendatário, Obras, Serviço de injunção em matéria de arrendamento, Título executivo.

The new regime of the injunction procedure in the matters of lease

Decree-Law No. 34/2021, of 14 May, approved the proceeding applicable to the injunction for lease agreement matters, which, according to the mentioned diploma, corresponds to a legal remedy with the purpose to confer executive force to the application filed to enforce certain rights of the tenant. This article describes the applicability and procedural steps of the referred proceeding and, finally, identifies certain legal and practical circumstances that, in our view, limit the usefulness of this legal remedy.

Key words:
Lease agreement, Summons, Injunction proceeding, NRAU, Health and safety of the tenant, Works, Injunction service in lease agreement matters, Enforcement order.

FECHA DE RECEPCIÓN: 19-7-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 22-7-2021

Hüsgen, André Mena (2021). O novo regime do procedimento de injunção em matéria de arrendamento. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 276-282 (ISSN: 1578-956X).

1. Introdução

O presente artigo contém uma breve análise do Decreto-Lei n.º 34/2021, de 14 de maio, que aprovou o Regime do Procedimento de Injunção em Matéria de Arrendamento.

Conforme evidenciado no preâmbulo do diploma, este decreto-lei veio complementar duas leis publicadas no ano de 2019, em particular as Leis n.º 12/2019 e n.º 13/2019, ambas de 12 de fevereiro.

Por um lado, a Lei 12/2019, que consagra a proibição e punição do assédio no arrendamento, aditou o artigo 13.º-B à Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, que aprovou o Novo Regime do Arrendamento Urbano ("NRAU"). Tal artigo confere ao arrendatário o direito a intimar o senhorio à pratica ou à omissão de certos atos. Em suma, o arrendatário pode intimar o senhorio a cessar a prática de atos suscetíveis de causar prejuízo para a saúde do arrendatário e para as pessoas que com este vivam em economia comum, ou de corrigir situações que impeçam a fruição do locado e o acesso ao mesmo (alíneas a) a c) do n.º 1). Ora, se o senhorio não demonstrar, no prazo de 30 dias a contar da receção da intimação enviada pelo arrendatário, a adoção das medidas necessárias para corrigir a situação visada pela intimação, ou caso tal situação se mantenha injustificadamente por corrigir, o arrendatário poderá requerer uma injunção contra o senhorio (n.ºs 4 e 5, alínea a)).

Por sua vez, a Lei 13/2019 aditou o artigo 15.º-T ao NRAU, que apresenta o elenco completo de direitos que a injunção, enquanto meio processual destinado a efetivar certos direitos do arrendatário, visa tutelar. Tais direitos estão previstos nas alíneas a) a e) do n.º 1 do referido artigo 15.º-T do NRAU e serão descritos com maior detalhe no ponto seguinte.

Neste contexto, o Decreto-Lei n.º 34/2021 estabelece o regime adjetivo aplicável à injunção em matéria de arrendamento, figura que, conforme referido acima, foi introduzida na lei portuguesa no ano de 2019.

2. Âmbito de aplicação da injunção - artigo 15.º - T(1) do NRAU

O âmbito de aplicação da injunção em matéria de arrendamento está claramente delimitado no artigo 15.º-T, n.º 1, do NRAU, em particular nas suas alíneas a) a e).

2.1. Execução de Obras em Substituição do Senhorio - Alíneas A) e B)

Nos termos das alíneas a) e b), a injunção poderá ser apresentada para exigir ao senhorio o pagamento do valor em dívida por execução de obras em substituição do senhorio no âmbito de:

i. execução de intimação emitida pela Câmara Municipal para execução das obras necessárias à correção de más condições de segurança ou de salubridade ou das obras de conservação necessárias à melhoria do arranjo estético, nos termos do n.º 2 do artigo 89.º do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro ("RJUE"); e

ii. execução de intimação emitida por entidade gestora de reabilitação urbana a proprietário de um edifício ou fração para a realização das obras ou trabalhos necessários à restituição das suas características de desempenho e segurança funcional, estrutural e construtiva, nos termos do artigo 55.º do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro.

Para apresentação de uma injunção com fundamento nas alíneas acima, o requerimento de injunção terá de ser titulado pelo contrato de arrendamento e ser acompanhado pela *(i)* intimação que visa executar, *(ii)* bem como pela comunicação de conclusão das obras enviada pelo arrendatário ao senhorio nos termos do n.º 3 do artigo 22.º-C do Regime Jurídico das Obras em Prédios Arrendados, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 157/2006, de 8 de agosto ("RJOPA").

2.2. Intimação para Tomar Providências - Alíneas C) a E)

Por sua vez, as alíneas c) a e) remetem para os casos de execução das intimações dirigidas pelo arrendatário ao senhorio, nos termos das alíneas a) a c) do artigo 13-B.º, n.º 1, com vista à:

i. cessação da produção de ruído fora dos limites legalmente estabelecidos ou de outros atos, praticados pelo senhorio ou por interposta pessoa, suscetíveis de causar prejuízo para a saúde do arrendatário e a das pessoas que com este residam legitimamente no locado;

ii. correção de deficiências do locado ou das partes comuns do respetivo edifício que constituam risco grave para a saúde ou segurança de pessoas e bens; e

iii. correção de outras situações que impeçam a fruição do locado, o acesso ao mesmo ou a serviços essenciais como as ligações às redes de água, eletricidade, gás ou esgotos.

Nestes casos, as injunções terão de ser acompanhadas pela intimação que visam executar, bem como por auto emitido pela câmara municipal competente que confirme a situação visada pela intimação (ou, em alternativa, auto emitido pela autoridade policial ou equiparada, para o caso caso das alíneas (i) e (iii) acima).

3. Regime do procedimento de injunção em matéria de arrendamento

É, pois, no contexto deste quadro normativo, que o Decreto-Lei n.º 34/2021 aprova o Regime dos Procedimentos Especiais em Matéria de Arrendamento ("RPEMA"), que consta como anexo do Decreto-Lei 34/2021. O RPEMA inclui nos seus artigos o procedimento de injunção em matéria de arrendamento e a definição das competências atribuídas ao SIMA (Serviço de Injunção em Matéria de Arrendamento), enquanto serviço responsável pela tramitação das injunções em matéria de arrendamento.

Atendendo ao disposto no RPEMA, o procedimento de injunção poderá ser dividido nas seguintes fases:

4. Requerimento de injunção (artigos 3.º e 4.º do RPEMA)

O requerimento de injunção deverá ser apresentado no SIMA, enquanto serviço criado junto da Direção-Geral da Administração da Justiça, com competência em todo o território nacional. No requerimento o requerente deverá:

i. expor sucintamente os factos que fundamentam a sua pretensão;

ii. formular um ou mais pedidos previstos no n.º 1 do artigo 15.º-T do NRAU e, se aplicável, com discriminação do valor do capital, juros vencidos e outras quantias devidas;

iii. juntar o documento comprovativo do pagamento da taxa de justiça devida ou da concessão de apoio judiciário; e

iv. indicar se pretende que o processo seja apresentado à distribuição, no caso de se frustrar a notificação do requerido.

5. Recusa do requerimento (artigo 5.º do RPEMA)

O requerimento poderá ser recusado pelo SIMA se aquele não cumprir os requisitos referidos nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 5.º. Do ato de recusa, pode o requerente reclamar para um juiz, ou apresentar outro requerimento nos 10 dias subsequentes à notificação da recusa, considerando-se o procedimento iniciado na data em que o primeiro requerimento foi apresentado. Caso a recusa tenha como fundamento a falta de junção de documento comprovativo do pagamento da taxa de justiça devida ou da concessão de apoio ou da concessão de apoio judiciário, poderá o requerente juntar o documento em falta no mesmo prazo de 10 dias.

6. Notificação do requerido e título executivo (artigos 6.º a 8.º do RPEMA)

Recebido o requerimento, o SIMA notifica o requerido por carta registada com aviso de receção para no prazo de 15 dias:

i. demonstrar a execução da intimação que constitui objeto do requerimento, incluindo a restituição da taxa de justiça paga pela dedução da injunção; ou

ii. deduzir oposição.

Sem prejuízo de outras formalidades necessárias, o ato de notificação deve indicar que:

i. na falta de execução da intimação que constitui objeto do requerimento de injunção, ou de oposição dentro do prazo legal, será constituído título para execução da injunção com a faculdade de o requerente a efetivar imediatamente;

ii. na falta de pagamento da quantia pedida e da taxa de justiça paga pelo requerente, são ainda devidos juros de mora desde a data da apresentação do requerimento e juros à taxa legal fixada para os juros civis a contar da data da aposição da fórmula executória.

Em caso de frustração da notificação do requerido, o SIMA devolve ao requerente o expediente do procedimento, salvo se o requerente tiver indicado no requerimento a pretensão de o processo ser apresentado à distribuição no caso de frustração da notificação. Nesse caso, os autos são conclusos ao juiz depois de efetuada a citação do réu para contestar.

O SIMA atribuirá ao requerimento de injunção força de título executivo se *(i)* o requerente, depois de notificado, não deduzir oposição no prazo de 15 dias, ou *(ii)* se a oposição se tiver por não deduzida por não pagamento da taxa de justiça quando devida.

7. Ação declarativa (artigos 9.º e 10.º RPEMA)

A oposição do requerido, que não carece de forma articulada, deverá ser deduzida no prazo de 15 dias a contar da sua notificação e terá de observar os restantes requisitos previstos no artigo 9.º, nomeadamente a junção de comprovativo do pagamento da taxa de justiça ou a concessão do benefício de apoio judiciário.

A oposição é decidida pelo tribunal judicial competente, sendo à tramitação dos autos aplicável, com as necessárias adaptações, o regime aplicável ao procedimento especial de despejo, previsto nos artigos 15.º-H e 15.º-I do NRAU.

8. Execução (artigos 11.º e ss. do RPEMA)

A execução do título executivo segue os termos previstos no Código de Processo Civil para a execução de sentença ou injunção, sem que haja lugar a oposição à execução.

Nos casos de injunção proposta nos termos das alíneas c) a e) do n.º 1 do artigo 15.º-T, sempre que a intimação seja dirigida à execução de obras, o título executivo habilita o requerente a proceder a obras no locado ou nas partes comuns do edifício em que aquele se integra.

Por outro lado, nos casos de injunção para pagamento de quantia certa, o SIMA remete o título executivo para o tribunal competente para a execução, juntamente com o documento comprovativo do pagamento da taxa de justiça ou da concessão de apoio judiciário e a procuração do mandatário judicial, valendo o conjunto destes documentos como requerimento executivo.

9. Natureza do procedimento

Tal como o Procedimento Especial de Despejo, consagrado nos artigos 15.º e ss. do NRAU, o Procedimento de Injunção em Matéria de Arrendamento trata-se de um processo especial que combina uma fase administrativa de formação de título executivo e uma eventual fase judicial declarativa, por via de regra iniciada com a dedução de oposição por parte do requerido. Na falta de oposição por parte do requerido, ou após obtenção de sentença judicial favorável, o requerente obtém título executivo, que lhe permite realizar as obras requeridas, ou a dar início à posterior fase judicial executiva com vista ao pagamento de quantia certa.

10. Nota final

Como nota final, salientamos que o regime de injunção em matéria de arrendamento tem, a nosso ver, uma utilidade limitada.

Por um lado, após a realização das obras em substituição do senhorio, o arrendatário tem o direito de deduzir o valor devido pelo senhorio às rendas vincendas ao abrigo do contrato de arrendamento, nos termos do disposto nos n.ºs 2 e 4 do artigo 22.º-D do RJOPA. Com efeito, prevemos que o recurso às injunções para pagamento de quantia certo com fundamento nas alíneas a) e b) do artigo 15.º-T, n.º 1, do NRAU, se verificará sobretudo naqueles casos em que as rendas que venham a ser, previsivelmente, devidas pelo arrendatário, até ao termo do arrendamento, sejam de montante insuficiente para compensar a quantia devida pelo senhorio, ou quando o valor avultado das obras justifique, desde logo, o recurso pelo arrendatário à via injuntória.

Já a propósito das injunções descritas nas alíneas d) e e) do mesmo artigo do NRAU (i.e. para correção de deficiências do locado causadoras de risco para a saúde do arrendatário ou correção de impedimento da fruição do locado), conforme referido, o título executivo no âmbito do procedimento de injunção habilita o requerente a proceder, por si, às obras no locado ou nas partes

comuns do edifício em causa. Todavia, é preciso sublinhar que a lei já prevê disposições que autorizam o arrendatário a, em certos casos, realizar obras em substituição do senhorio, sem necessidade de prévia obtenção de título executivo para o efeito. Por exemplo, tal direito é atribuído ao arrendatário *(i)* nos termos do artigo 22.º-B, n.º 1 do RJOPA, em caso de não cumprimento por parte do senhorio dos prazos estabelecidos na intimação emitida pela Câmara Municipal para execução das obras necessárias à correção de más condições de segurança ou de salubridade, nos termos do n.º 2 do artigo 89.º do RJUE, ou *(ii)* em caso de reparações urgentes no locado, nos termos do artigo 1036.º do Código Civil. Por conseguinte, em princípio, o arrendatário não lançará mão da injunção nos casos em que a lei lhe permite executar obras em substituição do senhorio sem necessidade de obter previamente título executivo para o efeito.

Por último, quanto à injunção referida na alínea c) do artigo 15.º-T, n.º 1, do NRAU, entendemos que a mesma será de utilização residual. Atendendo ao papel relevante das autoridades policias na prevenção — e, por vezes, resolução — de conflitos relacionados com a cessação de produção de ruído fora dos limites legais (ou de "outros atos suscetíveis de causar prejuízo para a saúde do arrendatário"), não antevemos que a intimação se torne a via preferencial para a resolução deste tipo de situações.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 56, mayo-agosto de 2021, pp. 283-291

Foro de Actualidad

Latinoamérica

CONSTRUCCIÓN Y DECONSTRUCCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL PERUANA SOBRE LA INCORPORACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS COMO SUJETO PASIVO AL PROCESO PENAL

Daniel Ramos Yrigoyen y André Sota Sánchez

Abogado director y abogado asociado sénior, respectivamente, del Área Penal y Compliance de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Perú).

Construcción y deconstrucción de la doctrina jurisprudencial peruana sobre la incorporación de personas jurídicas como sujeto pasivo al proceso penal

El tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país, así como sus correspondientes regulaciones procesales, son objeto de continuo desarrollo e interpretación por parte de nuestra jurisprudencia. Sin embargo, hasta la fecha no existe consenso en la jurisprudencia sobre cómo aplicar e interpretar el artículo 105 del Código penal y menos aún existe alguna aproximación sobre cómo deberá aplicarse e interpretarse la Ley N.º 30424. Aun cuando el artículo 105 del Código penal está regulado desde el año 1991, recién en los últimos años hemos encontrado interesantes pronunciamientos que analizaron los presupuestos procesales de aplicación de las consecuencias accesorias. Sin embargo, en este artículo verificamos que estos pronunciamientos recogen criterios contradictorios y, por tanto, no otorgan seguridad jurídica.

Palabras clave:
Doctrina jurisprudencial peruana, Personas jurídicas, Sujeto pasivo, Proceso penal, Ley N.° 30424.

Construction and deconstruction of peruvian case law on including legal persons as defendants in criminal proceedings

Peru's approach to criminal liability of legal persons and the applicable procedural regulations are subject to continuous development and interpretation in case law. However, there is no consensus to date on how to apply and interpret article 105 of the Criminal Code and even less certainty on how Law No. 30424 should be applied and interpreted. Although article 105 of the Criminal Code has been in force since 1991, it is only in recent years that interesting analyses have emerged on the procedural assumptions to implement ancillary consequences. In this article, we discuss that these analyses are based on contradictory criteria and, therefore, do not provide legal certainty.

Keywords:
Peruvian case law, Legal persons, Taxpayer, Criminal process, Law No. 30424.

Fecha de recepción: 14-6-2021

Fecha de aceptación: 17-6-2021

Ramos Yrigoyen, Daniel; Sota Sánchez, André (2021). Construcción y deconstrucción de la doctrina jurisprudencial peruana sobre la incorporación de personas jurídicas como sujeto pasivo al proceso penal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 283-291 (ISSN: 1578-956X).

1. Descripción de la normativa aplicable

Nuestro Código penal de 1991 regula en su artículo 105 una serie de sanciones contra las personas jurídicas bajo el *nomen iuris* de "consecuencias accesorias", aunque ya la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario N.° 7–2009/CJ–116, señaló que su naturaleza jurídica es la de sanciones penales especiales. Las sanciones contempladas son de aplicación a cualquier delito cometido por la persona jurídica, siempre que se cumplan los presupuestos de la norma material.

Dichas consecuencias accesorias son las siguientes: (i) clausura de locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo; (ii) disolución y liquidación de la persona jurídica; (iii) suspensión de las actividades de la persona jurídica por un plazo no mayor de dos años; (iv) prohibición de realizar por parte de la persona jurídica, en el futuro, actividades de la misma clase que aquellas en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito, ya sea con carácter temporal o definitivo; y (v) multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.

En lo que respecta al estatuto procesal aplicable, este dependerá de la vigencia o no del nuevo Código procesal penal peruano en un distrito judicial específico. En otras palabras, en aquellos distritos judiciales donde no esté aún vigente el nuevo Código procesal penal peruano, el estatuto procesal será el señalado por el antiguo Código de procedimientos penales.

Por otro lado, también resulta aplicable la normativa de la Ley N.° 30424, publicada el 21 de abril de 2016 en el diario oficial *El Peruano*, cuyo *nomen iuris* es "Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas", pero que, en la práctica, introduce un sistema de respon-

sabilidad penal, vigente desde el 1 de enero de 2018. Asimismo, el 9 de enero de 2019 entró en vigor el reglamento de dicha ley, aprobado por Decreto Supremo N.º 002–2019–JUS. Y, al respecto, cabe señalar que los delitos por los cuales se puede aplicar esta ley son los de colusión, tráfico de influencias, cohecho activo genérico, cohecho activo específico, cohecho activo transnacional, lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo.

En virtud justamente de esta normativa, el Ministerio Público puede formular imputaciones directas contra las personas jurídicas y, de ser el caso, el juez penal podrá sancionarlas con alguna de las medidas [penales] reguladas en el artículo 5 de la Ley N.º 30424, que son: (i) multa no menor del doble ni mayor del séxtuplo del beneficio obtenido o que se esperaba obtener con la comisión del delito; (ii) inhabilitación en cualquiera de las siguientes modalidades: a) suspensión de sus actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años, b) prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, c) inhabilitación para contratar con el Estado de carácter definitivo; (iii) cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales; (iv) clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo; y (v) disolución de la persona jurídica.

Con relación al estatuto procesal aplicable, la tercera disposición complementaria final de la Ley N.º 30424 establece que la investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas se tramitarán bajo los alcances del nuevo Código procesal penal peruano.

2. Descripción de la problemática

Durante los últimos años el fenómeno de la criminalidad de empresa en el Perú estuvo ligado con emblemáticos casos de corrupción pública cometidos desde las organizaciones empresariales e involucraron a las altas esferas del poder político, como son los casos de Odebrecht y del Club de la Construcción.

Este fenómeno criminal generó un notable cambio —o evolución— en la forma de concebir la criminalidad de empresa por parte de los operadores del sistema de justicia penal, ya que anteriormente, cuando se encontraban ante un caso penal que involucraba la participación de una empresa, solo formulaban imputaciones contra personas naturales, ya que contra las empresas solo se realizaban requerimientos —civiles en el proceso penal— destinados al pago de una eventual reparación civil. En cambio, actualmente estos mismos operadores —tanto el Ministerio Público como el Poder Judicial—, ya están utilizando aquellas herramientas que ofrecen el Códigos penal y el de procedimientos penales —desde 1991—, el nuevo Código procesal penal —desde el 2004— y el Acuerdo Plenario N.º 7–2009/CJ–116 de la Corte Suprema de Justicia de la República, para hacer frente a esta forma de criminalidad de empresa a través de la formulación de imputaciones penales directas contra las personas jurídicas y del requerimiento de su incorporación como sujetos pasivos del proceso penal, para la aplicación de alguna de las sanciones penales reguladas en el artículo 105 del Código penal bajo el *nomen iuris* de "Consecuencias accesorias". Precisamente aquí se centra la problemática de esta materia, que se bifurca en los siguientes dos sentidos.

En primer lugar, esta nueva forma de concebir la criminalidad de empresa no está acompañada de criterios dogmáticos ni jurisprudenciales uniformes sobre cómo debe realizarse la correcta interpretación y aplicación de estas normas sustantivas —artículo 105 del Código penal— y procesales —Código de procedimientos penales y nuevo Código procesal penal—, máxime si el nuevo Código procesal penal del año 2004 es de aplicación progresiva en todo el territorio nacional. Por ello, expondremos algunas resoluciones judiciales que, a pesar de tener en común que se emitieron en fechas cercanas y en el mismo subsistema de administración de justicia penal, fijan criterios jurisprudenciales absolutamente distintos.

En segundo lugar, porque aún no se conoce un caso penal donde se esté aplicando la Ley N.° 30424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y, por ende, no queda claro cómo se deben interpretar los presupuestos procesales para su aplicación, pues si bien dicha ley señala que se aplicará conforme a las reglas del nuevo Código procesal penal, veremos que en la práctica este limitaría la aplicación garantista de la Ley N.° 30424.

En consecuencia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú, ya sea para la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código penal o para la aplicación de las medidas penales del artículo 5 de la Ley N.° 30424, sigue regímenes procesales distintos.

i. En aquellos distritos judiciales donde no esté vigente el nuevo Código procesal penal, la investigación, procesamiento y sanción penal [consecuencias accesorias] de las personas jurídicas se realiza bajo las normas del Código de procedimientos penales y los lineamientos del Acuerdo Plenario N.° 7–2009/CJ–116.

ii. En aquellos distritos judiciales donde esté vigente el nuevo Código procesal penal, la investigación, procesamiento y sanción [consecuencias accesorias] de las personas jurídicas se realiza bajo las normas del nuevo Código procesal penal, mientras que los lineamientos del Acuerdo Plenario N.° 7–2009/CJ–116 servirán de orientación.

iii. Para aquellos supuestos en los que se apliquen las sanciones penales reguladas en el artículo 5 de la Ley N.° 30424, la investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas se realiza bajo las normas del nuevo Código procesal penal.

3. Construcción jurisprudencial sobre la incorporación de personas jurídicas al proceso penal para la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código penal

En el año 2009 la Corte Suprema de Justicia de la República emitió el Acuerdo Plenario N.° 7–2009/CJ–116, titulado personas jurídicas y consecuencias accesorias; sin embargo, tuvieron que transcurrir aproximadamente ocho años para que las consecuencias accesorias comenzaran a encontrar verdadera aplicación práctica.

En este acuerdo plenario, la Corte Suprema emitió los siguientes criterios jurisprudenciales vinculantes para incorporar a las personas jurídicas al proceso penal en el marco del Código de procedimientos penales. Primero, que la persona jurídica debe ser comprendida expresamente en sede de instrucción judicial, con una resolución judicial de imputación —en el auto de apertura de instrucción, auto ampliatorio o complementario— circunscrita a la posible aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código penal. Segundo, se agrega que el presupuesto esencial es que potencialmente sea posible aplicar sobre la persona jurídica alguna consecuencia accesoria.

Por otro lado, en el subsistema anticorrupción del Poder Judicial, veremos cómo se vienen desarrollando criterios jurisprudenciales para la incorporación de personas jurídicas al proceso penal, en el marco del nuevo Código procesal penal y tomando en consideración el Acuerdo Plenario N.º 7–2009/CJ–116.

Efectivamente, tenemos la Resolución N.º 11 emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones, en el Expediente N.º 16–2017–70 (ponente: magistrado Carcausto Calla). En este caso existió un proceso penal contra diversas personas naturales que ocuparon cargos representativos en las personas jurídicas ICCGSA, Graña y Montero S.A.A., GyM S.A. y JJC Contratistas Generales S.A., motivo por el cual el Ministerio Público solicitó que se incorporen a estas personas jurídicas como imputadas para la aplicación del artículo 105 del Código penal —lo que generó un cuaderno incidental en dicho proceso penal—, pero no se emitió una disposición de formalización o de ampliación de la investigación preparatoria contra dichas personas jurídicas. Por ello, con correcto criterio, la Primera Sala Penal de Apelaciones estableció que la imputación que se formule a las personas jurídicas debe estar delimitada en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, en tanto que la condición procesal de estas es equiparable a la de un imputado —persona natural—, y por esa sola condición tienen todos los derechos y garantías que le corresponden a este; dado que, al no existir una imputación formal y formalizada contra dichas personas jurídicas, no resultaba viable que sean incorporadas al proceso penal, en tanto no recaen en su contra cargos penales de los cuales puedan defenderse ni garantizar un debido proceso.

Posteriormente, la Sala Penal de Apelaciones especializada en delitos de corrupción de funcionarios emitió la Resolución N.º 3 del 21 de febrero de 2018, en el Expediente N.º 189–2016–13 (ponente: magistrado Burga Zamora). En este caso, la discusión —planteada por las defensas— estuvo centrada en analizar la inconcurrencia de peligrosidad objetiva de la persona jurídica Constructora Aterpa S.A. Sucursal del Perú, pues postulaban que la doctrina (extranjera) exige dicho presupuesto para la aplicación de las consecuencias accesorias. En este caso, la Sala Penal sostuvo que de una lectura del texto completo del Acuerdo Plenario N.º 7–2009/CJ–116 no se advierte que se exija la concurrencia de peligrosidad objetiva de la persona jurídica para la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código penal.

Por último, tenemos la Resolución N.º 16 de fecha 5 de abril de 2018, emitida por el Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria, en el Expediente N.º 00022–2017–30 (magistrado Sánchez Balbuena). En este proceso penal, seguido contra las personas jurídicas OAS Ltda. S.A. Sucursal del Perú, Motlima Consultores S.A., Dextre + Marimoto Arquitectos S.A.C. y Cesel S.A., el juez penal resolvió declarar inadmisible el pedido de incorporación de las personas jurídicas al proceso penal, sosteniendo como criterio jurisprudencial que se deben exigir cargos diferenciados

y distintos entre los cometidos por las personas naturales y las personas jurídicas, sumado a la exigencia de que el requerimiento del Ministerio Público debe contener una referencia a la cadena de atribución que conecte a la persona jurídica con acciones de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible.

4. Deconstrucción jurisprudencial sobre la incorporación de personas jurídicas al proceso penal para la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código penal

Si bien advertimos avances jurisprudenciales en la construcción de criterios para la incorporación de personas jurídicas al proceso penal que, por tanto, otorgan seguridad jurídica sobre la interpretación y aplicación de la normativa sustantiva y procesal previamente descrita, también veremos a continuación que existen casos del mismo subsistema anticorrupción del Poder Judicial que, desafortunadamente, generan un retroceso en esta materia y controversia.

Así, tenemos la Resolución N.° 5 del 18 de febrero de 2018, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional en el Expediente N.° 16–2017–70 (magistrado Concepción Carhuancho), a través del cual se resolvió incorporar al proceso penal a las personas jurídicas ICCGSA, Graña y Montero S.A.A., GyM S.A. y JJC Contratistas Generales S.A. En esta resolución se sostuvo el equivocado criterio de que para incorporar a las personas jurídicas solo basta el cumplimiento de los requisitos formales de la ley procesal, sin que sea necesario que se cumpla con el presupuesto de aplicación potencial de las consecuencias accesorias. Dicho criterio resulta incorrecto y contrario a la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en el Acuerdo Plenario N.° 7–2009/CJ–116.

También tenemos la Resolución N.° 16 de fecha 5 de abril de 2018, emitida por el Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria, en el Expediente N.° 00022–2017–30 (magistrado Sánchez Balbuena). En esta resolución el criterio incorrecto fue que el juez penal sostuvo como *obiter dictum* que el criterio de la peligrosidad objetiva de la persona jurídica se debe tomar en consideración al momento de aplicarse la consecuencia accesoria, esto es, con la sentencia. Sin embargo, dicho criterio es incorrecto por cuanto no se desprende del artículo 105 del Código penal la concurrencia de peligrosidad objetiva, resultando contradictorio con lo establecido en el Expediente N.° 189–2016–13 de la Sala Penal de Apelaciones especializada en delitos de corrupción de funcionarios, así como en el Acuerdo Plenario N.° 7–2009/CJ–116.

5. Verificación de la problemática con relación a la aplicación de la Ley n.° 30424

Si bien la Ley N.° 30424 señala que se aplicará la normativa del nuevo Código procesal penal para la investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, a continuación veremos los problemas que podrían presentarse en cuanto a la incorporación de estas a la investigación.

En el marco de la Ley N.° 30424, a las personas jurídicas les asisten todos los derechos y garantías procesales que corresponden al imputado —persona natural— desde el inicio de la investigación. Por ende, si el nuevo Código procesal penal regula que al imputado le asiste el derecho a conocer los cargos penales formulados en su contra desde el inicio de la investigación, entendemos que este mismo derecho le asistiría a la persona jurídica. Sin embargo, en la práctica ello no podría ser así, por lo cual a la persona jurídica solo le quedaría acudir vía tutela de derechos ante el juez de la investigación preparatoria.

Y esto porque el artículo 91 del nuevo Código procesal penal regula que la etapa procesal en la que se podrá incorporar a una persona jurídica a una investigación se dará, recién, en etapa de investigación preparatoria o proceso judicial; sin embargo, antes de dicha etapa no se contempla esa posibilidad.

Por ende, en la práctica sería inviable que desde el inicio de una investigación preliminar se comuniquen los cargos penales a una persona jurídica y que esta inclusive pueda ejercer válidamente su irrestricto derecho de defensa, por cuanto se opondría al texto del artículo 91 del Código procesal penal.

Por otro lado, el propio artículo 90 del nuevo Código procesal penal señala que las personas jurídicas deben ser emplazadas e incorporadas al proceso penal, siempre que sean pasibles de imponérseles alguna de las consecuencias accesorias. Como se ve, la propia normal procesal no hace ninguna mención a las medidas penales del artículo 5 de la Ley N° 30424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, por lo que en la práctica sería inviable solicitar su emplazamiento e incorporación ante la ausencia de norma procesal específica aplicable.

Por ende, el estatuto procesal para la investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas en el marco de la Ley N.° 30424 debería ser objeto de reforma, en el sentido previamente advertido, esto es, que se contemple en el artículo 90 del nuevo Código procesal penal que las personas jurídicas también podrán ser emplazadas e incorporadas al proceso penal para la aplicación de alguna de las sanciones penales del artículo 5 de la ley N.° 30424, y que se contemplen expresamente las garantías procesales que asisten a las personas jurídicas desde el inicio de la investigación, por lo que su incorporación debería discutirse desde el inicio y no cuando estamos en etapa de investigación preparatoria o proceso penal.

6. Propuesta de solución a la problemática sobre la incorporación de personas jurídicas al proceso penal para la aplicación de las consecuencias accesorias y de las medidas penales de la Ley n.° 30424

Revisadas las resoluciones judiciales previamente expuestas, así como la normativa material y procesal anteriormente desarrolladas, proponemos de *lege data* los siguientes criterios de interpretación y aplicación.

En primer lugar, debe verificarse que la persona jurídica sea pasible de ser parte del proceso penal, es decir, pasible de aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código penal o de las medidas penales del artículo 5 de la Ley N.° 30424.

En segundo lugar, debe existir una previa formalización (o ampliación) de la investigación preparatoria contra las personas jurídicas, donde se formulen los cargos penales en su contra. Aquí debe tenerse presente lo siguiente:

i. Para los supuestos de incorporación de una persona jurídica para aplicación de las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105 del Código penal, se debe verificar la concurrencia de la cadena de atribución en la Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, esto es, la fundamentación jurídica que, a nivel de sospecha reveladora, dé respuesta a la conexión del hecho punible con el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o a las acciones de facilitación, favorecimiento o encubrimiento a través de la persona jurídica. Por otro lado, y para el caso del Código de procedimientos penales, la cadena de atribución se deberá desarrollar en el auto de apertura de instrucción o en la ampliación de este.

ii. Para el caso de aplicación de las medidas penales del artículo 5 de la Ley N.° 30424, ni el nuevo Código procesal penal ni la jurisprudencia penal prevén regulación alguna en este sentido. Sin embargo, consideramos que el criterio correcto de interpretación debe ser que los cargos imputados contra la persona jurídica estén referidos a los criterios de imputación del artículo 3 de la Ley 30424, interpretándolo sistemáticamente con el artículo 17.4.

En tercer lugar, el requerimiento debe ser efectuado por el Ministerio Público durante la etapa de investigación preparatoria o proceso penal, hasta antes de que dicte la conclusión de esta. En otras palabras, ni en etapa intermedia ni en juicio oral se puede solicitar la incorporación de una persona jurídica a un proceso penal. De *lege data* no puede solicitarse la incorporación de personas jurídicas a una investigación preliminar o diligencias preliminares, pues ello no está expresamente contemplado en el nuevo Código procesal penal.

En cuarto lugar, deberá identificarse a la persona jurídica —razón social y RUC— y consignarse su domicilio legal y procesal.

En quinto lugar, el requerimiento fiscal debe contener una relación sucinta de los hechos y la fundamentación de la cadena de atribución. Para el caso de la Ley N.° 30424, consideramos que la fundamentación debería realizarse sobre los criterios de imputación regulados en los artículos 3 y 17.4.

En sexto lugar, y solo para el caso de la aplicación de la Ley N.° 30424, será necesario que, previamente a solicitar la incorporación de la persona jurídica al proceso penal, el Ministerio Público cuente con el Informe Técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores que establezca que el Modelo de Prevención o Sistema de Compliance Penal de la persona jurídica no fue adecuado.

En séptimo y último lugar, y solo en lo que respecta a la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código penal, debe tenerse presente que ni la norma sustantiva ni procesal, ni el Acuerdo Plenario N.° 7–2009/CJ–116, exigen la concurrencia de peligrosidad objetiva de la persona jurídica para incorporarla a un proceso penal ni para la aplicación de alguna de las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código penal. Esto es así por cuanto las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código penal se pueden aplicar a cualquier persona jurídica, y la norma sustantiva no exige que estas carezcan de personalidad jurídica, a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, pues si revisamos por ejemplo el artículo 129 del Código penal español, veremos que las consecuencias accesorias se aplican a organizaciones carentes de personalidad jurídica y, por ende, en dichos sistemas sí sería razonable exigir la concurrencia de peligrosidad objetiva de las personas jurídicas.

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).

- Se recuerda que todo aquello que sea cita literal de normas de legislación y de documentos jurisprudenciales también debe entrecomillarse y escribirse en letra cursiva.

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 alfabetizará por la primera palabra del título.

Las **citas bibliográficas seguirán el sistema internacional APA** y se harán de acuerdo con los siguientes modelos:

LIBROS:

APELLIDOS, nombre (año). *Título del libro en cursiva*. Ciudad: editorial (edición). Ejemplo: URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo (2000). *Derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons (27.ª ed. revisada en colaboración con María Luisa Aparicio).

ARTÍCULOS DE REVISTA:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo sin comillas. *Nombre de la revista en cursiva*, número, páginas. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1984). Escisión de sociedad anónima y obligaciones convertibles. *Revista de Derecho Mercantil*, 172-173, pp. 227-269.

COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título de la colaboración sin comillas. En inicial y APELLIDOS (mención de responsabilidad), *Título de la obra colectiva en cursiva*. Ciudad: editorial, [volumen], páginas

que ocupa la colaboración. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1994). Calificación jurídica del crédito de descuento documentado en póliza. En A. POLO DÍEZ (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*. Madrid: La Ley, vol. II, pp. 1797-1812.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo o colaboración sin comillas. *Título de la publicación electrónica en cursiva*, número, [páginas]. Recuperado de <página web>,. Ejemplo: PAZ-ARES, Cándido (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, pp. 1-61. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf.

Oficinas URÍA MENÉNDEZ

ESPAÑA

BARCELONA
Av. Diagonal, 514
08006 Barcelona, Spain
barcelona@uria.com
+34 93 416 51 00

BILBAO
Torre Iberdrola Planta 21
Plaza Euskadi, 5
48009 Bilbao, Spain
bilbao@uria.com
+34 94 479 49 20

MADRID
C/ Príncipe de Vergara, 187
Plaza de Rodrigo Uría
C/ Suero de Quiñones, 42
28002 Madrid, Spain
madrid@uria.com
+34 915 860 400

VALENCIA
C/ Colón, 28
46004 Valencia, Spain
valencia@uria.com
+34 96 352 91 91

PORTUGAL

LISBOA
Praça Marquês de Pombal, 12
1250-162 Lisboa, Portugal
lisboa@uria.com
+351 21 030 86 00

OPORTO
Bom Sucesso Trade Center
4150-146 Porto, Portugal
porto@uria.com
+35 1 22 030 86 00

EUROPA

BRUSELAS
Espace Meeûs
Square de Meeûs 40
1000 Brussels, Belgium
bruxelles@uria.com
+32 (0) 2 639 64 64

LONDRES
125 Old Broad Street
17th floor
EC2N 1AR London, United Kingdom
london@uria.com
+44 (0)20 7260 1800

LATINOAMÉRICA

BOGOTÁ
Carrera 9 # 74-08
Bogotá, Colombia
bogota@uria.com
+571 326 8600

LIMA
Av. Santa Cruz No. 888 Piso 4
15074 Miraflores, Lima, Peru
peru@uria.com
+511 513-7200

SANTIAGO DE CHILE
El Golf 40, Piso 20
Santiago, Chile
chile@uria.com
+56 22 364 37 00

ESTADOS UNIDOS

NUEVA YORK
277 Park Avenue
New York, NY 10172
newyork@uria.com
+1 212 593 13 00

URÍA
MENÉNDEZ

www.uria.com