

Actualidad Jurídica Uría Menéndez

Tribuna Abierta

Guerra en Ucrania: perspectiva jurídico-internacional

Araceli Mangas Martín

Artículos

Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal

Carlos de Cárdenas Smith

Veinte años de jurisprudencia *antitrust* en España: el papel de los tribunales en la interpretación de las normas de defensa de la competencia

Alfonso Gutiérrez Hernández

El derecho de separación del socio por insuficiencia de dividendos (art. 348 bis LSC): estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

María García Roldán

Créditos de Suprimentos e Recuperação Empresarial

Alexandre Mota Pinto e Luís Bértolo Rosa

Estatuto jurídico de las aguas en el borrador de nueva Constitución para Chile

María Francisca Mendoza Ruiz

Foro de Actualidad

España

Portugal

Latinoamérica

Unión Europea

Derechos Humanos

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, Leticia López-Lapuente, Jesús López Tello, Mario Barros, Manuel Vélez Fraga, Carlos Paredes Galego, Jesús Remón Peñalver, Yásser-Harbi Mustafá Tomás, Alex Ferreres Comella, Alfonso Gutiérrez Hernández, Ismael Clemente Casas, Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero

REDACTORES

Alejandro Anca Alamillo y José Antonio González Salgado

OBRA EN CUBIERTA:

Biblioteca 1. Autor: Ignasi Aballí

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.

60

Actualidad
Jurídica
Uría
Menéndez

Año 2022



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

- 9 Guerra en Ucrania: perspectiva jurídico-internacional
Araceli Mangas Martín
-

Artículos

- 29 Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal
Carlos de Cárdenas Smith
-
- 46 Veinte años de jurisprudencia *antitrust* en España: el papel de los tribunales en la interpretación de las normas de defensa de la competencia
Alfonso Gutiérrez Hernández
-
- 65 El derecho de separación del socio por insuficiencia de dividendos (art. 348 bis LSC): estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo
María García Roldán
-
- 82 Créditos de Suprimentos e Recuperação Empresarial
Alexandre Mota Pinto e Luís Bértolo Rosa
-
- 99 Estatuto jurídico de las aguas en el borrador de nueva Constitución para Chile
María Francisca Mendoza Ruiz
-

Foro de Actualidad

España

- 113 El sector inmobiliario de las ciencias de la vida: retos y oportunidades
Diego Armero Montes y Juan Antonio Pérez Rivarés
-
- 123 La limitación extraordinaria de la actualización de la renta en contratos de arrendamiento de vivienda aprobada en respuesta a las consecuencias de la guerra en Ucrania
Iván Abad Lloria y Gabriel Rodríguez Leva
-

- 130 El Proyecto de nueva Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión de junio de 2022
Javier Redonet Sánchez del Campo, Miguel Martínez Gimeno, Isabel Aguilar Alonso y Enrique Nieto Brackelmanns
-
- 141 En defensa del acto plúrimo. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 70/2022, de 2 de junio)
Carlos Lora González
-
- 152 Aproximación a la nueva Ley 4/2022, de 27 de julio, de racionalización y simplificación administrativa de Extremadura
Marina Baena Solís
-
- 161 *Greenwashing* y prácticas desleales con los consumidores: la propuesta de directiva relativa al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica a la luz del contexto actual y algunos casos recientes en el derecho comparado
Carles Vendrell Cervantes y Cristina Suanzes Díez
-

Portugal

- 174 Imposto do Selo: Isenção aplicável às garantias prestadas no contexto de processos de insolvência e de reestruturação de empresas
António Castro Caldas, Catarina Fernandes e Maria Eduarda Chiarelli
-
- 184 Sobre a realização coerciva de obras de conservação em edifícios em locação financeira imobiliária
Afonso Choon
-
- 192 O Regulamento dos Mercados Digitais
Joana Mota e Ricardo Pintão
-

Latinoamérica

- 198 Perspectivas sobre el proceso constituyente en Chile postplebiscito de septiembre de 2022
José Luis Lara Arroyo
-

Unión Europea

- 204 Revisión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión Europea
Carlota Carro de Miguel
-

- 212 Aprobación del Instrumento de Contratación Internacional (ICI) por el que se permite la adopción de medidas limitativas del acceso de los operadores de terceros países al mercado europeo de contratación pública
Fátima Díaz-Grande Rojo
-

Derechos Humanos

- 220 Medidas de protección para menores extranjeros que llegan a España (menores acompañados sin sus progenitores): viabilidad jurídica de alternativas a la separación automática
Jana Lamas de Mesa, Elisenda Gómez Melé y Eduardo González Fernández
-

- 235 Directrices para las colaboraciones



Tribuna
Abierta

Tribuna Abierta

GUERRA EN UCRANIA: PERSPECTIVA JURÍDICO- INTERNACIONAL

Araceli Mangas Martín

*Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad Complutense. Académica de Número de la Real Academia de
Ciencias Morales y Políticas*

Guerra en Ucrania: perspectiva jurídico-internacional

El ataque armado de Rusia a Ucrania constituye una grave violación de la norma que prohíbe del uso de la fuerza entre Estados (art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas). No hay ninguna norma de Derecho internacional vigente que habilite a los Estados, sin autorización del Consejo de Seguridad, a llevar a cabo intervenciones "humanitarias" al socaire, cierto o no, de violaciones masivas de derechos humanos. Un Estado agredido, como Ucrania, tiene derecho en su legítima defensa a recabar la ayuda internacional de Estados y organizaciones internacionales como la Unión Europea. Desde la vigencia de la Carta, no se acepta el derecho de conquista para la adquisición de territorios. Sería una contradicción reconocer la vigencia de la norma que prohíbe el uso de la fuerza y, al tiempo, la legalidad de un acto cometido en violación de dicha norma.

PALABRAS CLAVE:

GUERRA DE UCRANIA, PROHIBICIÓN DEL USO O AMENAZA DE FUERZA, DERECHO INTERNACIONAL, NACIONES UNIDAS, DERECHO HUMANITARIO, CRÍMENES DE GUERRA, OCUPACIÓN BÉLICA.

War in Ukraine: legal-international perspective

Russia's armed attack on Ukraine constitutes a serious violation of the rule prohibiting the use of force among states (Art. 2.4 of the UN Charter). There is no rule in force under international law that empowers states to carry out "humanitarian" operations without Security Council authorisation in the wake of alleged massive human rights violations. An attacked State, such as Ukraine, has the right, in its legitimate defence, to seek assistance from other States and international organisations such as the European Union. Since the Charter came into force, no right of conquest is recognised for the acquisition of territory. It would be contradictory to recognise the rule prohibiting the use of force as valid and, at the same time, declare an act committed in violation of this rule to be legal.

KEYWORDS:

WAR IN UKRAINE, PROHIBITION OF THREAT OR USE OF FORCE, INTERNATIONAL LAW, UNITED NATIONS, HUMANITARIAN LAW, WAR CRIMES, WARTIME OCCUPATION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 9-9-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-9-2022

Mangas Martín, Araceli (2022). Guerra en Ucrania: perspectiva jurídico-internacional. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 9-25 (ISSN: 1578-956X).

1. Antecedentes y contexto

Tras la invasión y ocupación rusa en 2014 de buena parte de la región ucraniana del Dombás —límitrofe con Rusia y con amplia población de origen ruso—, ambos Estados mantenían una guerra de baja intensidad, a pesar de la estabilización de las posiciones rusas propiciada por los Acuerdos Minsk II (2014).

La Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores y de Seguridad —Catherine Ashton— se apresuró en 2013, sin pensar en las consecuencias, a negociar un acuerdo de asociación con Ucrania favoreciendo la caída de presidente ucraniano prorruso —elegido en elecciones monitorizadas por la OSCE—. Las manifestaciones del “euromaidan” (en referencia a la influencia europea en las manifestaciones antirrusas de la plaza Maidan en Kiev) y la elección de un nuevo presidente prooccidental desestabilizaron el país. La invasión de 2014 encontró, ya entonces, resistencia armada del ejército de Ucrania, dando lugar a hostilidades continuadas de baja intensidad sin poder repeler plenamente esa agresión. Por el contrario, en la invasión de la península de Crimea y Sebastopol, donde estaba localizada una gran base naval rusa cedida por Ucrania en 1994 por una duración de cincuenta años, no hubo resistencia, pues una buena parte de la población era rusa de origen o formando parte de la base naval. Ese territorio perteneció a Rusia y, después, a la URSS; el secretario general del PCUS y presidente del Soviet Supremo, Nikita Kruschev, decidió ceder ese territorio aislado de Rusia (sin aprovisionamientos propios de agua y electricidad) a Ucrania para instalar allí una base. Baste recordar la importancia estratégica fundamental para Rusia de esta base militar, dado que es su única opción en el largo invierno ruso de tener acceso a los mares por aguas “calientes” (es decir, no heladas).

Esos antecedentes inmediatos en el siglo XXI no deben ocultar otros hechos del siglo XX con los que están relacionados y ayudan a contextualizar, sin justificar ni motivar, las agresiones rusas.

En efecto, cuando Gorbachov tendió la mano de Rusia a Occidente para poner fin a la Guerra Fría, pidió a cambio una nueva arquitectura europea de seguridad integrada, lo que denominaba la “Casa común europea”. En la etapa de Gorbachov y en la de Yeltsin hubo conversaciones ruso-americanas —sin un acuerdo formal escrito— relativas a los países europeos de la vecindad para dar seguridades verbales a Rusia (de valor político-diplomático, no jurídico) de mantener su esfera natural de influencia y que no se sintiera asediada por la OTAN ni por la UE.

Esos acuerdos no formalizados constan en numerosos documentos diplomáticos desclasificados por EEUU en 2017 y son accesibles por internet (*National Security Archive*, Universidad George

Washington). Antes de su revelación en 2017, tanto H. Kissinger como H. Dietrich Genscher —responsables, respectivamente, de las relaciones exteriores en EE. UU. y Alemania durante muchos años— confirmaron las “seguridades” dadas y previeron que el engaño podía provocar a Rusia (Mangas Martín, 2014:5). Como ha afirmado Xavier Pons (2022:8), *“La invasión y la guerra en Ucrania constituye, de alguna manera, una nueva réplica —una trágica réplica— del gran movimiento sísmico que, en 1989, ocasionó el fin de la guerra fría, la desaparición del bloque socialista y el desmembramiento de la Unión Soviética”*.

La OTAN se amplió con el ingreso de numerosos Estados de la antigua esfera comunista, lo que originó malestar en Rusia. Un momento culminante del malestar ruso se produjo en 1999 cuando la OTAN, sin autorización del Consejo de Seguridad de la ONU y, por tanto, una agresión, bajo la coartada cierta de proteger los derechos humanos de los albanokosovares en la región serbia de Kosovo, decidió bombardear Yugoslavia durante 79 días continuados hasta su rendición. Después invadieron por tierra y ocuparon sin resistencia la región de Kosovo, y en febrero de 2008 aceptaron la decisión de una asamblea ciudadana albanokosovar, sin participación de la población serbia originaria del lugar, sobre la declaración de independencia respecto de Serbia. Desde entonces, Kosovo es más un Protectorado de la UE/OTAN y no un verdadero Estado independiente.

Rusia aprendió la lección de la OTAN sobre la coartada de los derechos humanos y la libre determinación “de la gente”. Y la aplicó en junio de 2008: invadió Georgia con pretexto similar (proteger a la minoría rusa y darle el derecho de libre determinación) y facilitó la independencia de dos regiones georgianas con dos Estados ficticios en Osetia del Sur y Abjasia.

La OTAN prometió a Georgia, Moldavia y Ucrania la posibilidad de ingresar en su seno, lo que puso en guardia a Rusia. Como ha dicho Josep Borrell en 2022 en múltiples medios, no se deben hacer promesas que no se puedan cumplir. Putin respondió en 2014 con la invasión de Ucrania (parte de la región del Dombás que se constituyeron en pequeñas y ficticias repúblicas independientes —Donestk y Luhansk— y un referéndum en Crimea para anexarse y devolverla directamente al mapa ruso). En septiembre de 2022 ha repetido dos referendos en esas repúblicas ficticias para la anexión como territorios de Rusia.

Se observa cómo Putin ha calcado sus agresiones reiteradas en la disparatada agresión de la OTAN a Yugoslavia (hoy, Serbia) en Kosovo: la coartada de proteger ciudadanos y el derecho de libre determinación irrestricto en referendos para orquestar la independencia del Estado matriz o aceptar la anexión con otro —Rusia—. Y también de la agresión de Occidente a Irak en 2003.

Ahora bien, invadir, ocupar y romper la unidad nacional e integridad territorial del Estado invadido es siempre un ilícito en el Derecho internacional, que es el mismo para Estados aliados o enemigos, como a continuación se examina. Un ilícito no compensa otro ilícito: es una suma de ilícitos con toda una pendiente de ilegalidades.

La guerra de agresión rusa en Ucrania, en 2014 y 2022, es una guerra internacional, hasta ahora, de limitado alcance geográfico en las operaciones militares al territorio ucraniano, pero de alcance mundial en lo económico, social, político y financiero. Y con el riesgo de que pueda ser la primera fase de un conflicto de alcance mayor y potencialmente devastador, dadas las declara-

ciones repetidas del presidente ruso Putin de abrir todas las opciones militares, incluidas las armas nucleares, en su ofensiva.

No se debe perder de vista el acuerdo entre China y Rusia de 4 de febrero de 2022: dio alas a Putin, y China se limitó a pedir que no iniciara la guerra hasta terminar los Juegos Olímpicos de Invierno. En ese acuerdo constituyeron una asociación privilegiada, proclamando su amistad “sin límites” y, por primera, vez China mostró su preocupación por las cinco ampliaciones de la OTAN. El Acuerdo no incluye pacto de defensa mutua, pero sí cooperación en la defensa contra alianzas occidentales (AUKUS y OTAN).

2. La agresión rusa en 2022: análisis desde el derecho internacional vigente

2.1. La calificación de la agresión: uso inicial de la fuerza armada

El 24 de febrero de 2022 se inició desde territorio de Bielorrusia y de Rusia una invasión masiva terrestre —aunque por tropas exclusivamente rusas— sobre el territorio del Estado de Ucrania que, según se aproximaban a la capital ucraniana (Kiev) y a otras ciudades, encontró una gran resistencia militar, lo que dio lugar de inmediato a hostilidades y a la situación de conflicto armado internacional.

El ataque armado generalizado de Rusia a Ucrania, con apoyo de Bielorrusia al permitir el uso de su territorio en el inicial acto de invasión, constituye una violación de la norma que prohíbe el uso de la fuerza entre Estados (art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas). Como dijera la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), a pesar de las deficiencias del sistema de NNUU, “*su prohibición es un gran avance frente a los constantes abusos en tiempos pasados*” (CIJ/ICJ, 1949: 22).

Esta agresión infringe, entre otras normas obligatorias, el derecho a su integridad territorial y a la independencia política de Ucrania. La prohibición del uso o amenaza de fuerza armada es una norma imperativa, por lo que no cabe acuerdo en contrario entre los Estados ni márgenes de discrecionalidad o unilateralidad (*Declaración de los miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales sobre la agresión rusa en Ucrania*, con más de 400 firmantes).

Esa prohibición conoce dos excepciones: a) la legítima defensa, como respuesta a una previa agresión, prevista por el art. 51 de la Carta y de conformidad con sus procedimientos, y b) la autorización del Consejo de Seguridad (en adelante, CSNU) a los Estados no agredidos para usar la fuerza contra el Estado agresor (como la coalición internacional para repeler la agresión de Irak a Kuwait en 1990).

Buena prueba de la vigencia de la prohibición imperativa del uso de fuerza es la reprobación del conjunto de la comunidad internacional cada vez que hay una agresión; y cuando se ha infringido,

el infractor busca acogerse a sus excepciones (así lo hecho Rusia al invocar —sin fundamento— la legítima defensa).

No hay ninguna norma de Derecho internacional vigente que autorice a los Estados, al margen del CSNU, a intervenciones “humanitarias” al socaire, cierto o no, de violaciones masivas de derechos humanos. Así concluye la Comisión independiente que examinó la agresión de Rusia a Georgia en 2008: *“It is also true that since 1945, numerous states have led military actions by pointing to the need to protect their own nationals abroad. In many cases the legality of these actions was disputed. There is no customary law allowing such actions. If at all, such actions should be limited in scope and duration and exclusively focused on rescuing and evacuating nationals.”* (par. 23/pp. 24-25).

Rusia no se encontraba en ninguna de las excepciones de la Carta cuando agredió a Ucrania en 2014 o 2022. No recabó la autorización del CSNU, si bien Rusia notificó el 24 de febrero de 2022 al Secretario General de la ONU y al CSNU su propósito de proceder a una “operación militar especial” fundada en el art. 51 de la Carta (legítima defensa), anexando el discurso de Putin a la nación rusa. En esa alocución justifica su acción por la petición de ayuda de las repúblicas del Dombás, y se extiende mucho en la expansión de la OTAN y en la necesidad de poner fin al genocidio perpetrado y a la desnazificación de Ucrania (doc. S/2022/154).

Sin embargo, Rusia nunca antes había pedido actuaciones para erradicar el supuesto genocidio que lo situaba, no obstante, en las regiones ocupadas y controladas por Rusia misma. Nunca antes pidió abrir negociaciones con Ucrania para poner fin al supuesto genocidio ni lo notificó al CSNU, ni al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ni a la Organización de Seguridad y Cooperación Europea (OSCE) ni al Consejo de Europa, entidades a las que pertenece (como le reprochó la Corte Internacional de Justicia, CIJ/ICJ, Ordonance, 2022:par. 57).

Además de esas debilidades en los procedimientos de denuncia ante un supuesto genocidio cometido o en ciernes, la argumentación rusa oficial se diluye al requerir la legítima defensa un previo ataque o una amenaza inminente y masiva. Lo que hace Rusia es calcar argumentos de la presidencia de Bush en 2003 al inventar la doctrina de la legítima defensa *preventiva* utilizada por EE. UU. para agredir a Irak. Esa posición ha sido rechazada en general por los Estados y medios académicos: no es posible prever con certeza lo que puede pasar por meros argumentos de relaciones internacionales sin hechos probados y reconocidos. Solo desencadenar el ataque o ser inminente, solo ese primer uso de fuerza da derecho a la legítima defensa. La guerra preventiva es ilegal e inhumana.

Rusia trató también de revestir su invasión de legalidad amparándose en la petición de ayuda hecha por los pseudoparlamentos de las “repúblicas” ficticias de Donetsk y Luhansk, territorios ucranianos bajo ocupación bélica de Rusia y, de repente, repúblicas reconocidas por Rusia el 21 de febrero de 2022. No eran Estados soberanos e independientes que pudieran recabar legítimamente ayuda militar internacional. Claro, tampoco las tropas rusas entraron en febrero de 2022 por esas regiones limítrofes con Rusia para liberarlas del supuesto genocidio, sino desde Bielorrusia con el propósito de doblegar al conjunto de Ucrania para hacer caer el gobierno en Kiev.

Una importante Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas (3314/1974, “definición de la agresión”) —en adelante, AGNU— establece qué se entiende por agresión: *“El primer uso*

de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión". Precisa que "independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él". Obsérvese que son tres ilícitos atribuibles a Rusia desde febrero hasta octubre: invasión, ocupación y, además, la posterior anexión. Va de suyo que no hubo declaración formal de guerra (innecesaria al estar prohibida la guerra por la Carta de las Naciones Unidas).

Rusia ha sido el Estado agresor, si bien en el acto inicial de invasión Bielorrusia autorizó el uso de su territorio para desencadenar el ataque hacia Kiev y, por ello, es también responsable de un hecho internacionalmente ilícito de agresión; parte de las sanciones internacionales se dirigieron también hacia el cooperador en la invasión inicial. Con posterioridad no se ha conocido apoyo territorial bielorruso a la agresión, salvo quizás en octubre el ataque con drones sobre Kiev, lanzados probablemente desde Bielorrusia.

2.2. La actuación de los órganos políticos de la ONU y en otros foros

La agresión puso en marcha, de inmediato, el sistema de Naciones Unidas en todos sus frentes. Por un lado, el Consejo de Seguridad redactó un proyecto de resolución que no pudo aprobarse como tal, con su fuerza vinculante por el veto ruso, pero reunió 11 votos a favor (Albania, Brasil, Gabón, Ghana, Kenia, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, México y Noruega), 3 abstenciones (China, India y EAU) y el voto en contra —veto— de Rusia (CSNU, S/2022/155). Dicho proyecto condenaba la agresión y el lenguaje de "operación especial".

No es la primera vez que un miembro permanente del CSNU utiliza el veto para protegerse frente a sus propios ilícitos, además de los ilícitos de sus aliados (por ejemplo, EE. UU. siempre ha vetado toda condena a las agresiones de Israel). Es una de las debilidades del sistema de seguridad colectiva de la ONU al permitir implícitamente a los miembros permanentes vulnerar la prohibición de la norma más importante del sistema sin consecuencias para ellos (NOLLKAEMPER, 2022). Es evidente que tampoco la ONU podía iniciar el procedimiento de expulsión de Rusia, pues requiere una decisión del CSNU y habría veto ruso.

A pesar de ese fracaso, la Unión Europea se movilizó junto con noventa Estados. El CSNU decidió seguir adelante desempolvando la vital Resolución 377A (1950) de la Asamblea General ("Unión pro Paz") que permitió en la guerra de Corea al CSNU convocar una sesión extraordinaria de la AGNU ante la falta de unanimidad entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, sin que pueda interponerse veto por ningún Estado a tal convocatoria. La AGNU asume un papel de motor subsidiario cuando el principal —el Consejo de Seguridad— no puede ejercer su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales.

Mediante la Resolución 2623 (2022), de 27 de febrero, el Consejo convocó un período extraordinario de emergencia de la Asamblea General, que aprobó el 2 de marzo la Resolución A/ES-11/L.1. La AGNU "deplora" la agresión rusa, le exige el fin de inmediato del uso de la fuerza contra Ucrania, condena las vulneraciones del Derecho internacional humanitario cometidas en esos días

iniciales, condena el reconocimiento dado a las regiones Donetsk y Luhansk y exige que Rusia restablezca las fronteras reconocidas internacionalmente. Tuvo 141 votos a favor, 5 en contra (Rusia, Bielorrusia, Siria, Corea del Norte y Eritrea), 35 abstenciones y 12 ausencias de la sala. Muestra una gran mayoría de Estados que reprueban o no apoyan los ataques a la integridad territorial de los Estados; pero también las abstenciones y algunas ausencias muestran que la influencia China se deja sentir en las relaciones internacionales con muchos Estados africanos y de Medio y Lejano Oriente dependientes del comercio chino.

Ante las noticias fehacientes de graves vulneraciones por Rusia a sus obligaciones de Derecho internacional humanitario *"en proporciones que la comunidad internacional no había visto en Europa desde hacía décadas"* (ataques a barrios, hospitales, escuelas, asesinatos de civiles...), aprobó otra Resolución de condena el 24 de marzo (A/ES-11/2) con una amplia mayoría (140 votos a favor, 5 en contra y 38 abstenciones).

La AGNU dio otro paso más para acotar la discrecionalidad de los miembros permanentes del CSNU al aprobar el 20 de abril una resolución *por consenso* (sin oposición de Rusia o abstenciones de otros) por la que exige que, cada vez que se utilice el veto por un miembro permanente, se presente un informe por el CSNU y se celebre una sesión de la AGNU con intervención de los miembros permanentes (A/Res/76/662).

También el Consejo de Derechos Humanos decidió suspender la presencia de Rusia en sus trabajos el 7 de mayo. Y de nuevo el 7 de octubre por primera vez en su historia acordó un mandato a un relator especial para monitorear la represión de los opositores en Rusia.

Fuera del sistema de Naciones Unidas, también hubo reacciones de condena y aislamiento: en el Consejo de Europa, el Comité de Ministros acordó la suspensión de sus derechos y, tras consultar a la Asamblea Parlamentaria, acordó su expulsión el 16 de marzo, si bien Rusia notificó su retirada un día antes y denunció el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al no tener efectos inmediatos, las demandas contra Rusia son posibles por hechos acaecidos hasta el 16.09.2022.

2.3. La actuación de La Corte Internacional de Justicia

Conocidos los pretextos de la invasión presentados por Rusia ante el CSNU y en discursos del presidente Putin y de su ministro de Asuntos Exteriores, acusando de genocidio a Ucrania en las regiones ucranianas ocupadas por Rusia, Ucrania demandó a Rusia ante la Corte Internacional de Justicia, el órgano judicial permanente de la ONU, el 26 de febrero. Apenas 48 horas después de la invasión, solicitó medidas cautelares.

Ucrania fundó su legitimación activa en que ambos Estados son parte de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, y en el art. IX de dicha Convención, que permite a las partes llevar sus diferencias sobre la interpretación, aplicación y ejecución de la citada Convención. A su vez, la demandante acusa a Rusia de planificar actos de genocidio en las zonas ocupadas sobre las personas de origen ucraniano, estimando que la demanda rusa era falsa y manipulada para ocultar su propio genocidio. Solicitó medidas cautelares al amparo del art. 41

del Estatuto de la Corte y los arts. 73, 74 y 75 de su Reglamento *“para prevenir daños irreparables a los derechos de Ucrania y su población y para evitar que se agrave o prolongue la controversia...”*.

Una fina alegación de Ucrania fue decisiva al señalar que, aun de ser cierta la tesis de Rusia, la Convención sobre Genocidio en ningún caso contempla el derecho al uso de la fuerza armada por ningún Estado. Rusia contestó a la demanda negando la competencia de la CIJ y que el discurso oficial de Putin no había mencionado la Convención de Genocidio, sino el delito en abstracto, si bien no se personó en la fase oral. La CIJ resolvió las medidas cautelares en el Auto de 16 de marzo de 2022 (el fondo, continúa). Además de considerarse competente y constatar la existencia de la diferencia jurídica, la Corte rechazó la justificación rusa del uso de la fuerza basada en el genocidio, pues la Convención no habilita a los Estados a actuar por su cuenta apreciando unilateralmente tal situación. Reconoce que Ucrania tiene un derecho plausible a no ser objeto de operaciones militares por parte de la Federación de Rusia con el fin de prevenir y sancionar un presunto genocidio en el territorio de Ucrania, y ordenó, hasta que se dicte una decisión final en el caso, suspender las operaciones militares (*International Court of Justice*, Order 16 de march 2022, párr. 60 y 81).

2.4. Naturaleza del conflicto armado y legalidad de la ayuda internacional a Ucrania. Consecuencias en la globalización

Rusia ha evocado con frecuencia los vínculos históricos, ciertos, que han unido a Rusia con Ucrania. Esa proximidad le ha llevado a hablar de forma fantasiosa de una hermandad en la que sitúa la *“operación militar especial”*, como una acción de policía dentro de su mismo Estado. No es un conflicto armado interno o guerra civil, sino un claro conflicto armado internacional, pues se trata de dos Estados soberanos e independientes con reconocimiento internacional de sus fronteras respectivas.

Obviamente, el Estado agredido tiene derecho a la legítima defensa reconocida en la Carta. Al no hacerse cargo el CSNU de la defensa frente a la agresión (como prevé el art. 51 de la Carta), Ucrania tiene derecho a usar la fuerza armada para repelerla y recuperar el control y dominio sobre su territorio. Su derecho a usar la fuerza debe ser proporcionado y limitado para volver a controlar su territorio y expulsar al ejército invasor. No le da derecho a llevar los combates de forma abierta en territorio ruso —reconocido internacionalmente— atacando sus ciudades o entrando de forma masiva en su territorio.

Por ejemplo, ataques ucranianos aislados en marzo y abril de 2022 a depósitos de combustible o de armas en territorio ruso cerca la frontera, y que son usados como retaguardia para el aprovisionamiento de guerra, son proporcionados y legales al contribuir de forma *“efectiva a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”* (art. 52 Protocolo Adicional I de 1973 a los Convenios de Ginebra de 1949, en adelante PA-I). Las acciones armadas ucranianas en Crimea (ataques y destrucción de buques y aviones o al puente que une Crimea con Rusia) fueron legales, pues Crimea es territorio soberano de Ucrania del que ha sido privado por un acto previo de agresión, ocupación continuada y anexión ilegal.

¿Es legal la ayuda militar a un Estado beligerante?

La respuesta del bloque geopolítico occidental (OTAN, UE, Japón, Australia, Nueva Zelanda..., unos cuarenta Estados) a la agresión ha sido imponer innumerables medidas coercitivas o sanciones económico-financieras que no implican directamente el uso de la fuerza armada en oleadas sucesivas y acordar ayuda financiera para la compra de armamento y el suministro directo de armas y equipamiento militar defensivo y ofensivo.

Frente al obsoleto derecho de la neutralidad de 1907, inaplicable, prevalecen las obligaciones relacionadas con las normas imperativas o existenciales de la comunidad internacional establecidas en la Carta (art. 2.4, prohibición de uso de la fuerza), incluido el derecho de legítima defensa frente a un Estado agresor (art. 51). En consecuencia, priman las obligaciones para contener y disuadir al agresor frente a la antigua neutralidad.

Cualquier Estado agredido, como Ucrania, tiene derecho en su legítima defensa a recabar la ayuda internacional de Estados y organizaciones internacionales para la protección de los bienes e intereses de la comunidad internacional en su conjunto. La ayuda económica, financiera y militar, además de la humanitaria, es legal a una sola de las partes, a la parte agredida, como medio de coerción legal para persuadir al agresor de cesar en su ilícito y asumir la responsabilidad.

Conviene recordar que las sanciones económicas han sido punitivas (tras la agresión) y no preventivas o disuasorias; suponen un bloqueo de exportaciones hacia Rusia (y Bielorrusia) e importaciones de un listado creciente de productos en oleadas sucesivas (opción por el efecto “martillo”, frente al efecto percusión o “taladro”). El bloqueo afecta también a productos tecnológicos, o las reservas de Rusia en bancos occidentales (es un embargo —sin incautación— de unos 300.000 millones de euros), bloqueo financiero, bloqueo de cuentas privadas, bienes diversos y de viajes, etc. En algún momento hubo presión para la incautación de bienes de particulares rusos en territorio de los Estados de la UE, pero esa medida es legal si se adopta en tiempo de guerra por los beligerantes y se descartó para evitar consecuencias en el estatuto de no beligerancia.

La reacción a las duras sanciones económico-financieras ha sido negativa en varios continentes. Dicho de forma clara, el mundo no ha seguido a la UE en materia de sanciones. Sí ha apoyado en las condenas (un bloque estable de 140); no en las sanciones, solo adoptadas por unos 40 Estados occidentales.

Muchos Estados de América Latina, Asia y África rechazan las sanciones económicas como “arma de guerra”. El poder blando se utiliza por Occidente como instrumento de coerción; esa forma de política de fuerza es visto con temor por los Estados menos desarrollados y es un signo del poder declinante de Occidente.

La UE, EE. UU., Canadá, Japón, Australia, etc., se enfrentan directa y exclusivamente a su oponente ruso con medios económicos masivos. La consecuencia más visible es la ruptura del multilateralismo y la regionalización de la globalización con dos grandes bloques económicos (el chino y el occidental), con áreas geográficas separadas, mecanismos financieros y reglas de juego distintas, aunque abiertas comercialmente entre ellas. La geoconomía puede ser más importante que la geopolítica en el futuro que ya es presente.

En el antiguo estatuto de neutralidad, el Estado neutral podía comerciar con las dos partes, aunque podía sufrir actuaciones de inspección, abordaje y traslado forzoso a los puertos del beligerante (o simplemente la destrucción de la carga y el buque, como le sucedió a España durante la Primera Guerra Mundial con unos setenta buques destruidos por Alemania). Pero los viejos convenios de neutralidad de 1907 —ya lo he señalado— quedaron obsoletos tras la vigencia de la prohibición del uso de fuerza. Desde los años sesenta del pasado siglo había una posición amplia —reflejada en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas— de que los Estados afectados por la agresión podían adoptar contramedidas con ese carácter instrumental, si bien entonces se excluía el uso de la fuerza.

Un Estado agredido tiene derecho a recabar ayuda para hacer posible su derecho de legítima defensa. Es un apoyo legal en su derecho inherente de legítima defensa (art. 51, por sí o con la ayuda de otros). Es más, hay un deber general de los Estados y organizaciones de cooperar *por medios lícitos* para poner fin a la violación de normas internacionales imperativas (CIJ/ICJ, 1986: par. 205, 262 y 290).

La ayuda militar puede ser para reforzar las capacidades materiales militares y limitada a material militar, nunca con medios humanos. Es cierto que la ayuda, incluida la militar, posiciona al Estado u organización internacional muy próximo a la parte beligerante agredida sin que suponga su entrada en guerra.

Las claves son no participar con medios humanos directamente en los combates (aunque se suministre información e inteligencia) y que el Estado agredido sea el que determine la conducción de las hostilidades *con sus propios objetivos como único agredido*. Los Estados occidentales no tienen objetivos, no participan en las hostilidades ni tienen autonomía en la estrategia militar.

Está claro que se ha rechazado la neutralidad bélica por numerosos Estados occidentales (con escasa regulación salvo en la guerra naval, en desuso desde hace más de cien años). Tampoco se ha cruzado el umbral de entrar en guerra junto al agredido frente al agresor ruso (envío de tropas para sostener combates directos). Las tropas enviadas, muy numerosas, se han apostado en Estados miembros de la OTAN próximos al agresor y agredido, con carácter disuasorio y preventivo frente a una eventual ampliación de la agresión rusa.

Igualmente, los Estados de la UE y de la OTAN negaron la petición de Ucrania de “cerrar su espacio aéreo” o establecer zonas de exclusión, apoyada con presión popular y mediática. Esa medida implicaba entrar en combate (en guerra), al tener que disponer de pilotos y aviones de guerra occidentales dispuestos a combatir para expulsar a los bombarderos rusos. O la negativa a entregar misiles guiados a Ucrania con un alcance superior a los 300 km. Se ha buscado ayudar a Ucrania dentro de la legalidad sin escalar las hostilidades hacia una gran guerra europea.

No estamos en guerra técnicamente hablando. Aunque no es fácil precisar las líneas rojas, especialmente si se consumara la amenaza nuclear rusa —hasta ahora con claros efectos de contención y disuasorios—. Conviene recordar que no hay una prohibición universal reconocida sobre la licitud o ilicitud de las armas nucleares, tal como lo declarase la Corte Internacional de Justicia (CIJ/ICJ, 1996: par.79), si bien los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I prohíben con carácter absoluto los medios y métodos de combate que produce daños desproporcionados y

superfluos. Lo grave de la escalada, por ahora verbal, de Rusia es que durante toda la “guerra fría” (1945-1989) nunca la derrota de una potencia nuclear en territorio extranjero fue usada como posible opción para el arma nuclear (así, entre otras, las derrotas de EE. UU. en Vietnam —1955 a 1975— o de la URSS en Afganistán —1978 a 1992—).

Una constatación peligrosa para la proliferación de armas nucleares entre Estados intermedios es la experiencia ucraniana: tuvo armas nucleares hasta 1996, pero en el Memorándum político de Budapest renunció a ellas a condición de ser defendido por Rusia, EE. UU., Reino Unido y Francia (ninguno se ha acordado de ese compromiso político —no jurídico—). Si Ucrania las hubiera conservado, no hubiera sido atacado por Rusia. Todos los garantes fallaron.

2.5. La aplicación de los Convenios de Ginebra (Derecho Internacional Humanitario)

Todo conflicto armado internacional o guerra internacional es una relación de Estado a Estado y regida por las leyes de la guerra, surgiendo un nuevo “contador” de reglas de Derecho internacional a cumplir en la conducción de las hostilidades y en la protección de las víctimas de ambos contendientes.

Desencadenado un conflicto armado, internacional hay “igualdad de armas”, es decir, aplicación a ambas partes por igual de las normas de la guerra sobre la conducción de las hostilidades (Reglamento de la Guerra Terrestre del Convenio IV de La Haya de 1907, en adelante RGT/1907, prácticamente es lo que queda en vigor de los Convenios de 1907) y de protección de las víctimas (cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en particular CG-IV sobre población civil y Protocolo Adicional I de 1977, en adelante PA-I).

Los medios de comunicación han difundido muchas informaciones sobre actuaciones concretas de las fuerzas rusas y muy pocas de las fuerzas ucranianas. He tenido en cuenta la fuente proveniente de grandes medios internacionales; ahora bien, es importante contrastarla con las presentadas por ONU o CICR o OMS (o por las ONG) para tamizarlas. En esta guerra, habiendo una parte beligerante, la agredida Ucrania, apoyada por Estados democráticos, ha habido la tentación de presentar las noticias con un enfoque humanitario: población civil, sus viviendas y ciudades. Pocas imágenes de combates.

No digo que haya sido un relato de hechos sesgados, pero ese enfoque forma parte de una estrategia de comunicación internacional para mantener el apoyo de nuestras sociedades al agredido y a la cuantiosa financiación de la ayuda militar y de soporte al Estado (su Administración con limitados recursos fiscales propios por la guerra) y los sacrificios de la inflación disparada (que ya se había constatado al final de la pandemia de COVID-19). Han sabido captar la indignación de la población occidental y, de momento, mantenerla y hacerla visible (banderas u otros recordatorios en los edificios públicos).

Las vulneraciones del derecho de la guerra y humanitario han sido muy numerosas y de gravedad extraordinaria. Una gran cantidad de muertes entre la población civil y la masiva destrucción de casas y bienes civiles (“urbicidio” en palabras del arquitecto y Académico de Bellas Artes, Luis

Fernández-Galiano) se debió a las anticuadas bombas rusas no guiadas que caían a plomo sin control, a diferencia de los misiles. La artillería y aviación rusa no guiada se reveló muy anticuada y mortífera por su falta de precisión (así, la muerte de 47 civiles con bombas no guiadas haciendo cola para la compra en Chernigov, 3 de marzo de 2022).

En los dos primeros meses, como consecuencia de la estrategia ucraniana de circunscribir el teatro de las operaciones a las barriadas próximas a las ciudades y evitar el enfrentamiento en campo abierto, la invasión fue tan lineal sin combates en campo abierto que en pocas horas las tropas rusas se acercaron a las proximidades de Kiev y de otras ciudades próximas. Después, los combates fueron calle a calle, donde el invadido tiene más opciones por el conocimiento del terreno urbano y por la infiltración de los defensores entre los edificios; en cambio, provoca sentimiento de opresión y hostigamiento para los invasores, pero también ocasiona demasiados muertos civiles y daños inmensos a edificios civiles (viviendas, escuelas, hospitales, comercios...). Ucrania cedió *espacio a cambio de tiempo*. Y ello hasta que llegó la sofisticada ayuda occidental que obligó a las fuerzas rusas a abandonar la zona centro y limitarse a la región del Dombás.

En el citado Auto, la Corte Internacional de Justicia (CIJ/ICJ, 2022; par. 75) ya se hace eco de acciones brutales contra la población civil. También la Asamblea General de Naciones Unidas adoptaba (24.03.2022) una resolución sobre las "*Consecuencias humanitarias de la agresión contra Ucrania*" (A/RES/ES-11/2), enumerando numerosos crímenes de guerra. Además de los bombardeos indiscriminados de pueblos y ciudades, hospitales, orfanatos, refugios, ambulancias y corredores humanitarios (prohibidos por el RGT-1907 y el PA-I), hubo saqueos, violencia sexual y asesinatos masivos con probables previas torturas. También hubo deportaciones hacia Rusia; los desplazamientos forzados solo son posibles para proteger de combates a la población, pero *jamás* pueden ser trasladados al territorio del ocupante (art. 49 CG-IV) y pueden constituir un crimen de lesa humanidad (art. 7.1,d del Estatuto de la Corte Penal Internacional), si bien Rusia no es parte.

También la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, denunció ante el Consejo de Seguridad innumerables infracciones a los derechos humanos protegidos en tiempos de guerra (5.05.2022, Documento S/PV.9027).

La ilegal decisión de secesión del Dombás en septiembre de 2022 y su anexión y referéndum exprés se adopta tras la invasión y consiguiente ocupación bélica por un Estado extranjero, lo que está claramente prohibido por los Convenios de La Haya de 1907 y de Ginebra de 1949. La ocupación, por naturaleza temporal, debe respetar la organización administrativa y social del territorio ocupado, por lo que con mayor razón es un grave ilícito que el ocupante ruso consume la transferencia a sí mismo del territorio ocupado. Con carácter general, la autoridad militar rusa no ha cumplido las normas de ocupación (art. 47 y ss. CG-IV) que exigen respetar a las autoridades locales (alcaldes, concejales, funcionarios municipales...) a fin de mantener los servicios públicos y el conjunto de la administración (jueces, policía judicial, oficinas diversas...); respetar el derecho penal, civil, etc. Se ha asesinado "por sistema" a autoridades locales, jueces, policías, funcionarios, etc. Lo que no hicieron Hitler ni los agresores nazis en 1939-1945.

Se ha atacado y destruido por las fuerzas rusas numerosas infraestructuras civiles protegidas (presas, puentes, edificios públicos, etc.) sin que la destrucción aportase una ventaja militar definida.

Se han disparado misiles o bombas muy cerca de centrales nucleares. Ha habido un propósito de devastación general del territorio ucraniano.

A los asediados en Mariupol se les anunció guerra sin cuartel (es decir, que aunque se rindieran no se les respetaría la vida), lo que constituye (no conceder acuerdo de rendición) un crimen de guerra muy grave (previsto tanto en el RGT-1907 como en el art. 40 del PA-I); finalmente, a una parte de los rendidos se le respetó su vida y fueron intercambiados con prisioneros de guerra rusos. En esos mismos días (mediado abril de 2022) se difundieron por cadenas occidentales (<https://www.nytimes.com/es/2022/04/06/espanol/ucrania-rusia-video.html>) vídeos no manipulados de disparos por soldados ucranianos a los pies de soldados rusos que se habían rendido (también crimen de guerra, aunque leve o medio).

No hay indicios —hasta ahora— de uso de armas prohibidas (químicas, radiológicas, biológicas, etc.), si bien se ha afirmado que hubo uso de las prohibidas municiones en racimo “*por parte de las fuerzas rusas, y probablemente también por las ucranianas*” (nota informativa, <https://news.un.org/es/story/2022/03/1506242>). Se han usado armas nuevas (hipersónicas, termobáricas) que no están prohibidas de forma expresa, dado que hace tiempo que no se ha renovado el sistema de prohibiciones por falta de acuerdo para nuevos convenios por los Estados. Ahora bien, los art. 35-36 del PA-I de 1977 prohíben con carácter general las armas que produzcan males superfluos o sufrimientos indecibles.

Los innumerables crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos en su mayoría por las tropas rusas pueden explicarse en parte por la frustración de las expectativas rusas que ha llevado al asilvajamiento del conflicto. También la falta de motivación y concentración de las tropas rusas, el verse desasistidas de sus mandos (no hubo previsión logística ni de alimentos para las tropas ni de carburante) provocó una cantidad colosal de bajas en las tropas rusas (heridos, enfermos, desaparecidos, muertos), comparada con otros conflictos contemporáneos, como el de Afganistán, que duró veinte años.

Cuando se reflexiona de forma general sobre las brutales actuaciones de Rusia y otras acciones de ambas partes, la conclusión primera (aunque no es ajustada a derecho) es que se comportan “como si” fuera una guerra civil; solo en las guerras civiles hay tanta brutalidad. Sorprende al especialista que no hayan acordado potencias protectoras, como establecen los Convenios de Ginebra que les recuerden y presionan para tener comportamientos legales, o en su caso, aceptar la intermediación humanitaria del CICR de forma subsidiaria. No han notificado dónde están los campos de prisioneros de guerra (PG/WP) ni los hospitales —que es obligatorio— para que no sean objetivos militares y no haya fuego amigo sobre sus combatientes presos o heridos en general; la no notificación es lo correcto en una guerra civil, pero inaceptable en un conflicto armado internacional como este.

En una guerra internacional no se intercambian PG/WP entre los beligerantes hasta *finalizar por completo el conflicto* (para no reforzar el esfuerzo de guerra, salvo casos puntuales) y en esta lo hicieron con apenas unas semanas y lo han repetido, al menos, en cuatro ocasiones (el de 22 de septiembre afectó a casi 300 personas, la mayoría rusos).

2.6. Investigaciones internacionales sobre los crímenes de guerra y de lesa humanidad

Naturalmente, aunque he calificado algunas acciones como crímenes de guerra y otras como posibles crímenes de lesa humanidad —en ningún caso genocidio—, la eventual imputación ante cualquier tribunal penal requiere pruebas sobre la certeza de prácticas criminales (autopsias, testigos, vídeos y fotos no manipulados, etc.) y relacionarlos con los autores inmediatos e intelectuales de cada acto. Hay que recoger pruebas aceptables ante tribunales de justicia.

A esa labor se emplearon rápidamente organismos diversos, casi desde las primeras semanas al tener noticias contrastadas de matanzas de civiles y otras actuaciones mencionadas. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una Misión de Monitoreo de los Derechos Humanos en Ucrania (<https://www.ohchr.org/en/countries/ukraine>); en sus informes se dan cifras de miles de civiles asesinados. Además, puso en marcha una Comisión de Investigación Internacional Independiente para investigar las vulneraciones del Derecho internacional humanitario, obtener y documentar pruebas sobre el terreno.

También rápidamente la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) se movilizó junto a ONG variadas para establecer equipos (con forenses, policía judicial, investigadores, etc.) y publicó un primer informe provisional el 13 de abril bastante revelador de las trágicas infracciones en las primeras semanas (Report, ODIHR, 2022) y sigue recogiendo pruebas. También Eurojust y Europol —organismos de carácter judicial y policial de la UE— se han desplazado con apoyo pleno de la Comisión Europea para contribuir a esclarecer crímenes y autores. Y desde los primeros días de la agresión un nutrido grupo de Estados —entre otros, España— remitió la situación en Ucrania a la Corte Penal Internacional (CPI), en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 del Estatuto de Roma. Y, por su parte, la Fiscalía de la CPI se ha movilizado para poder contribuir a documentar los crímenes (aunque los beligerantes no son partes, Ucrania aceptó la competencia de la CPI sobre “los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra cometidos por altos funcionarios de la Federación Rusa y por líderes de las organizaciones separatistas prorrusas” en el Donbás desde el 20 de febrero de 2014).

No hace falta recordar que para poder enjuiciar los presuntos culpables desde el militar de baja graduación a los jefes militares y políticos, incluido Vladimir Putin, se necesita detenerlos.

2.7. Anexiones territoriales

Los territorios ocupados militarmente son situaciones temporales que en todo caso terminan con el fin de las hostilidades (ya sea con un armisticio, ya con un tratado de paz) y no pueden ser objeto de anexión o incorporación al territorio del ocupante. Es una consecuencia de la prohibición contenida en el art. 2.4 de la Carta.

Así lo expresa de forma clara la Resolución 2625/1970 de la ONU, aprobada por consenso: “*El territorio de un Estado no será objeto de adquisición por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza. No se reconocerá como legal, ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza*”. De forma similar, la citada Resolución 3314/1974, sobre la «Definición de la

Agresión», reiteraba el consenso jurídico sobre la nulidad de efectos de una adquisición territorial mediante el uso de fuerza armada, se gane o se pierda la guerra.

Desde la vigencia de la Carta, no se acepta el derecho de conquista para la adquisición de territorios. Sería una contradicción reconocer la vigencia de la norma que prohíbe el uso de la fuerza y, al tiempo, la legalidad de un acto cometido en violación a dicha norma. Hay, pues, obligación de no reconocer la anexión, de no ayudar a mantener la situación y no reconocer fruto o ventajas económicas para el ocupante (así, jurisprudencia del TJUE sobre venta de productos obtenidos en zonas ocupadas de Israel o de Marruecos). La comunidad internacional reaccionó al saberse que Rusia intentó sacar grano ucraniano y venderlo en los mercados internacionales. Turquía impidió su paso por el Bósforo.

Lo que no se puede ocultar es que todo invasor que pretende una anexión piensa en ciclos largos de tiempo. La efectividad del control y el paso del tiempo pueden aparentar una situación propicia para la prescripción adquisitiva, y que en el pasado funcionó para el invasor norteamericano apoderándose de extenso territorio mexicano, o para Rusia tras las invasiones y guerras de 1939 y 1940 con importantes anexiones de territorio de Finlandia, si bien en esos casos *no estaba en vigor el art. 2.4 de la Carta*. Pero sí lo estaba cuando Israel se anexionó los Altos de Golán de Siria y el territorio que corresponde a Palestina tras la partición por la ONU (Res. AGNU 181/1947): o cuando Marruecos, tras la invasión del Sahara en 1975 y una larga guerra, se lo ha anexionado *de facto* con reconocimiento de Estados como EE. UU., Francia o el Gobierno español en 2022 con el pretexto de que tras 47 años de permanencia efectiva se debe regularizar la anexión. El tiempo juega a favor del agresor. Por ello, en septiembre de 2022 Rusia ha repetido dos referendos en las repúblicas ficticias para la anexión como territorios de Rusia.

3. Conclusiones

Los obstáculos encontrados por la ONU para defender el derecho internacional se deben a la desidia, tras la caída del Muro de Berlín, para reformar el sistema heredado desde 1945. Como he afirmado en otro lugar, *"El fin de enfrentamiento bipolar en 1989 no dio lugar a una redefinición o modulación de los principios que rigen las relaciones entre los Estados. No hay un nuevo marco organizativo ni jurídico como el erigido en el seno de la ONU entre 1945 y 1960 y siguientes décadas"* (Mangas Martín, 2020: 4).

Rusia puede tener intereses legítimos de seguridad propiciados por su historia. La cuestión es cómo puede lograr esos objetivos de forma negociada y no a costa de invadir y someter Estados de su vecindad. Aunque sea ya el pasado, hay que lamentar la ausencia de negociaciones serias y abiertas sobre el conjunto de la seguridad europea que hubiera permitido la coexistencia con Rusia. Un entendimiento Paris-Berlín-Moscú hubiera hecho del continente una gran potencia económica, energética y política, y hubiera dado autonomía a la UE frente a EE. UU. y China.

Sin poder ahondar en estos aspectos de las relaciones internacionales, no hay duda de que más allá del análisis jurídico-internacional, la guerra en Ucrania forma parte del contexto de la rivalidad EE. UU.-China. Y yendo más allá aun, revela una estrategia de debilitamiento del orden liberal

heredado tras la Segunda Guerra Mundial, orden que — pese a sus imperfecciones y desigualdades— logró hacer de la guerra la excepción y no la regla.

A pesar del contexto limitado de este trabajo, la Unión Europea mostró carencias graves y falta de previsión y, en especial, Alemania. Demasiada ingenuidad kantiana: fe ciega en los vínculos comerciales de la *Pax perpetua* y una trágica paciencia estratégica. La agresión rusa en Ucrania es, probablemente, la mayor amenaza a la seguridad europea desde 1945. El resultado de esta guerra tiene implicaciones existenciales para la UE. Ciertamente, ha sabido dar un giro estratégico en 2022, tanto Alemania como la UE, y se ha hecho lo impensable en ayuda política, militar y financiera a un Estado tercero. Pero ha debilitado a la UE y quiebra las ambiciones estratégicas. Nos vuelve a hacer dependientes de EE. UU.

La UE ha despertado y tomando conciencia de sus vulnerabilidades militares y energéticas. La Unión ya no verá al mundo como un gran mercado que ella lo regula.

Nada impide, ni tan siquiera el encarnizamiento del conflicto ni los intereses de Ucrania, volver a las negociaciones sobre las seguridades colectivas europeas. La Unión Europea, el conjunto occidental, debe aprovechar la posibilidad de cualquier alto el fuego, o el final de la guerra para mirar a la paz en futuro con generosidad y sin retribuir al pasado. Con justicia y reconciliación, integrar a Rusia en un acuerdo de seguridad europeo.

Bibliografía

Archivo de Seguridad Nacional de la Universidad George Washington.

Declaración de los miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales sobre la agresión rusa en Ucrania, Recuperado de <https://www.aepdiri.org/index.php/declaracion-ucrania>.

Declaraciones de Josep Borrell, 11.03.2022, en múltiples medios (<https://www.youtube.com/watch?v=e5kvZiOnZOM>).

CII/ICJ, *Corfu Channel case* (Reino Unido c. Albania) Judgment, 9 april 1949, *Reports*, 1949.

CII/ICJ, *Allegations of genocide under the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide* (Ukraine v. Russian Federation), *ICJ Reports*, 16 March 2022.

CII/ICJ, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), *ICJ Reports*, 27 June 1986.

CII/ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion of 8 July 1996*, *ICJ Reports 1996*.

Independent International Fact-Finding Mission on the conflict in Georgia. Report, vol. I, september 2009. Recuperado de https://www.echr.coe.int/Documents/HUDOC_38263_08_Annexes_ENG.pdf.

MANGAS MARTÍN, Araceli (2014). Restaurar y definir las relaciones con Rusia, *ARI* (Análisis del Real Instituto Elcano) 2014/55 [pp. 1-10], 17 de noviembre de 2014, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Recuperado de <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/restaurar-y-redefinir-las-relaciones-con-rusia/>.

MANGAS MARTIN, Araceli (2020). Herencia pre-covid para la sociedad global pos-covid. *ICEI Papers COVID-19*, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, octubre 2020, [14 pp.]. Recuperado de https://www.ucm.es/icei/file/icei_paper_covid_31.

NOLLKAEMPER, André (2022). Three Options for the Veto Power After the War in Ukraine. *Ejiltalk, Blog of the European Journal of International Law*, 11 de abril de 2022. Recuperado de <https://www.ejiltalk.org/three-options-for-the-veto-power-after-the-war-in-ukraine>.

PONS RAFOLS, Xavier (2022). La guerra de Ucrania, las Naciones Unidas y el Derecho internacional: algunas certezas sistémicas insostenibles. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 43, junio 2022 [pp. 1-33]. Recuperado de <http://www.reei.org/index.php/revista/num43/articulos/guerra-ucrania-naciones-unidas-derecho-internacional-algunas-certezas-sistemicas-insostenibles>.

Report on violations of international humanitarian and human rights law, war crimes and crimes against humanity committed in Ukraine since 24 february 2022, ODIHR. GAL/26/22/Rev.1 13 April 2022. Recuperado de <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf>.



Artículos

Artículos

APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN PRECONCURSAL DE LA RECIENTE REFORMA CONCURSAL

Carlos de Cárdenas Smith

Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal

El Parlamento ha aprobado la ley de reforma de la Ley Concursal que transpone la Directiva de Reestructuraciones e Insolvencias en España. La reforma es de calado e incluye profundas modificaciones al régimen preconcursal, novedades en materia de convenio, liquidación y calificación, un régimen especial para microempresas y un remozado régimen de exoneración del pasivo insatisfecho.

PALABRAS CLAVE:

PRECONCURSO, DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIONES, APERTURA DE NEGOCIACIONES, PLANES DE REESTRUCTURACIÓN, ARRASTRE.

Overview of the pre-insolvency regime in the recent spanish insolvency law reform

The Spanish Parliament has passed a bill reforming the Insolvency Law and transposing the Restructuring Directive in Spain. The reform is extensive and includes important changes to the pre-insolvency framework, new measures on voluntary composition agreements and liquidation, a special framework for microenterprises and updated provisions on the discharge of debt.

KEYWORDS:

PRE-INSOLVENCY, RESTRUCTURING DIRECTIVE, OPENING NEGOTIATIONS, RESTRUCTURING PLANS, CRAM-DOWN.

FECHA DE RECEPCIÓN: 9-9-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-9-2022

Cárdenas Smith, Carlos de (2022). Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 29-45 (ISSN: 1578-956X).

El 6 de septiembre de 2022 se ha publicado en el *BOE* la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (la “Directiva de Reestructuraciones”). La mayor parte de la Ley 16/2022 (“Ley 16/2022”) entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *BOE*.

La Ley 16/2022 es amplia, ambiciosa y realiza la enésima reforma de calado de la Ley Concursal (“LC”). Incluye novedades en materia de convenio, liquidación y calificación, contiene un novedoso régimen especial para microempresas y un remozado régimen de exoneración del pasivo insatisfecho. Aquí solo pretendo hacer una primera aproximación, necesariamente parcial, del principal protagonista de la reforma, su Libro Segundo, que regula el llamado derecho preconcursal.

1. Justificación

El éxito de las operaciones de reestructuración de deuda al margen del concurso tiene su razón de ser en la evidencia empírica de que el concurso no es la mejor manera de salvar las empresas en crisis. Con la aplicación de ciertas medidas de reestructuración (financieras, pero muchas veces también operativas) se pretende evitar la destrucción de la parte del tejido empresarial que está enfermo pero es sanable. Para que ello sea así, la gestión de la empresa enferma durante su cura no puede hacerse en el juzgado porque los tiempos que se manejan y las habilidades de los jueces no casan, ni pueden casar, con los tiempos del mercado y las habilidades de los gestores de empresa. En definitiva, el concurso rara vez permite una reestructuración de la deuda; más bien aboca a la mayoría de las empresas a la liquidación, con la consecuente destrucción de valor. En los últimos años, el enfoque del derecho concursal —en España y en la mayoría de los países avanzados— ha pasado de ser liquidativo (en interés exclusivo de los acreedores) a ser conservativo de la empresa (que vela también por los intereses de otros *stakeholders*). Adicionalmente, numerosos estudios han demostrado que el grado de recuperación de los créditos para los acreedores conservando la empresa es superior que liquidándola.

Es por ello que han cobrado gran relevancia las llamadas instituciones preconcursales. Entre ellas destaca la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores, que es una de las herramientas de la que disponen las partes para reestructurar deuda fuera del concurso (*out-of-court*). El objetivo de la comunicación, también denominada vulgarmente “precurso” (pese a no ser la única institución preconcursal), es facilitar las negociaciones para alcanzar un acuerdo de reestructuración.

La comunicación de la apertura de las negociaciones es, por tanto, una institución *instrumental*: es una herramienta para facilitar la negociación de un acuerdo o plan de reestructuración. A ambos institutos (comunicación de apertura de las negociaciones y planes de reestructuración) dedicaré este artículo.

2. La comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores

2.1. Probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual

La LC establece que “en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, el deudor, sea persona natural o jurídica, podrá comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra”.

En definitiva, la LC suministra tiempo a las partes y, como veremos, decreta la suspensión del derecho de ejecución de ciertos acreedores, entre otros efectos. Como reconoce la exposición de motivos de la Ley 16/2022, lo que se pretende es que actividades económicamente viables, pero con dificultades financieras, puedan reestructurar su pasivo, garantizando a la vez los derechos de los acreedores y la continuidad de la empresa.

A diferencia del régimen hasta ahora vigente, que solo permitía realizar la comunicación al deudor que se encontraba en estado de insolvencia inminente o actual, la comunicación de la apertura de las negociaciones puede ahora realizarse desde que exista probabilidad de insolvencia, nuevo estado del deudor introducido por la Ley 16/2022 que se produce “cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años”.

Además, el legislador ha optado por delimitar qué se entiende por insolvencia inminente (hasta ahora ni nuestra jurisprudencia —donde ha imperado el casuismo— ni nuestra doctrina han fijado un plazo anterior a la insolvencia actual a partir del cual se podía afirmar con certeza que el deudor se encontraba en situación de insolvencia inminente) a aquel estado en el que se encuentra el deudor “que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.

Por tanto, tras la reforma, la LC contempla tres estados del deudor que se ordenan secuencialmente: probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual.

Al permitir anticipar la solicitud de precurso a la existencia de la mera probabilidad de insolvencia, se cumple con el objetivo de la Directiva de Reestructuraciones, que no es otro que el de permitir que el deudor pueda acogerse a esta institución con suficiente antelación para así disponer del tiempo necesario para negociar un acuerdo de reestructuración que evite su insolvencia. Dicho lo anterior, tengo dudas de que vaya a ser frecuente acogerse en la práctica a este instituto desde que exista mera probabilidad de insolvencia: ni los acreedores estarán normalmente en disposición de negociar con tanta antelación ni el deudor dispuesto a gastar la única “bala” de la que dispone si no hay razones muy poderosas para ello.

2.2. Negociaciones con los acreedores

El antiguo art. 5 bis LC exigía al deudor haber iniciado las negociaciones para poder realizar la comunicación. El actual art. 585 LC precisa que no es necesario que las negociaciones se hayan iniciado. En efecto, el deudor deberá *"comunicar al juzgado [...] la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato"*. Está ahora, por tanto, totalmente en manos del deudor iniciar o no este proceso.

2.3. Contenido de la solicitud y control judicial

Lamentablemente, la nueva redacción del art. 586 LC rompe con el sencillo modelo previo y ahora exige que la comunicación venga acompañada de un amplio listado de documentación e información. Solo cabe esperar, por el bien de este instituto, que en la práctica la intervención judicial sea la mínima imprescindible, que el juez se limite a examinar su competencia y los aspectos formales de la solicitud. Ese es el espíritu del régimen preconcursal, que nace y se caracteriza precisamente por sustraer (o limitar al máximo) el control judicial *ex ante* de ciertas actuaciones y acuerdos que afectan a los derechos de los acreedores. Véase en este sentido el apartado I de la propia exposición de motivos de la Ley 16/2022, que define los instrumentos preconcursales de la siguiente manera: *"son instrumentos ágiles y con una participación reducida de la administración judicial, dirigidos a la consecución de acuerdos entre empresas viables y sus acreedores, preferentemente en un estadio temprano de dificultades financieras"*. Y en términos similares se expresa el considerando 29 de la Directiva. En definitiva, el dilema entre seguridad y celeridad se resuelve a favor de la celeridad, si bien como es natural existe la posibilidad de hacer un control *ex post*, pues al fin y al cabo se afectan los derechos de los acreedores.

2.4. Duración

El precurso debe otorgar tiempo suficiente a las partes para negociar un acuerdo de reestructuración. El art. 600 LC establece que hasta que transcurran *tres meses* a contar desde la fecha de presentación de la comunicación, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. A su vez, el art. 607 permite una *única prórroga* de, como máximo, otros tres meses de este plazo si el deudor o los acreedores que representen más del 50 % del pasivo que, en el momento de la solicitud de la prórroga, pueda resultar afectado por el plan de reestructuración (deducido el importe de los créditos que, en caso de concurso, tendrían la consideración de subordinados) lo solicitan al juez. Está por tanto en manos de los acreedores conceder o no la prórroga.

2.5. Efectos de la comunicación

Aquí se concentran las principales novedades de la reforma que dotan a este instituto de verdadera eficacia. Los efectos pueden resumirse como sigue:

- i. El deudor no resultará desahogado (*debtor in possession*). La administración del deudor no será ni sustituida ni sometida a intervención. Ni la comunicación ni, en su caso, el nombramiento judicial de un experto en la reestructuración tendrán efecto alguno sobre

las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren su patrimonio. De nuevo, intervención judicial mínima.

- ii. La *comunicación no producirá por sí sola el vencimiento anticipado de los créditos aplazados* (anticipando los efectos del art. 156 LC aplicable en caso de concurso), pero no impedirá que el acreedor que disponga de garantía personal o real de un tercero pueda hacerla efectiva si el crédito garantizado hubiera vencido. De hacerse efectivo tal crédito por el tercero garante del deudor, debe entenderse que aquel no podrá ejercitar la acción de regreso o subrogación contra éste durante el periodo de la suspensión. Como excepción, la comunicación suspenderá la ejecución de las garantías personales y reales prestadas por cualquier otra sociedad del grupo no incluida en la comunicación cuando así lo haya solicitado la sociedad deudora acreditando que la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia del garante y de la propia deudora. Se quiere evitar, en definitiva, que las garantías cruzadas, arrastren a todo el grupo a la insolvencia.
- iii. Se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por el mero motivo de iniciar medidas de reestructuración preventiva. Esta previsión legal no afecta a la facultad de suspender, modificar, resolver o terminar anticipadamente contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por otras causas (art. 598.1 LC) ni a la facultad de vencer anticipadamente, resolver o terminar acuerdos de compensación contractual sujetos al Real Decreto-ley 5/2005 (art. 599 LC).
- iv. *Las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, no podrán comenzarse y las existentes deberán suspenderse* durante tres meses a contar desde la fecha de presentación de la comunicación (*stay*). Esta paralización o suspensión afectará a cualesquiera bienes o derechos *necesarios* para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, si bien a solicitud del deudor, y siempre que el juez lo estime necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones, será posible extender tanto la prohibición de iniciación como la suspensión de ejecuciones sobre bienes o derechos que no tengan la consideración de necesarios. Ni la prohibición del inicio de ejecuciones ni la suspensión de las ya iniciadas afectarán a aquellos créditos que no puedan quedar afectados por un plan de reestructuración (en concreto, los titulares de créditos de derecho público podrán iniciar ejecuciones y, si lo hubieran hecho ya al tiempo de la comunicación, podrán continuarlas).
- v. La obligación de solicitar concurso voluntario se suspende —y las solicitudes de concurso necesario se interrumpen— mientras dure la suspensión. Con la amenaza del concurso culpable, es evidente que el precurso no tendría utilidad alguna.
- vi. *Se suspende la causa de disolución por pérdidas*. Mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, quedará en suspenso el deber acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, es decir, el supuesto de disolución legal obligatoria por pérdidas. Esta medida de coordinación con el derecho de sociedades es bienvenida, pues no es inusual que coincidan en el tiempo situaciones de insolvencia (iliquidez) y desequilibrio patrimonial y de nada vale poner remedio a unas y no resolver otras.

3. Los planes de reestructuración

El régimen en materia de homologación surgido de la Ley 16/2022 es de nueva planta y sigue, como no podía ser de otra forma, los dictados de la Directiva de Reestructuraciones. Ahora, en lugar de “acuerdos de refinanciación”, existen “planes de reestructuración” que tienen un objeto y unos efectos potencialmente mucho más amplios. Los planes pueden incluso imponerse al deudor, ya que no siempre necesitan su consentimiento; por eso, como recuerda la exposición de motivos, no se denominan “acuerdos” de reestructuración, sino “planes” de reestructuración. A continuación se examinan sus características más sobresalientes.

3.1. Presupuesto objetivo

La homologación de un plan procederá cuando el deudor se encuentre en estado de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual (en este último caso siempre que no haya sido admitida a trámite una solicitud de concurso necesario).

3.2. Concepto y alcance de los planes de reestructuración

Se considerarán planes de reestructuración aquellos que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos. Nótese que podrá transmitirse la totalidad de una empresa a través de un plan de reestructuración. En tal caso con el precio de la transmisión se paga a los acreedores. Esta forma de transmisión de empresa tiene varias ventajas frente a la venta de la empresa en un concurso (*pre-pack*), como permitir la exclusividad al comprador, no excluir la participación de personas especialmente relacionadas con el deudor en el proceso, evitar el concurso y su correspondiente calificación pero, al mismo tiempo, gozar de la protección que otorga la homologación judicial.

Se someterán a la LC (i) los planes de reestructuración que prevean una extensión de sus efectos frente a acreedores o clases de acreedores titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan; (ii) los planes que prevean una extensión de efectos frente a los socios de la persona jurídica cuando no hayan aprobado el plan; y (iii), con independencia de que se prevea o no una extensión de los efectos del plan, los planes cuando se pretenda proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan (y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este) frente al régimen general de las acciones rescisorias, y reconocer a esa financiación las preferencias de cobro previstas en la LC.

3.3. Créditos afectados por el plan

En cuanto a los créditos que pueden resultar afectados por un plan, existen importantes novedades. Por una parte, ya no solo se aprobarán y podrán resultar afectados los acreedores financieros. Si así lo desean las partes, podrán formar parte del “perímetro” del plan cualesquiera acreedores (con algunas excepciones), incluidos los comerciales.

Según establece el art. 616 LC, se considerarán "*créditos afectados*" cualesquiera créditos que, de acuerdo con el plan de reestructuración, sufran cambios en sus condiciones, incluyendo la modificación de la fecha de vencimiento, la modificación del principal o los intereses; la conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o cualquier otro instrumento con un rango o condiciones diferentes; la modificación o cancelación de sus garantías, personales o reales; o incluso el cambio de deudor o de ley aplicable al crédito.

Sin embargo, el plan de reestructuración no puede afectar a algunos créditos o solo puede hacerlo bajo estrictos requisitos:

- i. Los *créditos públicos* pueden verse afectados siempre que (i) el deudor acredite, tanto en el momento de presentar la comunicación de apertura de negociaciones como en el momento de solicitud de homologación judicial del plan, estar al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social; y (ii) que los créditos públicos tengan una antigüedad inferior a dos años a contar desde la solicitud (art. 616 LC). El art. 616 bis LC limita los efectos que pueden imponerse que, en la práctica, parecen limitados a un diferimiento que, a su vez, será muy limitado pues los créditos de derecho público deberán estar íntegramente satisfechos en los siguientes plazos: (i) en doce meses desde la homologación judicial del plan de reestructuración con carácter general o (ii) en seis meses desde la homologación judicial si el deudor y el acreedor público hubieran alcanzado un acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento previamente (art. 616 bis LC).
- ii. El plan de reestructuración tampoco puede afectar a los créditos por alimentos, a los créditos por responsabilidad extracontractual y a los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección.
- iii. Las *garantías financieras reguladas por el RDL 5/2005* no pueden verse afectadas ni es posible restringir la capacidad del acreedor para acelerar los créditos garantizados hasta el valor de la garantía.

3.4. Contenido y comunicación del plan

El plan debe tener un contenido mínimo que detalla el art. 633 LC. La propuesta del plan de reestructuración deberá ser comunicada a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados, comunicación que deberá ser (i) individual, por vía postal o electrónica, o, si no fuera posible por desconocerse su identidad o dirección; (ii) mediante anuncio en la página web de la sociedad; o si no fuera posible por estos medios; (iii) mediante la publicación de un edicto en el Registro Público Concursal ("RPC"). Existen reglas especiales aplicables a créditos públicos y pactos de sindicación.

3.5. Principio general de vigencia de los contratos

La homologación de un plan, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que establezcan la facultad de la otra parte de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del

contrato, así como la facultad de resolución o la de extinción del contrato por el mero motivo de la presentación de la solicitud de homologación o su admisión a trámite, la homologación judicial del plan o cualquier otra circunstancia análoga. Los contratos necesarios para la continuidad de la actividad del deudor no podrán suspenderse, modificarse, resolverse o terminarse anticipadamente por el mero hecho de que el plan conlleve un cambio de control del deudor.

3.6. Clases

Los acreedores titulares de créditos afectados por el plan votarán agrupados por clases de créditos. La formación de clases debe atender a la existencia de un *interés común a los integrantes de cada clase determinado conforme a criterios objetivos*. Se considera que existe interés común entre los créditos de *igual rango determinado por el orden de pago en el concurso*. Pero, a su vez, los créditos de un mismo rango concursal podrán separarse en distintas clases cuando haya razones suficientes que lo justifiquen, como la naturaleza financiera o no financiera del crédito, el conflicto de intereses que puedan tener los acreedores que formen parte de distintas clases, o cómo los créditos vayan a quedar afectados por el plan. Si los acreedores son pequeñas y medianas empresas y el plan suponga para ellas un "sacrificio" (¿quiere decir quita?) superior al 50 % del importe de su crédito, deberán constituir una clase separada. La gestión de esta previsión cuando el deudor tiene miles de proveedores puede ser inmanejable.

En cualquier caso, los créditos con garantía real sobre bienes del deudor constituirán una clase única, salvo que la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados justifique su separación en dos o más clases, y los créditos de derecho público constituirán una clase separada entre las clases de su mismo rango concursal.

Para dar seguridad jurídica a las partes, tanto el deudor como los acreedores que representen más del 50 % del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan estarán legitimados para solicitar la *confirmación judicial de la correcta formación de las clases* con carácter previo a la solicitud de homologación del plan. De existir suficiente tiempo para ello, esta confirmación *ex ante* puede ser aconsejable dada la complejidad de la formación de clases y el potencial alcance de las impugnaciones de un plan si las clases que las partes deciden formar son incorrectas. Naturalmente, una vez que el tribunal confirme la formación de la clase, la formación de clases no podrá invocarse como motivo de impugnación a la homologación.

3.7. Aprobación del plan. Mayorías aplicables

El plan de reestructuración se considerará aprobado por una clase de créditos afectados si hubiera votado a favor *más de los dos tercios* del importe del pasivo correspondiente a esa clase. En el caso de que la clase estuviera formada por créditos con garantía real, se requiere que voten a favor *tres cuartos* del importe correspondiente a esta clase. Existen reglas especiales aplicables a los pactos de sindicación.

3.8. El arrastre: arrastre horizontal y arrastre vertical

Si se consigue el voto favorable de la mayoría correspondiente a una clase, se considerará que el plan ha sido apoyado por toda la clase de acreedores. Si el tribunal competente termina aprobando el plan, este se aplicará a todos los créditos de la clase, incluyendo a los créditos de los acreedores disidentes. Este arrastre del acreedor disidente de una clase cuando se ha obtenido el voto favorable de la mayoría correspondiente a tal clase recibe el nombre de *arrastre horizontal o intraclase*.

No obstante, no es necesario que todas las clases de acreedores con derecho a voto acepten un plan para que este sea adoptado, lo que sin duda supone una de las herramientas más poderosas de la nueva LC. En efecto, si el plan cumple con todos los requisitos para su homologación salvo el de alcanzar la mayoría en todas las clases de acreedores, el tribunal puede aprobarlo para que sea vinculante, además de para los acreedores disidentes de las clases en las que se ha alcanzado la mayoría como hemos visto antes (*cram-down horizontal o intraclase*), para los acreedores de las clases en las que no se ha alcanzado la mayoría, lo que recibe el nombre de *cross-class cram-down o arrastre vertical o interclases*. Para ello, el plan debe cumplir uno de los dos requisitos siguientes:

- i. debe ser apoyado por la mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas esté compuesta por créditos que se beneficiarían de un privilegio general o especial si el deudor fuera declarado insolvente; o, en su defecto,
- ii. debe estar respaldado por al menos una de las clases que está *in the money* (es decir, por una clase que, de acuerdo con la clasificación de créditos prevista en la LC, pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración del deudor como empresa en funcionamiento). En este caso, la valoración del deudor como empresa en funcionamiento debe estar respaldada por un informe emitido por el experto en reestructuración y presentado al tribunal junto con la solicitud de homologación.

3.9. El plan también será vinculante para los socios

Si el deudor es una sociedad mercantil y el plan contiene medidas que requieren el acuerdo de la junta de socios (p. ej., reducir el capital a cero para compensar pérdidas y aumentarlo simultáneamente para realizar una compensación de créditos, modificaciones estructurales), el plan se podrá homologar aunque no haya sido aprobado por los socios si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente (pero no en probabilidad de insolvencia). La Ley 16/2022 aclara que se aplicará la normativa mercantil, pero contiene ciertas reglas especiales destinadas a facilitar la adopción de los acuerdos. En caso de que el plan prevea una modificación estructural, los acreedores afectados no tendrán derecho de oposición. Cuando se solicite la homologación de un plan y siempre que el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente, los socios no tendrán derecho de preferencia en la suscripción de las nuevas acciones o participaciones.

Para asegurar la efectividad del sistema, la Ley 16/2022 establece que cuando el plan contuviera medidas que requirieran acuerdo de junta de socios y esta no las hubiera acordado, los administradores de la sociedad y, si no lo hicieren, quien designe el juez a propuesta de cualquier

acreedor legitimado, tendrán las facultades precisas para llevar a cabo los actos necesarios para su ejecución, así como para las modificaciones estatutarias que sean precisas. En estos casos, el auto de homologación será título suficiente para la inscripción en el Registro mercantil de las modificaciones estatutarias contenidas en el plan.

3.10. Modificación y resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en interés de la reestructuración

La Ley 16/2022 pone en manos del deudor otra poderosa herramienta. Durante la negociación de un plan podrá solicitar a la otra parte contratante la modificación o resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento cuando la modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso. Si las partes no llegasen a un acuerdo sobre los términos de la modificación o las consecuencias de la resolución, el plan podrá prever la resolución de esos contratos. El crédito indemnizatorio derivado de la resolución también podrá quedar afectado por el plan (con sus correspondientes quitas o esperas, por ejemplo).

3.11. Procedimiento de homologación

El procedimiento de homologación puede resumirse como sigue:

- i. *Competencia.* Corresponderá al juez de lo mercantil que fuera competente para la declaración del concurso.
- ii. *Planes conjuntos.* En caso de que existan deudores que hubieran efectuado una comunicación conjunta, será posible solicitar, bien la homologación individual o conjunta (en cuyo caso deberán cumplirse los requisitos para la homologación en relación con cada uno de los deudores), bien la homologación de un plan conjunto de reestructuración.
- iii. *Solicitud de homologación.* Podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el plan de reestructuración.
- iv. *Admisión a trámite.* Si el acuerdo reúne los requisitos legalmente exigidos, el juez dictará providencia admitiéndola a trámite, y en esa misma providencia decretará que la paralización de las ejecuciones singulares continúe hasta que acuerde o deniegue la homologación solicitada.
- v. *Publicación de la providencia.* El letrado de la Administración de Justicia ordenará la publicación de la providencia en el RPC por medio de un edicto.
- vi. *Auto.* Salvo que de la documentación presentada se deduzca manifiestamente que no se cumplen los requisitos exigidos, dentro de los quince días siguientes a la publicación de la providencia de admisión a trámite de la solicitud en el RPC, el juez, mediante auto, homologará el plan que reúna los requisitos legalmente establecidos. En el auto de homologación, (i) el juez determinará el alzamiento de la suspensión de los procedimientos de ejecución de créditos no afectados por el plan, así como el sobreseimiento de los restantes

procedimientos de ejecución; y (ii) si el propio plan de reestructuración conllevara alguna operación societaria, el control de legalidad lo realizará el juez y dejará constancia de ello en el auto.

- vii. *Publicidad.* El auto de homologación del plan se publicará de inmediato en el RPC.
- viii. *Eficacia.* Una vez homologado, el plan producirá sus efectos de inmediato y tendrá fuerza ejecutiva, extendiéndose inmediatamente a todos los créditos afectados, al propio deudor y, si fuera sociedad, a sus socios, aunque el auto no sea firme.

3.12. Titulares de derechos de garantía real

El art. 651 LC contiene una regla especial que da una salida a los acreedores con garantía real en un supuesto muy concreto, aquel en el que sufren un *cram-up*, es decir, son arrastrados por otras clases en principio más junior. Establece que los acreedores titulares de derechos de garantía real que hayan votado en contra del plan y pertenezcan a una clase en la que el *voto favorable hubiera sido inferior al voto disidente* (obsérvese que no contempla el supuesto en el que el voto favorable hubiese sido superior al disidente pero inferior a los 3/4 requeridos para aprobar en una clase con garantía real el plan) tendrán derecho a instar la realización de los bienes o derechos gravados en el plazo de un mes a contar desde la publicación del auto de homologación en el RPC.

El plan podrá prever la sustitución de este derecho por la opción de cobrar en efectivo, en un plazo no superior a 120 días, la parte del crédito cubierta por el “valor de la garantía” determinado conforme a lo establecido en la LC (simplificando, el 90% del valor razonable menos el importe de los créditos legalmente preferentes). En caso de falta de pago del crédito, el acreedor tendrá derecho a la ejecución de la garantía.

Si la cantidad obtenida en la realización de los bienes o derechos gravados fuese menor que la deuda garantizada, pero *mayor* que el valor de la garantía recogido en el plan, el ejecutante hará suya toda la cantidad resultante de la ejecución. La diferencia entre esa cantidad y el valor de la garantía se deducirá de lo que, en su caso, hubiese recibido o deba recibir conforme al plan de reestructuración por la parte del crédito no garantizada. Si la cantidad obtenida fuese *inferior* al valor de la garantía, el acreedor hará suya toda la cantidad resultante de la ejecución, y la parte remanente quedará insatisfecha.

3.13. Garantías de terceros

Los acreedores afectados que no hubieran votado a favor del plan mantendrán sus derechos frente a terceros que hayan constituido garantía personal o real para la satisfacción de su crédito. Respecto de los acreedores que hayan votado a favor del plan, el mantenimiento de sus derechos frente a los terceros obligados dependerá de lo que hubiesen acordado en la respectiva relación jurídica y, en su defecto, de las normas aplicables a esta. Como excepción, los efectos del plan de una sociedad de un grupo se pueden extender también, en las condiciones previstas en este, a las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del mismo grupo no sometida al plan, cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la propia deudora.

3.14. Créditos con aval del ICO

La disposición adicional octava de la Ley 16/2022 se refiere a los avales otorgados por el Instituto de Crédito Oficial (ICO) para hacer frente a la crisis sanitaria del COVID-19 y de la guerra en Ucrania. Muchas compañías se han acogido a estos programas, gracias a los cuales han obtenido financiación bancaria que estaba precisamente avalada por el ICO en su mayor parte.

Dependiendo de si el aval ha sido ejecutado o no por el prestamista, los derechos del Estado español derivados de un préstamo con aval ICO serán reales o contingentes, pero en todo caso se podrán encuadrar entre los créditos financieros que pueden verse afectados por un plan de reestructuración. En caso de ejecución por parte de la entidad financiera prestamista, el Estado español se subrogará en los derechos de la misma frente al deudor pero el prestamista deberá seguir encargándose del proceso de recuperación del importe restante del préstamo.

La Ley Concursal establece en relación a los planes de reestructuración que pretendan afectar a créditos derivados de estos avales públicos lo siguiente:

- i. en ningún caso podrá imponerse ninguno de los siguientes cambios (siendo indiferente lo que voten las entidades financieras, por tanto): el cambio de la ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el crédito originario; y
- ii. para que las entidades financieras puedan votar favorablemente en nombre y por cuenta del Estado a los planes que concedan cualquier aplazamiento, fraccionamientos o quitas de las cantidades reclamadas o reconocidas, se deberá recabar la aprobación previa de la Agencia Tributaria. La no obtención de esta autorización puede derivar en la pérdida del aval o, si este ya ha sido ejecutado, en que los derechos del Estado español frente al deudor reestructurado no se consideren afectados por el plan.

Es previsible que estas limitaciones dificulten en muchas ocasiones la reestructuración de financiaciones garantizadas por el ICO, especialmente cuando las financiaciones avaladas representen una parte significativa del pasivo del deudor. En estos casos, salvo que la Agencia Tributaria adopte una postura flexible y actúe con rapidez para aprobar el plan de reestructuración, tendrán que o bien excluirse estos créditos del perímetro del plan de reestructuración (lo que supone convertirlas, de facto, en una clase superprivilegiada pues cobrarán sus créditos con aval ICO conforme a los vencimientos previstos inicialmente) o bien las entidades financieras tendrán que valorar la posibilidad de votar a favor del plan asumiendo la pérdida del aval ICO (lo cual puede tener sentido en aquellos casos en los que el pasivo de la entidad con aval del ICO sea una parte pequeña de su posición total). Una tercera posibilidad es que las entidades que gocen con aval del ICO se vean arrastradas si están en una clase en la que no tienen una minoría de bloqueo.

3.15. Impugnación de la homologación

El auto de homologación del plan podrá ser impugnado ante la Audiencia Provincial, a diferencia del régimen hasta ahora vigente, que contemplaba un recurso ante el mismo órgano que había dictado el auto. Se desarrollan los amplios motivos de impugnación hasta ahora vigentes, a saber, no haberse adoptado el acuerdo por las mayorías exigidas y el carácter desproporcionado del sacrificio exigido al acreedor impugnante, si bien varios no dejan de ser concreciones del segundo motivo.

A los efectos que ahora interesan, se puede impugnar un plan en tres situaciones distintas y por distintos motivos:

- A. *Impugnación del auto de homologación del plan aprobado por todas las clases de créditos.* Los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan, cuando dicho plan haya sido aprobado por todas las clases podrán impugnar el auto por los siguientes motivos:
- i. que no se hayan cumplido los requisitos de comunicación, contenido y de forma legalmente previstos;
 - ii. que la formación de las clases de acreedores y la aprobación del plan no se hayan producido de conformidad con la LC;
 - iii. que el deudor no se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual;
 - iv. que el plan no ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo;
 - v. que sus créditos no hayan sido tratados de forma paritaria con otros créditos de su clase;
 - vi. que la reducción del valor de sus créditos sea manifiestamente mayor al que resulta necesario para garantizar la viabilidad de la empresa;
 - vii. que el plan no supere la “prueba del interés superior de los acreedores” (*best interest creditors’ test* en terminología de la Directiva de Reestructuraciones), conforme al cual no puede obligarse a un acreedor a aceptar un plan si en liquidación obtendría un resultado más favorable; y
 - viii. que el deudor haya incumplido la obligación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.
- B. *Impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por todas las clases de créditos.* El auto de homologación de un plan que no haya sido aprobado por todas las clases de créditos podrá ser impugnado por los motivos previstos anteriormente por los acree-

dores que no hayan votado a favor del plan, con independencia de que pertenezcan o no a una clase que haya aprobado dicho plan.

Además, el auto de homologación que no haya sido aprobado por todas las clases de créditos podrá ser impugnado por los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan y pertenezcan a una clase que no lo haya aprobado también por los siguientes motivos:

- i. que no haya sido aprobado por la clase o clases necesarias;
- ii. que una clase de créditos vaya a mantener o recibir, de conformidad con el plan, derechos, acciones o participaciones con un valor superior al importe de sus créditos;
- iii. que la clase a la que pertenezca el acreedor o los acreedores impugnantes vaya a recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango; y
- iv. que la clase a la que pertenezca el acreedor o acreedores impugnantes vaya a mantener o recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus créditos si una clase de rango inferior o los socios van a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración.

Este último motivo acoge en nuestro país la denominada *regla de la prioridad absoluta* (*absolute priority rule* en la Directiva de Reestructuraciones), conforme a la cual, cuando una clase más *junior* recibe cualquier pago o mantiene cualquier interés en virtud del plan, la clase con derecho a voto de rango *superior* o senior debe ser reembolsada *en su totalidad* por el mismo medio o por uno equivalente.

Nótese que la otra opción que permitía la Directiva de Reestructuraciones era acoger la *regla de la prioridad relativa*, conforme a la cual las clases de acreedores afectados con derecho a voto disidente deben recibir un trato al menos tan favorable como el de cualquier otra clase del mismo rango y *más favorable* que el de cualquier clase inferior. Pero, como decía, el legislador español ha optado por acoger la regla de la prioridad absoluta.

No obstante lo anterior, la Ley 16/2022 permite confirmar la homologación del plan aunque no se cumpla la condición (iv) (es decir, aunque no se cumpla la regla de la prioridad absoluta), *cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente*. Con ello la LC, haciendo uso de una flexibilidad permitida por la Directiva de Reestructuraciones, permite derogar la regla de la prioridad absoluta. Anticipo que la aplicación práctica de esta excepción se convertirá en una de las cuestiones clave del nuevo régimen, pues lo habitual es “dejar algo en la mesa” para el *equity* con objeto de facilitar un acuerdo sobre el plan y su implementación en lugar de su imposición forzosa y el correspondiente riesgo de impugnación.

- C. *Impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por los socios.* Finalmente, cuando los socios de la sociedad deudora no hayan aprobado el plan, podrán impugnar el auto por cualquiera de los siguientes motivos:
- i. el plan no cumple los requisitos de contenido y de forma exigidos;
 - ii. el plan no ha sido aprobado debidamente;
 - iii. el deudor no se encuentra en estado de insolvencia actual o inminente;
 - iv. el plan no ofrece una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo;
 - v. una clase de acreedores afectados va a recibir, como consecuencia del cumplimiento del plan, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos.

La sentencia que resuelva la impugnación deberá ser dictada dentro de los treinta días siguientes a aquel en que hubiera finalizado la tramitación del incidente. Los efectos de la sentencia que resuelva la impugnación se producirán, sin posibilidad de suspensión o aplazamiento, el día siguiente al de su publicación en el RPC. La sentencia que resuelva la impugnación no será susceptible de recurso alguno. La impugnación del auto de homologación del plan carecerá de efectos suspensivos.

La sentencia estimatoria de la impugnación declarará la no extensión de los efectos del plan únicamente frente a quien hubiera instado la impugnación, subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios, salvo si la estimación de la impugnación se ha basado en la falta de concurrencia de las mayorías necesarias o en la formación defectuosa de las clases, en cuyo caso la sentencia declarará la ineficacia del plan.

Una novedad importante es que en la solicitud de homologación el solicitante podrá requerir que, con carácter previo a la homologación del plan, las partes afectadas puedan oponerse a esta. La oposición de las partes afectadas se tramitará por los cauces del incidente concursal con ciertas especialidades. La sentencia que resuelva sobre el incidente se dictará en un plazo de un mes y no será susceptible de recurso. Esto permite dotar al proceso posterior de certidumbre, pero no siempre será posible contar con tiempo para ello.

3.16. Prohibición temporal de nuevas solicitudes

La homologación es una herramienta que afecta a los derechos de crédito de los acreedores y de la que no se puede hacer un uso indiscriminado. Por ello, en línea con el régimen anterior, pero aclarando el *dies a quo*, la Ley 16/2022 establece que una vez homologado un plan, no podrá solicitarse otra solicitud de homologación respecto del mismo deudor hasta que transcurra un año a contar desde la fecha de solicitud de la homologación del plan anterior.

3.17. Incumplimiento del plan de reestructuración

Una vez homologado, no se podrá pedir la resolución del plan por incumplimiento ni la desaparición de los efectos extintivos o novatorios de los créditos afectados (salvo los acreedores de derecho público) a no ser que el propio plan previese otra cosa (lo cual no será habitual).

4. Protección en caso de concurso

4.1. Modificaciones en el régimen general de las acciones rescisorias

El régimen de reintegración de la masa pasiva contenido en los arts. 226 y ss. LC se modifica por la Ley 16/2022. Lo que aquí interesa destacar es que el art. 226.2 LC crea una *regla especial* por virtud de la cual se declaran rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas (adelantando, por tanto, el *dies a quo* que conforme a la regla general del art. 226.1 LC sería la fecha de solicitud del concurso) para alcanzar un plan de reestructuración, así como los realizados desde esa fecha hasta la fecha de declaración de concurso, aunque no hubiese existido intención fraudulenta, si concurren dos condiciones: (i) que no se hubiera aprobado un plan de reestructuración o que, habiéndose aprobado, no se hubiera homologado por el juez; y (ii) que el concurso se declare en el año siguiente a la finalización de los efectos de la comunicación (o su prórroga). Con esta nueva disposición me pregunto si los acreedores se van a aventurar a financiar a deudores con dificultades sin asegurar la previa homologación del acuerdo, algo para lo que no siempre hay tiempo.

4.2. Protección de los planes de reestructuración, financiación interina y nueva financiación

Además, se crea un segundo juego de reglas especiales en el Libro Segundo (arts. 665 a 668 LC) aplicables específicamente a los planes de reestructuración. En caso de concurso posterior, *si los créditos afectados por un plan de reestructuración que hubiera sido homologado representan al menos el 51 % del pasivo total* (antes de la reforma era el “pasivo financiero”), no serán rescindibles, salvo prueba de que se realizaron en fraude de acreedores:

- A. Los actos u operaciones “razonables” y “necesarios inmediatamente” para el éxito de la negociación con los acreedores, siempre que se hubieran identificado expresamente como tales en el propio plan, lo que incluye: (i) el pago de tasas y costes en relación con la negociación, la adopción o la confirmación de un plan de reestructuración; (ii) el pago de honorarios y costes de asesoramiento profesional en estrecha relación con la reestructuración; (iii) el pago de los salarios de los trabajadores por trabajos ya realizados; y (iv) cualquier otro pago y desembolso efectuados en el curso ordinario de la actividad empresarial o profesional del deudor.

- B. La financiación interina y la nueva financiación, incluida la concedida por personas especialmente relacionadas, si bien estas últimas solo gozarán de la protección si los créditos afectados, excluidos los créditos de que fueran titulares esas personas, representan más del 60 % del pasivo total de forma que si no concurriese esa mayoría, la financiación interina o la nueva financiación otorgada por personas especialmente relacionadas quedarán sometidas a las normas sobre acciones concursales de rescisión contenidas en los arts. 226 y ss. LC. Se entiende por *financiación interina* la concedida por quien no fuera acreedor o por acreedor preexistente si en el momento de la concesión fuera razonable y necesaria inmediatamente, bien para asegurar la continuidad total o parcial de la actividad del deudor durante las negociaciones con los acreedores hasta la homologación del plan, bien para preservar o mejorar el valor que tuvieran a la fecha de inicio de esas negociaciones el conjunto de la empresa o una o varias unidades productivas. Se entiende por *financiación nueva* la concedida por quien no fuera acreedor o por acreedor preexistente que, estando prevista en el plan, resulte necesaria para el cumplimiento de tal plan.
- C. Los actos, operaciones o negocios que sean razonables e inmediatamente necesarios para la ejecución del plan.
- D. En caso de concurso posterior, *si los créditos afectados por un plan de reestructuración anterior que hubiera sido homologado representasen una proporción inferior al 51 % del pasivo total*, la financiación interina, la nueva financiación y los actos, operaciones o negocios mencionados serán rescindibles conforme a lo establecido en la LC, pero sin que sean de aplicación las presunciones relativas de perjuicio para la masa activa (véanse los arts. 227 y 228 LC), sin perjuicio, naturalmente, de que sea aplicable lo dispuesto en el art. 226.2 LC antes descrito.

5. Conclusión

La reforma operada por la Ley 16/2022 introduce profundas modificaciones del régimen preconcursal español, tanto en lo relativo a la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores como, especialmente, en lo relativo a los planes o acuerdos de reestructuración. Con ello no solo se transpone la Directiva de Reestructuraciones sino que se dota a los operadores (deudores y acreedores) de un completo juego de herramientas para reestructurar negocios económicamente viables pero sobreapalancados. El legislador ha sido ambicioso y se ha acogido en términos generales a las opciones de la Directiva de Reestructuraciones que brindaban más flexibilidad, siendo una excepción relevante de lo anterior el tratamiento del crédito público. También es desafortunada la falta de flexibilidad del tratamiento de las financiaciones con aval del ICO que a buen seguro dificultarán las refinanciaciones que están por llegar.

VEINTE AÑOS DE JURISPRUDENCIA ANTITRUST EN ESPAÑA: EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Alfonso Gutiérrez Hernández

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

Veinte años de jurisprudencia *antitrust* en España: el papel de los tribunales en la interpretación de las normas de defensa de la competencia

Este artículo examina la jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo durante los últimos veinte años en materia de aplicación de la normativa de defensa de la competencia. La revisión se ha centrado en las sentencias estimatorias de los recursos interpuestos contra las resoluciones sancionadoras de las autoridades administrativas de defensa de la competencia.

PALABRAS CLAVE:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA, REVISIÓN JUDICIAL, AUDIENCIA NACIONAL, TRIBUNAL SUPREMO, COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA.

20 years of antitrust case-law in Spain: the courts' role interpreting competition rules

This article reviews the case-law of Spain's National Court and Supreme Court over the last 20 years on the application of competition rules in Spain. The article focuses on judgments that uphold appeals lodged against decisions of the competition authorities.

KEYWORDS:

COMPETITION LAW, JUDICIAL REVIEW, NATIONAL COURT, SUPREME COURT, NATIONAL MARKETS AND COMPETITION COMMISSION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 9-9-2022**FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-9-2022**

Gutiérrez Hernández, Alfonso (2022). Veinte años de jurisprudencia *antitrust* en España: El papel de los tribunales en la interpretación de las normas de defensa de la competencia. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 46-64 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Como es bien sabido, el Derecho de la competencia se construye esencialmente de decisiones administrativas en las que las autoridades competentes (en España, la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o CNMC y sus antecesoras) interpretan y aplican los escasos preceptos de contenido material que regulan en nuestro ordenamiento la libre competencia en los mercados¹. Por ello, no debe sorprender que la práctica administrativa de la CNMC (o de otras autoridades, en su caso, señaladamente la Comisión Europea) sea la primera fuente de consulta por parte de empresas y asesores que desean conocer si el acuerdo que están negociando o las políticas comerciales que están considerando aplicar resultan conformes con el ordenamiento *antitrust* español.

Por el contrario, las sentencias dictadas por nuestros tribunales de justicia en esta materia reciben habitualmente mucha menos atención por parte de los operadores económicos. Existe una razón histórica para ello, habida cuenta del limitado papel que los jueces españoles tradicionalmente tenían en la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Por un lado, el orden jurisdiccional civil no tenía competencia para aplicar la normativa *antitrust* nacional, y solo muy ocasionalmente —por razón del efecto directo de las normas europeas— los jueces civiles debían enfrentarse a la aplicación de los actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), equivalentes a los artículos 1 y 2 de nuestra Ley. Por otro, la jurisdicción contencioso-administrativa, revisora de las decisiones administrativas de aplicación de las normas de defensa de la competencia, solía limitarse a controlar los aspectos procedimentales o formales de los expedientes (i. e., caducidad, acceso al expediente, modificación del pliego sin audiencia a los interesados, motivación, etc.) o la aplicación de principios generales del Derecho sancionador, como la proporcionalidad en la cuantificación de las sanciones impuestas, sin entrar a examinar el fondo del asunto tramitado por la Administración.

No obstante, la situación anterior ha ido cambiando progresivamente con los años. En primer lugar, el orden jurisdiccional civil es competente desde 2015 para aplicar los artículos sustantivos de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial²,

¹ Dejando al margen el control de concentraciones económicas, que cuenta con un régimen jurídico específico, dichos preceptos son en esencia los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (“LDC”), que regulan respectivamente los acuerdos restrictivos entre empresas, los abusos de posición dominante y las conductas desleales susceptibles de falsear la libre competencia.

² Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que modifica a este respecto el artículo 86 ter 2 f) de la LOPJ.

que encomendó a los Juzgados de lo Mercantil *“los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE] y su Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia”*³. En segundo lugar, y de forma especialmente relevante, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (competente para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones de la CNMC) y el propio Tribunal Supremo en casación han incrementado notablemente la profundidad de su labor revisora de los aspectos materiales de la práctica administrativa *antitrust*, al punto de anular total o parcialmente numerosas resoluciones de la autoridad de competencia por motivos materiales o de fondo, y no meramente de procedimiento.

Existen a mi juicio varias razones que explican lo anterior. Por un lado, la frecuencia de la impugnación judicial de las resoluciones de la CNMC ha aumentado significativamente a lo largo del tiempo, a medida que la actividad investigadora y sancionadora de la autoridad de competencia se ha ido intensificando en España. En efecto, la CNMC ha incrementado de forma progresiva el número de expedientes tramitados y los medios y recursos a su disposición, en buena medida por el impulso dado por la Comisión Europea —en aplicación del Reglamento 1/2003 y de la más reciente Directiva 1/2019 (conocida como ECN Plus)— a un mayor protagonismo de las autoridades de competencia de los Estados miembros de la UE. Lógicamente, el mayor número de expedientes administrativos y de resoluciones sancionadoras (junto con un incremento ostensible de la cuantía de las multas) ha hecho crecer la litigiosidad y, por ende, la atención de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a este tipo de asuntos.

Por otro lado, el relevante papel de los tribunales de la UE (tanto el Tribunal General como el propio Tribunal de Justicia) en la aplicación e interpretación de los artículos 101 y 102 del TFUE irradia un efecto innegable sobre los tribunales nacionales. Son numerosas las sentencias del Tribunal General y del Tribunal de Justicia que examinan en detalle las decisiones de la Comisión Europea en materia *antitrust*, no solamente en cuestiones puramente jurídicas de Derecho o interpretación de las normas, sino —en el caso del Tribunal General— también en cuestiones fácticas y económicas, revisando así de forma plena e integral la actividad de la Comisión y su valoración de la evidencia económica aportada a los expedientes. La acción revisora de los jueces en materia de libre competencia se expande, pues, desde Luxemburgo a los Estados miembros, como se comprueba con facilidad en la abundante cita de sentencias europeas en las dictadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

Y, por último y conectado con lo anterior, la cada vez más frecuente selección de magistrados y magistradas de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo para desempeñar funciones en el Tribunal de Justicia y el Tribunal General —como jueces, abogados generales o letrados del Tribunal—, lo que no solo incrementa como es natural su conocimiento técnico en materia de normativa de defensa de la competencia, sino también su nivel de exigencia a la hora de determinar si la valoración de evidencia económica compleja

3 La referida modificación legal se reflejó igualmente en la disposición adicional primera de la LDC, que establece que *“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de esta ley y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”*.

realizada por la Administración se ajusta a los estándares aplicables al Derecho administrativo sancionador. El bagaje adquirido en Luxemburgo se refleja como es lógico en la labor de nuestros jueces cuando se reincorporan a sus puestos en Audiencia y Tribunal Supremo.

En suma, los jueces y tribunales son, como se dice en alguna ocasión, la autoridad de competencia definitiva, pues a ellos ha correspondido en muchas ocasiones la última palabra en la interpretación de la normativa *antitrust*. Los operadores económicos (y por supuesto la CNMC) deben, por tanto, conocer y tener presente la jurisprudencia aplicativa de la LDC. En ella se encuentran principios y reglas importantes que deben marcar el sentido y contenido de las futuras resoluciones administrativas.

El presente trabajo pretende contribuir a este fin y presentar un compendio de las principales reglas jurídicas que Audiencia Nacional y Tribunal Supremo han ido estableciendo a lo largo de las dos últimas décadas. Una suerte así de “grandes éxitos” de la jurisprudencia *antitrust* en España.

2. Los “grandes éxitos” de la jurisprudencia: principales temas tratados

Una simple mirada a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en los últimos veinte años revela la existencia de un amplio cuerpo jurisprudencial. En efecto, el número de sentencias dictadas en aplicación de los artículos 1 o 2 de la LDC desde el 1 de enero de 2002 hasta el 1 de enero de 2022 asciende a unas 1950⁴.

Lo primero que llama la atención es el elevado número de sentencias (unas 488 aproximadamente) parcial o totalmente estimatorias de los recursos interpuestos por operadores económicos sancionados por la CNMC o sus antecesoras. Es cierto que muchas de estas sentencias estimatorias lo son por motivos procedimentales, y que una parte relevante obedece a la revisión del cálculo de sanciones tras la anulación por el Tribunal Supremo de la antigua Comunicación de la CNMC sobre metodología de cálculo de sanciones⁵. Sin embargo, otras muchas sentencias sí examinan los aspectos sustantivos de la actuación de la Administración, desde la observancia de los límites del Derecho sancionador en la actuación investigadora (p. ej., inspecciones domiciliarias o requerimientos de información a las empresas) hasta la valoración de la evidencia económica recabada en la instrucción de los expedientes y su peso probatorio de las infracciones, pasando por supuesto por la interpretación de nociones nucleares del Derecho *antitrust* como *acuerdo*, *abuso* o *infracción única y continuada*, entre otras. El resto de este trabajo se dedica a examinar estos aspectos sustantivos de la jurisprudencia de nuestros tribunales en su labor revisora de la actuación administrativa de la CNMC o sus antecesoras.

4 El número no coincide con exactitud en las distintas bases de datos jurisprudenciales existentes y consultadas para la preparación de este trabajo.

5 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (RJ 2015, 311) (rec. n.º 2872/2013).

2.1. Inspecciones domiciliarias

Quizás el ámbito en que es más visible el papel de nuestros tribunales es el de las inspecciones domiciliarias que la Dirección de Competencia de la CNMC realiza en los locales de las empresas investigadas con el objeto de recabar pruebas de eventuales infracciones de las normas de defensa de la competencia. Tanto la Audiencia Nacional como —especialmente— el Tribunal Supremo han establecido reglas y límites concretos de actuación antes y durante las inspecciones que la Administración debe respetar, directamente dimanantes de los principios del Derecho sancionador y de la protección de los derechos de defensa de los investigados. Estas reglas y límites se han incorporado con naturalidad a la práctica inspectora de la Dirección de Competencia, lo que ha contribuido sin duda a que las inspecciones domiciliarias transcurran en la mayoría de las ocasiones de forma predecible y sin discrepancias significativas entre CNMC e investigados.

En este ámbito, ha sido fundamentalmente el Tribunal Supremo quien ha sentado los principales límites a la actuación inspectora a lo largo de diversas sentencias.

La primera sentencia de especial relevancia es la de 10 de diciembre de 2014 *Campezo*, que confirió al auto judicial de autorización de la entrada en el domicilio (de la empresa o de sus directivos) un papel primordial en las inspecciones, limitando el alcance de la orden de inspección firmada por la persona responsable de la Dirección de Competencia y primando sobre ella, de manera que en caso de discrepancia entre auto y orden siempre prevalecerá aquel sobre esta: "*El carácter perentorio de un registro y la lucha contra los cárteles no justifica el que se desborden los límites de la autorización judicial*". Este principio luce en sentencias posteriores (p. ej., en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de noviembre de 2011, *Colgate*).

Otra sentencia que marcó en su día principios posteriormente reflejados en la práctica administrativa es la dictada por el Tribunal Supremo el 27 de febrero de 2015 *Transmediterránea*. Este pronunciamiento declaró el doble requisito de contenido que la orden de inspección debe incluir: el objeto y finalidad concretos de la inspección (i. e., qué se busca exactamente y para qué) y la mención de indicios previos con los que cuenta la Administración para ordenar una inspección domiciliaria (i. e., qué información está ya en manos de la CNMC con anterioridad de la inspección y por qué justifica una medida extrema como es la entrada en un domicilio). Los tribunales impiden así las llamadas *fishing expeditions* de la autoridad de competencia, consistentes en inspecciones domiciliarias dirigidas a recabar los primeros indicios de una posible infracción de la que simplemente se sospecha su existencia.

Quizás entre las más famosas está *Montibello*, Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2015. En este precedente se estableció la crucial distinción entre sometimiento a la inspección (obligatoria para la empresa) y oposición a la entrada en el domicilio (legítima en ausencia de auto judicial que autorizara la inspección). Si bien esta diferenciación ya se venía invocando en las inspecciones antes de 2015, fue *Montibello* la sentencia que zanjó definitivamente la cuestión: la empresa investigada debe someterse a la inspección, pero la entrada en su sede de los inspectores de la CNMC debe hacerse con su consentimiento o, en su defecto, con autorización judicial, por lo que la negativa a la entrada en ausencia de auto no es más que el normal ejercicio de un derecho de la empresa investigada que no puede dar lugar a sanción alguna.

Un desarrollo importante de *Montibello* es la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2018 *REPSOL*, en la que se declara que el consentimiento que ha de prestar la empresa investigada para permitir la entrada en su sede ha de ser plenamente informado, es decir, contando con toda la información relevante por parte de los funcionarios de la CNMC. Ello incluye, señaladamente, la obligación de informar a la empresa de si los funcionarios disponen o no de un auto judicial que autorice la entrada en el domicilio social.

Por lo demás, el Tribunal Supremo ha continuado en tiempos más recientes su labor de control sobre la actuación inspectora de la CNMC. Así, en su Sentencia de 25 de febrero de 2019 *Solís* se recuerda en explícitos términos que las "*requisas generales e indiscriminadas*" están prohibidas en nuestro Derecho (enlazando así directamente con *Trasmediterránea* y la prohibición de las *fishing expeditions*) y recordando que la conocida doctrina del "hallazgo casual" (en cuya virtud resulta evidencia probatoria válida de una infracción concreta la encontrada durante una inspección domiciliaria ordenada para acreditar la comisión de una infracción distinta) no remedia la inconcreción de la orden a la hora de exponer los indicios previos con los que cuenta la Administración.

2.2. Prueba de las infracciones

Esta es, sin duda, una de las áreas de mayor intervención jurisdiccional y en la que más valor aporta la jurisprudencia. Por razones evidentes es la Audiencia Nacional quien ha llevado el peso de las innovaciones en este campo, al estar vedada en principio al Tribunal Supremo la apreciación en casación de las pruebas del expediente.

En este sentido, la Audiencia se ha revelado especialmente exigente en relación con la llamada prueba indiciaria o indirecta, en la que la CNMC confía habitualmente a la hora de perseguir cárteles y otras infracciones de naturaleza horizontal. La jurisprudencia de la Audiencia Nacional ha recordado de forma recurrente que la prueba indiciaria está sometida a un especial rigor en su aplicación para fundar una sanción, y en particular sujeta a unas exigencias concretas de racionalidad, solidez y cohesión lógica, que debe llevar de forma natural a la conclusión de que se ha cometido una infracción. Las inferencias lógicas y causales que tengan una naturaleza "*abierta, débil o imprecisa*" a partir de los indicios utilizados no resultan suficientes para fundar una infracción de la LDC. La Sentencia de 25 de octubre de 2012 *Asfaltos* proporciona un buen ejemplo de esta línea jurisprudencial.

Existen numerosas ilustraciones de este principio, que muestran cómo la Audiencia Nacional ha rechazado por insuficientes diversos indicios invocados por la CNMC, en ausencia de prueba directa, para acreditar la existencia de una infracción. Un ejemplo de notable importancia, y de reciente aparición en la jurisprudencia, son las sentencia dictadas en las impugnaciones contra la Resolución de 2016 "*Empresas de cemento*", en las que la Audiencia Nacional consideró que el llamado "testimonio referencial" (i. e., el ofrecido por un tercero que no fue testigo directo de los hechos que se quieren acreditar) no resulta suficiente para acreditar el hecho antijurídico, sino que la Administración debe corroborar el indicio con pruebas adicionales, idealmente el testimonio directo si resulta obtenible. Las Sentencias de 10 de diciembre de 2020 *Holcim* y de 18 de diciembre de 2020 *CEMEX* establecen el principio, y la posterior Sentencia de 19 de noviembre de 2021 *Turrones* lo confirma.

Otros ejemplos de interés se refieren al peso probatorio de las actas de las reuniones de las empresas investigadas halladas en las inspecciones (*vid.* las Sentencias de 13 de marzo de 2015 *DYTEMOVIL* y de 16 de marzo de 2016 *AVIS*) y a la mera convocatoria (sin prueba de asistencia efectiva) a reuniones de empresas o a la recepción de correos electrónicos no respondidos (como en las Sentencias de 27 de mayo de 2019 *Concesionarios Hyundai* o en la ya citada *Turrones*). Desde antiguo ha considerado la Audiencia Nacional que no basta con que la Administración pruebe una mera coincidencia (parcial) en precios para acreditar la existencia de un acuerdo de fijación de precios por parte de empresas competidoras, siendo necesaria además la prueba de la existencia de algún tipo de contacto previo entre ellas (ya en la Sentencia de 25 de noviembre de 2005 *Autoescuelas Alcalá* se estableció este punto). E incluso la clemencia debe confirmarse con indicios adicionales, como señaló el propio Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia *Transmediterránea*). En fin, la CNMC debe reforzar su actividad probatoria en ausencia de prueba directa, pues un único documento solo sirve en situaciones excepcionales para fundar una sanción (*vid.* en este punto la Sentencia de la Audiencia Nacional *AVIS*, ya citada).

También han entrado nuestros tribunales en cómo debe la Administración interpretar o valorar la evidencia (indiciaria o no) con la que cuenta el expediente a la hora de considerar acreditada una infracción de la LDC. Un principio general en apariencia obvio, pero de gran relevancia práctica, es que la CNMC debe realizar en todo caso una valoración objetiva de la evidencia de la que dispone y no interpretarla a efectos de que soporte una teoría de daño ya determinada *ex ante*. Es decir, el proceso de razonamiento lógico de la Administración debe ser desde la evidencia a la (eventual) infracción, y no en sentido inverso de manera que la evidencias documentales del expediente se empleen para justificar y fundamentar la infracción de la que ya se sospeche. En las contundentes palabras en sus Sentencias de 10 de diciembre de 2020 *CEMENTIR* y de 21 de diciembre de 2020 *Betonalia* (también dictadas en las impugnaciones de la Resolución "*Empresas de cemento*"), la Audiencia rechazó la "*construcción artificiosa y voluntarista de los datos obtenidos en las inspecciones realizadas para concluir que las empresas sancionadas actuaron conforme a un plan preconcebido*". Pero ya antes el Tribunal Supremo había recordado a la CNMC que debe interpretar de forma objetiva la literalidad de los documentos que invoca como pruebas de cargo y evitar la "*interpretación forzada y excesivamente amplia y extensiva del significado y sentido objetivo...del texto*" o "*deducir intenciones y finalidades tácitas*" (*vid.* la Sentencia de 24 de octubre de 2014 *FEFE*, seguida por la Audiencia Nacional en la Sentencia de 18 de febrero de 2020 *ATRIE*).

Los principios anteriores llevan a la cuestión, igualmente de enorme relevancia práctica, de la carga de la prueba y del reparto del esfuerzo probatorio entre Administración e investigados. Nuestros tribunales ya han tenido ocasión de recordar a la CNMC que no le es posible relevarse a sí misma de la carga probatoria en los expedientes mediante la socorrida técnica de calificar automáticamente como infracciones "por objeto" las conductas a las que pretende oponerse, pues la noción de "infracción por objeto" es de interpretación restrictiva (por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2019 *Telefónica*). Por supuesto, si no hay infracción "por objeto" corresponde exclusivamente a la CNMC acreditar los efectos restrictivos sobre la competencia de la conducta examinada como condición para declarar la infracción de la LDC; los tribunales han declarado este principio en numerosas ocasiones (por ejemplo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de diciembre de 2019 *Colegio Oficial de Gestores Administradores de Madrid* y la

Audiencia Nacional por Sentencias de 7 de mayo de 2013 *PRISA / ZETA* y de 1 de octubre de 2013 *Colegio Arquitectos Madrid*), por lo que el punto es pacífico.

Un corolario de lo anterior, y una consecuencia lógica de todo expediente sancionador, es que la Administración debe rebatir las pruebas periciales y de descargo presentadas por las partes durante la tramitación del expediente si quiere declarar la existencia de infracción y, en su caso, imponer una sanción. Ello es visible en la citada Sentencia de Tribunal Supremo *Telefónica*, en la que la CNMC no desvirtuó la evidencia presentada por la empresa investigada y basada en el test del competidor tan eficiente, aplicable en precedentes europeos a supuestos de abusos de exclusión por empresas dominantes. En las impugnaciones contra la tantas veces citada Resolución *“Empresas de Cemento”*, la Audiencia Nacional incidió en la importancia de que la Propuesta de Resolución que eleva la Dirección de Competencia al Consejo de la CNMC rebata de forma suficiente las alegaciones y pruebas de descargo de los investigados, señalando —de forma particularmente expresiva— que la Propuesta *“no puede despacharse con la coletilla “lo dicho no desvirtúa” en la respuesta a las alegaciones”* (vid. Sentencia de 14 de diciembre de 2020 *Portland Valderrivas*).

Los principios anteriores suponen como es natural que la Dirección de Competencia no solo debe esmerarse en su labor probatoria durante la fase de instrucción, sino también evitar trasladar su propia carga a las empresas investigadas. Así, por ejemplo, la simple denegación por la Dirección de Competencia en fase de instrucción de una prueba de descargo pertinente y solicitada en tiempo útil por las investigadas (p. ej., la remisión de requerimientos de información a terceros o la evacuación de solicitudes de informe a Administraciones públicas) puede anular la sanción, como se vio en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009 *SOS Cuétara*. Tampoco puede pretender la Administración que los investigados elaboren y aporten al expediente las evidencias de cargo, pues ello es tarea exclusiva de la CNMC, que no puede ampararse, por tanto, en la obligación general que la LDC impone a los investigados de cooperar con la Dirección de Competencia y de responder a sus requerimientos de información para trasladar a aquellos el *onus probandi*. Ya en 2013, en su Sentencia de 26 de diciembre *Oracle*, la Audiencia Nacional señaló que las empresas investigadas solo están obligadas a aportar al expediente sancionador información de la que ya disponen con anterioridad, pero no a elaborar nueva documentación (incluyendo la compra de informes a terceros) en respuesta a las solicitudes de información de la Dirección de Competencia.

2.3. Acuerdos restrictivos

Los Tribunales también han considerado oportuno limitar la interpretación expansiva de la noción de “acuerdo restrictivo de la competencia” prohibido por el artículo 1 LDC y que la Administración ha patrocinado en numerosas ocasiones. Si bien es cierto que el concepto de “acuerdo” y figuras análogas (tales como prácticas concertadas y conscientemente paralelas) prohibidas por el artículo 1 es amplísimo y comprende todo tipo de concurrencia de voluntades —tácita o expresa— entre empresas, también lo es que el tipo legal no es ilimitado y que la Administración no puede recurrir a él para capturar bajo dicho precepto conductas empresariales ajenas a la noción básica de “acuerdo”. Un ejemplo claro son las propuestas o tentativas de acuerdo entre empresas, no prohibidas por el artículo 1 y conceptualmente distintas del propio “acuerdo”, en la medida en que aquellas no han sido aún aceptadas, siquiera tácitamente por el destinatario de la propuesta.

El punto es claramente visible en la Sentencia de 4 de enero de 2013 de la Audiencia Nacional *Seguro Decenal*, pero quizás más aún en la Sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 10 de marzo de 2014 *SEDIGAS*, en la que desechó con nitidez que una propuesta de tarifas dirigida por una asociación sectorial a la Administración vulnerara el artículo 1 de la LDC al tener ésta margen suficiente de actuación, esto es, al tratarse de meras propuestas y no de “acuerdos”. Más recientemente el Tribunal Supremo ha hecho suyo este enfoque en la Sentencia de 10 de junio de 2019 *Desmotadoras Algodón*.

Sin embargo, quizás las tradicionales uniones temporales de empresas (UTE) constituyen el ejemplo más claro de que nuestros tribunales no dudan en corregir a la CNMC en su interpretación de los preceptos sustantivos de la LDC. Las UTE, como supuestos de colaboración temporal entre competidores directos para proyectos concretos, plantean cuestiones dudosas bajo el prisma *antitrust*, dado que típicamente suscitan aspectos procompetitivos, pero también restrictivos como la inevitable reducción del número posible de ofertantes en concursos y licitaciones o el reparto entre competidores de la demanda total de un cliente. Si bien la Comisión Europea aboga tradicionalmente por un enfoque pragmático caso a caso teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes⁶, la CNMC seguía una práctica muy restrictiva equivalente a una presunción de ilegalidad prácticamente invencible de las UTE de empresas del mismo sector, exigiendo *de facto* a las empresas investigadas acreditar que cualquier alternativa posible a la UTE sería más restrictiva. Ello llevaba en muchos casos a una auténtica prueba diabólica (al tener que considerar todos los escenarios hipotéticos y evaluar su eventual carácter anticompetitivo), que condenaba a las partícipes a la infracción administrativa en la práctica totalidad de casos.

Muy destacables en este punto son las recientes Sentencias de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2021 *JEZ* y de 28 de enero de 2022 *Duro Felguera*, que anularon la Resolución de la CNMC de 2016 en el asunto *Desvíos Ferroviarios*. Se trataba de un asunto clásico de UTE, en el que 4 empresas competidoras se presentaban habitualmente en consorcio a las licitaciones convocadas por GIF/ADIF entre 1999 y 2014 para el suministro de desvíos ferroviarios de alta velocidad y vía convencional. La CNMC siguió su línea tradicional y declaró la ilegalidad de la UTE (infracción por objeto) y consideró que las empresas habían cometido una infracción continuada de reparto de mercado, fijación de precios e intercambio de información sensible utilizando injustificadamente la figura de la UTE. Cabe observar que la CNMC no practicó prueba alguna (p. ej., informes técnicos o económicos) a pesar de la complejidad técnica de los productos afectados y de la necesaria aplicación de tecnologías concurrentes para su fabricación, lo que parecía justificar la colaboración entre las partícipes al disponer solo de licencias parciales sobre dichas tecnologías. La Administración se limitó a decir que las partes no habían probado que las alternativas existentes (p. ej., acuerdos cruzados de licencia de patente o subcontratación) eran menos restrictivas que la UTE, sin rebatir tampoco los informes periciales de descargo aportados al expediente y que acreditaban la insuficiencia de las tecnologías individuales para fabricar los desvíos y la falta de capacidad industrial suficiente de alguna de las empresas participantes.

6 Vid. párrafo 237 de las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos horizontales, que dispone que el test sustantivo de las UTE en considerar si su formación es objetivamente necesaria para que las empresas partícipes accedan a la licitación y, subsidiariamente, si el consorcio entre competidores aporta eficiencias (como precios más bajos) en comparación con la licitación individual.

La Audiencia Nacional “reescribe” en sus sentencias la aplicación del artículo 1 de la LDC a las UTE entre competidores, recordando que no son anticompetitivas *per se* y que deben examinarse todos los detalles y todas las circunstancias pertinentes para determinar si la UTE es objetivamente necesaria para que las empresas participen en el proyecto. Si alguna de las empresas acredita (p. ej., mediante informes técnicos) que la UTE es necesaria para ella —por cuanto que carece de la capacidad económica o técnica suficiente para acometer el proyecto de forma individual—, la CNMC no puede sancionar sin probar lo contrario, ni desestimar la evidencia de descargo con asunciones generales o hipotéticas. Señaladamente, la Audiencia declara que las empresas no están obligadas a probar que no hay ninguna alternativa menos restrictiva a la UTE (eliminando así la denominada “prueba diabólica” que obligaba a las empresas a examinar todos los escenarios posibles alternativos a la UTE) y recuerda a la Administración que debe limitarse a perseguir infracciones de las *normas antitrust*, pero no exigir a las investigadas la opción empresarial más competitiva de entre todas las posibles (*“el despliegue del ejercicio de la potestad sancionadora no puede llegar al extremo de interferir hasta el punto de marcar opciones de mercado carácter empresarial o para decidir lo que le resulta más o menos conveniente, o más ventajoso o propicio desde la óptica de la Administración. Su función es apreciar si la [opción] escogida vulnera las normas de competencia”*).

2.4. Abuso de posición dominante

Los tribunales españoles, siguiendo la estela de los tribunales de la UE, no han dudado en perfilar una noción jurídicamente difusa, como la del “abuso de posición dominante” prohibida por el artículo 2 de la LDC. Como es sabido, la Ley no define la categoría de “abuso”, sino que se limita a mencionar cinco ejemplos concretos de conducta abusiva, pero que no constituyen una lista cerrada. Ante esta indefinición del tipo legal, cuya comisión supone una infracción muy grave de las normas de competencia, nuestros tribunales se han preocupado de aportar claridad jurídica en la definición de los contornos del ilícito.

Una definición bien conocida y completa es la postulada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de mayo de 2003 *Tandem Transportes y Ruta Sur*, según la cual el abuso de posición dominante es *“una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado”*. La sentencia, en desarrollo de este concepto, explicita las concretas notas constitutivas de una práctica abusiva:

- i. *Tipicidad*: en cuanto infracción administrativa susceptible de sanción, se trata de una conducta típica que ha de quedar necesariamente incurso en la prohibición del artículo 2 de la LDC. Debe tratarse de una práctica consumada y no quedarse en mera tentativa⁷.

⁷ Vid. SAN de 3 de junio de 2002 *Hegoplac, SA* y STS de 22 de marzo de 2006 *Igualatorio Médico-Quirúrgico Colegial*.

- ii. *Predictibilidad*: la calificación de la conducta como abusiva ha de ser predecible, quedando prohibida la interpretación analógica. Además, debe adoptarse la opción más favorable para la empresa imputada en caso de duda. Ello supone que tanto la posición dominante como la conducta abusiva han de ser completamente acreditadas de forma indubitada por la Administración⁸.
- iii. *Objetividad*: el abuso es un concepto objetivo que no depende de la intencionalidad de su autor⁹.
- iv. *Efectos al menos potenciales*: si bien la infracción del artículo 2 no exige que la práctica analizada haya causado efectos reales en el mercado, sí resulta necesario que la conducta tenga al menos la aptitud para reducir la competencia o explotar al consumidor (efectos potenciales)¹⁰.
- v. *Sin justificación económica objetiva y razonable*: no existirá abuso si la conducta está objetivamente justificada, esto es, si responde a una racionalidad económica distinta de la simple restricción de la competencia en el mercado¹¹.

Cabe citar de forma individual la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 *Telefónica de España, SA*, uno de los pronunciamientos más completos y estructurados sobre la interpretación del artículo 2 de la LDC¹². En ella se recuerda, entre otros principios, que el abuso de posición dominante es una conducta objetivamente ilegítima, al margen de la intencionalidad real de la empresa dominante, que la respuesta proporcionada a las ofertas de los competidores (*meeting competition*) puede ser una justificación objetiva que impide la concurrencia del tipo legal y que —importante en un ordenamiento jurídico como el español en que la autoridad de competencia puede conocer de conductas desleales— el abuso y la deslealtad son conceptos jurídicos distintos, de manera que la conducta desleal cometida por una empresa dominante no constituye necesariamente un abuso contrario al artículo 2 de la LDC.

También merece mención, por su claridad, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2015 *Correos 2*, que subraya el principio general de que no puede existir abuso de exclusión si no se acredita por la Administración la posibilidad real de expulsión del mercado del competidor o nuevo entrante (efecto potencial).

8 Vid. SAN de 23 de mayo de 2017 *BT España*.

9 Nótese, no obstante, que el propio el Tribunal Supremo ha matizado posteriormente que en los denominados “abusos de exclusión” la intencionalidad o propósito perseguido por la empresa dominante (i. e., la expulsión del mercado de un competidor o el cierre del mercado a nuevos entrantes) puede constituir un elemento necesario del tipo. Vid. por ejemplo STS de 30 de mayo de 2006 *Telefónica Móviles de España, SA y Telefónica, SA*, o STS de 13 de diciembre de 2004 *Altadis, SA*. También la Audiencia Nacional en Sentencia de 24 de septiembre de 2015, *ORACLE* (“estrategia encaminada a impedir” que un competidor permaneciese en el mercado como elemento nuclear de la infracción del artículo 2).

10 Vid. SAN de 1 de julio de 2015 *Correos 2*.

11 Vid. STS de 30 de mayo de 2006 *Telefónica Móviles de España, SA y Telefónica, SA*, STS de 13 de diciembre de 2004 *Altadis, SA*, y STS de 11 de noviembre de 2009 *Sociedad Estatal Correos y Telégrafos*. Los tribunales tienden a considerar que este requisito no concurre si la conducta se hubiera producido igualmente en un mercado competitivo (esto es, en un escenario en que su autor careciera de una posición dominante). Vid. STS de 8 de mayo de 2003 *Tandem Transportes y Ruta Sur*, y STS de 7 de julio de 2003 *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA y otros*.

12 Nótese que el magistrado ponente fue D. Manuel Campos, que fue letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entre 1995 y 1999 y con un considerable bagaje en Derecho de la competencia europeo tras su incorporación al Tribunal Supremo.

Resulta reseñable adicionalmente que nuestros tribunales no solo hayan entrado a interpretar la noción jurídica de “abuso”, sino que —en ocasiones— han examinado también si la definición del mercado relevante utilizada por la CNMC a la hora de establecer la posición de dominio de la empresa investigada era o no correcta. Ello confirma que nuestros jueces no rehúyen el examen de cuestiones económicas complejas, como típicamente son las definiciones de mercados relevantes, cuando ello resulta necesario para dilucidar si la posición dominante ha sido adecuadamente establecida por la Administración.

Quizás el ejemplo más notable son las Sentencias de la Audiencia Nacional de 4 de septiembre de 2017 y 1 de septiembre de 2017 (*Telefónica Móviles España, S.A.U., France Telecom España S.A.U. y Vodafone España, S.A.*), que estimaron los recursos contra la Resolución de la antigua CNC de 19 de diciembre de 2012, Exp. S/O248/10, *Mensajes Cortos*, y anularon las cuantiosas multas impuestas a las tres principales compañías de telefonía móvil por la comisión de un supuesto abuso de posición dominante colectivo. La Audiencia consideró que la Administración no había definido de manera específica el mercado relevante de producto en que se produjo la práctica examinada, sino que se limitó a dar por buena una definición de mercado relevante acogida por un órgano regulador distinto (la antigua Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) en procedimientos administrativos pasados. En otros términos, la asunción mecánica de una definición anterior del mercado relevante no resulta suficiente en un expediente sancionador, en especial en sectores dinámicos y tecnológicamente complejos.

La Audiencia Nacional señala en explícitos términos que la Administración debe basar la eventual posición dominante en definiciones de mercados relevantes específicos y realizados *ex novo* (“*deberá volver a definir el mercado pertinente y a analizar las condiciones de competencia, análisis que no tiene que basarse necesariamente en las mismas consideraciones a partir de las cuales se apreció con anterioridad la existencia de una posición dominante [...] Este análisis, realizado ex novo y respecto del concreto mercado afectado, no se ha efectuado [...] la CNC debe fundamentar su posición con análisis propios y específicos para el caso concreto basados en datos recientes que tengan en cuenta la evolución de un mercado particularmente dinámico, de forma que haga posible el ajuste entre lo establecido para el mercado ex ante y lo que resulta procedente en el supuesto de infracción de las normas del Derecho de la Competencia. [...] No puede apoyarse pues la autoridad de competencia de forma principal en informes previos que además se han elaborado para un mercado distinto y en la mera interpretación de información económica, por lo que debemos concluir que la resolución impugnada es inconsistente en este punto esencial*”).

Por su parte, el Tribunal Supremo no solo confirmó en casación (por sentencias de 20 de diciembre de 2018, 21 de diciembre de 2018 y 8 de enero de 2019) las sentencias de la Audiencia, sino que sobre este punto añadió que “*una cosa es poder utilizar esa información disponible y otra distinta es poder prescindir de realizar un análisis propio del mercado de referencia cuando se ejercita la potestad sancionadora en defensa de la competencia, pues ni las conclusiones previas son vinculantes ni dispensan al ente regulador de proceder a un análisis propio del mercado existente en el momento en que se ejercita la potestad sancionadora*”. El Tribunal Supremo valida así con claridad el estándar de control aplicado por la Audiencia Nacional en la revisión de la resolución administrativa.

Los tribunales recalcan, por tanto, la necesidad de la Administración de acreditar de forma específica y *ex novo* (i. e., sin aplicación automática de precedentes o de informes previos) la evidencia económica sobre la que se asienta la aplicación del artículo 2 y, en su caso, la imposición de sanciones por su vulneración. Este principio general se aplica, como se ha visto, a la definición del mercado relevante, pero lógicamente se proyecta *mutatis mutandis* a la eventual determinación de la posición dominante de la empresa investigada.

Por lo demás, nuestros tribunales se siguen pronunciando ocasionalmente sobre la correcta definición del mercado relevante en sede de artículo 2 de la LDC. En su reciente Sentencia de 29 de junio de 2021 *Liga ACB* la Audiencia Nacional observó que la inexistencia de barreras de entrada permite ampliar el mercado relevante desde la perspectiva de la oferta, aportando así una visión en la definición de los mercados no frecuentemente utilizada por la Administración.

2.5. Infracción única y continuada

De forma reciente, los tribunales han intervenido con especial contundencia en la acotación de la noción de “infracción única y continuada” en materia de defensa de la competencia. La razón, a mi juicio, es una cierta sobreexplotación de este concepto jurídico por parte de la CNMC en expedientes de cárteles y otras prácticas horizontales. En efecto, uno de los problemas clásicos que plantean los cárteles a la Administración es probar su duración (habida cuenta de que las pruebas directas suelen escasear y tienen carácter esporádico y discontinuo a lo largo del tiempo) y el consiguiente juego de los plazos de prescripción, que hacen que determinadas prácticas antiguas queden sin sanción. Para enfrentar esta dificultad probatoria, la Administración ha recurrido de forma incremental a la mencionada noción de “infracción única y continuada”, que permite sostener la existencia de una misma práctica colusoria cuya duración comprendería el periodo entre el primer y el último indicio detectados, sin necesidad real de comprobar si las prácticas examinadas se habían efectivamente mantenido en el transcurso de ese periodo. Además, el recurso a esta figura facilita la acotación del mercado geográfico afectado por las prácticas (p. ej., la figura permite presentar como un cártel de ámbito nacional diversos acuerdos restrictivos y simultáneos, de alcance local o regional, incluso celebrados por empresas distintas), así como establecer una lista única de empresas partícipes durante todo el periodo considerado.

Resultan ilustrativas en este punto las Sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2016 *Cargest* y de 18 de febrero de 2020 *Transportes Tarragona*, que explican la figura desde la óptica de la jurisprudencia en otras áreas del Derecho. Mención especial merece la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2020 *Lafarge*, que resume los requisitos legales de la noción de “infracción única y continuada”. Recuerda la Audiencia que todas las prácticas y conductas englobadas dentro de este concepto deben perseguir unos objetivos comunes (unidad de propósito) con identidad de los productos o servicios afectados, de las empresas partícipes y de los métodos empleados para restringir la competencia. No es posible, por tanto, englobar en esta figura prácticas heterogéneas por razón de los sujetos, de los productos o del sistema empleado de colusión. La homogeneidad (más bien, la uniformidad) de las conductas se erige así en pilar fundamental de la infracción única y continuada.

Más aún, la Audiencia recuerda que —según la propia definición legal de la figura en otros ámbitos del Derecho— la infracción única y continuada requiere la existencia de un plan preconcebido conocido por todos los partícipes, que debe probar (al menos indiciariamente) la Administración. Se trata, en suma, de acreditar que existía un objetivo común, conocido y compartido por todas las empresas a las que se considera responsables de una única infracción. Desde esta perspectiva la coincidencia o correspondencia temporal entre las diferentes prácticas englobadas en la infracción debe considerarse necesariamente por la Administración, sin que sea suficiente una mera enumeración de conductas aisladas y producidas en momentos temporales diferentes.

En los explícitos términos de la sentencia, la Administración debe evitar la integración “*voluntarista y artificiosa*” de evidencia dispersa y fragmentada en un plan único.

Nótese que en tiempos más recientes (p. ej., en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2021 *Delaviuda*) los tribunales han insistido en que el recurso a la figura de la infracción única y continuada por parte de la CNMC le exige un “*plus de prueba*”, lo que es bien revelador de la exigencia de evidencia y razonamiento jurídico a la que se somete a la Dirección de Competencia cuando pretenda presentar al Consejo una propuesta basada en esta figura. Ello supondrá en términos prácticos grandes dificultades para la Administración en muchos casos de supuestos cárteles, por ejemplo cuando no se hayan obtenido correos enviados o recibidos directamente por una determinada empresa (que es únicamente mencionada en correos de terceros), pues ello impide acreditar el requisito del conocimiento del plan común, o cuando las empresas investigadas actúan en mercados distintos. Un ejemplo de las dificultades anteriores puede verse en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2017 *AREMA*. La últimas sentencias dictadas por la Audiencia Nacional inciden en esta doctrina para anular resoluciones sancionadoras basadas en la noción de infracción única y continuada, como la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de junio de 2022 *Loomis*.

2.6. Infracción y culpabilidad

Nuestros tribunales también ha realizado aportaciones jurídicas valiosas al impacto que el nivel de culpabilidad de los sujetos tiene sobre la propia existencia de infracción de las normas de defensa de la competencia o la atenuación de la sanción. Esta es una cuestión relevante, pues en ocasiones la culpabilidad de los infractores ha merecido una atención superficial por parte de la CNMC, que se ha centrado más bien en la acreditación fáctica de las conductas y en su calificación jurídica objetiva (tipicidad y antijuridicidad), pero soslayando al menos en parte el tercer elemento necesario para que exista infracción y poder sancionar (culpabilidad del autor). Como es sabido, la prueba y valoración por parte del órgano acusador de la culpabilidad del acusado es una parte esencial de todo procedimiento sancionador (penal o administrativo), por lo que no es extraño que los tribunales hayan exigido a la Administración el cumplimiento de ciertos límites y deberes probatorios en esta materia.

Por ejemplo, la Administración ha sido tradicionalmente poco sensible a la defensa basada en que las conductas anticompetitivas habían sido ocasionadas por la incertidumbre regulatoria o incluso promovidas o amparadas por los poderes públicos. Como es sabido, la CNMC y sus antecesoras reconducen habitualmente este tipo de argumentación a la figura de la confianza legítima, de in-

interpretación estricta, según la cual las empresas solo pueden verse exoneradas de responsabilidad por esta causa si la Administración encargada de la aplicación de las normas de defensa de la competencia (es decir, la propia CNMC) ha emitido señales claras e inequívocas sobre la admisibilidad *antitrust* de la conducta en cuestión.

No obstante, nuestros tribunales han ido más allá y han reconocido en varias ocasiones que la intervención de los poderes públicos (y no solo de la CNMC) en apoyo de una concreta conducta empresarial, o la existencia de una genuina incertidumbre regulatoria sobre si la conducta es o no exigible, son causas legítimas de ausencia de culpabilidad, lo que impide la concurrencia de infracción y, por ende, de sanción. El Tribunal Supremo ha adoptado esta aproximación desde antiguo (por ejemplo en la Sentencia de 22 de abril de 2008 *Agentes Propiedad Inmobiliaria*, o en la más reciente de 22 de noviembre de 2013 *ASETRAVI*). La doctrina de la Audiencia Nacional también ha seguido este enfoque en las Sentencias de 8 de marzo de 2013 *Vinos de Jerez* y de 18 de marzo de 2014 *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM)*.

Otro principio en apariencia lógico, pero no siempre aplicado por la Administración, es el hecho de que una conducta meramente negligente o culpable debe tener una sanción inferior a una conducta intencionada o dolosa. La Audiencia Nacional lo recordó en su Sentencia de 22 de noviembre de 2010 *Consejo Regulador Vinos de Jerez*.

Un aspecto particularmente interesante sobre la cuestión de la culpabilidad en expedientes de defensa de la competencia consiste en la aplicación del principio de personalidad a las personas jurídicas (las infractoras habituales de las normas de defensa de la competencia), por ejemplo en problemas —no infrecuentes en la práctica— como la atribución de responsabilidad matriz-filial o la sucesión temporal de empresas (p. ej., cuando la titularidad jurídica de la entidad infractora cambia antes de la declaración de la infracción o los activos pertenecientes a la infractora se enajenan a terceros ajenos a la conducta sancionada). Este tipo de cuestiones plantea dificultades no menores, pues con frecuencia exigen conciliar principios que pueden ser antitéticos, como el de personalidad (propio del Derecho sancionador) y el de “unidad económica” (típico del Derecho de la Competencia). Nuestros tribunales han realizado aportaciones valiosas a lo largo de los años, clarificando cuestiones jurídicas complejas no siempre bien resueltas en la práctica administrativa.

Un buen ejemplo es la Sentencia de 15 de abril de 2014 *Rhenus Logistics*, en la que la Audiencia Nacional se esforzó en sintetizar los principios generales aplicables. La Audiencia recuerda así que el principio de personalidad puede tener modulaciones cuando se aplica a personas jurídicas en el ámbito del Derecho de la Competencia, de manera que “una persona jurídica puede responder de las infracciones de otra”. Sin embargo, la Audiencia rechaza con claridad la posición de la CNMC de que la transmisión de responsabilidad entre personas jurídicas por vulneración de las normas de competencia deriva automáticamente de la sucesión de empresas, de manera que la entidad adquirente de una empresa infractora devenga *per se* responsable de la conducta de su nueva filial. La Audiencia recuerda que el principio de culpabilidad y personalidad de las infracciones y sanciones puede modularse por la CNMC (precisamente bajo las figuras de la “unidad económica” y la “unidad de decisión”), pero no excluirse por completo.

Ello quiere decir que la entidad infractora no se verá exonerada de responsabilidad si sigue existiendo como filial, con independencia de que haya sido adquirida por un tercero, pues ello no es

sino la aplicación ordinaria del principio de personalidad. En cuanto a la posibilidad de trasladar la responsabilidad al adquirente de la entidad infractora en caso de sucesión de empresas, ello es posible pero solo bajo la doctrina de la "unidad económica" y la "unidad de decisión", es decir, "si la imputación por la infracción puede realizarse al centro decisorio del que deriva la voluntad y por ello la culpa en la infracción", lo que exige a la Administración demostrar que el nuevo titular conocía la infracción y se abstuvo de tomar las medidas necesarias para poner fin a la conducta en cuestión.

Más conocidas son las dos Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2019 y de 27 de mayo de 2019 *REPSOL*, que explican en detalle la aplicación de los artículos 61.1 y 61.2 de la LDC en las relaciones matriz-filial a la luz de los principios de culpabilidad y personalidad. Se trataba en esencia de determinar si la CNMC podía declarar la responsabilidad exclusiva de una entidad matriz por la conducta infractora realizada materialmente por una filial al 100 % o, por el contrario, si procedía declarar la responsabilidad conjunta y solidaria de ambas entidades. La cuestión era relevante en términos de sanción, pues en el primer caso la CNMC tomaba como base del cálculo de la multa la facturación de la entidad matriz y no de la su filial.

En las sentencias citadas, el Tribunal Supremo ofrece un buen compendio jurídico sobre los principios de culpabilidad y personalidad y su aplicación a las relaciones matriz-filial y, en general, a los supuestos de "unidad económica" entre personas jurídicas distintas. Las sentencias recuerdan que no cabe la responsabilidad objetiva derivada de "hechos ajenos". Ello supone que la regla general es que la responsabilidad debe atribuirse en principio únicamente a la entidad autora material de la infracción, como dispone el artículo 61.1 de la LDC. La regla específica del artículo 61.2 contempla una posible responsabilidad solidaria o compartida (como sugiere el adverbio *también*) de la entidad matriz cuando la filial actúa bajo sus instrucciones, pero sin por ello privar de responsabilidad a la entidad filial como autora material de la infracción¹³. Sin embargo, y como excepción a lo anterior, resulta posible imputar la responsabilidad de forma exclusiva (es decir, no de forma compartida o solidaria) a la matriz cuando se acredite que "la filial es un mero artificio, una pantalla o instrumento de la matriz, luego quien actúa real y materialmente es la matriz que se sirve de ese artificio que es la filial". En ese caso, la responsabilidad corresponde de forma exclusiva a la matriz, por lo que procede considerarla autora material y, de conformidad con el principio de personalidad y culpabilidad, tomar en consideración su cifra de negocios (y no la de la filial) a efectos del cálculo de la sanción¹⁴.

Los tribunales también han examinado la aplicación del principio de *non bis in idem* en expedientes sancionadores de defensa de la competencia. Esta cuestión resulta relevante en los casos de conductas no prescritas, pero que ya hayan sido examinadas por la CNMC o por la propia jurisdicción contencioso-administrativa en revisión de la actuación de la propia CNMC. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de abril de 2021 *Residuos Sanitarios* tuvo ocasión de recordar que el referido principio, propio de la jurisdicción penal, resulta plenamente aplicable a los expedientes de defensa de la competencia en su doble vertiente material (por la que nadie debe ser castigado

¹³ Se entiende que en este caso el volumen de negocios relevante a efectos del cálculo de la sanción sigue siendo el de la filial, al ser esta la autora material de la infracción.

¹⁴ En tal caso, y según considera la sentencia, la base jurídica correcta de la sanción es el artículo 61.1 de la LDC, y no el artículo 61.2.

dos veces por la misma infracción) y procesal (nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos). Como es sabido, la aplicación del *non bis in idem* requiere la triple identidad: objetiva (mismos hechos), subjetiva (mismos sujetos) y causal (mismo fundamento o razón de castigar).

Una aportación interesante de la sentencia es la cuestión de cuándo se considera que unos mismos hechos se juzgan “*dos veces*”. Ello es relevante porque la anulación de una resolución sancionadora por razones puramente formales (por existencia de un vicio esencial del procedimiento) no impide la nueva tramitación del expediente, pues no se trataría de un segundo procedimiento (vedado por el *non bis in idem*), sino de la reiniciación del primero, afectado por vicios formales. Solo las anulaciones por razones materiales o de fondo pueden activar el principio, pues el reexamen de los hechos supondría un segundo procedimiento incompatible con el citado principio. La sentencia afirma con claridad que la anulación de la Resolución de la CNMC por haber declarado —erróneamente— la existencia de una infracción única y continuada es una razón de fondo que impide a la CNMC volver a investigar las mismas conductas aunque no hayan prescrito.

También en materia de infracciones de reglas de procedimiento existen precedentes judiciales de notable trascendencia. Una de estas reglas es la que prohíbe a las empresas ejecutar las operaciones de concentración económica notificables a la CNMC antes de contar con la autorización de esta con arreglo a la normativa de control de concentraciones. Esta obligación de suspensión, así como las sanciones aplicables por su vulneración (el supuesto conocido como *gun jumping*), resulta especialmente relevante en Derecho español por la existencia de un umbral de notificación basado en la cuota de mercado de las partes (junto con un umbral de facturación, también aplicable en otros ordenamientos). En efecto, el umbral de cuota de mercado genera frecuentes incertidumbres en las operaciones de concentración, pues las partes deben determinar *ex ante* cuáles son los mercados relevantes afectados por la operación y calcular sus respectivas cuotas de mercado para poder verificar si cumplen o no el umbral legal de notificación. Ello resulta especialmente complejo en los casos en que la ausencia de precedentes claros o de información disponible no permita conocer con un mínimo de fiabilidad los datos de mercados y cuotas, indispensables para verificar el cumplimiento del umbral legal.

En este contexto se plantea cuál es el alcance de la obligación de diligencia de las empresas partícipes en la concentración económica y, en concreto, si dicha diligencia les obligaría a formular una consulta previa a la CNMC (en materia de existencia de concentración o de definición de mercados relevantes) o, por el contrario, si resulta suficiente con que las empresas realicen su propia investigación de mercados y cuotas a efectos de excluir la culpabilidad de la supuesta infracción y, por tanto, evitar cualquier sanción.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2012 *Bergé* es, sin duda, el precedente básico. En ella, se recuerda que la CNMC solo puede sancionar por *gun jumping* en caso de que no exista duda razonable alguna sobre la ejecución no autorizada de una concentración notificable, lo que —en el caso examinado del umbral de cuota de mercado— exigía probar de forma indubitada la definición de mercado relevante y la cuota de mercado de las partes. Ello suponía que la existencia de dudas o la insuficiencia de las pruebas aportadas por la CNMC para fundamentar la definición de mercados o el cálculo de cuotas impedía la infracción y la sanción, al prevalecer el derecho a la presunción de inocencia. Como señala expresivamente la sentencia, “*ese juicio de razonabilidad puede ser suficiente en un procedimiento de concentración, pero no en*

un procedimiento sancionador en que los elementos del tipo deben constar acreditados de manera indubitada”.

La sentencia corrige con claridad a la CNMC sobre la supuesta obligación de las empresas partícipes —asumida por la Administración— de acudir a la consulta previa a la CNMC para probar su diligencia y evitar así el reproche de culpabilidad como requisito necesario de la infracción y la correspondiente sanción. La Audiencia Nacional manifestó en explícitos términos que *“no puede pretender la CNC apreciar indicios de culpabilidad en Bergé por no haber hecho uso del mecanismo de consulta previa [...] Es un procedimiento que las empresas pueden utilizar voluntariamente cuando tienen dudas sobre si una determinada operación debe ser notificada con carácter previo a su ejecución. No es obligatorio y su no utilización no puede ser interpretada como una negligencia o de otra forma cambiar la carga probatoria en un procedimiento sancionador”*. Es suficiente, por tanto, que las empresas realicen un análisis previo y razonable sobre la determinación de los mercados relevantes y la estimación de cuotas de mercado, sin necesidad de formular consulta previa a la CNMC. No puede por ello la CNMC aducir la ausencia de dicha consulta para establecer la culpabilidad de las empresas, incluso en el supuesto de que la CNMC haya acreditado *“de manera indubitada”* que la operación de concentración supera el umbral legal de cuota de mercado.

3. Conclusiones

Como se ha expuesto en el presente trabajo, nuestros tribunales han desempeñado un papel destacado tanto en la interpretación jurídica de las normas sustantivas de defensa de la competencia como en la delimitación de los principios de los procedimientos administrativos sancionadores aplicables a la labor de la CNMC y antecesoras a la hora de aplicar dichas normas a los operadores económicos.

La correcta interpretación jurídica de los artículos 1 y 2 de la LDC por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo es especialmente importante y bienvenida por los operadores económicos y sus asesores. Se trata de preceptos amplios y basados en conceptos no definidos (“acuerdos”, “abuso”, “mercados relevantes”, “objeto o efecto”, etc.) cuya vulneración puede dar lugar a importantes sanciones. La seguridad jurídica y el principio de tipicidad de las infracciones exigen que las empresas pueda conocer con la mayor precisión posible el contenido material de estos preceptos y qué tipo de conductas empresariales comprenden. La visión estrictamente jurídica (por oposición a la económica) de nuestros tribunales contencioso-administrativos en la interpretación de unos preceptos de contornos tan difusos se revela de una importancia fundamental.

Lo mismo, acaso con mayor énfasis, cabe decir de la labor de los tribunales en la revisión de las funciones instructoras y decisorias de la CNMC durante la tramitación de los procedimientos sancionadores. La cuestión de la valoración por la Administración de las pruebas y evidencias obrantes en el expediente administrativo para fundamentar las infracciones y sanciones ha sido quizás la principal aportación de los tribunales, en aplicación de principios clásicos del Derecho sancionador como la presunción de inocencia, la carga de la prueba de la acusación, el deber de imparcialidad y objetividad de la Administración, *non bis in idem*, el principio de culpabilidad, la valoración razonable de la evidencia o el deber de refutación de pruebas de descargo del acusado

si se pretende sancionarle. La Audiencia y el Tribunal Supremo no han dudado en corregir con firmeza a la CNMC y antecesoras en cuestiones tan frecuentes en la práctica como el valor acusatorio de los indicios y evidencias indirectas, la infracción “por objeto” o la noción de “infracción única y continuada”, recordando así que las normas de defensa de la competencia no son distintas, en cuanto a su aplicación administrativa en procedimientos sancionadores, de otras normas que imponen obligaciones a los operadores económicos, como las penales, las tributarias o muchas otras. De hecho, en ocasiones los tribunales nos han proporcionado recordatorios generales, pero muy pertinentes, sobre el verdadero propósito de la aplicación de las normas de defensa de la competencia (o al menos los artículos 1, 2 y 3 de la LDC) por la CNMC, que no es otro que detectar —y en su caso sancionar— infracciones administrativas, y no imponer desde la Administración a las empresas la opción comercial o estratégica que resulte más competitiva de todas las posibles¹⁵.

Solo queda esperar que nuestros tribunales continúen con su imprescindible labor de permanente clarificación jurídica de las normas materiales de la LDC y de su aplicación en procedimientos administrativos sancionadores, y que los verdaderos actores con un papel protagonista (las empresas, sus asesores y, muy especialmente, la CNMC) lean con frecuencia la jurisprudencia que emana de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en los múltiples recursos contencioso-administrativos interpuestos cada año: ello les permitirá conocer y aplicar mejor una normativa compleja, lo que sin duda redundará en una mayor seguridad jurídica y una utilización más eficiente y racional de las normas *antitrust* por parte de la Administración.

¹⁵ “El despliegue del ejercicio de la potestad sancionadora no puede llegar al extremo de interferir hasta el punto de marcar opciones de marcado carácter empresarial o para decidir lo que le resulta más o menos conveniente, o más ventajoso o propicio desde la óptica de la Administración. Su función es apreciar si la [opción] escogida vulnera las normas de competencia”. Vid. Sentencias de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2021 JEZ y de 28 de enero de 2022 Duro Felguera.

Artículos

EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO POR INSUFICIENCIA DE DIVIDENDOS (ART. 348 BIS LSC): ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

María García Roldán

Abogada del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

El derecho de separación del socio por insuficiencia de dividendos (art. 348 bis LSC): estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital otorga a los socios el derecho a separarse de la sociedad en el supuesto de distribución insuficiente de dividendos. Su deficiente redacción y técnica legislativa han dado lugar a numerosas dudas interpretativas. El Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente respecto de algunas de estas dudas. En concreto, se ha pronunciado sobre el momento en el cual el socio que ejercita el derecho de separación pierde la condición de socio de la sociedad y, en consecuencia, sus derechos y obligaciones como socio; el alcance del derecho de separación en el caso de retraso en la aprobación de las cuentas anuales y de la aplicación del resultado y la posibilidad de enervar la eficacia de la declaración de separación. En este artículo se realiza un análisis crítico de las sentencias en las que trata esos asuntos.

PALABRAS CLAVE:

ACCIONISTA, MINORITARIO, DISTRIBUCIÓN, INSUFICIENTE, DIVIDENDOS.

Shareholder right of withdrawal due to insufficient dividends (art. 348 bis of the Companies Law): Supreme Court case-law developments

Under article 348 bis of the Companies Law, shareholders can leave the company if insufficient dividends are distributed. This provision's deficient wording and legislative technique have caused many interpretation issues. The Supreme Court has recently ruled on some of them, specifically, on (a) when a shareholder who

exercises their right to withdraw ceases to be a shareholder of that company and, consequently, loses their rights and obligations as a shareholder; (b) the scope of a shareholder's right to withdraw if financial statement approval and profit allocation are delayed; and (c) whether the effectiveness of the right of withdrawal can be revoked. This article analyses these rulings.

KEY WORDS:

SHAREHOLDER, MINORITY, ALLOCATION, INSUFFICIENT, DIVIDENDS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 26-9-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 28-9-2022

García Roldán, María (2022). El derecho de separación del socio por insuficiencia de dividendos (art. 348 bis LSC): estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 65-81 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”) otorga a los socios el derecho a separarse de la sociedad en el supuesto de distribución insuficiente de dividendos. Su finalidad principal se orienta a servir de mecanismo de protección de la minoría ante situaciones potencialmente abusivas de la mayoría que puedan suponer una frustración del derecho abstracto de los socios a participar en los beneficios sociales (art. 93.a LSC), cuestión especialmente relevante en las sociedades cerradas.

El artículo 348 bis LSC fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, y, desde entonces, ha sido objeto de dos modificaciones relevantes (la primera de ellas por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, y la segunda por el Real Decreto-ley Ley 7/2021, de 27 de abril) y dos suspensiones de efectos (la primera entre el 24 de junio de 2012 y el 31 de diciembre de 2016, y la segunda entre el 7 de julio de 2020 y 31 de diciembre de 2020). La accidentada vida de este precepto (que, según lo apuntado, ya vio suspendida su aplicación por primera vez cuando no llevaba ni un año en vigor) es indicativa de la gran controversia que ha suscitado la norma, no solo por el contexto socio-económico en el que se introdujo —en plena crisis financiera— y el negativo impacto que puede tener en algunos sectores con importantes necesidades de capital, sino también por las dudas interpretativas que plantea.

En efecto, pese a la pretensión de la norma de reducir la conflictividad que generaba la falta de concreción del derecho del socio a participar en los beneficios sociales, su desafortunada redacción y su deficiente técnica legislativa (particularmente en su versión inicial) han generado un aluvión de demandas que han obligado a los jueces y tribunales a resolver conflictos interpretativos de muy diversa índole. La reforma de este precepto implementada por la Ley 11/2018 dio respuesta a parte de la problemática suscitada, pero todavía persisten muchas dudas interpretativas. Algunas de estas cuestiones han sido abordadas por primera vez por el Tribunal Supremo en varias sentencias recientes que son objeto de análisis en este artículo.

2. Posicionamiento reciente del Tribunal Supremo en relación con el art. 348 bis LSC

2.1. Momento en el que se produce la pérdida de la condición de socio (SSTS 4/2021 de 15 de enero, 46/2021 de 2 de febrero y 64/2021 de 9 de febrero)

2.1.1. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes interrogantes que ha suscitado históricamente el régimen legal general del derecho de separación del socio ha sido en qué momento se produce la pérdida de la condición de socio tras el ejercicio del derecho de separación. Nuestra norma societaria no aborda esta cuestión, y ante esta laguna legal la doctrina se encuentra dividida en dos posiciones predominantes: (i) en el momento de la recepción por la sociedad de la comunicación del socio que ejercita el derecho de separación y (ii) en el momento del pago por la sociedad del valor de la participación al socio. Cabría apuntar una tercera y una cuarta posibilidad, que serían el momento de la emisión de la declaración de separación por parte del socio (pero esta opción fue descartada por el Tribunal Supremo en la Sentencia 32/2006 de 23 de enero, en la que se confirmó el carácter recepticio de la declaración) y el momento en que se declare por sentencia firme o laudo arbitral el derecho de separación en aquellos supuestos en que el derecho devenga litigioso (posibilidad que descartamos asimismo por el carácter declarativo de estas resoluciones).

La cuestión no había sido abordada por el Tribunal Supremo hasta la Sentencia 4/2021 de 15 de enero. Tan solo unos días después, en las Sentencias 46/2021 de 2 de febrero y 64/2021 de 9 de febrero, relativas al mismo supuesto de hecho que la primera (traían causa de demandas interpuestas por distintos socios de la misma sociedad), el Tribunal Supremo ha reiterado su doctrina.

2.1.2. RESUMEN DE LAS SENTENCIAS

Las referidas sentencias proceden de un incidente concursal en el que se debate si el derecho de crédito derivado del ejercicio del derecho de separación por insuficiencia de dividendos debe calificarse en el seno del concurso como un crédito concursal ordinario o subordinado. Para resolver esta cuestión, el Tribunal Supremo se ve en la necesidad de adoptar una posición en relación con la problemática que se apuntaba al inicio; esto es, en qué momento el socio que se separa de la sociedad pierde el estatus de socio. Más concretamente, los antecedentes de estas sentencias son los siguientes:

- i. Varios socios, titulares cada uno de ellos de más del 10 % del capital social de la sociedad, ejercitan en 2011 el derecho de separación con fundamento en el art. 348 bis LSC.
- ii. La sociedad se opone, pero la disputa se resuelve a favor de los socios por sentencia firme de 21 de marzo de 2014.

- iii. En octubre de 2014, un experto independiente determina el valor razonable de las acciones. La valoración fue impugnada por la sociedad.
- iv. El 14 de noviembre de 2016 se declara el concurso voluntario de la sociedad.
- v. Los socios comunican sus créditos procedentes del derecho de separación en el concurso y solicitan que se califique como ordinario. La administración concursal, sin embargo, los incluye en la lista de acreedores con la consideración de créditos subordinados en virtud del art. 92.5 de la anterior Ley Concursal (actual artículo 281.1.5.^o del texto refundido de la Ley Concursal), en el entendido de que los titulares de los créditos son personas especialmente relacionadas con la sociedad por ser titulares, a su vez, de más del 10 % del capital social de la sociedad.
- vi. Los socios impugnan la lista de acreedores, pero el juez del concurso desestima la impugnación y confirma la naturaleza subordinada de los créditos.
- vii. Los socios recurren las sentencias de primera instancia y la Audiencia Provincial de La Coruña estima el recurso declarando los créditos como ordinarios.
- viii. La sociedad recurre en casación.

El Tribunal Supremo resuelve por mayoría, con el voto particular del magistrado Juan María Díaz Fraile, que el momento en que se produce la ruptura del vínculo entre el socio que se separa y la sociedad es el momento en que se produce el reembolso del valor de su participación por parte de la sociedad.

La argumentación que utiliza el Tribunal Supremo para alcanzar esta conclusión no es muy profusa. Por un lado, las sentencias apuntan que el Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles de 2002 (art. 152) y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (art. 271-23) preveían que el socio quedaría separado de la sociedad cuando tuviera lugar el reembolso o la consignación del valor de su participación. Pero, naturalmente, no cabe resolver la cuestión aplicando preceptos *de lege ferenda*, por lo que estas referencias en las sentencias son meramente anecdóticas. Por otro lado, las sentencias recuerdan que el art. 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales establece, respecto de los socios profesionales, que el derecho de separación es eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad, pero consideran que dicho artículo no es extrapolable a las sociedades de capital. La razón que aducen es que el fundamento de dicho artículo es la iliquidez de las participaciones de las sociedades profesionales, iliquidez que consideran una singularidad de las sociedades profesionales. Finalmente, las sentencias concluyen, sin mayor elaboración, que la declaración de separación pone en marcha un proceso que se compone de varias actuaciones (valoración de las participaciones o acciones, pago o reembolso de la cuota del socio y, finalmente, escritura de compraventa o reducción de capital), si bien la extinción del vínculo entre la sociedad y el socio se produce en el momento de la liquidación de la relación societaria, es decir, en el momento en que se paga al socio el valor de su participación. Hasta ese preciso momento los socios mantienen inalterados su derechos y obligaciones en tanto que socios de la sociedad.

Las sentencias analizan y se posicionan respecto de otras dos cuestiones relevantes. La primera de ellas es el momento en el que nace el derecho de crédito que deriva del derecho de separación. Ante esta pregunta cabrían dos interpretaciones posibles: el momento en que la sociedad recibe la declaración de separación del socio o el momento en que se determina el valor de la participación del socio. En relación con esta cuestión, las sentencias consideran que el derecho de crédito nace en el momento de la comunicación a la sociedad del ejercicio del derecho de separación, lo cual parece totalmente congruente con el criterio de calcular el valor razonable de la participación precisamente a esa fecha.

La segunda cuestión es si el derecho de crédito derivado del derecho de separación debe considerarse un derecho de crédito extraconcursal o concursal. Si el derecho de crédito derivado del derecho de separación se considera de naturaleza análoga a la cuota de liquidación, entonces el crédito sería extraconcursal y, en consecuencia, tendría una subordinación extrema, puesto que solo se abonaría una vez que se hubiera pagado a todos los acreedores de la sociedad (tanto ordinarios como subordinados) y, además, sería *pari passu* con la cuota de liquidación del resto de los socios. Por el contrario, si el derecho de crédito se considera concursal, este formaría parte de la masa del concurso, podría ser clasificado como ordinario o subordinado en función del porcentaje de participación del socio en el momento de referencia en cuestión y tendría prioridad en el pago respecto a la cuota de liquidación del resto de socios. Ante esta problemática, el Tribunal Supremo se posiciona afirmando que el derecho de crédito es concursal siempre y cuando nazca antes de la declaración del concurso, esto es, cuando la comunicación a la sociedad del ejercicio del derecho de separación ha tenido lugar con anterioridad al auto judicial que realice dicha declaración.

A la luz de estas consideraciones, el Tribunal Supremo determina en el supuesto de autos que los derechos de crédito de los socios que habían solicitado su separación de la sociedad son créditos concursales y subordinados. “Concursales”, puesto que nacieron antes de la declaración del concurso de la sociedad. Y “subordinados”, en tanto que sus titulares ostentan la cualidad de socio propietario de más del 10 % del capital social de la sociedad en el momento del nacimiento del crédito (y hasta la fecha de las referidas sentencias, toda vez que la sociedad nunca llegó a realizar el pago de sus respectivas cuotas de patrimonio social) y, por tanto, tienen la consideración de persona especialmente relacionada de acuerdo con la normativa concursal aplicable.

2.1.3. EL VOTO PARTICULAR DE LA SENTENCIA

La sentencia comentada cuenta con el voto particular del magistrado Juan María Díaz Fraile, que disiente de ella, y cuya opinión ha suscitado simpatías entre un sector autorizado de la doctrina. El voto particular desarrolla con minuciosidad las razones de su disenso. Muy sucintamente, el magistrado Díaz Fraile coincide con la opinión mayoritaria de la Sala en que el derecho de crédito nace en el momento de la comunicación del ejercicio del derecho de separación a la sociedad, pero —aludiendo a razonamientos de naturaleza financiera-contable— considera que esta circunstancia es contradictoria con el hecho de que el socio mantenga el estatus de socio hasta el momento en que se produce el reembolso del valor de su participación. Así, argumenta que el nacimiento del derecho de crédito en el patrimonio del socio solo puede tener lugar si, en el mismo momento del nacimiento del crédito, se produce la salida de las acciones o participaciones sociales del patrimonio del socio. No sería posible que ambos elementos de “activo” coincidieran

en el tiempo en el patrimonio del socio en cuestión porque el primero trae causa de la salida del segundo. En opinión del magistrado, en el momento del nacimiento del derecho de crédito (esto es, en el momento de la comunicación del derecho de separación a la sociedad), se produce la salida de las acciones o participaciones sociales del patrimonio del socio y, por tanto, la pérdida de la condición de socio de la sociedad en cuestión. De este razonamiento deduce asimismo que el derecho de crédito derivado del derecho de separación debería considerarse, a su juicio, un crédito ordinario, ya que el titular del derecho de crédito no es socio en el momento del nacimiento del crédito.

2.1.4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS SENTENCIAS DESDE UN PUNTO DE VISTA SOCIETARIO

La tesis contenida en la sentencia en relación con el momento concreto en que el socio que se separa pierde el *status socii* resulta aplicable a cualquier derecho de separación de los socios de sociedades mercantiles, y tiene por ello una enorme trascendencia en este campo¹. A mi juicio, la problemática que se plantea tiene muy difícil solución, pues ninguna de las alternativas que se barajan (esto es, la fecha de la comunicación o la fecha del reembolso) resulta del todo satisfactoria. De hecho, algunas sentencias de Audiencias Provinciales y opiniones doctrinales autorizadas que son partidarias de la tesis del reembolso han reconocido que, tras la comunicación, el vínculo social entra en una fase de “decadencia” o “degradación”². Pero, como afirma el magistrado Díaz Fraile en su voto particular antes referido, estas expresiones no se han concretado en su formulación técnico-jurídica y lo que traslucen es la incompatibilidad de la condición de socio con la situación derivada del ejercicio del derecho de separación.

La tesis de la fecha del reembolso, por la cual se ha decantado en esta sentencia el Tribunal Supremo, presenta muchas contradicciones. Según esta tesis, el socio mantiene inalterados sus derechos y obligaciones de socio hasta el reembolso de su crédito, reembolso que, en el mejor de los casos, tendrá lugar unos meses después de la fecha de la comunicación (una vez alcanzado un acuerdo sobre el valor razonable de la participación o una vez determinada dicha valoración por un experto independiente) y, en el peor de los casos, varios años más tarde si las partes inician una batalla judicial. Pero con toda seguridad tendrá lugar con una diferencia temporal respecto del momento en que el socio emite su voluntad irrevocable de separación. No obstante, el valor razonable de la participación del socio que pretende su separación quedará fijado en la fecha de la declaración de separación, lo que en clave económico-financiera implica traspasar el riesgo y ventura de la inversión del socio en la sociedad a la propia sociedad.

Así, se produce la paradoja de que el socio mantiene inalterados sus derechos políticos en la sociedad (mantiene sus derechos de información, de asistencia a las juntas, de voto, de designación de administradores por cooptación, etc.) y puede, en consecuencia, influir en el devenir de la sociedad y en su estrategia empresarial hasta el momento del reembolso de su participación, pero sin asumir durante ese tiempo el riesgo y ventura del negocio. Esta circunstancia podría dar lugar a un ejercicio poco diligente y a un comportamiento oportunista que busque reducir el valor del

¹ Así se ha puesto de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo 102/2021 de 24 de febrero, en un asunto que tenía por objeto el derecho de separación de un socio por modificación sustancial del objeto social y en la que el Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión aplicando la misma tesis.

² Sentencia 194/2015 de la Audiencia Provincial de Cádiz de 16 de abril y BRENES CORTÉS (2018).

patrimonio social con posterioridad a la comunicación en cuestión tratando de presionar a los socios mayoritarios y obtener una ventaja en la salida e, incluso, abiertamente, a un ejercicio abusivo de estos derechos como mecanismo de 'chantaje' (Fernández del Pozo, 2020).

Igualmente, en el ámbito económico se produce una gran contradicción. Por un lado, el valor razonable de la participación del socio se determina en la fecha de la declaración de voluntad de ejercitar el derecho de separación (valoración que deberá factorizar, entre otras muchas variables, las reservas existentes en la sociedad y la capacidad de la sociedad de generar flujos de caja futuros). Además, un vez que el derecho de crédito sea líquido, el socio podrá reclamar a la sociedad el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Pese a ello, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, el socio mantendrá intactos sus derechos económicos en tanto que socio de la sociedad hasta la fecha del reembolso (esto es, el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación), lo que a todas luces constituye un contrasentido económico, pues supone contabilizar dos veces el valor de la sociedad (como decíamos, la valoración de la participación habrá descontado ya la capacidad de la sociedad de generar ganancias sociales y la cuota de liquidación) y conlleva, por tanto, un enriquecimiento injusto del socio en detrimento de la sociedad.

Por su parte, la tesis de la fecha de la comunicación tampoco está exenta de dificultades. Se ha argumentado que esta posición genera una situación de notable vulnerabilidad para el socio saliente (Fernández del Pozo, 2020). El socio se vería privado de su derecho a intervenir en los asuntos de la sociedad y de sus derechos económicos aun en casos de disputa entre el socio y la sociedad sobre la procedencia de la separación o sobre el importe del precio (controversia que puede demorarse varios años si no se resuelve extrajudicialmente). Este argumento da lugar a reservas relevantes, pues —como se ha constatado en las sentencias comentadas— en el supuesto de insolvencia de la sociedad, esta posición concede en realidad una ventaja al socio-acreedor: su derecho de crédito sería, en principio, calificado como ordinario. Sin embargo, sí advertimos enormes dificultades prácticas en el supuesto de que la separación sea impugnada por la sociedad y anulada judicialmente, ya que la retroacción de los efectos de la separación resultaría en la práctica muy problemática, si no imposible: los acuerdos sociales adoptados sin la intervención del socio transitoriamente separado habrán generado derechos adquiridos de terceros, la sociedad podría no tener liquidez suficiente para abonar los dividendos que le habrían correspondido al socio de no haber perdido temporalmente la condición de socio, y un largo etcétera de situaciones que tendrían muy difícil solución.

En mi opinión, la única solución razonable a esta problemática pasa por una regulación específica en nuestro derecho positivo de los derechos y obligaciones del socio durante el periodo interino comprendido entre la fecha de la comunicación del ejercicio del derecho de separación y la fecha del reembolso de la participación. Una posibilidad sería el reconocimiento al socio de sus derechos políticos hasta el momento del reembolso y el mantenimiento de los derechos económicos únicamente *ad cautelam* y a cuenta de su derecho de crédito derivado del derecho de separación. Los derechos políticos deberían mantenerse durante el periodo de incertidumbre porque la capacidad de influencia del socio —que, por definición, siempre tendrá una participación minoritaria— en la gestión de la sociedad será probablemente limitada, mientras que la suspensión cautelar de sus derechos políticos podría tener un efecto negativo desproporcionado y definitivo

para el socio (por ejemplo, en el supuesto de adopción de acuerdos sociales drásticos, como la modificación del objeto social de la sociedad, que otorgarían otro derecho de separación al socio, quizá en ese caso menos incierto que el anterior).

Asimismo, creo que el socio debería mantener su derecho a recibir dividendos y la cuota de liquidación como si de un socio se tratara de manera *ad cautelam* y únicamente hasta el importe de su crédito derivado del derecho de separación. Por encima de ese importe, la sociedad debería consignar el importe de los derechos económicos del socio tentativamente separado que se devenguen durante el periodo de incertidumbre para evitar situaciones de vulnerabilidad para ambas partes.

2.1.5. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS SENTENCIAS DESDE UNA PERSPECTIVA CONCURSAL

El artículo 92 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (norma hoy derogada que, sin embargo, resultaba aplicable al concurso de acreedores de la sociedad objeto de la sentencia en cuestión), establecía que son créditos subordinados *“Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente [...]”*. Por su parte, el art. 93.1 de la misma ley estipula que *“se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: 1.º Los socios que [...] en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera [...]”*. Por lo tanto, y dado que los socios que pretendían separarse eran titulares, cada uno de ellos, de más del 10 % del capital social de la sociedad, la determinación del momento en el cual el socio que pretende separarse pierde la condición de socio se convierte en un elemento esencial para determinar si el crédito derivado del derecho de separación es ordinario o subordinado. Así, si la pérdida de la condición de socio se produce antes del nacimiento del crédito, el crédito será ordinario. Por el contrario, si la pérdida de la condición de socio se produce después del nacimiento del crédito, el crédito será subordinado.

Como se ha indicado anteriormente, el Tribunal Supremo se decanta en las sentencias comentadas por la tesis del reembolso, y ello le permite llegar rápidamente a la conclusión de que los créditos derivados del derecho de separación son subordinados, ya que la pérdida de la condición de socio se produce en un momento posterior (en algunos casos muy posterior) al nacimiento del crédito.

La tesis de la comunicación habría presentado más dificultades para alcanzar el resultado de la subordinación. Según esa tesis, el socio perdería la condición de socio con carácter simultáneo al nacimiento del derecho de crédito. Probablemente, una interpretación dirigida, y en cierta medida extensiva, del artículo 93.2.1.º de la norma concursal aplicable habría permitido llegar a la misma conclusión. Podría argumentarse que, dado que el derecho de crédito nace en el momento de la comunicación del ejercicio del derecho de separación a la sociedad, y aunque en ese mismo momento el socio pierda el estatus de socio, la persona titular del derecho de crédito es, en el momento del nacimiento del crédito, una persona especialmente relacionada con el deudor, aunque esta circunstancia dure tan solo un instante. La dificultad de esta interpretación se encuentra en que los preceptos concursales relativos a la subordinación de créditos deben interpretarse, como cualquier precepto restrictivo de derechos, de manera restrictiva. Por este motivo, de haber opta-

do por la tesis de la comunicación, el Tribunal Supremo habría tenido que resolver probablemente en contra de la subordinación (en línea con la tesis del voto particular del Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile).

Las sentencias dejan entrever la pretensión de la Sala de proteger a los acreedores de la sociedad subordinando los créditos derivados del derecho de separación³. El Tribunal Supremo es consciente de que el derecho al reembolso del socio que se separa y el derecho a participar en la cuota resultante de la liquidación social tienen una naturaleza muy semejante (al fin y al cabo el primero se corresponde con el rescate de la aportación del socio al patrimonio social⁴). Y, probablemente, también haya considerado que, en muchos casos, la insolvencia de la sociedad se habrá originado precisamente como consecuencia del ejercicio del derecho de separación (una gestión eficiente de la tesorería de una sociedad no contempla generalmente una salida de caja tan extraordinaria como la que se deriva de un derecho de separación). Por estos motivos, el Tribunal Supremo trata de aproximar, en la medida de lo posible, el tratamiento de ambos derechos en un escenario de concurso de acreedores haciendo el primero de ellos todo lo subordinado que resulte posible (Caamaño Rodríguez y García-Villarrubia, 2021).

Habrán supuestos, sin embargo, donde estas apreciaciones no resulten de aplicación y esta tesis pueda dar lugar a injusticias. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una sociedad cuya estructura de deuda cambie radicalmente en un momento posterior al ejercicio del derecho de separación sin que el socio que pretende una separación haya tenido influencia alguna en esa decisión, o una sociedad que prosperaba en el momento del ejercicio del derecho de separación, pero que, con posterioridad a esa fecha, cambia radicalmente su estrategia empresarial o simplemente sufre un cambio sustancial adverso en su mercado y comienza a sufrir pérdidas que merman considerablemente su solvencia y patrimonio neto. No obstante, admitiendo la posibilidad de que existan situaciones concretas que pudieran merecer un tratamiento puntual especial, desde la perspectiva antes apuntada, la decisión de subordinar el crédito derivado del derecho de separación parece una decisión razonable en la inmensa mayoría de los casos en los que coexistan el derecho de separación y el concurso de acreedores.

La solución aportada por el Tribunal Supremo para proteger a los acreedores no resulta, apropiada sin embargo, cuando el socio que se separa es titular de una participación inferior al 10 % del capital social de la sociedad. Al confirmar la naturaleza concursal del crédito, en aquellos supuestos en los que el socio tenga una participación inferior al 10%, y salvo que resulte de aplicación alguna otra causa de subordinación, el crédito debería ser considerado ordinario. Es cierto que cuanto menor sea la participación del socio, menor será la probabilidad de que el ejercicio del derecho de separación sea originador de la situación de insolvencia y menor será el perjuicio que su consideración como crédito ordinario pueda causar al resto de los acreedores.

Llegados a este punto, no podemos dejar de apuntar que sería deseable que la normativa concursal despejara la incertidumbre legal existente con una regulación específica sobre el tratamiento

3 En el caso que resuelven las sentencias comentadas, la clasificación como ordinarios de los créditos de los socios que han ejercitado el derecho de separación les concedería el 92 % del pasivo con derecho a voto en el convenio.

4 Sentencia de 31 de julio de 2017 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña.

concurral de los créditos derivados del ejercicio de derechos de separación del socio (cualquiera que sea su tipología causal). Como apuntaba anteriormente, los derechos de separación, cuando se ejercitan por socios que tienen una participación significativa en la sociedad, o respecto de sociedades con una gestión de tesorería poco conservadora, tiene la potencialidad de provocar la insolvencia inmediata de la sociedad. Ante esta realidad, para proteger suficientemente a los acreedores y evitar depender de la regulación societaria (y de su interpretación jurisprudencial), quizás sería conveniente que la normativa concursal incluya una regulación específica sobre el tratamiento de estos créditos: extraconcursal o concursal, ordinario o subordinado, y, de considerarse subordinado, qué prelación debe tener con respecto al resto de los créditos subordinados.

2.2. La imposibilidad de ejercitar el derecho de separación en caso de retraso en la aprobación de las cuentas anuales (STS 104/2021 de 25 de febrero)

2.2.1. INTRODUCCIÓN

El art. 348 bis LSC establece que *"el socio o socia que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles"*. En relación con la referencia al "ejercicio anterior", se ha planteado la duda de si debe interpretarse de manera literal y restrictiva (esto es, la mención al ejercicio anterior se refiere, exclusivamente, a la anualidad inmediatamente precedente al acuerdo de no distribución de dividendos) o, por el contrario, si cabe una interpretación teleológica o sociológica extensiva (esto es, la mención al ejercicio anterior incluye cualquier ejercicio cuyas cuentas anuales hayan sido aprobadas en la junta general que acuerde la no distribución de dividendos).

El planteamiento no es baladí, pues no es infrecuente, especialmente en sociedades en las que no rige la paz social, y pese a la obligatoriedad de aprobar las cuentas anuales y resolver sobre la aplicación del resultado con carácter anual (artículos 164, 272 y 273 LSC), que las cuentas anuales de una sociedad no sean aprobadas en el plazo legalmente establecido y que las sociedades recurran a la práctica de agrupar la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado de varios ejercicios en una sola junta. Esta situación, pese a ser irregular, es tolerada en cierto modo por el ordenamiento jurídico al no imponer una sanción inmediata y disuasoria al incumplimiento (tan solo el cierre de la hoja registral y siempre que el retraso se alargue por más de tres años).

2.2.2. RESUMEN DE LA SENTENCIA

Tras varios pronunciamientos contradictorios por parte de juzgados y audiencias provinciales, la cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en la Sentencia 104/2021 de 25 de febrero, cuyos antecedentes son los siguientes:

- i. El 30 de junio de 2017 se celebra junta general de la sociedad, en la que se someten a aprobación las cuentas anuales de los ejercicios 2013, 2014 y 2015, de las que resulta que en 2013 hubo beneficios, mientras que en los ejercicios 2014 y 2015 hubo pérdidas.
- ii. La junta general acuerda destinar los beneficios de 2013 a reservas.
- iii. El demandante, socio titular del 33 % del capital social, vota en contra del referido acuerdo y posteriormente interpone demanda en la que solicita que se condene a la sociedad a hacer valer su derecho de separación.

En dicha resolución, el Alto Tribunal adopta el posicionamiento más restrictivo, aplicando una interpretación literal del precepto, favorable a la sociedad, y sostiene que el derecho de separación solo puede ejercitarse en relación con el acuerdo de distribución del resultado del ejercicio inmediatamente anterior a la junta en que se acuerda la no distribución, incluyendo en el supuesto de agrupación de la aprobación de las cuentas de varios ejercicios.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo se apoya en varios argumentos, de entre los que basta destacar (i) la obligatoriedad de que las cuentas anuales sean formuladas y sometidas a examen por la junta general anualmente (art. 272 LSC en relación con el art. 164 LSC) y (ii) el derecho de todos los socios a solicitar la convocatoria judicial o registral de la junta ordinaria en el supuesto de que los administradores de la sociedad incumplan su obligación de convocarla a tiempo (art. 169 LSC). El Alto Tribunal apunta, en aras de la claridad, que esta tesis no será de aplicación en caso de fraude de ley (esto es, cuando la junta general ordinaria no sea convocada con el fin precisamente de malograr el ejercicio del derecho de separación por parte del socio minoritario). No obstante, la carga de la prueba de esta intencionalidad ilegítima recaerá sobre el socio disidente, con la dificultad que ello entraña.

2.2.3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

A mi juicio, los argumentos empleados por el Tribunal Supremo no resultan del todo convincentes. El derecho de separación del socio se predica legalmente en relación con los beneficios distribuibles correspondientes a cada uno de los ejercicios sociales. Lógicamente, la disposición legal asume que las cuentas anuales serán objeto de aprobación por la junta general cada año y, con ocasión de tal aprobación, la junta general será la que decida, nuevamente con carácter anual, la distribución del beneficio que procede a la vista de los beneficios legalmente distribuibles. En consecuencia, resulta congruente que la norma objeto de estudio asuma como supuesto de hecho que la distribución de dividendos se acordará en relación con el ejercicio económico anterior y que, por tanto, el correspondiente derecho de separación se proyectará en relación con tal ejercicio. Pero ello no debe suponer, en mi opinión, que el derecho de separación quede automáticamente limitado o restringido cuando la sociedad, normalmente además por circunstancias ajenas al minoritario, no cumple con la previsión anual de aprobación de cuentas y acumula varios ejercicios para ser objeto de aprobación.

En este sentido, no podemos desconocer que el derecho de separación del socio solo nace en estos casos tras la aprobación de las correspondientes cuentas anuales y del acuerdo de distribu-

ción del resultado del ejercicio en cuestión, lo que a su vez requiere que, con carácter previo, el órgano de administración haya formulado las cuentas anuales, obtenido, en su caso, la auditoría de cuentas, y convocado la junta general para, entre otras cuestiones, someter a su consideración dichos acuerdos. Ninguna de estas circunstancias se encuentra dentro de la esfera de control del socio minoritario.

El Tribunal Supremo sostiene que el socio tiene a su disposición el derecho a solicitar la convocatoria judicial o registral de la junta ordinaria (art. 169 LSC) para lograr que la junta se celebre en plazo y supuestamente salvaguardar de ese modo su derecho de separación. No obstante, esta deducción pasa por alto que, por un lado, la citada previsión legal es un derecho y no una obligación con la que debe cumplir el socio para no perder sus derechos y que, por otro lado, incluso en un ejercicio "diligente" de ese derecho por parte del minoritario, cabría la posibilidad de que la junta en cuestión no fuera celebrada a tiempo por razones ajenas a este (por ejemplo, en caso de retraso en la convocatoria por el letrado de la Administración de Justicia o del registrador mercantil en cuestión o por falta de *quorum*) y que, pese a su celebración, el órgano de administración no haya cumplido su obligación de formular las cuentas anuales (art. 253 LSC) y someterlas a la consideración de la junta. Ciertamente, el socio minoritario tiene también a su alcance el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad contra el órgano de administración para protegerse del incumplimiento de las obligaciones antes señaladas, pero el ejercicio de dicha acción no garantiza que la aprobación de las cuentas anuales y de la aplicación del resultado del ejercicio se produzca dentro del ejercicio siguiente a aquel al que se refieren las cuentas anuales y, además, la exigencia de responsabilidad a los administradores podría no ser un remedio suficiente para el socio que vea impedido su derecho de separación (el administrador podría no ser solvente para mantenerle indemne de los daños y perjuicios sufridos).

En todo caso, según lo apuntado, no parece razonable convertir una facultad del socio (el derecho a solicitar la convocatoria judicial o registral de la junta ordinaria o el derecho de ejercitar acciones de responsabilidad) en una carga cuya falta de ejercicio conlleva la devastadora consecuencia de la pérdida de otros derechos legítimos e independientes (el derecho de separación en este caso). Como apunta la propia resolución, la tesis del Tribunal Supremo podría incentivar, además, la agrupación fraudulenta de la aprobación de las cuentas anuales de varios ejercicios con el fin precisamente de obstaculizar el derecho de separación por insuficiencia de dividendos.

De hecho, en este sentido se ha pronunciado precisamente la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia 1170/2021, de 14 de junio. En ella, la Audiencia Provincial declara la concurrencia de abuso o fraude de ley por parte de la sociedad al recurrir a *"la posibilidad (no querida por la norma societaria) de agrupar en una sola junta la aprobación de las cuentas y la propuesta de aplicación de resultado, limitando a un determinado ejercicio el derecho de separación que le pudiera haber correspondido al socio, cuando este derecho lo hubiese tenido también de haberse aprobado las cuentas en cada uno de los momentos que la legislación societaria establece, es decir, tras los 6 primeros meses después del cierre de cada ejercicio (164 LSC)"*, y reconoce el derecho de separación a favor de la demandante que le hubiera correspondido respecto de varios ejercicios cuyas cuentas anuales se aprobaron de manera extemporánea. Dado que esta resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona es posterior a la sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada, la Audiencia Provincial se asegura de argumentar, de manera reiterada, que su fallo es consistente

con la posición adoptada por el Alto Tribunal, toda vez que este ha reconocido en dicho pronunciamiento el riesgo de que la práctica (irregular) de agrupar la aprobación de las cuentas anuales de varios ejercicios dé lugar a situaciones fraudulentas. Sin embargo, la Audiencia Provincial parece deducir el comportamiento abusivo de la sociedad de la “anomalía” que constituye la aprobación de las cuentas anuales en juntas celebradas fuera de plazo, sin requerir la concurrencia de indicios o pruebas adicionales, lo que no parece del todo acorde al posicionamiento adoptado por el Tribunal Supremo.

Dicho lo anterior, no podemos ignorar que, en algunos casos, el abuso de derecho puede venir de la mano de la minoría. En algunos supuestos, la falta de aprobación de las cuentas anuales y de la aplicación del resultado puede tener causas legítimas e incluso contar con la aquiescencia del minoritario, y, en estos casos, el ejercicio del derecho de separación por parte del socio minoritario *a posteriori* (especialmente cuando el rendimiento de la sociedad se reduce radicalmente hasta el punto de generar pérdidas, como ocurre en el supuesto de autos) puede resultar oportunista y abusivo.

En cualquier caso, la moraleja de esta sentencia del Tribunal Supremo para los socios minoritarios interesados en el reparto de dividendos debería ser que, en el supuesto de que los administradores incumplan su deber de convocar la junta general ordinaria de la sociedad en plazo, el socio minoritario debe solicitar, sin dilación, la convocatoria judicial o registral de la junta. De este modo quizás logre evitar que su derecho de separación pueda verse frustrado por el hecho de que las cuentas anuales sean finalmente aprobadas una vez transcurrido el ejercicio siguiente a aquel al que estas se refieren, o al menos poder probar en un eventual pleito que hizo todo lo que estaba en su mano para lograr un reparto suficiente de dividendos o, en su caso, el ejercicio del derecho de separación. Asimismo, las sociedades deben tener presente que el uso de la práctica (irregular) de agrupar la aprobación de las cuentas anuales de varios ejercicios con el fin de frustrar el derecho de separación de los socios constituye un abuso de derecho y no está amparado por nuestro ordenamiento jurídico.

2.3. La posibilidad de enervar la eficacia de la declaración de separación (STS 38/2022 de 25 de enero)

2.3.1. INTRODUCCIÓN

Otro gran interrogante que se ha planteado tradicionalmente la doctrina en relación con el régimen jurídico de la separación del socio es si la sociedad tiene reconocido un “derecho de arrepentimiento”; esto es, si cabe la posibilidad de que la sociedad deje sin efecto el ejercicio del derecho de separación de un socio mediante la revocación o modificación del acuerdo que dio lugar a dicho derecho. Esta problemática, aplicada al derecho de separación del socio por insuficiencia de dividendos, consiste en dirimir si la sociedad, tras aprobar un acuerdo de aplicación del resultado que dispare el derecho de separación podría adoptar, *a posteriori*, un nuevo acuerdo incrementando el importe de los dividendos y dejar con ello sin efecto el derecho de separación.

La primera sentencia del Tribunal Supremo que se pronunció sobre esta cuestión es la importante Sentencia 32/2006 de 23 de enero. En ese caso, el derecho de separación del socio traía causa de la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales de la sociedad en cuestión, pero los razonamientos de la resolución resultan perfectamente extrapolables a cualquier otra tipología causal de derecho de separación. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo determinó que la sociedad puede revocar o dejar sin efecto un acuerdo que dé lugar al derecho de separación, imposibilitando de ese modo un ulterior ejercicio del derecho de separación, pero dicha actuación de la sociedad no puede ser oponible a aquellos socios que hubieran ejercitado el derecho de separación con anterioridad al acuerdo de revocación. En palabras del Tribunal Supremo: *“La sociedad carece de ese derecho [...], a dejar sin efecto el acuerdo de modificación en perjuicio de quien, confiado en tal acuerdo, ha ejercitado ya el derecho que la ley le confiere. Es “inegable” únicamente que la sociedad podrá rectificar, desistir, arrepentirse o renunciar, pero en tal caso nunca en perjuicio de quien ya ha ejercitado el derecho, salvo que cuente con su conformidad”*. En definitiva, el Tribunal Supremo admite el desistimiento de la sociedad con eficacia *ex nunc*, pero no *ex tunc*.

2.3.2. RESUMEN DE LA SENTENCIA

Esta cuestión ha sido abordada de nuevo por el Tribunal Supremo en la Sentencia 38/2022, de 25 de enero. Esta vez, en relación con el derecho de separación del socio por falta de distribución de dividendos. Y lo hace en un sentido que, al menos aparentemente, resulta contradictorio con sus pronunciamientos anteriores. Los antecedentes son los siguientes:

- i. La sociedad reparte dividendos durante los ejercicios 2004 a 2015.
- ii. Los resultados del ejercicio 2016 se destinan a reservas voluntarias en la Junta General celebrada el 15 de junio de 2017. En dicha junta, el demandante, titular de un 16,3 % del capital social de la sociedad, hace constar su disconformidad con la negativa a repartir dividendos.
- iii. El 21 de junio de 2017, la sociedad convoca una junta general extraordinaria para debatir un reparto de dividendos del ejercicio 2016 con cargo a reservas.
- iv. El 30 de junio de 2017, el demandante comunica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación al amparo del art. 348 bis LSC.
- v. El 10 de julio de 2017, el demandante presenta la demanda de la que trae causa esta STS, en la que solicita que se declare su derecho de separación.
- vi. El 12 de julio de 2017, la Junta General de la sociedad acuerda repartir dividendos del ejercicio 2016 con cargo a reservas. La sociedad abona el dividendo a todos los socios, salvo al demandante, que se niega a recibirlo.
- vii. En el ejercicio 2017, la sociedad presenta un resultado de explotación negativo.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo falla a favor de la sociedad y rechaza el ejercicio del derecho de separación por parte del minoritario por considerarlo abusivo. La sentencia afirma que *“la actuación del socio puso de manifiesto de manera palmaria que su intención real no era obtener el dividendo, sino separarse de la sociedad en cualquier caso, pues habiendo podido obtener con escaso margen temporal lo que supuestamente pretendía –el beneficio repartible–, se negó a recibirlo, ya que su auténtico designio era la liquidación de su participación en la sociedad. Lo que no protege el art. 348 bis LSC”*. Así, aunque no exista un deber de fidelidad del socio respecto de la sociedad, el ejercicio de cualquier derecho —también en el marco del contrato social— debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y sin abuso de derecho, lo que considera que no se ha producido en este caso.

El criterio de esta sentencia es, como decíamos, “aparentemente” opuesto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo referida anteriormente en tanto en cuanto admite que el arrepentimiento de la sociedad, incluso con posterioridad al ejercicio del derecho de separación, tenga efecto invalidante de dicho derecho. Sin embargo, esta deducción es solo aparente, pues la *ratio decidendi* de la resolución no es el hecho del arrepentimiento en sí mismo, sino el hecho de que esta circunstancia, junto con las demás circunstancias concurrentes del caso (i. e., el hecho de que la sociedad hubiera repartido religiosamente dividendos los once años anteriores, la previsión de un resultado negativo de la sociedad en el ejercicio 2017, que justificaría una gestión conservadora de la tesorería de la sociedad, etc.), ponen de manifiesto un ejercicio abusivo del derecho de separación por parte del socio minoritario que podría haber obtenido el dividendo supuestamente pretendido mediante el acuerdo adoptado en la segunda junta, muy próxima a la primera. Así, el arrepentimiento de la sociedad no puede desplegar efectos frente al socio que hubiera ejercitado su derecho con anterioridad, pero solo si dicho derecho fue legítimamente ejercitado, esto es, ejercitado de buena fe y sin abuso de derecho.

2.3.3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo realiza en esta sentencia una afirmación categórica que podría dar lugar a equívocos. Así, dice: *“Cabe predicar, con carácter general, que, si los administradores convocan nueva junta general, con la propuesta de distribuir dividendos en los términos legales, antes de que el socio haya ejercitado el derecho de separación, el posterior ejercicio de este derecho puede resultar abusivo”*. De esta declaración podría deducirse que la mera convocatoria de la Junta con el objeto de revocar el acuerdo de no distribución o de distribución insuficiente de dividendos sería suficiente para impedir el ejercicio del derecho de separación, incluso aunque este tuviera lugar antes del acuerdo de desistimiento de la sociedad. Por tanto, a efectos prácticos, esta sentencia adelanta el momento temporal a partir del cual la sociedad puede censurar el derecho de separación, desde la fecha de celebración de la junta que adopte el acuerdo de desistimiento, a la fecha de la convocatoria de la junta.

Cabe plantearse si una aplicación indiscriminada de esta tesis podría provocar el efecto opuesto, es decir, incentivar comportamientos estratégicos y abusivos de la mayoría social (López García, 2019), que siempre podría tantear al minoritario en una primera junta y después circundar el régimen legal convocando una segunda junta en la que deje sin efecto el acuerdo desencadenante del derecho de separación. No obstante, del mismo modo que el art. 348 bis no ampara el ejercicio

abusivo del derecho de separación por parte del socio disidente, el derecho de arrepentimiento de la sociedad tampoco podrá ejercitarse de manera abusiva por parte de la mayoría social. La dificultad estará en probar la intención fraudulenta de la sociedad.

Dejando al margen los posibles comportamientos abusivos que pueden producirse de una y otra parte tanto si se reconoce el derecho de arrepentimiento de la sociedad como si no, la problemática que subyace a esta cuestión es si el derecho de separación es un derecho autónomo, que otorga al socio el derecho a perseguir su separación de la sociedad y a obtener de ella el valor razonable de su participación como un fin en sí mismo o si, por el contrario, es un derecho meramente instrumental, cuya finalidad no es la separación del socio en sí misma, sino fortalecer la posición del socio minoritario que exige ver concretado su derecho abstracto a participar en las ganancias sociales. De esta sentencia puede leerse entre líneas que el Tribunal Supremo se decanta por la segunda opción.

3. Reflexión final

De una lectura conjunta de las sentencias comentadas del Tribunal Supremo se desprende que el Alto Tribunal se inclina por una interpretación restrictiva del régimen de separación del socio, en general, y del derecho de separación del socio por insuficiencia de dividendos, en particular. Probablemente tiene buenas razones para ello, ya que la separación de un socio puede provocar un grave quebranto a la solvencia y al patrimonio de una sociedad. Habrá que ver, en todo caso, si el Tribunal Supremo se reafirma en estas tesis en ulteriores resoluciones.

Todavía persisten algunas dudas interpretativas relevantes en torno al art. 348 bis LSC relativas al ámbito de aplicación temporal del precepto, el plazo para el ejercicio de la acción judicial declarativa del derecho de separación o la competencia registral para la designación de experto independiente en caso de separación del socio, entre otras⁵. Será necesario seguir atentos a los pronunciamientos del Tribunal Supremo relativos a este precepto, que todavía sigue suscitando un gran debate doctrinal.

⁵ Véase el exhaustivo análisis jurisprudencial contenido en LÓPEZ GARCÍA (2019).

Bibliografía

ALCOVER GARAU, Guillermo (2021). De nuevo sobre el derecho de separación del socio. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 102/2021, de 24 de febrero, y 104/2021, de 25 de febrero [online]. *La Ley Mercantil*, n.º 80.

ÁLVAREZ, Segismundo y GONZÁLEZ CORONA, Matías (2022). Derecho de Separación y Subordinación del Derecho de Reembolso en la STS de 15 de enero de 2021 [online]. *Almacén de Derecho*, 22 de febrero de 2022 <https://almacenederecho.org/derecho-de-separacion-y-subordinacion-del-derecho-de-reembolso-en-la-sts-de-15-de-enero-de-2021>.

BRENES CORTÉS, Josefa (2018). Clasificación concursal del crédito de reembolso del socio que se separa ex artículo 348 bis LSC. A propósito de la SAP Coruña 12/2018, de 15 de enero 2018 [online]. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 29.

CAAMAÑO RODRÍGUEZ, Francisco J. y GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, Manuel (2021). El tratamiento concursal del crédito de reembolso derivado del derecho de separación del socio de la sociedad de capital: ¿una cuestión finalmente resuelta por la sentencia del TS n.o 4/2021, de 15 de enero? [online]. *La Ley Insolvencia*, n.º 1, Sección Foro de Debate, Primer trimestre de 2021.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (2020). La eficacia de la separación y exclusión de socios [online]. *Almacén de Derecho*, 3 de noviembre de 2020, <https://almacenederecho.org/la-eficacia-de-la-separacion-y-exclusion-de-socios>.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos (2021). Calificación concursal del crédito del socio que ha ejercido su derecho de separación [online]. *Hay Derecho*, 5 de mayo de 2021, <https://www.hayderecho.com/2021/05/05/calificacion-concursal-del-credito-del-socio-que-ha-ejercido-su-derecho-de-separacion/>.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo y PEINADO GRACIA, Juan Ignacio (2021). Reflexiones sobre el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital [online]. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 321.

LÓPEZ GARCÍA, P. (2019). Análisis jurisprudencial sobre el art. 348 bis de la LSC [online]. *Diario la Ley*, n.º 9485, 25 de septiembre de 2019.

CRÉDITOS DE SUPRIMENTOS E RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL

Alexandre Mota Pinto e Luís Bértolo Rosa

Advogados da Área de Direito Público, Contencioso e Arbitragem da Uría Menéndez (Lisboa)

Créditos de Suprimentos e Recuperação Empresarial

O presente artigo analisa a questão de saber se devem ser qualificados como suprimentos — e, como tal, subordinados — os créditos detidos por novos sócios, que entram numa sociedade em dificuldades financeiras com o objetivo de reestruturar o seu passivo e recuperar a empresa, acabando por responder negativamente à questão.

PALAVRAS CHAVE:

SUPRIMENTOS, CRÉDITOS SUBORDINADOS, RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS, REESTRUTURAÇÃO DE CRÉDITOS.

Shareholder loans and business recovery

This article analyses why the claims held by new shareholders who joined a company in financial distress with a view to restructuring its liabilities and finding ways to reverse its situation should not be classified as shareholder loans (suprimentos).

KEY WORDS:

SHAREHOLDER LOANS, SUBORDINATED DEBT, BUSINESS RECOVERY, CREDIT RESTRUCTURING.

FECHA DE RECEPCIÓN: 19-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 24-10-2022

Pinto, Alexandre Mota; Rosa, Luís Bértolo (2022). Créditos de Suprimentos e Recuperação Empresarial. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 82-98 (ISSN: 1578-956X).

1. Introdução

A recuperação de empresas sobre-endividadadas, mas economicamente viáveis, implica frequentemente a entrada de um ou mais novos sócios, com o objetivo de sanear a empresa através de medidas de reestruturação operacional e financeira. Os novos sócios são habitualmente investi-

dores, nacionais ou internacionais, especializados em reestruturações e recuperação de empresas, área conhecida na gíria do mercado por "*turnaround and restructuring*". Outros são investidores em crédito bancário malparado ("*non performing loans*") que, tendo analisado a situação da empresa, concluíram que a melhor (por vezes, a única) forma de recuperar o seu crédito passa por investir na empresa, saneando-a e recuperando-a.

A entrada destes novos sócios na sociedade tende a ser — pelo menos, nos casos mais complexos — uma condição *sine qua non* da recuperação da empresa. Na generalidade dos casos, os antigos sócios despenderam o seu capital em tentativas de recuperação mal sucedidas e já não têm a vontade ou os meios necessários para investir. Em paralelo, os credores perderam paulatinamente a confiança nos antigos sócios e na respetiva equipa de administração, não estando, por isso, dispostos a reestruturar (novamente) os seus créditos, a conceder novas moratórias ou prolongar prazos de pagamento e, muito menos, a perdoar parte da dívida. A entrada de novos sócios permite ultrapassar estes e outros impasses, que conduzem inexoravelmente as empresas à insolvência. Dispõem de capital e de crédito para acudir às necessidades de fundo de maneio da empresa; não têm uma relação desgastada com os credores; são muitas vezes profissionais, capazes de traçar um plano de reestruturação operacional e financeira credível, merecedor do voto de confiança dos credores, mormente dos credores financeiros; conseguem, por isso, renegociar o passivo da empresa, de forma a ajustar o serviço da dívida à capacidade de libertação de fluxos de caixa.

Neste tipo de situações, é habitual os novos sócios serem simultaneamente credores da sociedade. Por um lado, temos o exemplo do credor preexistente — por exemplo, uma instituição financeira ou um investidor em crédito bancário malparado — que opta por tentar satisfazer o seu crédito através da recuperação da empresa, em detrimento da via da execução ou da insolvência. O credor preexistente torna-se, então, sócio da sociedade — por hipótese, executando o penhor constituído a seu favor sobre as participações sociais ou subscrevendo um aumento de capital —, com o objetivo de reestruturar o passivo e recuperar a empresa. Por outro lado, temos o exemplo do investidor que adquire — de forma mais ou menos concomitante — uma participação social e a totalidade ou parte dos créditos das instituições financeiras sobre a sociedade, para depois os reestruturar: uma solução vantajosa para as instituições financeiras, que recuperam de imediato uma parte significativa do seu crédito e reduzem a exposição à empresa, mas também para os novos sócios e para a sociedade, porque permite consolidar o passivo em moldes que permitem reestruturá-lo adequadamente.

Nestas situações, põe-se a seguinte questão, que constitui o objeto do presente estudo:

— Devem os créditos dos novos sócios, que entraram na sociedade com o objetivo de reestruturar o passivo e recuperar a empresa, ser qualificados como *suprimentos*?

Refira-se, em abono da verdade, que, na prática, é frequente a participação social e os créditos serem detidos por entidades distintas, ainda que direta ou indiretamente relacionadas entre si. Acontece, por exemplo, os créditos pertencerem a uma sociedade ou a um fundo de investimento, que detém simultaneamente a(s) sociedade(s) ("*SPV*") titular(es) da participação no capital social da devedora. Acontece também os créditos e a participação pertencerem a entidades distintas, mas todas elas dominadas, direta ou indiretamente, por uma única entidade de topo.

A nossa análise focar-se-á no caso mais simples, em que o crédito e a participação social pertencem à mesma entidade, que reúne assim a dupla qualidade de sócio e de credor. Porém, as conclusões a que chegaremos são, em nosso entender, transponíveis para as hipóteses mais complexas, em que o crédito e a participação pertencem a entidades distintas, mas coligadas.

2. Breve noção de créditos de suprimentos

Os *suprimentos*, regulados nos artigos 243.º a 245.º do Código das Sociedades Comerciais (doravante, "CSC"), são créditos dos sócios emergentes de mútuos ou diferimentos de créditos, que têm carácter de permanência na sociedade, ou seja, em que o prazo de reembolso, estipulado ou efetivo, é superior a um ano.

O ponto de partida, da realização de suprimentos, reside na *liberdade dos sócios no financiamento da sociedade*¹. Com efeito, desde que cumprida a obrigação de formação e de conservação do capital social, cabe aos sócios decidir livremente *se, em que medida e de que modo* financiam a sociedade.

Os suprimentos correspondem a verbas com que os sócios financiam a sociedade, em vez de o fazerem através de instrumentos de capital próprio. Na Alemanha, os suprimentos têm justamente a designação de "*empréstimos dos sócios substitutivos do capital próprio*"². De facto, só devem ser sujeitos ao regime do contrato de suprimento os créditos que desempenhem na sociedade a *função económica de substituição* do capital próprio, a qual constitui o critério material de identificação dos suprimentos³.

Contudo, este critério material não se revelava apto para a identificação em concreto de contratos de suprimento. Foi necessário, por isso, "*encontrar um elemento facilmente reconhecível, que permita concluir com suficiente segurança que os bens são postos à disposição da sociedade com vista a preencher as finalidades próprias de uma entrada de capital*"⁴.

Esse elemento ou critério é, na nossa lei, a *permanência dos créditos dos sócios na sociedade*, critério *objetivo* que, assentando no *tempo de duração* dos créditos, indica que os bens não foram postos à disposição da sociedade de uma forma *transitória*. Com base no *prazo estipulado* para o reembolso do crédito ao sócio e na *duração efetiva* do crédito, o legislador estabeleceu assim índices de permanência, que constituem presunções *ius tantum* (e, como tal, ilidíveis) da existência de um contrato de suprimento.

1 VENTURA, Raúl (1989). *Sociedades por quotas*, Vol. II, Coimbra: Almedina, p. 83.

2 HUECK, Götz (1991). *Gesellschaftsrecht*, München, 19.ª ed., p. 363.

3 Este critério material de identificação dos suprimentos foi avançado pela primeira vez por VENTURA, Raul (1969). Apontamentos para a reforma das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, *Boletim do Ministério da Justiça*. 182, p. 133. Seguiu-se VAZ SERRA, Adriano (1975). Anotação ao Acórdão do STJ de 19 de Dezembro de 1975. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 110º, n.os 3586 e 3587. O "Anteprojeto de Coimbra –1ª redação" identificava os suprimentos com a fórmula que o § 32a da *GmbHGesetz* consagrou: "*se um sócio da sociedade, no momento em que, se agisse como comerciante ordenado, teria habilitado a sociedade com capital próprio, em vez disso lhe fizer um empréstimo*".

4 V. a exposição de motivos do "Anteprojeto de Coimbra–2ª redação e exposição de motivos", *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.ºs 1 e 2, 1977, e n.º 1, 1979, pág. 90.

Assim, constituem índices do carácter de permanência do crédito concedido pelo sócio à sociedade — e, como tal, presunções de que é um suprimento — a estipulação (contemporânea ou posterior ao negócio) de um *prazo de reembolso superior a um ano*, ou, no caso de não ter sido estipulado prazo de reembolso, ou de ter sido estipulado um prazo inferior a um ano, "*a não utilização da faculdade de exigir o reembolso devido pela sociedade durante um ano (...)*" (art. 243.º, n.º 3, do CSC).

No entanto, a referida duração (estipulada ou efetiva) do crédito constitui uma mera presunção de que se trata de um contrato de suprimento. O art. 243.º, n.º 4, do CSC admite que os sócios *ilidam a presunção de permanência*, provando "*que o diferimento de créditos corresponde a circunstâncias relativas a negócios celebrados com a sociedade, independentemente da qualidade de sócio*".

Ao sócio cabe aqui provar, apenas, circunstâncias *objetivas* que afastem o carácter de suprimento, não relevando diretamente a sua intenção ou o não conhecimento de que os créditos iriam substituir o capital próprio. Deverão, antes, ser avançadas circunstâncias objetivas que demonstrem que, no diferimento de créditos, não se agiu *uti socius*.

Assim, o sócio credor — por exemplo, uma instituição de crédito — poderá provar que, ao efetuar um empréstimo⁵ ou ao convencionar o diferimento de créditos, agiu *como um qualquer terceiro*, provando, por exemplo, que pratica as *mesmas condições* em contratos celebrados com terceiros, pelo que não existe qualquer relação entre o financiamento e a qualidade de sócio.

Os créditos de suprimentos têm sempre na sua origem um contrato entre o sócio e a sociedade, o contrato de suprimento, que o CSC (art. 243.º) prevê apenas para as sociedades por quotas. Portanto, de acordo com a respetiva noção legal, os créditos de suprimentos são créditos que resultam de um contrato celebrado entre uma sociedade por quotas e um sócio. Excetua-se a hipótese prevista no art. 243.º, n.º 5, do CSC, que submete ao regime dos suprimentos o crédito de terceiro contra a sociedade, que o sócio adquire por negócio entre vivos.

3. Síntese do regime legal dos créditos de suprimentos

Com o objetivo de proteger os credores sociais, o CSC e o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (doravante, "CIRE") estabelecem um regime que limita o reembolso dos créditos de suprimentos, nomeadamente em caso de insolvência. Podemos resumir sinteticamente o regime dos suprimentos da seguinte forma:

- A. Não tendo sido estipulado prazo para o reembolso dos suprimentos, pode a sociedade (ou o sócio credor) requerer ao tribunal a fixação de um prazo para o efeito (art. 245.º, n.º 1, do CSC). Assim se evita a aplicação do prazo de trinta dias previsto para o mútuo sem prazo (art. 1148.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil), que colocava outrora as sociedades em sérias dificuldades, perante a exigência de súbito reembolso de elevadas quantias de suprimentos.

⁵ Apesar da letra do art. 243.º, n.º 4, do CSC, defendemos que os sócios também podem elidir a presunção de permanência quando efetuam empréstimos.

- B. Declarada a insolvência da sociedade, a qual não pode ser requerida com base em créditos de suprimentos (art. 245.º, n.º 2, do CSC), os suprimentos só podem ser reembolsados depois de pagos os restantes credores sociais, conforme resulta das disposições conjugadas do art. 245.º, n.º 3, alínea a), do CSC, e dos artigos 48.º, n.º 1, alínea g), e 177.º, n.º 1, ambos do CIRE. Na insolvência, “os créditos por suprimentos” são créditos subordinados, “graduados depois dos restantes créditos sobre a insolvência”, sendo certo que existe uma hierarquia *no seio dos próprios créditos subordinados*, na qual os suprimentos ocupam o último lugar (art. 177.º, n.º 1, do CIRE).
- C. Como forma de assegurar a prioridade dos terceiros credores sobre os créditos por suprimentos, o art. 245.º, n.º 3, alínea b), do CSC, proíbe — uma vez declarada a insolvência — a compensação de créditos da sociedade com créditos de suprimentos. Idêntica proibição resulta também do art. 99.º, n.º 4, alínea d), do CIRE (“a compensação não é admissível (...) entre dívidas à massa e crédito subordinados sobre a insolvência”).
- D. Do mesmo modo, o art. 245.º, n.º 6, do CSC, prescreve a nulidade das garantias reais prestadas pela sociedade a obrigações de suprimentos. Norteados pela mesma filosofia, o art. 97.º, n.º 1, alínea e), do CIRE, determina, de forma genérica, que, por efeito da declaração de insolvência, se extinguem as garantias reais acessórias dos créditos subordinados.
- E. Prevenindo o risco de reembolso apressado de suprimentos nas vésperas da insolvência, o legislador determinou — através das disposições conjugadas do art. 245.º, n.º 5, do CSC, e do art. 121.º, n.º 1, alínea i), do CIRE — que os reembolsos de suprimentos efetuados no ano anterior à data do início do processo de insolvência (ou seja, à data da entrada da petição no tribunal) são suscetíveis de resolução *incondicional* em benefício da massa insolvente. Trata-se de uma área de tutela fundamental dos suprimentos, a situação *pré-insolvential* (num “período suspeito”) de uma empresa, em que não se pode admitir que os sócios lancem todos os riscos empresariais para a esfera dos credores, retirando os suprimentos da sociedade.

Como passaremos a ver, este regime visa a proteção dos credores sociais, que não devem ser prejudicados pela forma como o sócio decidiu financiar a sociedade.

4. Finalidade da previsão e regime legal dos suprimentos: a proteção dos credores sociais

A opção do sócio de realizar suprimentos pode assumir diferentes formas: empréstimo de dinheiro à sociedade; não exercício de um direito de crédito contra a sociedade (*v.g.* a hipótese frequente de não levantamento dos lucros distribuídos, que permanecem na sociedade); ou, ainda, diferimento de um crédito que detém sobre a sociedade.

Imaginemos que um sócio que emprestou uma avultada soma de dinheiro à sociedade exige, de um momento para o outro, o reembolso dessas quantias, ou vem a efetuar essa exigência no processo de insolvência. Tal procedimento lesará os interesses dos restantes credores sociais, uma

vez que o reembolso tem, normalmente, como consequência uma diminuição do património social, garante da satisfação dos seus créditos. É certo que a sociedade poderá tentar obter crédito junto de terceiros para o pagamento daquela dívida, mas, se passar por dificuldades financeiras, dificilmente o conseguirá.

A obrigação de reembolsar os suprimentos, nos casos em que estes foram investidos em meios de produção essenciais à atividade empresarial, poderá constituir uma verdadeira sentença de morte da sociedade, especialmente se esta não dispuser de meios líquidos (*v.g.* em depósitos bancários ou em caixa) nem, porque excessivamente endividada, conseguir obter crédito. Na insolvência que se seguirá, o património social que serve para satisfazer os créditos de terceiros aparece diminuído das quantias de suprimentos. E os credores sociais sofrerão, igualmente, uma diminuição da sua garantia patrimonial se o sócio for admitido a reclamar *pari passu* o seu crédito na insolvência.

Vislumbramos, já, os interesses que, conflituando com os interesses dos sócios nesta forma de financiamento, são fundamentais na conformação do regime do contrato de suprimento. Referimo-nos aos interesses dos credores sociais, que não podem sofrer a concorrência de um credor que conhece (e, muitas vezes, dirige) a sociedade e as finanças sociais.

O património da sociedade, que constitui a garantia do pagamento dos seus créditos, reduzir-se-á caso se admita o livre exercício da pretensão do sócio ao reembolso dos suprimentos, quer durante a vida da sociedade, quer na insolvência.

Por outro lado, a liberdade de recurso aos suprimentos pode gerar a manutenção artificial da sociedade, iludindo os credores sobre o seu verdadeiro estado financeiro, e arrastando uma eventual crise, com a consequência perniciosa de redução do património social.

Os credores sociais têm, assim, um interesse evidente, em que a realização de suprimentos não venha a diminuir o património social com que contam para satisfazer os seus créditos. Um interesse, em suma, de que os suprimentos também constituam capital responsável pelas dívidas sociais.

O conflito de interesses entre o credor de suprimentos e os restantes credores sociais é transparente: satisfazem os respetivos créditos à custa da mesma massa patrimonial; logo, se o sócio credor exigir o reembolso dos suprimentos, diminuirá a garantia de satisfação dos restantes créditos sociais.

O regime legal dos suprimentos visa justamente proteger os interesses dos credores sociais em face do sócio credor. Mas, se assim é, temos de questionar se faz sentido a manutenção deste regime, quando um terceiro credor assume uma participação no capital da sociedade com o único objetivo de reestruturar as finanças sociais, de modo a evitar a respetiva insolvência, evitando, assim, que aqueles mesmos credores sofram perdas.

5. O privilégio, na ordem jurídica alemã, para os créditos de novos sócios, que pretendem sanear as finanças sociais

O regime do contrato de suprimento dificulta a recuperação de empresas em situação económica difícil, na medida em que constitui um obstáculo a que as instituições financeiras ou outros credores contribuam ativamente para o saneamento financeiro de sociedades, através da concessão de novos créditos ou da reestruturação dos existentes. Se, por exemplo, uma instituição financeira participar no capital da sua devedora, ainda que com o objetivo de reestruturação do passivo e saneamento financeiro, corre o risco de ver os seus créditos qualificados como suprimentos, caso em que os mesmos, num eventual processo de insolvência futuro, só poderão ser pagos depois de satisfeitos todos os demais credores.

A adversidade do regime dos suprimentos ao objetivo de recuperação de empresas em crise motivou uma grande discussão na doutrina alemã que veio a desembocar numa alteração legal da disciplina dos *"empréstimos dos sócios substitutivos de capital"*⁶.

O legislador alemão, atento às controvérsias e propostas doutrinárias, alterou o §32a, n.º 3, da *GmbHGesetz* em 1998 de modo a consagrar um *"privilégio para o saneamento"* (*"Sanierungsprivileg"*), excluindo do campo de aplicação das regras sobre suprimentos os créditos (novos ou já existentes) de sócios que apenas entraram para a corporação com o objetivo de superar a sua crise financeira.

A aplicação desta regra pelos tribunais foi-se consolidando, tendo a mesma transitado para o § 39, n.º 4, 2.ª parte, do Código da Insolvência alemão (*"Insolvenzordnung"*), que substituiu o regime dos *"empréstimos substitutivos de capital"* anteriormente previsto no §32a da *GmbH-Gesetz*⁷. É o seguinte o teor do § 39, n.º 4, 2.ª parte, do Código da Insolvência alemão, cujo parágrafo 1, n.º 5, prevê a subordinação dos suprimentos (em termos idênticos ao artigo 48.º, alínea g), do CIRE): *"Se um credor adquirir uma participação numa sociedade, em situação iminente ou já ocorrida de incapacidade de realizar pagamentos ou de insuficiência do ativo face ao passivo, com o objetivo de saneamento da sociedade, o parágrafo 1, n.º 5 [a subordinação dos suprimentos] não será aplicável aos seus créditos, resultantes de empréstimos já concedidos ou que o venham a ser, bem como a créditos resultantes de negócios jurídicos que correspondam economicamente a esses empréstimos, até ao saneamento sustentável da sociedade"*⁸.

6 DAUNER-LIEB, Barbara (2000). Einschränkung des Grundtatbestandes: Das Sanierungsprivileg des §32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG. *Handbuch des Kapitalersatzrechts*, Köln, pp. 90 e 91.

7 Através da "Lei para a Modernização do Direito das Sociedades de Responsabilidade Limitada e Combate aos Abusos", de 23 de outubro de 2008.

8 § 39, n.º 4, 2.ª parte, da *Insolvenzordnung*: "Erwirbt ein Gläubiger bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung Anteile zum Zweck ihrer Sanierung, führt dies bis zur nachhaltigen Sanierung nicht zur Anwendung von Absatz 1 Nr. 5 auf seine Forderungen aus bestehenden oder neu gewährten Darlehen oder auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen."

6. A questão no ordenamento jurídico português

6.1. Enquadramento

Atento o referido no capítulo anterior, importa analisar se se justifica, entre nós, a aplicação das regras sobre suprimentos aos créditos de sócios que apenas participaram na sociedade com o objetivo de reestruturar o passivo e superar a crise financeira.

Analisaremos, em primeiro lugar, as novidades legislativas recentes com vista à proteção dos financiamentos dirigidos à recuperação de sociedades em dificuldades financeiras. A seguir, exporemos as razões que justificam a não aplicação do regime dos suprimentos, nestas situações de participação de um credor na sociedade com vista à reestruturação e saneamento das finanças sociais. Analisaremos, por fim, a questão, à luz do nosso direito positivo.

6.2. Interpretação do regime legal do contrato de suprimento, em conformidade com a Diretiva (U.E.) 2019/1023, sobre reestruturação preventiva

O legislador europeu aprovou recentemente a Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019, sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas (doravante, a "Diretiva 2019/1023" ou simplesmente a "Diretiva").

A Diretiva 2019/1023 tem como objetivo declarado aumentar a eficácia dos processos de reestruturação empresarial, incentivando as reestruturações preventivas, numa fase precoce das dificuldades financeiras da empresa, e procurando superar os obstáculos à reestruturação empresarial (cfr., em particular, os Considerandos n.ºs 1, 4, 5, 22, 24 e 68).

Como vimos, a subordinação dos créditos concedidos por sócios com vista à reestruturação e recuperação da empresa constitui justamente um destes obstáculos, pelo que a Diretiva contém um capítulo 4, que prevê a "*Proteção do novo financiamento, do financiamento intercalar e de outras transações relacionadas com a reestruturação*".

De acordo com as definições da Diretiva, esta proteção deve incidir sobre os novos financiamentos concedidos "*por um credor já existente ou por um novo credor para executar um plano de reestruturação*" ("*novo financiamento*") ou "*durante a suspensão das medidas de execução, e que seja razoável e seja imediatamente necessária para a continuação do funcionamento da empresa do devedor, ou para a sua preservação ou valorização*" ("*financiamento intercalar*")⁹.

9 Artigo 2.º, n.º 1, alíneas 7) e 8), da Diretiva 2019/1023. Por sua vez, a alínea 4) do n.º 1 do artigo 2.º define a "«Suspensão das medidas de execução»: a suspensão temporária, concedida por uma autoridade judicial ou administrativa ou aplicada por força da lei, do direito de um credor executar créditos reclamados junto de um devedor e, se o direito nacional assim o previr, junto de terceiros prestadores de garantias, no contexto de processos judiciais, administrativos ou outros, ou de suspender o direito de apreender ou liquidar por via extrajudicial os ativos ou a empresa do devedor".

Assim, o art. 17.º, n.º 1, da Diretiva 2019/1023 determina que “Os Estados-Membros asseguram que o novo financiamento e o financiamento intercalar sejam devidamente protegidos”. E estabelece, como um patamar mínimo de proteção, que estes financiamentos “não podem ser declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução” e que os respetivos credores “não podem incorrer em responsabilidade civil, administrativa ou penal, com o fundamento de que tais financiamentos são prejudiciais para o conjunto dos credores” (art. 17.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Diretiva 2019/1023).

Sucede que o legislador europeu vai além deste patamar mínimo e, no art. 17.º, n.º 4, da Diretiva 2019/1023, prevê mesmo a possibilidade de os Estados-membros estabelecerem um direito dos credores que efetuaram estes financiamentos, no âmbito da reestruturação, a serem pagos com prioridade, em relação aos restantes credores, caso a sociedade venha a ficar insolvente.

É importante salientar, que, em face do objetivo expresso de incentivar as reestruturações preventivas, numa fase precoce, a Diretiva *não restringe* este tratamento privilegiado de novos financiamentos, no âmbito da reestruturação empresarial, aos processos de reestruturação *judicial*, admitindo-o também em reestruturações *extrajudiciais*. É o que resulta claramente do artigo 17.º, n.º 2, da Diretiva 2019/1023 que prevê a *possibilidade* — e não a *obrigatoriedade* — de os Estados-membros restringirem este privilégio aos financiamentos com intervenção de autoridade judicial, administrativa ou outra *ex ante*.

Esta nova regulamentação europeia sobre a proteção dos créditos concedidos no âmbito da reestruturação de empresas em dificuldades financeiras tem a maior relevância para o intérprete da lei nacional, nomeadamente dos artigos 243.º a 245.º do CSC e do art. 48.º, alínea g), do CIRE, relativos ao contrato de suprimento.

Como é sabido, decorre do primado do direito europeu uma obrigação de interpretação do direito nacional em conformidade com as diretivas da União Europeia, regra imperativa que se impõe aos tribunais dos Estados-membros.

As diretivas comunitárias estabelecem certos objetivos e fins de regulamentação, deixando aos Estados-membros um espaço de regulamentação para atingir esses fins. Se uma norma de direito nacional contrariar os fins da diretiva, então essa norma deverá ser interpretada em conformidade com a diretiva. Como o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou no célebre Acórdão “*Marleasing*”, de 13 de novembro de 1990 (processo C-106/89), a interpretação do direito nacional abrangido pelo campo de aplicação da diretiva deve orientar-se, “na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da diretiva, para atingir o resultado por ela prosseguido.” O TJUE é absolutamente claro no sentido de que esta regra interpretativa não se aplica apenas às regras nacionais de transposição da diretiva, mas também a “*disposições anteriores ou posteriores à diretiva*” (cfr. o parágrafo n.º 9 do “*Acórdão Marleasing*”), pelo que o regime legal dos suprimentos também deve ser interpretado em conformidade com os fins da Diretiva 2019/1023.

Assim, em face de várias interpretações possíveis dos artigos 243.º e 245.º, n.º 3, alínea a), do CSC, e do art. 48.º, alínea g), do CIRE, o intérprete deve adotar a que mais se adequa às finalidades da Diretiva 2019/1023, de incentivar a reestruturação preventiva, através da proteção dos créditos concedidos no âmbito da reestruturação.

O que significa, pelo menos, que as referidas normas não podem ser objeto de interpretações extensivas, que, indo além do respetivo teor literal, contrariem as finalidades da Diretiva. Mais, na medida do permitido pela letra dos artigos 243.º, 245.º, n.º 3, alínea a), do CSC, e do art. 48.º, alínea g), do CIRE, devem estas normas ser objeto de uma interpretação restritiva, compatível com o respetivo teor literal, se a mesma for necessária para prosseguir o resultado visado pela Diretiva.

6.3. O privilégio previsto no novo art. 17º-H do CIRE, para os créditos de sócios, que financiem a empresa, num processo de reestruturação judicial

A Diretiva 2019/1023 foi transposta para o ordenamento jurídico português através da Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, que alterou o CIRE e — para o que importa ao caso que especificamente nos ocupa — alterou profundamente o respetivo art. 17.º-H, que rege em matéria de garantias e privilégios associados aos financiamentos concedidos na pendência do processo especial de revitalização ou em execução do mesmo com vista ao desenvolvimento da atividade e revitalização da empresa.

Esta norma estabelece, no seu n.º 3, um privilégio mobiliário geral a favor dos créditos concedidos para a revitalização da empresa, no decurso de processo especial de revitalização ou em execução de plano de recuperação, caso a empresa venha a ser declarada insolvente, no prazo de dois anos, após a homologação do plano de recuperação. Este privilégio mobiliário geral é especialmente graduado com prioridade sobre o privilégio mobiliário geral dos trabalhadores. O n.º 4 do art. 17.º-H prevê expressamente que este privilégio abrange os créditos concedidos por acionistas.

O número dois do novo art. 17.º-H reforça esta proteção dos financiamentos concedidos para a recuperação da empresa, qualificando-os mesmo como créditos sobre a massa insolvente, até um valor correspondente a 25% do passivo não subordinado da empresa, à data da declaração da insolvência, caso esta venha a ocorrer, no prazo de dois anos após a homologação do plano de recuperação. Trata-se aqui de um privilégio fortíssimo, uma vez que, como é sabido, os créditos sobre a massa insolvente são pagos antes de todos os créditos sobre a insolvência.

O legislador nacional optou por restringir apenas às reestruturações judiciais este privilégio tão forte dos créditos concedidos no âmbito da reestruturação. O que nos obriga a ponderar se faz sentido um tratamento tão maniqueísta dos créditos de sócios no âmbito de uma reestruturação: os créditos concedidos num processo judicial de revitalização, ainda que através de mútuos, gozam de um privilégio mobiliário geral e são mesmo considerados créditos sobre a massa insolvente, até um determinado montante; já os créditos concedidos numa reestruturação extrajudicial, incluindo os simples diferimentos de créditos, não seriam sequer créditos comuns, sendo tratados como créditos subordinados.

Não nos parece que se justifique esta oscilação entre o oito e o oitenta, consoante se trate de uma reestruturação extrajudicial ou judicial. Além de que a interpretação do regime legal do contrato de suprimento, no sentido de este abranger os diferimentos de créditos acordados com um credor institucional, designadamente aqueles que se dedicam à atividade de reestruturação empresarial, no âmbito da reestruturação de uma empresa em dificuldades financeiras, contraria os fins pros-

seguidos pela Diretiva 2019/1023, no sentido de incentivar as reestruturações preventivas, através da proteção dos créditos concedidos à sociedade em recuperação.

Em bom rigor, à luz dos fins da Diretiva, julgamos que é possível colher do art. 17.^o-H do CIRE um argumento de maioria de razão, a favor da não subordinação de créditos diferidos em operações de reestruturação extrajudicial. De facto, se numa reestruturação judicial, os novos financiamentos, incluindo mútuos, são créditos privilegiados e até créditos sobre a massa insolvente, então, numa reestruturação extrajudicial, os meros diferimentos de créditos devem ser, pelo menos tratados, como créditos comuns¹⁰.

Além de conforme aos fins da diretiva sobre reestruturações preventivas, como veremos, este resultado interpretativo é imposto pela própria finalidade do regime do contrato de suprimento.

6.4. Inaplicabilidade do regime dos suprimentos aos créditos de novos sócios que pretendem reestruturar as finanças sociais, à luz da finalidade desse regime

Há vinte anos, depois de ponderarmos a finalidade do regime legal do contrato de suprimento e as razões que fundamentam o privilégio para a reestruturação/saneamento previsto no direito alemão, tivemos a oportunidade de defender um tratamento privilegiado dos novos sócios, que participam na sociedade, apenas com um objetivo de reestruturação financeira e recuperação da empresa¹¹.

Como vimos, o objetivo essencial do regime legal do contrato de suprimento é a proteção dos credores sociais. Ora, um incentivo para a participação de um credor numa sociedade em situação financeira difícil, com vista à superação dessa situação, não só não contraria, como até prossegue aquele objetivo fundamental. Ao prosseguir a recuperação financeira da sociedade, o novo sócio não permitirá apenas o pagamento dos seus créditos, mas também a satisfação dos restantes credores sociais. E, para estes, a alternativa será, quase sempre, bem pior, pois, se a sociedade prosseguir tranquilamente o seu “calvário”, a insolvência será o destino anunciado.

Isto é, a extensão do regime dos suprimentos às situações em que um credor se vem a tornar sócio, com o objetivo de reestruturar financeiramente a sociedade, não só não encontra apoio, como é mesmo contrariada, pela finalidade desse regime de proteção dos credores sociais.

Por outro lado, será igualmente mais justo que o novo sócio não fique em pior situação do que aquela em que estaria não fora a sua louvável intenção de participar diretamente no saneamento das finanças sociais. Em total conformidade com os fins da Diretiva 2019/1023, tal privilégio incentivaria as instituições de crédito e outros credores institucionais a abandonar uma política defensiva e a participar, de forma direta ou indireta (por exemplo, através de fundos de reestruturação),

¹⁰ Neste sentido, PERESTRELO DE OLIVEIRA, Madalena (2019). Financiamento para reestruturação e financiamento intercalar. Em SERRA, Catarina (coord.): *V Congresso de Direito da insolvência*, Coimbra: Almedina, p. 279.

¹¹ Em MOTA PINTO, Alexandre (2002). *Do Contrato de Suprimento. O Financiamento da Sociedade entre Capital Próprio e Capital Alheio*. Coimbra: Almedina, pp. 262 e segs.

em tentativas sérias de reestruturação e saneamento empresarial que poderão ser bem sucedidas, evitando insolvências desnecessárias¹².

Acresce que o novo sócio não tem qualquer responsabilidade na situação financeira da sociedade até esse momento, e poderá contribuir para detetar e corrigir a origem dos problemas financeiros¹³, principalmente usufruindo da perícia própria dos credores institucionais. Um tal privilégio premiará o livre compromisso do novo sócio com a reestruturação financeira e o salvamento da empresa da insolvência, bem como o sinal de motivação fornecido aos credores sociais, aos trabalhadores e aos restantes sócios para, em conjunto, participarem no esforço de saneamento da empresa.

Parece-nos, assim, que, também entre nós, o regime legal dos suprimentos deve ser interpretado em conformidade com a Diretiva 2019/1023, não abrangendo os créditos de sócios que adquiram uma participação numa sociedade em dificuldades financeiras com o objetivo de contribuir para a reestruturação financeira e recuperação da sociedade.

Esses créditos deverão ser tratados como créditos comuns na insolvência, onde passarão a ser tratados em igualdade de circunstâncias *com os restantes* credores. O incentivo para a salvação das empresas, através da reestruturação e saneamento financeiros, deve ser realizado pelo legislador *antes* de a situação financeira as trazer a tribunal, num processo de insolvência — momento no qual, muitas vezes, será tarde para conseguir a recuperação. A Diretiva 2019/1023 di-lo expressamente no Considerando n.º 2: “os regimes de reestruturação preventiva deverão, acima de tudo, permitir que os devedores se reestruturarem efetivamente numa fase precoce e evitem a insolvência, limitando assim a liquidação desnecessária de empresas viáveis”.

Esta proteção só deve abranger *novos sócios*, que adquiram participações sociais num *momento* em que a sociedade se encontra em *dificuldades financeiras*, não já antigos sócios, ainda que estes pretendam participar no saneamento financeiro da sociedade¹⁴.

A aquisição de participações sociais por um credor que não é sócio constitui, pois, um requisito para a não aplicação do regime dos suprimentos, em operações de reestruturação/saneamento da sociedade devedora. Já será irrelevante a forma como as participações são adquiridas, se através de um aumento do capital social, de uma transmissão de participações sociais ou da execução de um penhor sobre as mesmas, bem como o montante da participação social do novo sócio¹⁵.

12 Cfr. DAUNER-LIEB, Barbara (2000). Einschränkung des Grundtatbestandes: Das Sanierungsprivileg des §32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG. *Handbuch des Kapitalersatzrechts*, Köln, p. 88, com uma esperança moderada; DÖRRIE, Robin (1999). Das Sanierungsprivileg des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG. *ZIP*, p. 17, bastante otimista.

13 DAUNER-LIEB, Barbara (2000). Einschränkung des Grundtatbestandes: *Das Sanierungsprivileg...*, *op. cit.*, p. 95, afirmando que, ao contrário dos antigos sócios, não se verifica o risco de o novo sócio permanecer “cego” à origem dos problema sociais.

14 DAUNER-LIEB, Barbara (2000). Einschränkung des Grundtatbestandes: *Das Sanierungsprivileg...*, *op. cit.*, pp. 110 e segs.; HOMMELHOFF/GOETTE (2001). *Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis*, Köln, p. 56, que, de acordo com o fundamento avançado na Alemanha para o regime dos suprimentos, afirmam que o privilégio abrange apenas os novos sócios, porque só estes não assumiram, até ao momento, qualquer responsabilidade pelo financiamento da sociedade.

15 CLAUSSEN, C. P. (1996). Die GmbH braucht eine Deregulierung des Kapitalersatzrechts. *GmbHHR*, p. 327; e DAUNER-LIEB, Barbara (2000). Einschränkung des Grundtatbestandes: *Das Sanierungsprivileg...*, *op. cit.*, p. 105.

Por outro lado, é necessário que o novo sócio tenha adquirido a participação social com o *objetivo de recuperação financeira* da sociedade¹⁶. Não se tratará, aqui, de sindicatizar a motivação subjetiva do novo sócio, uma vez que os restantes credores não podem ficar dependentes apenas da intenção daquele, mas, antes, de averiguar certas circunstâncias suscetíveis de demonstrar, em termos objetivos, a finalidade de saneamento.

Será, assim, de exigir que, de acordo com uma avaliação imparcial e objetiva de um terceiro, a sociedade fosse *recuperável* no momento da aquisição de participações sociais, e que o conjunto das medidas empreendidas para o seu saneamento fosse *abstratamente apto* para recuperar a sociedade, num período de tempo previsível¹⁷.

Como é óbvio, a não aplicação do regime dos suprimentos não pode depender do *êxito* do esforço de recuperação da sociedade. Na realidade, este privilégio é concebido, justamente, para as hipóteses em que o esforço de saneamento da empresa não tem sucesso. De outra forma, não seria necessário¹⁸.

6.5. Impossibilidade de extensão teleológica do regime dos suprimentos ao terceiro credor, que adquire a qualidade de sócio, com a finalidade de reestruturar e recuperar a sociedade

Mútuo do *sócio* à sociedade e diferimento do vencimento de um crédito que o *sócio* detém sobre a sociedade, são as duas modalidades do contrato de suprimento, enunciadas no art. 243.º, n.º 1, do CSC.

Um elemento essencial de identificação do contrato de suprimento, de ordem subjetiva, é o que se prende com a *qualidade das pessoas* ou sujeitos entre quem se conclui — ou seja, trata-se de um contrato celebrado entre o sócio e a “sua” sociedade¹⁹.

Qualquer sócio, desde que, em termos formais, possua esta qualidade, poderá celebrar um contrato de suprimento, sendo irrelevantes as suas motivações, propósitos, ou interesses (empresariais, ou, simplesmente, de investimento) prosseguidos. O nosso regime legal não se aplica, pois,

16 Barbara DAUNER-LIEB, Barbara (2000). Einschränkung des Grundtatbestandes: *Das Sanierungsprivileg...*, op. cit., p.114, distingue a vontade de saneamento e a seriedade do projeto de saneamento, sendo ambos os elementos preenchidos por circunstâncias objetivas.

17 DAUNER-LIEB, Barbara (2000). Einschränkung des Grundtatbestandes: *Das Sanierungsprivileg...*, op. cit., p. 110, fornece várias elementos que preenchem objetivamente o pressuposto de facto da finalidade de superação da crise financeira: a recuperabilidade da sociedade no momento da entrada do novo sócio; a existência de um projeto de recuperação concludente; o financiamento da sociedade pelo novo sócio com capital próprio; a aquisição pelo sócio de um montante de participações sociais que lhe permita impor o seu projeto de saneamento no seio da sociedade.

18 Cfr. DAUNER-LIEB, Barbara (2000). Einschränkung des Grundtatbestandes: *Das Sanierungsprivileg...*, op. cit., p. 115; e HOMMELHOFF/GOETTE (2001). *Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis*, op. cit., p. 58. Note-se, por último, que um tal privilégio abrangerá os créditos que o novo sócio detinha no momento em que entrou para a sociedade e os créditos que vier a deter em virtude do esforço de saneamento das finanças sociais.

19 Existe uma terceira modalidade de contrato de suprimento, prevista no art. 243.º, n.º 5, do CSC, que não é celebrado entre o sócio e a sociedade, consistindo, antes, na *aquisição pelo sócio de um crédito que um terceiro detém sobre a sociedade*. Ora, se o novo sócio adquirir créditos de terceiro sobre a sociedade em dificuldades financeiras com o propósito de reestruturar esses mesmos créditos, entendemos evidentemente que tais créditos não se convertem em suprimentos, porquanto a aquisição por parte do novo sócio prossegue o desiderato de saneamento financeiro e recuperação da empresa, da mesma forma que a reestruturação dos créditos de que o novo sócio já era titular antes de adquirir esta qualidade. Aliás, a experiência demonstra que a aquisição de créditos de terceiros é frequentemente necessária para conseguir reestruturar cabalmente toda a dívida da sociedade e ajustá-la à capacidade da empresa de libertar meios líquidos para servir essa mesma dívida.

apenas aos sócios detentores de mais do que uma determinada *percentagem mínima* do capital social²⁰, dirigindo-se *formalmente*, aos sócios, independentemente do montante da respetiva participação social.

A qualidade de sócio deve existir no momento em que o contrato é celebrado²¹. Sendo o momento decisivo o da realização (ou seja, o da perfeição) do mútuo ou do diferimento do crédito, os créditos do sócio não perdem a qualidade de suprimentos se o sócio credor, entretanto, *deixar de ser sócio*²².

Pelo mesmo critério, na situação inversa, em que um *terceiro credor* adquire a qualidade de sócio, os seus créditos não deveriam ser qualificados como suprimentos. Esta situação não cabe na letra da lei, uma vez que o art. 243.º, n.º 1, do CSC, abrange apenas o "*contrato pelo qual o sócio empresta à sociedade (...) ou pelo qual o sócio convencionou com a sociedade*". Se um terceiro credor adquire a qualidade de sócio, não há qualquer acordo de mútuo ou diferimento de créditos, entre o credor/novo sócio e a sociedade.

Ainda assim, por forma a evitar fraudes ao regime dos suprimentos, defendemos²³ que os créditos desse novo sócio deverão submeter-se a esse regime, desde que substituam o capital próprio da sociedade, o que é revelado pela sua permanência na sociedade, durante mais de um ano. Na verdade, se, nestas hipóteses, em que o credor adquire a qualidade de sócio, ou, na hipótese inversa, em que o credor perde a qualidade de sócio, os seus créditos não ficassem sujeitos ao regime dos suprimentos, os sócios poderiam contornar facilmente este regime.

Baseando-se esta interpretação extensiva da letra do art. 243.º, n.º 1, do CSC, no propósito de evitar fraudes ao regime legal dos suprimentos e, portanto, no objetivo de assegurar a finalidade legal desse regime, é evidente que a extensão não pode ter lugar, quando não existe qualquer tentativa de fraude e a mesma for contrária à finalidade do regime legal dos suprimentos, qual seja a proteção dos credores sociais.

Ora, a penalização, através da subordinação dos respetivos créditos, da participação de um credor numa sociedade em situação difícil, com a finalidade de permitir a superação dessa situação, contraria o objetivo fundamental de proteger os credores dessa sociedade. É que, ao prosseguir a reestruturação e recuperação financeira da sociedade, o credor e novo sócio possibilitará, não só o pagamento dos seus créditos, mas também a satisfação dos restantes credores sociais.

20 Na Alemanha, aponta-se como fundamento do regime dos "empréstimos substitutivos de capital", a responsabilidade dos sócios pelo financiamento da sociedade. É por essa razão, que nas sociedades anónimas, se defendem certas restrições na aplicação do regime dos suprimentos, uma vez que nem todos os sócios são responsáveis pelo financiamento da sociedade. Cfr., por exemplo, SCHMIDT, Karsten: *Gesellschaftsrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1997 (3.ª Edição), pág. 533, para quem a responsabilidade pelo financiamento constitui um critério de aplicação das regras sobre empréstimos substitutivos de capital, que só se aplicam aos créditos dos sujeitos que "são responsáveis pelo financiamento da empresa" ("*nur die Kredite derer, die für die Unternehmensfinanzierung verantwortlich sind.*").

21 Cfr. VENTURA, Raúl (1989). *Sociedades por quotas*, op. cit., p. 96.

22 Cfr. neste sentido, VENTURA, Raúl (1989). *Sociedades por quotas*, op. e loc. cit.; PEREIRA, J. Aveiro (2001). *O contrato de suprimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª Edição, p. 65.

23 Foi o que defendemos em MOTA PINTO, Alexandre (2002). *Do Contrato de Suprimento*, op. cit., p. 287.

Seja um exemplo. Suponha-se que X, credor da sociedade Y, adquiriu uma participação social na sociedade devedora num momento em que já era clara a incapacidade desta sociedade para realizar pagamentos. Graças à reestruturação dos créditos de X, foi possível evitar a insolvência da sociedade Y e as consequentes perdas dos restantes credores sociais. Ou seja, a reestruturação dos créditos de X e a assunção, por ele, de uma participação na sociedade Y permitiu proteger os respetivos credores sociais, pelo que a finalidade de proteção deste últimos não pode justificar que X fique em pior situação do que estaria se não tivesse tentado recuperar a sociedade Y.

Como vemos, a extensão do regime dos suprimentos às situações em que um credor se vem a tornar sócio, com o objetivo de reestruturar e recuperar financeiramente a sociedade, não só não encontra apoio, como é mesmo contrariada, pela finalidade desse regime de proteção dos credores sociais. Além de que consubstancia uma interpretação do art. 243.º, n.º 1, do CSC, contrária aos fins da Diretiva 2019/1023, novo dado legislativo da maior importância.

Acresce que, no domínio da insolvência e para o efeito específico da qualificação como créditos subordinados, a alínea a) do artigo 48.º do CIRE fornece um importante ponto de apoio sistemático contra a subordinação dos créditos de terceiros credores, que passam a ser sócios, uma vez que aquela norma exige que a relação especial com o devedor já existisse, no momento em que os créditos foram *constituídos*. *Mutatis mutandis*, o credor já deveria ser sócio, no momento em que os seus créditos foram constituídos, para que os mesmos sejam créditos de suprimentos, sujeitos à subordinação, prevista na alínea g) do artigo 48.º do CIRE.

Refira-se, por fim, que uma tal extensão da letra do art. 243.º, n.º 1, do CSC, também seria pouco coerente com o fundamento do regime dos suprimentos numa *responsabilidade pelo financiamento da sociedade*²⁴ ou num *dever de financiamento ordenado da sociedade*²⁵.

De facto, o credor que participa numa operação de reestruturação não tem qualquer responsabilidade quanto ao modo como a sociedade foi financiada, pelos sócios, até esse momento, nem pelas dificuldades financeiras por que esta passa. Um tal credor não incumpriu qualquer dever de financiar de forma ordenada a sociedade nem é responsável pela crise financeira desta. O que é absolutamente evidente quando, como tantas vezes sucede na prática, um terceiro adquire (quase) concomitantemente uma participação social e créditos que já estavam em incumprimento, tudo com o objetivo de recuperar a sociedade.

Podemos, assim, concluir que o art. 243.º, n.º 1, do CSC, não pode ser objeto de uma interpretação extensiva, para abranger os créditos de um terceiro, que se vem a tornar sócio, com o objetivo de reestruturar e recuperar financeiramente a sociedade.

24 De acordo com este fundamento, afirmado na ordem jurídica alemã, embora mantenham a sua liberdade de financiar a sociedade de responsabilidade limitada, os sócios tornam-se responsáveis pelo *modo* como financiaram a sociedade, quando lhe concedem capital alheio e não capital próprio, num momento em que a sociedade já não obteria crédito de terceiros, em condições normais de mercado.

25 Como defendemos em MOTA PINTO, Alexandre (2002). *Do Contrato de Suprimento*, op. cit., pp. 388/9.

7. Conclusões

Os suprimentos são créditos dos sócios emergentes de mútuos ou diferimentos de créditos, que têm carácter de permanência na sociedade, isto é, em que o prazo, estipulado ou efetivo, de reembolso do crédito é superior a um ano (art. 243.º, n.ºs 1 a 3, do CSC). Esta duração estipulada ou efetiva do crédito constitui uma presunção de permanência, ou seja, de que se trata de um crédito de suprimento, mas o art. 243.º, n.º 4, do CSC, admite que os sócios ilidam essa presunção.

A liberdade dos sócios no financiamento da sociedade constitui o pressuposto da realização de suprimentos, cabendo aos sócios decidir livremente *se e de que modo* financiam a sociedade. Porém, esta liberdade conflitua com os interesses dos credores sociais: se os sócios puderem exercer livremente a sua pretensão ao reembolso dos suprimentos, durante a atividade ou na insolvência da sociedade, diminuirá o património social, garantia de satisfação dos credores sociais, e, portanto, as possibilidades de estes verem os seus créditos satisfeitos.

A necessidade de proteger os credores sociais tornou necessária a disciplina jurídica dos suprimentos, consagrada nos artigos 243.º a 245.º do CSC e nos artigos 48.º e 177.º do CIRE.

No entanto, a experiência demonstrou que essa mesma disciplina jurídica pode constituir um obstáculo de monta à recuperação de empresas, impedindo os credores de contribuir ativamente para o saneamento e recuperação de sociedades em dificuldades financeiras, através da concessão ou reestruturação dos seus créditos acompanhada de uma participação no capital da sociedade, uma vez que os seus créditos serão qualificados como suprimentos, e como tal, se a tentativa de recuperação não for bem sucedida, serão créditos subordinados na insolvência.

Para evitar este resultado injusto e contrário ao objetivo de recuperação empresarial, a ordem jurídica alemã (atualmente, o § 39, n.º 4, 2.ª parte, do Código da Insolvência alemão) prevê um "*privilégio para o saneamento*", excluindo do campo de aplicação das regras sobre suprimentos os créditos de sócios que apenas entraram para uma sociedade em dificuldades financeiras com o objetivo de a recuperar.

Por seu turno, o legislador europeu aprovou recentemente a Diretiva 2019/1023, com o objetivo de aumentar a eficácia dos processos de reestruturação empresarial, incentivando as reestruturações preventivas, numa fase precoce das dificuldades financeiras da empresa, e procurando superar os obstáculos à reestruturação empresarial, com a injunção aos Estados-membros para assegurarem que os créditos concedidos no âmbito de uma reestruturação empresarial (judicial ou extrajudicial) são "*devidamente protegidos*" (artigo 17.º, n.º 1, da Diretiva). Atento o primado do direito europeu, o intérprete está obrigado a adotar — entre as várias interpretações possíveis dos artigos 243.º e 245.º, n.º 3, alínea a), do CSC, bem como do art. 48.º, alínea g), do CIRE — aquela que mais se adequa às finalidades da Diretiva 2019/1023, de incentivar a reestruturação preventiva, através da proteção dos créditos concedidos no âmbito da reestruturação.

Do mesmo modo, à luz dos fins da aludida Diretiva, resulta da nova redação do art. 17.º-H do CIRE um argumento de maioria de razão a favor da não subordinação de créditos diferidos em operações de reestruturação extrajudicial, uma vez que, se numa reestruturação judicial, os novos

créditos (inclusivamente, mútuos) são considerados créditos privilegiados e, até, créditos sobre a massa insolvente, então, numa reestruturação extrajudicial, os meros diferimentos de créditos não podem deixar de ser tratados, pelo menos, como créditos comuns.

De resto — e, quiçá, *sobretudo* — afigura-se que um incentivo para a participação de um credor numa sociedade em situação financeira difícil, com vista à superação desta situação, não contraria em nada, mas antes prossegue o objetivo do regime legal dos suprimentos, qual seja a proteção dos credores sociais. Ao promover a recuperação financeira da sociedade, o novo sócio não permitirá apenas o pagamento dos seus créditos, mas também a satisfação dos restantes credores sociais, para os quais a alternativa seria a insolvência da sociedade.

Em suma, além de ser contrária aos fins da Diretiva 2019/1023 e de desincentivar os credores institucionais a participar em tentativas sérias de reestruturação empresarial, a extensão do regime dos suprimentos às situações em que um credor se vem a tornar sócio, com o objetivo de reestruturar financeiramente a sociedade, contraria a própria finalidade desse regime legal de proteção dos credores sociais. De resto, não seria justo que o novo sócio ficasse em pior situação do que aquela em que estaria se não tivesse participado na tentativa de saneamento das finanças sociais.

Artículos

ESTATUTO JURÍDICO DE LAS AGUAS EN EL BORRADOR DE NUEVA CONSTITUCIÓN PARA CHILE

María Francisca Mendoza Ruiz

Asociada principal del equipo de recursos hídricos de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría Abogados (Chile)

Estatuto jurídico de las aguas en el borrador de nueva Constitución para Chile

El borrador de nueva Constitución para Chile, que fue rechazado por amplia mayoría en el plebiscito del 4 de septiembre pasado, introducía una serie de modificaciones respecto al régimen jurídico de las aguas y el aprovechamiento que los particulares pueden hacer de ellas. Mediante el establecimiento de una nueva categoría de bienes, denominados bienes comunes naturales, se terminaba con los derechos de aprovechamiento de aguas para, en su reemplazo, otorgar autorizaciones administrativas de uso de aguas, las cuales no son susceptibles de propiedad y son extinguidas, caducables y revocables. Ello tenía una serie de implicancias no solo desde el punto de vista de la propiedad, sino que también desde el punto de vista operacional.

PALABRAS CLAVE:

NUEVA CONSTITUCIÓN, AGUAS, BIENES COMUNES NATURALES, DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS, AUTORIZACIONES DE USO DE AGUAS.

Legal statute of water in the draft of the new Constitution for Chile

The draft of the new Chilean Constitution, which was rejected by a large majority in the referendum of 4 September, included changes to the legal regime on water and how individuals use it. It proposed a new category of assets, called natural common goods, bringing an end to water-use rights. Instead of these rights, the draft Constitution granted administrative authorisations for water use, which are not subject to ownership, are extinguishable, revocable, and expire. This had implications not only from an ownership perspective, but also from an operational point of view.

KEYWORDS:

NEW CONSTITUTION, WATER, NATURAL COMMON GOODS, WATER RIGHTS, WATER USE AUTHORISATIONS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-10-2022

Mendoza Ruiz, María Francisca (2022). Estatuto jurídico de las aguas en el borrador de nueva Constitución para Chile. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 99-110 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Luego del plebiscito celebrado con fecha 25 de octubre de 2020, en el que 78,27 % de los votantes aprobaron la redacción de una nueva Constitución para Chile, con fecha 4 de julio de 2022, la Convención Constitucional formada para ello entregó al presidente de la República un borrador de nueva Constitución que se conformaba de un articulado permanente y un articulado transitorio. Dicha propuesta de nueva Constitución fue votada en un segundo plebiscito, celebrado el día 4 de septiembre del presente año. En dicho plebiscito el resultado fue diametralmente opuesto al denominado plebiscito de entrada. Así, en este segundo plebiscito el 62 % de los chilenos rechazó la propuesta de nueva Constitución.

Si bien existían una serie de normas que generaban discusión respecto a su inclusión el texto de nueva Constitución propuesto, en el presente artículo abordaremos las normas que tenían que ver con la modificación del régimen jurídico de las aguas y el impacto en los derechos de aprovechamiento de aguas previamente constituidos.

2. Régimen jurídico actual de las aguas

Conforme al artículo 589 de nuestro Código Civil, se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a toda la nación. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación —como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas—, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

Según lo dispuesto por el artículo 19 N.º 23 de la Constitución actual, se asegura a todas las personas:

"23º.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución".

En virtud de lo dispuesto por el artículo 595 del Código Civil: *"Todas las aguas son bienes nacionales de uso público"*.

Por otra parte, el artículo 5.º del Código de Aguas establece: *"Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación."*

En función del interés público, se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los cuales podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código".

Por último, respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas, conforme al inciso final del artículo 19 N.º 24 de la Constitución actual, *"los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos"*.

Conforme a las normas citadas, en la actualidad, las aguas son bienes nacionales de uso público, inapropiables, respecto de las cuales se constituyen derechos de aprovechamiento, que son los que otorgan a su titular la propiedad sobre ellos.

Así, al existir propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, el titular de estos puede usar, gozar y disponer de su derecho en la medida que no sea contrario a la ley o a derecho ajeno.

Conforme a lo anterior, en la actualidad, el titular de un derecho de aprovechamiento puede venderlo, arrendarlo, cederlo, hipotecarlo o darlo en usufructo, entre otros actos jurídicos. Respecto al ejercicio del derecho, éste se sujeta a las normas y limitaciones que establece el Código de Aguas.

Cabe tener presente que, luego de la publicación de la Ley N.º 21.435 que "Modifica el Código de Aguas", los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos con posterioridad a la ley dejan de ser perpetuos, pasando a ser concesiones temporales de treinta años (los derechos constituidos con anterioridad mantienen su carácter indefinido).

3. Nuevo estatuto constitucional de las aguas

Conforme al borrador de nueva Constitución, las aguas dejaban de ser bienes nacionales de uso público para pasar a ser bienes comunes naturales. Así conforme al artículo 134:

"Son bienes comunes naturales el mar territorial y su fondo marino; las playas; las aguas, glaciares y humedales; los campos geotérmicos; el aire y la atmósfera; la alta montaña, las áreas protegidas y los bosques nativos; el subsuelo, y los demás que declaren la Constitución y la ley.

Entre estos bienes son inapropiables el agua en todos sus estados y el aire, los reconocidos por el derecho internacional y los que la Constitución o las leyes declaren como tales.

Tratándose de los bienes comunes naturales que sean inapropiables, el Estado debe preservarlos, conservarlos y, en su caso, restaurarlos. Debe, asimismo, administrarlos de forma democrática, solidaria, participativa y equitativa. Respecto de aquellos bienes comunes naturales que se encuentren en el dominio privado, el deber de custodia del Estado implica la facultad de regular su uso y goce, con las finalidades establecidas en el inciso 1".

¹ Las modificaciones introducidas por esta ley al Código de Aguas comenzaron a regir el día 6 de abril de 2022, fecha en que se publicó en el *Diario Oficial de la República de Chile*.

De esta manera, las aguas que en la actualidad son de dominio de toda la nación, en caso de que se hubiera aprobado el borrador de nueva Constitución, se transformaban en un bien que no tiene propietarios, que se entiende que forma parte de la naturaleza, como componente de ella, y respecto del cual el Estado tiene un deber de custodia.

Una cuestión relevante, en relación con este punto, es que el borrador de nueva Constitución no entregaba ninguna definición de lo que se entendía por bienes comunes naturales, toda vez que el artículo 134 se limitaba a señalar en su inciso 1.º que estos son "*elementos o componentes de la naturaleza sobre los cuales el Estado tiene un deber especial de custodia con el fin de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras*".

En relación con lo anterior, se encuentra la norma del artículo 103, que señalaba: "*La naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad*".

Respecto al concepto de *bienes comunes naturales*, Jorge Ivars señala: "*La aparición del concepto de bienes comunes está asociado al término inglés commons wells y al concepto de enclosure of the commons, al menos en lo que al mundo anglosajón concierne. A fin de aclarar las ambigüedades conceptuales propias de la traducción, Helfrich (2008: 42) afirma que más allá de algunas terminologías concretas el concepto de bienes comunes nos sitúa en cuatro temas fundamentales:*

- i. *El control sobre el uso y manejo de recursos y bienes que conforman nuestro patrimonio social, natural y cultural.*
- ii. *El acceso a dichos recursos y bienes.*
- iii. *El proceso de producción y reproducción social tanto de bienes como del bien común (Commonwealth).*
- iv. *La justicia distributiva en la repartición de los beneficios que emergen de nuestro acervo común*"².

Luego, el autor continúa con que los "*'recursos naturales' son esos 'bienes materiales' indispensables para la continuidad de la vida humana y natural que no remiten a nadie en particular sino a todo el conjunto social. Es decir, la consideración de 'bien común' se hace extensiva a los 'bienes comunes naturales' que ilegítimamente son nominados como recursos*"³.

Así, el concepto de bienes comunes naturales se opone al concepto de recursos naturales, el cual bajo esta visión se asocia a la apropiación y explotación de estos por parte no solo de los particulares, sino también del Estado. En virtud de lo anterior, se sacan los recursos naturales de la esfera de los bienes públicos para pasar a ser bienes comunes, respecto de los cuales el Estado se encuentra impedido de otorgar concesiones.

² Ivars, Jorge Daniel (2013). ¿Recursos naturales o bienes comunes naturales? Algunas reflexiones. *Papeles de Trabajo* (Centro de Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Socio-Cultural), n.º 26, pp. 88-97.

³ *Idem*.

4. Autorizaciones de uso de aguas

Considerando que, según el borrador de nueva Constitución, las aguas ya no pertenecían a toda la nación y eran inapropiables, el Estado solo podría otorgar autorizaciones administrativas para su uso.

Así lo señalaba expresamente el numeral 5 del artículo 134: *"El Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para el uso de los bienes comunes naturales inapropiables, conforme a la ley, de manera temporal, sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo. Estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad"*.

Este artículo debía ser complementado con la norma del artículo 142 incluida en el acápite especial sobre "Estatuto de las Aguas": *"El Estado velará por un uso razonable de las aguas. Las autorizaciones de uso de agua serán otorgadas por la Agencia Nacional de Aguas, de carácter intransferible, concedidas basándose en la disponibilidad efectiva de las aguas, y obligarán al titular al uso que justifica su otorgamiento"*.

De esta manera, en lugar de la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, se implementaba un nuevo régimen para el uso de las aguas, mediante un título de carácter administrativo, esencialmente precario, denominado "Autorización de Uso de Agua", que tenía las siguientes características:

- A. Corresponde a un título de carácter administrativo, otorgado mediante una resolución conferida por un órgano de la Administración del Estado. En este caso, la Dirección General de Aguas o su sucesor jurídico, la Agencia Nacional del Agua.
- B. De carácter temporal, modificable, caducable, extinguido y revocable. Dado que no se establece un plazo, deberá ser la ley la que determine la duración de las autorizaciones de uso. Lo mismo ocurre con las causales de caducidad, extinción y revocación. En cuanto a la modificación, la única referencia al respecto se encuentra en el artículo 144, que establecía dentro de las atribuciones de la Agencia Nacional del Agua el *"otorgar, revisar, modificar, caducar o revocar autorizaciones de uso de agua"*.
- C. Se conceden con base en la disponibilidad efectiva de las aguas. La norma no establece a qué se refiere la disponibilidad efectiva o cómo se determina, y lo cierto es que resulta extremadamente difícil otorgar una autorización con base en la disponibilidad efectiva, ya que eso correspondería a la situación de la fuente en un momento determinado. En la actualidad, los derechos de aprovechamiento de aguas se constituyen sobre la base de probabilidades de excedencia, exigiendo probabilidades del 85 % para la constitución de derechos en carácter de permanente.
- D. Restringidas a un uso determinado, toda vez que el agua solo puede ser empleada en el uso que justificó su otorgamiento.

- E. No confiere propiedad a su titular. Solo confiere una habilitación para la explotación del bien.
- F. Incomerciables. Ello implica que las AUA serán inalienables o de tráfico prohibido, y que resulta aplicable respecto de su transferencia el artículo 1464 N.º 1 del Código Civil, que establece que *"hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio"*.

Se ha señalado como argumento para la inapropiabilidad y la incomerciability el hecho de que Chile sería el único país sobre el que existe propiedad sobre las aguas (aun cuando la propiedad es sobre el derecho y no sobre el agua) y que existe un mercado del agua que permite a unos pocos beneficiarse a costa de un bien que es de todos.

Sin embargo, resulta necesario preguntarse si junto con la eliminación de los derechos de aprovechamiento de aguas y el establecimiento de la inapropiabilidad de las autorizaciones de uso de aguas, era necesario establecer además la incomerciability. Toda vez que, al tratarse de autorizaciones administrativas respecto a las cuales no existe propiedad, ya se cumple con el objetivo de evitar que las aguas ingresen de manera indefinida al patrimonio de unos pocos. Se ha intentado argumentar por quienes defienden este nuevo estatuto jurídico que el borrador de nueva Constitución no impide el cambio de titular de las autorizaciones de uso de aguas, y que el cambio de titular podrá ser autorizado por la Dirección General de Aguas o su sucesor jurídico, tal como ocurre con las resoluciones de calificación ambiental o una patente comercial; sin embargo, dicho argumento carece de sustento toda vez que solo respecto de las autorizaciones de uso de aguas se establece su carácter de incomerciable, sin que pueda ser comparado entonces con el cambio de titularidad de otras autorizaciones administrativas respecto de las cuales el borrador de nueva Constitución no establece dicha declaración.

La imposición de la incomerciability no solo termina con el mercado del agua, sino que también dificulta el desarrollo de los diversos procesos productivos que requieren del agua como un insumo esencial. Lo anterior, por cuanto hoy en día la comerciabilidad de los derechos de aguas permite que quien requiera de derechos de aprovechamiento pueda adquirirlos de quien no esté haciendo uso de ellos, existiendo una autorregulación no solo del mercado, sino del uso de las aguas, lo que permite un uso más eficiente de un recurso que es limitado. Hoy existen acuíferos y cuencas en los que ya no es posible constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, de manera tal que la única forma de acceder a ellos es mediante su transferencia, cuestión que en el borrador de nueva Constitución se encuentra prohibida.

Otra interrogante que surge a partir de la inapropiabilidad de las autorizaciones de uso de aguas y su precariedad, al ser estas revocables, extinguiibles, caducables y modificables por la Autoridad, dice relación con la inversión que tanto los particulares como el Estado estarán dispuestos a hacer respecto a las obras necesarias para el ejercicio de las autorizaciones de uso de agua y su aprovechamiento. Ello por cuanto, si no existe certeza respecto de la vigencia de la autorización, no habrá incentivo para la construcción de obras que permitan un uso eficiente de las aguas. Es más, ¿cómo podrá financiar el Estado proyectos, de riego por ejemplo, si no existe certeza respecto a la vigencia del título que permite el uso de las aguas? ¿Valdrá la pena invertir grandes sumas de dinero en obras para el aprovechamiento eficiente y sustentable de las aguas si no hay seguridad alguna respecto al título que permite dicho aprovechamiento? Esta falta de certeza atenta contra la inversión destinada a lograr un uso más eficiente de las aguas.

5. Administración de las aguas

En cuanto a la administración de las aguas, el artículo 143 del borrador de nueva Constitución establecía un sistema de gobernanza de las aguas participativo y descentralizado, a través del manejo integrado de cuencas, donde la cuenca hidrográfica sería la unidad mínima de gestión.

Sería responsabilidad de los nuevos consejos de cuenca la administración de las aguas, sin perjuicio de la supervigilancia y demás atribuciones de la Agencia Nacional de las Aguas y otras instituciones competentes. La ley regularía las atribuciones, el funcionamiento y la composición de estos consejos, que debían estar integrados, a lo menos, por los titulares de autorizaciones de uso de agua, la sociedad civil y las entidades territoriales con presencia en la respectiva cuenca, velando por que ningún actor pudiera alcanzar el control por sí solo.

En los casos en que no se constituyera un consejo, la administración sería determinada por la Agencia Nacional del Agua.

En virtud de lo anterior, las juntas de vigilancia —que, conforme al Código de Aguas, son los actuales organismos encargados de administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en las fuentes naturales, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común y realizar los demás fines que les encomiende la ley— cederían dicha función y control en favor de los consejos de cuenca.

Cabe tener presente que, en esta nueva forma de administrar las aguas, los titulares de autorizaciones de uso de aguas pasarían a ser un actor más dentro de los consejos de cuenca, al estar estos conformados también por la sociedad civil (organizaciones no gubernamentales, cámaras de turismo y juntas de vecinos, entre otros) y las entidades territoriales con presencia en la respectiva cuenca (conforme al artículo 187, son entidades territoriales autónomas las comunas autónomas, regiones autónomas y autonomías territoriales indígenas).

6. Derecho humano al agua y usos prioritarios

El artículo 57 del borrador de nueva Constitución consagraba:

"1. Toda persona tiene derecho humano al agua y al saneamiento suficiente, saludable, aceptable, asequible y accesible. Es deber del Estado garantizarlo para las actuales y futuras generaciones.

2. El Estado vela por la satisfacción de este derecho atendiendo las necesidades de las personas en sus distintos contextos".

De esta manera, se consagra a nivel constitucional el derecho humano al agua que ya había sido reconocido en la reciente reforma al Código de Aguas, introducida por la Ley N.º 21.435, y se le da una serie de características que, si bien no eran definidas por el borrador de Constitución, coinciden con el contenido del derecho humano al agua establecido por la Observación General N.º 15

del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 2002, que señala que el derecho humano al agua y saneamiento debe ser:

- i. Suficiente. *"El abastecimiento de agua por persona debe ser suficiente y continuo para el uso personal y doméstico"*.
- ii. Saludable. *"Libre de microorganismos, sustancias químicas y peligros radiológicos que constituyan una amenaza para la salud humana"*.
- iii. Aceptable. *"El agua ha de presentar un color, olor y sabor aceptables para ambos usos, personal y doméstico... Todas las instalaciones y servicios de agua deben ser culturalmente apropiados y sensibles al género, al ciclo de la vida y a las exigencias de privacidad"*.
- iv. Físicamente accesible. *"Dentro o situados en la inmediata cercanía del hogar, de las instituciones académicas, en el lugar de trabajo o las instituciones de salud"*.
- v. Asequible. El costo debe permitir a todas las personas acceder al agua potable y saneamiento. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sugiere que el coste del agua no debería superar el 3 % de los ingresos del hogar.

En relación con el derecho humano al agua consagrado por el artículo 57, se encuentran los usos prioritarios del agua establecidos por el artículo 140 del borrador de nueva Constitución. Así, el referido artículo establecía:

"1. El agua es esencial para la vida y el ejercicio de los derechos humanos y de la naturaleza. El Estado debe proteger las aguas, en todos sus estados y fases, y su ciclo hidrológico.

2. Siempre prevalecerá el ejercicio del derecho humano al agua, el saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas. La ley determinará los demás usos".

En virtud de la norma citada se establecía la prevalencia del consumo humano y saneamiento y el equilibrio ecosistémico sobre los demás usos. Si bien, en virtud del artículo 5.º bis del actual Código de Aguas, siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, ahora esta preferencia se consagraba a nivel constitucional, a la vez que se incluía dentro del mismo grado el equilibrio ecosistémico. Lo anterior tiene sentido si consideramos que el borrador de Constitución en su artículo 104 consagraba que *"toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado"*.

Por último, cabe señalar que el borrador de Constitución no hacía referencia a los usos productivos de las aguas, limitándose solo a señalar que será la ley la que determinará los demás usos. De esta manera, debía ser el legislador quien estableciera los usos productivos del agua, y si dentro de estos existirían o no prioridades en el uso.

7. Situación de los derechos de aprovechamiento de aguas previamente constituidos

Considerando que el nuevo estatuto constitucional de las aguas implicaba un cambio radical respecto al actual régimen jurídico de las aguas, el borrador de Constitución en su articulado transitorio regulaba qué ocurre con los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución.

Así conforme a la norma trigésimo quinta transitoria, se dispone que *"desde la entrada en vigencia de esta Constitución todos los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad a ella se considerarán, para todos los efectos legales, autorizaciones de uso de agua según lo establecido en esta Constitución"*.

Lo anterior significa que los derechos de aprovechamiento de aguas, respecto de los cuales la Constitución vigente garantiza el derecho de propiedad, pasaban a ser simples autorizaciones administrativas que permiten su uso, y que —como se dijo— respecto de estas autorizaciones no existiría propiedad, serían intransferibles y estarían sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación.

Ahora bien, mientras no se dictara la nueva normativa relativa a las autorizaciones de uso de aguas, se fijaban ciertas excepciones que se aplicarían mientras no se dictara la legislación de reemplazo o dentro de un plazo máximo de tres años desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución. Así, la norma transitoria establecía excepciones en materia de transferencias, gravámenes y transmisión.

Respecto a las transferencias, previa autorización de la Dirección General de Aguas o su sucesor jurídico, podrían permitirse cambios de titularidad en las autorizaciones de uso de aguas o actos jurídicos que impliquen que una persona distinta de la titular las ejerza, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

- A. Estar fundadas en la satisfacción del derecho humano al agua y al saneamiento, o la disponibilidad efectiva de las aguas en conformidad con lo establecido en los artículos 27 y 142 de la Constitución.
- B. La dictación de un acto administrativo fundado, el cual debía inscribirse en el Catastro Público de Aguas.

En cuanto a los gravámenes, la norma transitoria señalaba que los gravámenes constituidos antes de la publicación de la Constitución seguirían vigentes en los términos que establece su inscripción.

Por último, en cuanto a la transmisión de las autorizaciones de uso de aguas anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución, se señalaba que se sujetarían a las normas del derecho común para efectos de su transmisibilidad por causa de muerte.

Por otra parte, la norma disponía que *"con el objeto de asegurar la continuidad del servicio y el cumplimiento del derecho humano al agua y saneamiento establecidos en el artículo 294, y mientras no se dicte la ley indicada en el artículo transitorio anterior, se mantendrán en vigor los actos jurídicos que tengan por objeto contar con agua para abastecer sectores urbanos, asentamientos rurales, cooperativas y comités de Agua Potable Rural, destinados exclusivamente al consumo humano o al saneamiento, suscritos con titulares de autorizaciones de aguas o con organizaciones de usuarios de aguas, sin perjuicio de la revisión y autorización de la Dirección General de Aguas"*.

En virtud de lo anterior, se mantenían vigentes, hasta la dictación de la nueva normativa (sin un plazo determinado), los contratos que tengan por objeto el abastecimiento de agua para el consumo humano y saneamiento. Sin embargo, esta vigencia no era absoluta, sino que se encontraba condicionada, según señala expresamente la norma, a la revisión y autorización por parte de la Dirección General de Aguas.

Respecto a las señaladas excepciones, surgen una serie de interrogantes respecto a la transferencia de las autorizaciones de uso de aguas, la cual parecería aplicarse solo a los usos destinados al consumo humano y saneamiento, sin que existiera posibilidad para el resto de los usos—incluido el equilibrio ecosistémico, que para el borrador de nueva Constitución es prioritario— de transferirlos.

En cuanto a los gravámenes, resulta curioso que se mantengan vigentes hasta la dictación de la nueva normativa o dentro del plazo máximo de tres años, ya que, aun cuando subsista el gravamen, no será posible ejercer la acción ejecutiva al recaer la garantía sobre un derecho de aprovechamiento de aguas devenido en autorización intransferible.

Asimismo, en cuanto a la transmisión de las autorizaciones de uso de aguas, si bien se señala que estas se regirán por las normas del derecho común, resulta necesario cuestionarse si las autorizaciones de uso podrán ser heredadas; lo anterior por cuanto al no existir propiedad sobre la autorización de uso de aguas, esta no ingresa al patrimonio del causante. Así, conforme a la nueva normativa, los herederos de un agricultor, por ejemplo, podrían heredar el campo, mas no las aguas con las que este se riega.

Por último, respecto a la referencia que hace la norma transitoria al regular estas excepciones a la dictación de la nueva ley, cabe tener presente que, dado que las normas permanentes del borrador de nueva Constitución establecen la intransferibilidad e inapropiabilidad de las autorizaciones de uso de aguas, la nueva ley no podría contener una norma que permita la transferencia, la imposición de gravámenes o la transmisibilidad de las autorizaciones, toda vez que esta sería inconstitucional.

Por otra parte, según lo dispuesto por la norma trigésimo sexta transitoria:

"La Dirección General de Aguas o la Agencia Nacional de Aguas, según corresponda, de manera gradual, progresiva y con sentido de urgencia, realizará el proceso de redistribución de los caudales de las cuencas con el apoyo respectivo de los gobiernos regionales, para garantizar los usos prioritarios reconocidos en la Constitución."

Este proceso comprende la elaboración de informes de diagnóstico y evaluación a nivel regional, que se desarrollará por etapas y priorizando aquellas cuencas en crisis hídrica y con sobreotorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas. Dentro del plazo de seis meses, se iniciará el primer proceso regional. Esta redistribución no se aplicará a pequeños agricultores; comunidades, asociaciones y personas indígenas, gestores comunitarios de agua potable rural y otros pequeños autorizados”.

Conforme a la norma citada, una vez que entrara en vigencia la nueva Constitución y dentro del plazo de seis meses, se iniciaría un proceso de redistribución de caudales de las cuencas, priorizando aquellas en crisis hídrica y con sobreotorgamiento de derechos. Al respecto, resultaba esperable que los procesos de redistribución comenzaran en cuencas del norte y centro del país, con especial énfasis en aquellas con ecosistemas amenazados, fuerte estrés hídrico y alta conflictividad desde el punto de vista comunitario.

Para efectos de esta redistribución, conforme a los usos prioritarios establecidos por el artículo 140, siempre prevalecería el ejercicio del derecho humano al agua, el saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas. Con ello, los requerimientos hídricos relacionados al ecosistema pasan a tener un uso privilegiado y prioritario, al mismo nivel del consumo humano.

Conforme a lo anterior, y considerando que la redistribución no podría afectar a pequeños usuarios, era esperable que los restantes titulares que hagan uso productivo de las aguas, tales como mineras, grandes agrícolas, viñas, entre otros, debieran soportar estas limitaciones en el uso del agua, cediendo no solo en favor del consumo humano, sino también de los requerimientos ecosistémicos que se determinen al efecto.

Por último, aun cuando la norma constitucional no establecía si existiría una compensación producto de esta redistribución, a partir de la normativa vigente en el Código de Aguas y de la misma discusión en la Convención, lo esperable era que dichas limitaciones no dieran lugar a ningún tipo de indemnización para quien recibiera menos agua de la autorizada en su título por alguna de las causales antes referidas.

8. Comentarios finales

De haberse aprobado el borrador de nueva Constitución, era esperable que los cambios al estatuto jurídico de las aguas produjeran importantes consecuencias sobre los proyectos y actividades que utilizan este vital recurso y, en especial, sobre la inversión y funcionamiento de la economía del país. La transformación de los derechos de aprovechamiento de aguas en autorizaciones administrativas no solo significaría un detrimento desde el punto de vista patrimonial para quienes dejarían de tener el dominio sobre sus derechos de aprovechamiento, sino también implicaba el término de un sistema que ha otorgado certeza jurídica para la obtención y traspaso de derechos de aprovechamiento entre distintos actores en un mercado altamente regulado, en particular luego de la reciente reforma del Código de Aguas.

La regulación del agua en Chile, bajo su estructura fundamental de derechos y de propiedad sobre los mismos, aun cuando expuesta a diversas limitaciones y restricciones, ha permitido el desarro-

llo del sector agrícola, de generación hidroeléctrica, entre otras actividades productivas, y ello en virtud de la certeza jurídica que otorga el derecho real de aprovechamiento de aguas y de la posibilidad de constituir garantías sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, cuestión que ha permitido el financiamiento bancario para una gran cantidad de proyectos de inversión. Junto con lo anterior, bajo este mismo sistema, las sanitarias en épocas de mayor escasez de agua han podido asegurar el abastecimiento de agua de la población, suscribiendo, entre otros, contratos de arrendamiento de derechos de aprovechamiento de aguas con terceros; también ha permitido el desarrollo de proyectos hidroeléctricos de pasada basados en la suscripción de contratos de suministro entre comunidades de regantes y empresas hidroeléctricas, a través de los cuales los agricultores arriendan o permiten el uso de sus derechos en la generación de energía eléctrica, entre muchos otros ejemplos.

Así las cosas, de haberse aprobado el texto de nueva Constitución propuesto, prácticamente la totalidad de estos acuerdos y contratos estarían prohibidos, en tanto el título pasaba a tener el carácter de autorización administrativa, sin que existiera propiedad sobre él y habiendo establecido la misma Constitución su carácter de intransferible.

Ahora, en el estado actual del proceso constituyente, en que no existe claridad respecto a cuál será la vía para redactar una nueva propuesta de Constitución, queda la interrogante de cuál será el tratamiento que se le dará a las aguas, si seguirá en la línea de lo ya señalado por el borrador de Constitución analizado, estableciendo su carácter de bienes comunes naturales intransferibles, o si por el contrario mantendrá su carácter de bien nacional de uso público.

Cualquiera que sea la propuesta, esperamos que sea efectiva para que el Estado pueda cumplir con su deber de garantizar el derecho humano al agua y saneamiento, la protección de la naturaleza y de los ecosistemas, y de gestionar adecuadamente este bien público, de manera que permita la coexistencia de los diversos usos del agua, incluido su uso productivo.



Foro de
Actualidad

Foro de Actualidad

España

EL SECTOR INMOBILIARIO DE LAS CIENCIAS DE LA VIDA: RETOS Y OPORTUNIDADES

Diego Armero Montes y Juan Antonio Pérez Rivarés¹

Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona)

El sector inmobiliario de las ciencias de la vida: retos y oportunidades

Las compañías de las ciencias de la vida requieren espacios destinados a oficinas, laboratorios y producción industrial. A menudo precisan espacios que albergan funciones especializadas, como clean rooms o instalaciones de I+D. Las compañías tradicionales han venido ocupando sus propios inmuebles, pero tienden a embarcarse en el sale and lease back. Las start-ups, por su parte, tienden a tomar en arriendo el espacio que precisan. En este contexto, son cada vez más los promotores e inversores inmobiliarios que están empezando a embarcarse en el sector inmobiliario de las ciencias de la vida en nuestro país, siguiendo la estela de los mercados norteamericano y británico. Como acontece con cualquier sector incipiente en su desarrollo, este tipo de proyectos —ya sean relativos a inmuebles nuevos o en reposicionamiento— plantean un buen número de retos, también en el plano jurídico, que conviene considerar. La complejidad urbanística y regulatoria y la profusión normativa autonómica (especialmente en materia sanitaria y ambiental), junto con ciertas especificidades jurídicas en materia arrendaticia y de seguros, son cuestiones que deberían ser abordadas cuidadosamente —con asesoramiento especializado— por los operadores inmobiliarios que se embarquen en la promoción e inversión de inmuebles ligados a esta industria en España.

PALABRAS CLAVE:

SECTOR DE LAS CIENCIAS DE LA VIDA, INMOBILIARIO, PROMOTORES, INVERSORES.

Life sciences real estate: challenges and opportunities

Life sciences companies require a mix of offices, lab space and production facilities. They often need real estate that can house specialist functions, such as clean rooms or R&D facilities. Traditional companies typically occupied their own real estate but are increasingly opting for sale and leasebacks, while start-ups usually lease the space they require. In this context, more and more real estate developers and investors in Spain are looking to embark on projects in the life sciences sector, following the pattern of the North American and British real estate markets. As in any nascent sector, projects (be they for new construction or repositioning) pose a num-

ber of challenges, many of which are legal. Developers and investors in life sciences real estate in Spain face complex planning and regulatory issues, a profusion of regional legislation (specifically concerning health and environmental matters) and special legal features on lease and insurance matters, all of which require careful attention and assistance from specialist advisors.

KEYWORDS:

LIFE SCIENCES SECTOR, REAL ESTATE, DEVELOPERS, INVESTORS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 2-7-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 7-7-2022

Armero Montes, Diego; Pérez Rivarés, Juan Antonio (2022). El sector inmobiliario de las ciencias de la vida: retos y oportunidades. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 113-122 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

No es infrecuente en la actualidad la reflexión sobre el impulso que aporta la actividad inmobiliaria al sector industrial en nuestro país, con la mirada puesta fundamentalmente en los centros de datos (actualmente se cuentan más de setecientos megavatios en promoción en centros de datos en Madrid, Barcelona y Lisboa, con la capital española en cabeza) y en la logística (impulsada especialmente por el comercio electrónico). En este contexto, conviene centrar la atención en la llamada industria de las ciencias de la vida, que incluye actividades biotecnológicas, farmacéuticas y biomédicas.²

Este estudio se refiere a las necesidades de las empresas activas en el sector de las ciencias de la vida en términos de producto inmobiliario y en las oportunidades que brindan a promotores e inversores inmobiliarios, oportunidades que no se hallan exentas de retos o cuestiones específicas, algunas de índole jurídica con componente fuertemente local, que conviene abordar adecuadamente, con asesoramiento especializado, en beneficio de los distintos actores en presencia.

Estas consideraciones parecen oportunas en un momento en que la apuesta de los fondos especializados en invertir en inmuebles ligados a esta industria, plenamente consolidada en el mundo anglosajón, es incipiente en España.

2. Necesidades, oportunidades y actores en presencia

Como es sabido, las compañías dedicadas a la industria de las ciencias de la vida (desde fabricantes de dispositivos médicos hasta grandes compañías biotecnológicas o farmacéuticas) requieren personal cualificado y —no menos importante— inmuebles e infraestructura que alberguen sus actividades de manera adecuada.

Desde la perspectiva inmobiliaria, las compañías de las ciencias de la vida requieren una combinación de espacios destinados a oficinas, a laboratorios y a producción industrial. A menudo precisan espacios que albergan funciones especializadas, como *clean rooms* o instalaciones de I+D. Las compañías tradicionales han venido ocupando sus propios inmuebles, pero tienden a

embarcarse en el *sale and lease back*. Las *start-ups*, por su parte, tienden a tomar en arriendo el espacio que precisan.

Ello está conduciendo a los inversores inmobiliarios a centrar crecientemente su atención en este nicho, diversificando sus carteras, en la medida en que es previsible que las necesidades de espacios para albergar laboratorios y plantas de producción se incrementen exponencialmente, máxime en un momento en que —a raíz de la pandemia del COVID-19— la industria de las ciencias de la vida está apostando por adaptar su cadena de suministro a una ubicación más local. Se trata de activos que, en general, requieren inversión más elevada que otros tipos de activos inmobiliarios y que, al tiempo, son susceptibles de generar mayores retornos.

Desde la óptica del promotor inmobiliario, promover instalaciones para laboratorios en solares o edificaciones inicialmente pensadas para albergar oficinas o actividad industrial puede ser una opción económicamente interesante, si bien transformar edificios de oficinas o industriales en laboratorios o espacios de I+D es un proceso costoso y complejo. Dejando al margen consideraciones de índole regulatoria, la infraestructura que requiere este tipo de producto inmobiliario es más exigente que la propia de oficinas o edificios industriales al uso, al requerir *amenities* especializadas (como *clean rooms*, *vivariums* o habitaciones de presión negativa). La intensidad del capital requerido para promover este tipo de producto inmobiliario puede variar en función de cuál sea el tipo de actividad que se albergará. La intensidad en la demanda de capital requerida será menor, por ejemplo, en el caso de una compañía biotecnológica que opere fundamentalmente en el entorno digital (y, por tanto, desde un punto de vista inmobiliario requerirá espacio de oficinas ordinario) que en el caso de una farmacéutica o biotecnológica tradicional, que requerirá laboratorios sofisticados.

El conocido como “inmobiliario relativo a las ciencias de la vida” engloba, *lato sensu*, la actividad inmobiliaria que se refiere a los activos raíces que albergan la logística farmacéutica (incluidos almacenes), áreas de I+D (incluyendo laboratorios y campus), oficinas (destinadas solo a tareas administrativas o también a laboratorios) y plantas de producción (actividades industriales)³.

Los laboratorios, necesarios para realizar experimentos físicos, en ocasiones se ubican en edificaciones específicamente dedicadas a este uso, mientras que otras veces se emplazan en inmuebles de uso mixto que albergan oficinas y laboratorios. Ello puede plantear complejas cuestiones prácticas desde un punto de vista urbanístico, como más adelante se dirá.

Por otra parte, dado que las necesidades de investigación de las compañías del sector pueden evolucionar a lo largo del tiempo (y, por tanto, durante la vigencia de su contrato de arrendamiento), a resultas de esa evolución puede ser necesario reposicionar, ampliar o trasladar la parte del edificio inicialmente destinada a laboratorio a otra parte de la misma edificación. Esta necesidad de flexibilidad puede verse restringida por los términos del arrendamiento, por el planeamiento urbanístico o por la normativa sanitaria o ambiental aplicable.

Se trata de cuestiones prácticas que deben merecer la atención de promotores e inversores inmobiliarios, así como de los operadores de la industria de las ciencias de la vida que ocupan este tipo de inmuebles.

3. Retos a que se enfrentan promotores e inversores

En este contexto, durante los últimos meses son cada vez más los promotores e inversores inmobiliarios que están empezando a embarcarse en el sector inmobiliario de las ciencias de la vida en nuestro país, siguiendo la estela de los mercados norteamericano y británico. Como acontece con cualquier sector incipiente en su desarrollo, este tipo de proyectos —ya sean relativos a inmuebles nuevos o en reposicionamiento— plantean un buen número de retos, también en el plano jurídico, que conviene considerar. En estas líneas, que en algunos casos se centran específicamente en el caso de los laboratorios por ser los tipos de activos —de entre los que nos ocupan— que mayores especificidades plantean, se mencionarán sucintamente algunas de esas cuestiones.

3.1. Complejidad regulatoria y urbanística

En el marco de la actividad promotora inmobiliaria y en el concreto caso de los laboratorios, al margen de la necesidad de comprobar —desde un punto de vista de la normativa sanitaria y ambiental⁴ aplicable en cada caso concreto, teniendo en cuenta la dispersión y profusión de normas autonómicas— la hipotética existencia de restricciones sobre el tipo de laboratorio que puede implantarse en cada ubicación específica, resulta necesario analizar las posibles restricciones o limitaciones que pueda imponer el planteamiento urbanístico en cada caso.

3.1.1. COMPONENTE URBANÍSTICO

En la práctica se plantean supuestos que, en el plano urbanístico, revisten cierta complejidad técnico-jurídica. Así, por ejemplo, en algunos casos el uso de laboratorio (incluidos superficie en planta y maquinaria) es permitido por el planeamiento urbanístico en un concreto solar, hasta cierto porcentaje de su edificabilidad total, en tanto que uso asociado al de oficinas, al que debe estar legal y funcionalmente vinculado. En este contexto pueden plantearse cuestiones prácticas complejas, como la concreta cuestión relativa a si parte de la superficie de planta y de la maquinaria del laboratorio podrían tener la consideración de instalaciones generales (y, en tal caso, no debería considerarse a efectos del cómputo del porcentaje máximo de edificabilidad que puede destinarse a laboratorio, sino que debería tener la consideración de uso genérico de oficinas).

En consecuencia, la realización de un ejercicio concienzudo de *due diligence* por equipos jurídicos y técnicos especializados resulta de capital importancia para acometer con éxito la promoción de este tipo de inmuebles.

3.1.2. ASPECTOS REGULATORIOS

En el plano regulatorio, es necesario valorar la concreta actividad desarrollada por el operador de ciencias de la vida. La intensidad del control por parte de la Administración competente en materia sanitaria dependerá de ese tipo de actividad.

Así, mientras que los centros sanitarios están sujetos a previa autorización administrativa que suele tener un amplio listado de condiciones, los servicios sanitarios que puntualmente se presten en

una organización cuya actividad principal puede no ser sanitaria están sujetos a un control menos intenso. En el caso concreto de los laboratorios, no es descabellado que pueda concurrir la prestación de algún servicio sanitario, o la realización de pruebas diagnósticas, o la existencia de un banco de tejidos, por ejemplo, pudiendo catalogarse como centros asistenciales sin internamiento o simplemente como servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria, en función de las prestaciones en cada caso concreto.

Puede darse el caso de que se trate de laboratorios que incluyan la producción de productos sanitarios o medicamentos. En tal supuesto, además de la normativa de centros, servicios y establecimientos sanitarios⁵ a que nos acabamos de referir, habrá que estar a la normativa específica que regula las autorizaciones para este tipo de actividad productiva⁶. La casuística es muy variada. Piénsese también en aquellos laboratorios con algún tipo de actividad radiológica, sujetos a ciertos permisos del Consejo de Seguridad Nuclear, o aquellos que utilicen células y tejidos humanos⁷.

Por tanto, es esencial realizar el ejercicio completo de *due diligence* que permita valorar de qué actividad se trata en cada caso y qué controles son aplicables, de manera que, en función de ello, el promotor inmobiliario pueda decidir el grado de exigencia y control sobre el cumplimiento de la normativa aplicable a la actividad del arrendatario que desea realizar, teniendo en cuenta los riesgos asociados a su concreta actividad.

Por otra parte, los permisos necesarios para desarrollar la actividad deberán ser valorados por el inversor inmobiliario en el marco de su *due diligence* examinando tanto la normativa estatal como la autonómica.

3.2. Algunas cuestiones arrendaticias

Al abordar cuestiones arrendaticias relativas a este tipo de activos, conviene tener presente la distinción entre los denominados laboratorios “húmedos”⁸ y los llamados laboratorios “secos”⁹. El motivo es que los primeros, por su naturaleza, suelen implicar factores de riesgo adicionales. A resultas de ello, buena parte de las consideraciones que siguen se refieren fundamentalmente a los laboratorios húmedos.

3.2.1. GESTIÓN DE SUSTANCIAS PELIGROSAS

En ciertos laboratorios húmedos será preciso almacenar y usar sustancias peligrosas, y contratar —cuando estas se conviertan en un residuo— los servicios de un gestor autorizado para su valorización o eliminación. Este es un aspecto que conviene tener en cuenta en cualquier arrendamiento relativo a este tipo de espacios. En este contexto, por influencia de la práctica contractual anglosajona, los arrendadores pueden tender a imponer a los arrendatarios del sector (operadores de las ciencias de la vida) elementos como los siguientes en el marco de los contratos de arrendamiento que negocien con ellos:

- i. la obligación específica del arrendatario de contratar los servicios de un gestor autorizado para el debido tratamiento de los residuos no peligrosos y peligrosos que genere la actividad (al margen de la obligación genérica del arrendatario de cumplir con la normativa aplicable);

- ii. la obligación específica del arrendatario de manipular la sustancias peligrosas con seguridad y en cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales;
- iii. prescripciones relativas al cumplimiento de la normativa europea REACH (*Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals*)¹⁰, que regula la protección de la salud humana y del medio ambiente frente al riesgo que puede conllevar la fabricación, comercialización y uso de sustancias químicas;
- iv. limitaciones del tipo de sustancias peligrosas permitidas en el espacio arrendado (como quizá exijan las pólizas de seguros);
- v. controles del arrendador relativos a la gestión por el arrendatario de las sustancias peligrosas conforme a la normativa aplicable;
- vi. obligaciones del arrendatario de informar periódicamente al arrendador sobre la gestión, manipulación y eliminación de sustancias peligrosas;
- vii. obligaciones del arrendatario de informar periódicamente al arrendador sobre la correcta gestión de los residuos derivados de la actividad; y/o
- viii. el derecho del arrendador a realizar inspecciones periódicas para comprobar que el arrendatario cumple con tales obligaciones y requisitos.

Sin embargo, conviene a los arrendadores tener en cuenta en este contexto que (en el marco jurídico español, a diferencia de lo que sucede en jurisdicciones anglosajonas) disponer de la facultad contractual de exigir información y del derecho contractual de inspección les impone, de algún modo, la obligación de ejercitar dichos derechos y facultades de modo diligente, para evitar que la falta de ejercicio de esos derechos y facultades contractuales se vuelva en su contra en términos de responsabilidad frente a terceros, dado que ello incrementaría su estándar de diligencia y, por tanto, su falta de ejercicio podría tener la consideración de negligencia omisiva (artículos 1902 y 1903 del Código Civil).

En derecho español, por tanto, está jurídicamente fundado el principio de Peter Parker según el cual "*un gran poder conlleva una gran responsabilidad*" (*with great power comes great responsibility*).

Los arrendatarios, por su parte, aspirarán a que las obligaciones de información o de gestión que asuman contractualmente no conlleven un nivel de responsabilidad superior al exigido por la normativa aplicable, y que los derechos de inspección del arrendador no sean excesivamente amplios, tomando en consideración la naturaleza habitualmente confidencial de las actividades en este sector.

3.2.2. DESCONTAMINACIÓN

Al margen de la obligación de reposición a origen en términos habituales que en ocasiones se pacta en el caso de inmuebles destinados a oficinas¹¹, los arrendadores de espacio destinado a actividades relacionadas con la industria de las ciencias de la vida¹² probablemente pretenderán —en la mesa de negociación del contrato de arrendamiento— la asunción por el arrendatario de obligaciones contractuales en materia de descontaminación del inmueble, en caso de resultar esta necesaria, cuando expire el contrato de arrendamiento o el arrendatario cese en el ejercicio de su actividad.

Cuando ni arrendador ni arrendatario tengan el conocimiento especializado necesario para determinar el cumplimiento del estándar satisfactorio de descontaminación que permita satisfacer los requerimientos normativos aplicables, cabe considerar la posibilidad de que el contrato de arrendamiento contenga una remisión a lo que establece el bloque normativo de prevención y control integrados de la contaminación y la normativa sobre suelos contaminados¹³.

Lógicamente, si en la práctica un arrendatario abandona el inmueble sin haber dado cumplimiento a sus obligaciones de mitigación del riesgo de contaminación u otras previstas en la normativa de contaminación del suelo y las aguas subterráneas, el arrendador correrá el riesgo de verse obligado a llevar a cabo esas actuaciones, y no le quedará más remedio que ejercer las oportunas acciones de repetición contra el arrendatario, con invocación de la normativa que regula esas obligaciones o de conformidad con el contrato si en este se previó dicha circunstancia.

Es, por tanto, de máximo interés que el contrato regule estas situaciones para la adecuada resolución de cualquier controversia ambiental que se pueda suscitar a la expiración de su vigencia o con motivo del cese de la actividad investigadora o industrial de las ciencias de la vida.

3.2.3. SERVICIOS Y SUMINISTROS

Los promotores inmobiliarios deberían tomar en consideración —cuando diseñen nuevos proyectos o el reposicionamiento de edificios existentes— que los ocupantes de este sector a menudo precisan recibir ciertos servicios con determinados estándares que no necesariamente se ponen a disposición de los ocupantes ordinarios de espacios de oficinas. Se trata de arrendatarios que, en efecto, pueden precisar un estándar reforzado de servicios y suministros que garantice una continuidad sin interrupciones para evitar que se perjudique su actividad. Por lo que se refiere a fontanería y circulación de aire, los operadores de este sector habitualmente requerirán mayor capacidad, solidez de infraestructura y acceso a sistemas de *back-up* que los que precisan ocupantes de oficinas de otros sectores (especialmente, cuando se trata de laboratorios húmedos).

Una de las cuestiones que puede plantearse (especialmente en el marco del espacio destinado a I+D y a recolección de datos) en el contexto de la negociación de los términos del contrato de arrendamiento es qué parte —arrendador o arrendatario— debería asumir contractualmente la responsabilidad por la pérdida de datos derivada de un fallo en los servicios del edificio. Parece razonable pensar que, dada la importancia de la conservación de datos, debería ser el arrendatario quien implementara un sistema de datos sólido que archive periódicamente los datos que

procesa: parece complejo que el arrendador garantice la funcionalidad y robustez de un sistema que no controla. En este contexto, puede convenir al arrendador explicitar en el contrato que no es responsable de la pérdida de materiales o datos que sufra el arrendatario a resultas de la interrupción de los servicios o suministros.

En este orden de cosas, los operadores de este tipo de industria pueden precisar, para espacios destinados a laboratorios o investigación, un estándar en servicios de seguridad superior al habitual en edificios de oficinas al uso. Cuando el operador de este sector que requiera al arrendador un estándar superior de servicios de seguridad solo ocupe parte del edificio en que esté instalado, el arrendador tenderá a reservarse contractualmente la facultad de repercutir el coste adicional de seguridad derivado de ese estándar superior al concreto arrendatario que lo demande, sobre la asunción de que los demás arrendatarios del edificio pueden negarse a pechar con el coste adicional.

3.3. Especificidades en materia de seguros

En el supuesto de inmueble arrendado para este tipo de industria, entra en juego la responsabilidad civil locativa que, como cobertura específica del seguro de responsabilidad civil del arrendatario, cubre los daños causados al inmueble alquilado. Su suscripción será recomendable en la medida que, aun cuando los daños puedan ser cubiertos por la póliza del arrendador, en principio serán responsabilidad del arrendatario los daños causados al inmueble alquilado (artículo 1563 del Código Civil), por lo que existiría la posibilidad de repetición conforme al artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro¹⁴.

Asimismo, los arrendadores deberían comprobar que sus pólizas encajan con la actividad proyectada y sus peculiaridades, que pueden requerir algún tipo de cobertura específica con repercusión en el cálculo de la prima. En el caso de laboratorios húmedos y de manipulación de sustancias peligrosas, convendrá verificar, en particular, si es necesaria una cobertura específica de responsabilidad ambiental. El seguro de responsabilidad civil del arrendatario debería prever también la cobertura de esta contingencia.

Aunque el coste de asegurar inmuebles arrendados a un operador de ciencias de la vida no debería ser sustancialmente superior que en el caso de inmuebles destinados a otros usos, el arrendador deberá considerar específicamente la actividad proyectada por el operador, para verificar si procede gestionar modificaciones en la cobertura de su póliza, repercutiendo en su caso el coste al arrendatario. Lógicamente, en el caso de promociones de uso mixto en que coexistan diferentes arrendatarios, los arrendadores podrían considerar ajustar la repercusión del coste del seguro en función del tipo de ocupante de que se trate en cada caso.

En definitiva, el arrendador deberá contratar un buen seguro de daños ajustado a las especificidades de la actividad proyectada y el arrendatario deberá disponer de una buena cobertura de responsabilidad civil que cubra los daños causados al arrendador y a terceros.

4. Consideraciones finales

Este breve artículo trata de identificar algunas de las oportunidades que ofrece y de los retos que plantea a promotores e inversores inmobiliarios la industria de las ciencias de la vida. A medida que el sector de las ciencias de la vida continúe desarrollándose en nuestro país, crecerá la demanda de espacio para alojar sus actividades, y en este contexto los operadores inmobiliarios que se embarquen en la promoción e inversión de inmuebles ligados a esta industria en España deberían tomar en consideración cuestiones como las que en las anteriores líneas han quedado reseñadas.

Notas

- 1 Los autores agradecen sus aportaciones a Antonio Gómez Cid (Urbanismo, Madrid), Ana María Sabiote (Regulatorio, Madrid), Jaime Calvo (Medio Ambiente, Barcelona) y Julio Iglesias (Seguros, Madrid).
- 2 Este artículo no aborda la actividad inmobiliaria relativa a actividades asistenciales, ya sea generales (actividad hospitalaria, grandes clínicas) o especializadas (clínicas oncológicas, de reproducción asistida, etc.).
- 3 Además, como es sabido, la promoción de inmuebles para albergar empresas de este sector (p. ej., sedes de compañías biotecnológicas o farmacéuticas) tiende a incrementar el nivel de rentas de los activos residenciales circundantes, en la medida en que el establecimiento de compañías de este tipo probablemente devenga en fuente de atracción de empleados cualificados y bien remunerados dispuestos a satisfacer rentas arrendaticias adecuadas por habitar viviendas de calidad.
- 4 Aunque estas líneas se centran en el caso de los laboratorios, desde el punto de vista ambiental suscita mayor preocupación la implantación de instalaciones productivas.
- 5 Con carácter básico, el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre la autorización de centros, servicios y establecimiento sanitarios, que después han desarrollado la mayoría de las comunidades autónomas (véase como ejemplo el Decreto 51/2006, de 15 de junio, de la Comunidad de Madrid).
- 6 Real Decreto Legislativo 1/2015, de 14 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, o Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, o Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, además de la normativa europea (Reglamento (UE) 2017/745, del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril, sobre productos sanitarios, entre otros).
- 7 Sujetos al Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.
- 8 Los laboratorios húmedos son aquellos en que los compuestos químicos y medicamentos de orientación líquida o gaseosa se manejan con diferentes opciones de líquidos o fases gaseosas. Todo el recorrido requiere chorro de aire directo y tuberías específicas para el trasvase de agua y gases diferentes.
- 9 Los laboratorios secos son aquellos en que se llevan a cabo análisis computacionales y matemáticos en un modelo generado por ordenador para la estrategia de simulación en el mundo físico.
- 10 Reglamento (CE) n.º 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de diciembre de 2006 (DO L 396 de 30.12.2006, p. 1), según ha sido modificado y rectificado.
- 11 En ocasiones, al arrendador le interesará gozar de la facultad contractual de optar, a la terminación del arrendamiento, por exigir al arrendatario (i) la reposición del inmueble a su estado originario o (ii) que el *fit-out* instalado por el arrendatario quede total o parcialmente en beneficio del inmueble en caso de que dicho *fit-out* no sea excesivamente específico y, por tanto, sea reutilizable por un futuro ocupante del sector.
- 12 Piénsese en los laboratorios húmedos y, en mayor medida, en las plantas en que se desarrolle una actividad industrial productiva, dado el mayor impacto de estas últimas desde el punto de vista ambiental.
- 13 A nivel estatal, conviene tener en cuenta el artículo 23 del Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (BOE n.º 316, de 31 de diciembre de 2016, p. 91806), y los artículos 13.4 y 13.5 del Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (BOE n.º 251, de 19 de octubre de 2013, p. 85173). Para promociones en Cataluña, la referencia normativa es el artículo 66.2 de la Ley autonómica 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades (BOE n.º 12, de 14 de enero de 2010, p. 3062), que prescribe que *“la persona titular de la actividad debe acreditar que ha tomado las medidas necesarias para evitar cualquier riesgo de contaminación y que la incidencia ambiental en el lugar que se llevaba a cabo la actividad ha quedado reducida al mínimo”*.
- 14 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE n.º 250, de 17/10/1980), según ha sido modificada.

Foro de Actualidad

España

LA LIMITACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACTUALIZACIÓN DE LA RENTA EN CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA APROBADA EN RESPUESTA A LAS CONSECUENCIAS DE LA GUERRA EN UCRANIA

Iván Abad Lloria y Gabriel Rodríguez Leva

Abogados del Área de Derecho Inmobiliario de Uría Menéndez (Madrid)

La limitación extraordinaria de la actualización de la renta en contratos de arrendamiento de vivienda aprobada en respuesta a las consecuencias de la guerra en Ucrania

El Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, introdujo una serie de medidas para luchar contra las consecuencias en nuestro país de la invasión rusa de Ucrania. En el ámbito de los arrendamientos de vivienda, se aprobó una limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta equivalente, en la práctica, a la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad. En este foro se analiza su funcionamiento y su tratamiento como “medida de apoyo a trabajadores y colectivos vulnerables”.

PALABRAS CLAVE:

LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, REAL DECRETO-LEY 6/2022, REAL DECRETO-LEY 11/2022, ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA, LIMITACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACTUALIZACIÓN DE RENTA, ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMO, ÍNDICE DE GARANTÍA DE COMPETITIVIDAD.

Spain's extraordinary residential rent review limitation to alleviate the consequences of the war in Ukraine

Royal Decree-Law 6/2022 of 29 March introduced several measures to mitigate the effects of Russia's invasion of Ukraine. Spain has introduced an extraordinary limit on residential annual rent review equal, in practice, to the annual variation of the Competitiveness Guarantee Index. This article analyses how this extraordinary limitation works, as well as its consideration as a measure to support vulnerable workers and groups.

KEYWORDS:

URBAN LEASES LAW, ROYAL DECREE-LAW 6/2022, ROYAL DECREE-LAW 11/2022, HOUSING LEASES, EXTRAORDINARY RENT UPDATE LIMITATION, CONSUMER PRICE INDEX, COMPETITIVENESS GUARANTEE INDEX.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-10-2022

Abad Lloria, Iván; Rodríguez Leva, Gabriel (2022). La limitación extraordinaria de la actualización de la renta en contratos de arrendamiento de vivienda aprobada en respuesta a las consecuencias de la guerra en Ucrania. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 123-129 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 29 de marzo de 2022 el Gobierno de España aprobó el Real Decreto-ley 6/2002 por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania ("RD-L 6/2022"). Con el evidente objetivo de tratar de paliar el impacto negativo en nuestro país del conflicto bélico, la norma introduce una batería de medidas, agrupadas en cuatro bloques: (i) las relativas al ámbito energético (título I); (ii) otras en materia de transportes (título II); (iii) las de apoyo al tejido económico y empresarial (título III); y, por último, (iv) otras medidas de apoyo a trabajadores y colectivos vulnerables (título IV).

Entre las últimas se encuentra la que es objeto del presente análisis: una limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda, inicialmente en vigor hasta el 30 de junio de 2022 y, posteriormente, prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2022 en virtud del Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma ("RD-L 11/2022").

2. El régimen de actualización de la renta en la ley de arrendamientos urbanos

La actualización de la renta en contratos de arrendamiento de vivienda se regula en artículo 18 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (“LAU”), incluido en el título II de esta norma, título con finalidad tuitiva de los intereses del arrendatario, sin que sea posible, por tanto, que las partes pacten en el contrato disposiciones más gravosas para el inquilino que las previstas en este, con la excepción de los arrendamientos de “vivienda suntuaria” (esto es, aquellas cuya superficie sea superior a 300 metros cuadrados o en las que la renta anual inicial exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional y el arrendamiento corresponda a la totalidad de la vivienda), para las que el título II de la LAU se aplica únicamente de forma supletoria.

De conformidad con el artículo 18 de la LAU, la renta pactada únicamente podrá actualizarse cuando así se haya previsto expresamente en el contrato. En tal caso, la actualización deberá tener lugar en la fecha en que se cumpla cada año de vigencia del acuerdo. El mecanismo de actualización será el libremente acordado entre las partes, resultando de aplicación la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad (“IGC”) en defecto de pacto. En cualquier caso, la actualización anual de la renta no podrá exceder de la variación porcentual experimentada por el Índice de Precios al Consumo (“IPC”) a fecha de cada actualización.

La limitación o *cap* de la actualización de la renta a la variación del IPC fue introducida por el “fallido” Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que únicamente estuvo en vigor entre el 19 de diciembre de 2018 y el 22 de enero de 2019 por falta de convalidación en el plazo de treinta días que impone el artículo 86.2 de la Constitución española. No obstante, este mismo límite se incluyó en el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que sí fue convalidado en el mencionado plazo por el Congreso de los Diputados y, por tanto, vigente en la actualidad.

Por su parte, la aplicación por defecto de la variación del IGC en el supuesto de que las partes, al pactar que la renta sea actualizada al cumplirse cada anualidad, no hubiesen hecho constar expresamente el índice o metodología a utilizar, entró en vigor el 31 de marzo de 2015 con la aprobación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (“Ley 2/2015”). En todo caso, lo cierto es que el pacto contractual por el que la renta se actualiza conforme a la variación del IPC es práctica generalizada (y este es el índice que se aplicaba hasta el 30 de marzo de 2015 a falta de acuerdo expreso sobre la metodología a utilizar).

En definitiva, de conformidad con la regulación vigente antes de aprobarse el RD-L 6/2022 aquí analizado, la actualización anual de la renta en ningún caso podrá superar la variación experimentada por el IPC, con independencia del índice o baremo pactado por las partes en el contrato.

3. La limitación extraordinaria aprobada por el RD-L 6/2022 y su efectividad

3.1. Funcionamiento de la limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda

Teniendo en cuenta la evolución del IPC, cuya variación interanual había pasado de estar cercana al 0 % a principios de 2021 a alcanzar valores máximos en más de treinta años al situarse casi en dobles dígitos en marzo 2022 (fuente: Instituto Nacional de Estadística —“INE”—, https://www.ine.es/prensa/ipc_tabla.htm), el Gobierno consideró necesario establecer una limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda, que incluyó en el RD-L 6/2022.

Para ello, se estableció como referencia el índice que aplicaba por defecto, esto es, la variación anual del IGC, que, tal y como se declara en el preámbulo de la norma, ofrece una evolución sujeta a una mayor estabilidad en el contexto actual, si bien se distinguen dos regímenes según las características del arrendador:

- i. En el caso de que el arrendador sea un gran tenedor, el incremento de la renta será el que resulte del nuevo pacto entre las partes, sin que pueda exceder del resultado de aplicar la variación anual del IGC a fecha de dicha actualización que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de actualización del contrato. En ausencia de este nuevo pacto entre las partes, el incremento de la renta quedará sujeto a esta misma limitación.
- ii. En el caso de que el arrendador no sea un gran tenedor, el incremento de la renta será el que resulte del nuevo pacto entre las partes. En ausencia de este nuevo pacto entre las partes, el incremento de la renta no podrá exceder del resultado de aplicar la variación anual del IGC a fecha de dicha actualización, tomando como mes de referencia para la actualización el que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de actualización del contrato.

Así, la diferencia radica en que, si el arrendador es gran tenedor, no será válido que las partes pacten una actualización anual de la renta por un importe que supere la variación anual del IGC, mientras que, si el arrendador no ostenta tal condición, dicho acuerdo sí sería lícito.

La definición de gran tenedor es prácticamente la misma que se utilizó en la normativa que aprobó medidas de moratoria y reducción de renta a resultas de la crisis sanitaria y económica ocasionada por el brote de COVID-19, tanto en arrendamientos de vivienda (Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 —“RD-L 11/2020”—) como en arrendamientos de inmueble para uso distinto del de vivienda (el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo —“RD-L 15/2020”— y el Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria —“RD-L 35/2020”—), esto es, la persona física o jurídica que sea titular de más

de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1500 m² de uso residencial, excluyendo garajes y trasteros. La diferencia con los instrumentos aprobados con ocasión de la pandemia está en que las citadas normas no matizaban que los inmuebles debían ser de uso residencial (lógicamente no era así en las normas relativas a arrendamientos comerciales, pero tampoco en la norma dirigida a los arrendamientos de vivienda).

La última variación interanual del IGC publicada por el INE (septiembre 2021 a septiembre 2022) se sitúa en un 7,34 % (fuente: INE, <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10802>). No obstante, la antes citada Ley 2/2015 regula que, (i) cuando la tasa de variación de este índice se sitúe por debajo de 0 %, se tomará tal valor como referencia, lo que equivaldría a la aplicación de la regla de no revisión; y (ii) si la tasa de variación del IGC supera el objetivo a medio plazo de inflación anual del Banco Central Europeo (2 %), se tomará este valor como referencia. Por tanto, el límite a la actualización anual de la renta en arrendamientos de vivienda debe entenderse actualmente fijado en el 2 %.

Según se ha mencionado, la medida se aprobó inicialmente hasta el 30 de junio de 2022 pero, con la aprobación del RD-L 11/2022, se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2022. No podemos descartar que el Gobierno acabe aprobando otra extensión de la medida pero, con la regulación vigente, aplica a las actualizaciones de la renta de contratos de arrendamiento de vivienda que, por cumplirse la anualidad de vigencia, tengan lugar en el periodo comprendido entre el 31 de marzo y el 31 de diciembre de 2022.

3.2. La limitación de la actualización de la renta como medida de apoyo a trabajadores y colectivos vulnerables

La limitación extraordinaria de la renta aquí analizada se encuadra entre las denominadas "*otras medidas de apoyo a trabajadores y colectivos vulnerables*". No obstante, se trata de una medida de aplicación general a todos los arrendadores y arrendatarios.

En lo que respecta al arrendador, si bien es cierto que la norma establece dos regímenes distintos según el arrendador sea o no gran tenedor, en la práctica ello puede tener escasa relevancia. Para los grandes tenedores, el pacto que puedan alcanzar las partes sobre la actualización de la renta a aplicar no podrá superar el 2 %. El importe acordado sí podrá ser mayor en el caso de arrendadores que no tengan tal consideración, pero, a falta de acuerdo, se aplicará automáticamente el 2 %. Es decir, no parece que los grandes tenedores puedan estar especialmente incentivados a pactar actualizaciones por debajo de este porcentaje, ni los arrendatarios de "pequeños tenedores" a aceptar una actualización de la renta más elevada.

Si el objetivo de la norma era proteger a los colectivos vulnerables y, a su vez, esta distinguió entre grandes y pequeños tenedores, cabe entender que es porque el Gobierno consideraba a los primeros con mayor capacidad para resistir las consecuencias de la creciente inflación y, por tanto, merecedores de un menor nivel de protección. Al establecer una regulación que, en la práctica, lleva al mismo resultado para ambas clases de arrendadores, la norma no cumpliría su objetivo.

Se trata de una desviación de la práctica legislativa del Gobierno. Por ejemplo, el RD-L 11/2020 aprobado a resultas de la pandemia, estableció la obligación de los grandes tenedores (y de las empresas o entidades públicas de vivienda) de aplicar las moratorias o reducciones de renta solicitadas por los arrendatarios de viviendas que cumplieran los requisitos para ello, sin imponerlas a los arrendadores que no tuvieran tal consideración (sin perjuicio de la posibilidad de que libremente pudieran otorgarlas). Otro tanto ocurría en las normas sobre arrendamientos comerciales (RD-L 15/2020 y RD-L 35/2020).

En cuanto al arrendatario, la norma aquí analizada no exige que cumpla requisito alguno para poder beneficiarse de la limitación extraordinaria a la actualización de la renta. Es decir, pese a que la intención del Gobierno parece ser la de proteger a los ciudadanos en mayores dificultades, no se requiere que el inquilino efectivamente se encuentre en situación de vulnerabilidad (lo que podría haberse medido utilizando criterios como el desempleo —o similares, como la afección por un expediente temporal de regulación de empleo o la reducción de jornada por cuidados en caso de ser empresario—, pérdida consecuyente de un determinado nivel de ingresos, porcentaje que supone la renta en relación con estos, etc., como se hizo durante la pandemia con el RD-L 11/2020).

El RD-L 6/2022 (y su texto modificado por el RD-L 11/2022) hace únicamente referencia a que se trate de arrendatarios bajo un contrato sujeto a la LAU (y, por tanto, celebrado con posterioridad al 1 de enero de 1995, fecha de entrada en vigor de esta ley).

Hay que tener en cuenta que los contratos de arrendamiento sobre “viviendas suntuarias” se encuentran también sujetos a la LAU, si bien el título II pasa a aplicarse únicamente de forma supletoria. Por tanto, no parece lógico que, en un contrato sobre este tipo de viviendas en el que las partes hayan excluido la aplicación del artículo 18 de la LAU, el arrendador se vea vinculado ahora por el límite del 2 % impuesto por el RD-L 6/2002 y el RD-L 11/2022, más gravoso que la legislación hasta ahora vigente. Debemos recordar que el artículo 4.2 del Código Civil prohíbe la aplicación analógica de normas excepcionales y temporales, como es el caso de los Reales Decretos-ley aquí analizados. Menos claro sería el caso de contratos sobre este tipo de viviendas donde las partes no hubiesen excluido la aplicación del artículo 18 de la LAU.

En definitiva, la regulación contenida en la norma analizada en este foro puede llevar en la práctica a situaciones en las que un arrendatario que no se encuentre en situaciones de dificultad o vulnerabilidad económica se beneficie de una medida frente a un arrendador que, por el contrario, sí se encuentre en tal situación, lo que desvirtúa el propósito del Gobierno al aprobar el RD-L 6/2022 y el RD-L 11/2022.

4. Conclusiones

- i. El RD-L 6/2022 (modificado por el RD-L 11/2022) introdujo una limitación extraordinaria a las actualizaciones de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda que procedieran en el periodo entre el 30 de marzo y el 31 de diciembre 2022, utilizando como referencia la variación anual del IGC.
- ii. La última variación anual del IGC publicada se sitúa en el 7,34 %, si bien, por aplicación de la Ley 2/2015, debe entenderse fijada en el 2 % (el límite superior del objetivo a medio plazo de inflación del banco central europeo).
- iii. Tanto en los casos en los que el arrendador es gran tenedor como en los que no lo es, se establece que la actualización de la renta sea la pactada entre las partes. Ahora bien, en los casos en los que el arrendador sea un considerado gran tenedor, el acuerdo que alcancen las partes sobre la actualización de la renta no podrá superar ese 2 %, mientras que cuando el arrendador no ostente tal condición, sí será posible un acuerdo entre las partes que establezca un mayor importe de actualización (aplicando el 2 % en ausencia de pacto).
- iv. La norma no exige que el arrendatario cumpla requisito alguno para beneficiarse de esta medida. Es decir, todos los arrendatarios de vivienda bajo contratos sujetos a la LAU podrán aplicar la mencionada limitación extraordinaria. No obstante, entendemos que esta limitación no debería aplicar a los contratos sobre “viviendas suntuarias” en los que se hubiese excluido la aplicación del artículo 18 de la LAU.
- v. Pese a que la medida se encuadra entre las dirigidas al apoyo de colectivos vulnerables, no pueden beneficiarse de ella únicamente los inquilinos que acrediten encontrarse efectivamente en situación de vulnerabilidad, e incluso los arrendadores que sí estén una situación que podría considerarse merecedora de protección del Gobierno estarán vinculados por el límite del 2 % (los grandes tenedores en todo caso y los demás siempre que el arrendatario así lo desee).

España

EL PROYECTO DE NUEVA LEY DE LOS MERCADOS DE VALORES Y DE LOS SERVICIOS DE INVERSIÓN DE JUNIO DE 2022

Javier Redonet Sánchez del Campo, Miguel Martínez Gimeno, Isabel Aguilar Alonso y Enrique Nieto Brackelmanns
Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

El Proyecto de nueva Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión de junio de 2022

El Consejo de Ministros, en su reunión de 28 de junio de 2022, aprobó el Proyecto de nueva Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión. El texto completo del Proyecto se dio a conocer el 12 de septiembre de 2022. La nueva norma —que sustituirá, una vez que sea aprobada por las Cortes Generales, al Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre— introduce modificaciones en la normativa vigente de relevancia para emisores, intermediarios y otros participantes en los mercados de valores.

PALABRAS CLAVE:

MERCADOS DE VALORES Y DE SERVICIOS DE INVERSIÓN, SIMPLIFICACIÓN NORMATIVA Y REDUCCIÓN DE CARGAS ADMINISTRATIVAS, SUPERVISIÓN PRUDENCIAL Y NORMAS DE CONDUCTA DE EMPRESAS DE SERVICIOS DE INVERSIÓN, DLT, CRIPTOACTIVOS, SPAC, RÉGIMEN INSTITUCIONAL DE LA CNMV.

Securities Markets and Investment Services Bill

On 28 June 2022, the Council of Ministers approved the Securities Markets and Investment Services Bill, the full text of which was published on 12 September 2022. The new regulation, which – once the Spanish Parliament approves it, will replace the Consolidated Text of the Securities Market Law approved by Royal Legislative Decree 4/2015 of 23 October – significantly amends the current regulations for issuers, intermediaries and other securities market participants.

KEYWORDS:

SECURITIES MARKETS AND INVESTMENT SERVICES, REGULATORY SIMPLIFICATION AND REDUCTION OF ADMINISTRATIVE BURDENS, PRUDENTIAL SUPERVISION AND RULES OF CONDUCT OF INVESTMENT FIRMS, DLT, CRYPTOASSETS, SPAC, THE CNMV'S INSTITUTIONAL SYSTEM.

FECHA DE RECEPCIÓN: 11-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-10-2022

Redonet Sánchez del Campo, Javier; Martínez Gimeno, Miguel; Aguilar Alonso, Isabel; Nieto Brackelmanns, Enrique (2022). El Proyecto de nueva Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión de junio de 2022. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 130-140 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Los principales aspectos que destacan en el citado *Proyecto de nueva Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión* (el "Proyecto de Ley"), son los siguientes:

- i. *Se introducen diversas reformas en materia de mercados primarios y de emisores*, entre las que destacan la simplificación de la supervisión de las emisiones y admisiones a negociación en mercados regulados de valores, la extensión de la normativa de ofertas públicas de adquisición de valores a las sociedades emisoras de acciones admitidas a negociación en BME Growth y la inclusión de un nuevo capítulo en el título XIV de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a las sociedades cotizadas, para regular determinadas especialidades aplicables a las sociedades cotizadas de propósito especial para la adquisición de otras compañías (SPAC).
- ii. *Se modifican: (i) el régimen relativo a los requisitos prudenciales de las empresas de servicios de inversión*, a las que con carácter general ya no les resulta de aplicación el régimen previsto en esta materia para las entidades de crédito; y (ii) *las normas de conducta de las entidades que prestan servicios de inversión en el mercado*, cuya aplicación se flexibiliza en determinados supuestos cuando los clientes son contrapartes elegibles o profesionales. Asimismo, *se crean las empresas de asesoramiento financiero nacionales*.
- iii. *Se contempla la utilización de la tecnología de registros distribuidos (distributed ledger technology) para el registro, compensación y liquidación de valores negociables e instrumentos financieros y se establecen las previsiones necesarias para la acogida por la normativa española de la regulación comunitaria en fase de preparación en materia de criptoactivos*.
- iv. *Se efectúan cambios en el orden institucional en la regulación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ("CNMV") y en cuestiones supervisoras en materia de infracciones y sanciones*.
- v. *Finalmente, se incluyen otras novedades diversas en otras materias y cuestiones reguladas por el Proyecto de Ley*.

2. Modificaciones relevantes para los emisores de valores

2.1. Novedades en materia del procedimiento de admisión a negociación de valores en un mercado regulado

En primer lugar, el Proyecto de Ley contempla que la verificación de los requisitos de admisión a negociación en un mercado regulado de *valores no participativos* corresponderá al organismo rector del mercado regulado donde se vayan a admitir a negociación (es decir, a AIAF), en lugar de a la CNMV. La CNMV seguirá siendo el órgano responsable de la admisión a negociación de valores participativos en mercados regulados. Asimismo, el Proyecto de Ley contempla que los mercados regulados deberán establecer normas claras y transparentes en relación con la admisión a negociación de instrumentos financieros. Por otro lado, se obliga a que los valores emitidos por el Instituto de Crédito Oficial cuenten con el aval del Estado para poder ser admitidos de oficio a negociación en los mercados regulados.

En segundo lugar, se regula la posibilidad —ya contemplada en la normativa europea— de que un valor negociable que haya sido admitido a negociación en un mercado regulado de otro Estado miembro pueda ser admitido posteriormente a negociación en un mercado regulado español sin el consentimiento del emisor. En este caso, el emisor no estará obligado a facilitar directamente al mercado regulado español la información que le pudiera requerir en relación con los requisitos para la admisión de valores a negociación.

2.2. Extensión a las sociedades cotizadas en un sistema multilateral de negociación de la normativa sobre ofertas públicas de adquisición y otras novedades en materia de opas

En este ámbito, destaca en primer término que se hace extensivo el régimen de ofertas públicas de adquisición de valores (“opas”) a las sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un Sistema Multilateral de Negociación (“SMN”) y tengan su domicilio en España. Esta modificación supone una nueva regulación de las tomas de control de los emisores de acciones negociadas en SMN, que hasta ahora se regían por sus propios estatutos sociales en cumplimiento de la normativa del SMN en cuestión (por ejemplo, puede citarse el caso de BME Growth). Estos cambios implican, entre otros aspectos, (i) la sujeción de las opas sobre emisores de acciones negociadas en SMN a la autorización y supervisión de la CNMV, incluyendo lo relativo a la fijación del precio equitativo; (ii) la necesidad del oferente de elaborar un folleto explicativo y aportar garantías; (iii) la emisión de un informe sobre la oferta por el órgano de administración de la sociedad afectada; o (iv) la aplicación de la normativa de opas a los supuestos de exclusión de cotización. No obstante lo anterior, la regulación de las opas no será aplicable a las sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un SMN hasta que se dicten las normas reglamentarias de desarrollo.

En segundo lugar, en cuanto a otras novedades en materia de opas, se amplía el supuesto de opa obligatoria por toma de control mediante acuerdos de cualquier naturaleza entre titulares de participaciones superiores en conjunto al 30 % de los derechos de voto, sin necesidad de que constituyan pactos parasociales, siempre que determinen dicha toma de control por entrañar una actuación concertada de las partes.

Finalmente, se recoge expresamente como nuevo supuesto en el que la CNMV puede dispensar a un emisor de la obligación de formular una opa con motivo de la exclusión de negociación de sus acciones de un mercado regulado, SMN o Sistema Organizado de Contratación el caso en el que las acciones del emisor se encuentren admitidas a cotización en otro centro de negociación equivalente de la Unión Europea.

2.3. Regulación de las sociedades cotizadas con propósito para la adquisición

Por primera vez en España se regulan las sociedades cotizadas con el propósito de adquirir la participación de otra sociedad (conocidas como "SPAC") y cuya única actividad previa sea la realización de una oferta pública de valores inicial, la solicitud de admisión a negociación de sus acciones y las conducentes a la aprobación de la adquisición por la Junta General de Accionistas. La adquisición puede ser de la totalidad o de una participación en el capital de otra sociedad o sociedades, cotizadas o no cotizadas, ya sea directa o indirectamente, y a título de compraventa, fusión, escisión, aportación no dineraria, cesión global de activos y pasivos u otras operaciones análogas.

La regulación de las SPAC se incluye en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (la "LSC") aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Por lo tanto, será aplicable a las SPAC que sean sociedades anónimas cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado español o, con las peculiaridades previstas en el artículo 495.3 LSC, de otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo o en un mercado equiparable de un tercer Estado. Adicionalmente, la propia norma prevé también su aplicación a las SPAC que tengan sus valores admitidos a negociación en un SMN.

En relación con las SPAC destacan los siguientes aspectos:

- i. Las SPAC deberán contar necesariamente con un mecanismo de reembolso de los accionistas en el caso de aprobación de una adquisición por la Junta General de Accionistas de la sociedad. El mecanismo deberá consistir, a elección de la SPAC, en (a) la previsión de un derecho estatutario de separación en favor de los accionistas de la sociedad; (b) la emisión de acciones rescatables, sin que resulten de aplicación las limitaciones establecidas en los artículos 500 y 501 de la LSC; o (c) el compromiso de realizar una reducción de capital social mediante la recompra de acciones para su amortización. En todos los casos, el derecho de reembolso corresponderá a todos los accionistas, con independencia del sentido de su voto en la Junta General de Accionistas en la que se haya aprobado la propuesta de adquisición. El Proyecto de Ley prevé cómo calcular el valor mínimo del reembolso y regula también con detalle el derecho de separación específico de las SPAC.

- ii. Se introducen especialidades en relación con las opas. De este modo, el accionista que alcance una participación de control, ya sea directa o indirectamente, debido a la adquisición aprobada o como consecuencia del mecanismo de reembolso que se configure, estará exceptuado de la obligación de formular una opa.
- iii. El nuevo texto de la LSC prevé especialidades societarias aplicables únicamente a las SPAC, como por ejemplo que los estatutos sociales de la SPAC deberán contemplar un plazo máximo de 36 meses, ampliable en 18 meses adicionales por decisión de la Junta, para la formalización del acuerdo de adquisición. Asimismo, no será de aplicación a las SPAC el límite máximo de la autocartera aplicable a las sociedades cotizadas, siempre que la adquisición de acciones propias por la sociedad se lleve a cabo como mecanismo de reembolso de los accionistas una vez determinada la sociedad a adquirir.
- iv. Finalmente, la CNMV podrá exigir la publicación de un folleto en operaciones de fusión de la SPAC con la sociedad o sociedades objetivo, atendiendo a la naturaleza y complejidad de la operación, aun cuando pudieran resultar de aplicación, a las emisiones y admisiones de acciones de la SPAC a negociación en el marco de la fusión, las excepciones del Reglamento (UE) 1129/2017 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado.

2.4. Otras novedades en materia de emisores de valores

Se amplía de dos a tres meses el plazo para la remisión por los emisores de valores obligados a ello a la CNMV del informe financiero semestral correspondiente al segundo semestre del ejercicio, poniendo fin a la anomalía que existe en la normativa vigente, según la cual el plazo para la publicación por los emisores de valores del informe financiero semestral del segundo semestre es de dos meses, frente a los tres meses de que disponen para elaborar el informe financiero semestral del primer semestre.

Asimismo, se introducen requisitos adicionales a los ya vigentes para la comercialización a minoristas de instrumentos de capital adicional de nivel 1 y 2, y otros instrumentos de deuda que sean pasivos admisibles o susceptibles de recapitalización interna de entidades financieras conforme a la normativa de resolución. Dichos requisitos serían de aplicación solo a los instrumentos emitidos con posterioridad a la entrada en vigor del Proyecto de Ley.

3. Modificaciones relevantes para las empresas de servicios de inversión y otros intermediarios que presten este tipo de servicios

3.1. Empresas de servicios de inversión

Aparte de las previsiones que tienen por objeto adaptar la normativa española a la regulación europea en la materia, la novedad más destacable respecto de las empresas de servicios de inversión afecta al régimen de las empresas de asesoramiento financiero. En este sentido, se crea la figura de la *empresa de asesoramiento financiero nacional* (por sus siglas, EAFN) con las siguientes características, pendientes de desarrollo reglamentario:

- i. Se trata de personas físicas o jurídicas.
- ii. Que pueden prestar los servicios de inversión propios de este tipo de empresas (asesoramiento de inversiones, asesoramiento financiero sobre estructura del capital, estrategia industrial y cuestiones afines, así como en relación con fusiones y adquisiciones y elaboración de informes de análisis financiero).
- iii. Que no tienen la condición de empresa de servicios de inversión, pero que quedan sujetas a las mismas normas, si bien con requisitos inferiores de capital social inicial y sin capacidad para prestar servicios fuera de España.

Las empresas de asesoramiento financiero no nacionales sí tendrán la condición de empresas de servicios de inversión, pero solo tendrán acceso a esta figura las personas jurídicas.

3.2. Los sistemas de compensación, liquidación y registro de valores e infraestructuras de postcontratación

En este ámbito, destacan en primer término las novedades relativas a las *entidades de contrapartida central* (ECC): (i) se prevé la posibilidad de la liquidación de las operaciones mediante la utilización de la tecnología de registro distribuido; (ii) se regula la recuperación y resolución de las ECC por referencia al Reglamento (UE) 2021/23, de 16 de diciembre; y (iii) se establece que las ECC deberán incluir en su reglamento interno un plan de recuperación que detallará las medidas a adoptar en caso de que se produzca un deterioro de su situación financiera o exista riesgo de incumplir los requisitos contemplados en el Reglamento (UE) 648/2012.

En segundo lugar, por lo que respecta a los *depositarios centrales de valores* (DCV) se eleva del uno al diez por ciento el porcentaje de participación en un DCV que queda sujeto al régimen de no oposición a la adquisición de participaciones significativas aplicable a las empresas de servicios de inversión.

3.3. Servicios de suministro de datos

Se modifica el régimen de autorización de los Agentes de Publicación Autorizados (APA), Proveedores de Información Consolidada (PIC) y Servicios de Información Autorizados (SIA), que hasta ahora correspondía a la CNMV. Su autorización corresponderá a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM). No obstante, en el caso de los APA y SIA, la CNMV será la competente en el caso de que sean de escasa relevancia para el mercado interior y se cumpla la exención del artículo 2.3 del Reglamento (UE) 600/2014.

3.4. Normas de conducta

Las novedades introducidas tienen su origen en la transposición de la Directiva (UE) 2021/338, que modifica la Directiva MiFID II (conocida como "*Quick Fix*"), y en particular las que se indican a continuación:

- i. Se prevé la exención de los requisitos de gobernanza de productos (i) cuando los instrumentos financieros se comercialicen o distribuyan exclusivamente entre contrapartes elegibles, y (ii) cuando el servicio de inversión se refiera a bonos no estructurados o sin más derivados implícitos que una cláusula de reintegración.
- ii. Se establece que la información que debe proporcionarse a los clientes se hará en formato electrónico, salvo cuando un cliente minorista haya solicitado recibir la información en papel, en cuyo caso se proporcionará en este formato de forma gratuita.
- iii. Se establece la exención de determinadas obligaciones de información para clientes profesionales, salvo que estos comuniquen a la empresa de servicios de inversión lo contrario.
- iv. Se establece que, en el caso del servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras que impliquen el cambio de instrumento financiero, deberá obtenerse la información necesaria sobre las inversiones del cliente y se analizarán los costes y beneficios del cambio del instrumento financiero.
- v. En relación con la política de implicación con la que deben contar las entidades que presten el servicio de gestión discrecional e individualizada de carteras, descriptiva de cómo integran su implicación como accionistas o gestores de activos de accionistas en su política de inversión, se incluye como novedad que el régimen de conflictos de interés también resultará de aplicación a las actividades de implicación.

4. Modificaciones en materia de criptoactivos y de adopción de tecnologías de registros distribuidos

El Proyecto de Ley transpone la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2006/43/CE, 2009/65/CE, 2009/138/UE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/65/UE (UE) 2015/2366 y (UE) 2016/2341, y que acompaña a las propuestas de Reglamentos de la UE relativos a los mercados de criptoactivos y al régimen temporal para las infraestructuras del mercado basadas en tecnología de registros distribuidos ("TRD").

En este sentido, el Proyecto de Ley introduce las adaptaciones necesarias para la aplicación del Reglamento (UE) 2022/858 sobre un régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 600/2014 y (UE) n.º 909/2014 y la Directiva 2014/65/UE ("Reglamento sobre el régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en la TRD"), así como del Reglamento relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 ("Reglamento sobre criptoactivos").

4.1. Modificaciones para la aplicación del Reglamento sobre el régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en la TRD

El Proyecto de Ley incorpora las reglas necesarias para garantizar la seguridad jurídica de la representación de valores mediante la TRD, permitiendo la aplicación en España del Reglamento sobre el régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en la TRD. Como novedades más relevantes destacan las siguientes:

- i. Se añade una previsión adicional a la definición de instrumento financiero, de forma que incluya aquellos emitidos mediante la utilización de la TRD u otras tecnologías similares, cuyas características, categorías concretas y particularidades de su régimen jurídico serán determinados reglamentariamente. Ahora bien, el uso de la TRD no altera la naturaleza jurídica del instrumento financiero.
- ii. Se prevé la aplicación de las disposiciones aplicables a los valores negociables representados por medio de anotaciones en cuenta a los valores negociables registrados o representados mediante sistemas basados en la TRD cuyos términos y condiciones de emisión, en lo que respecta al registro, transmisión y forma de representación de los valores, prevean la aplicación de la nueva normativa al respecto, siempre que dicho acuerdo sea válido de conformidad con la ley aplicable al emisor y a la ley aplicable a los términos y condiciones de la emisión.
- iii. Se establecen normas en materia de constitución, transmisión y legitimación de los valores negociables representados mediante sistemas basados en la TRD. En particular, el Proyecto de Ley prevé que la legitimación para la transmisión y para el ejercicio de los derechos derivados de los valores negociables representados por medio de sistemas basados en la TRD se acredite mediante la implementación de funcionalidades en dichos sistemas sobre

la base de las cuales quede probada de forma indubitable la titularidad de los derechos de que se trate.

- iv. Por último, se establece que las entidades responsables de la administración de la inscripción y registro de los valores negociables representados mediante sistemas basados en la TRD quedan sujetas al régimen de supervisión, inspección y sanción establecido en el Proyecto de Ley a cargo de la CNMV. A estos efectos, el Proyecto de Ley prevé la ampliación del catálogo de infracciones y sanciones a conductas específicas aplicables a estas entidades.

4.2. Modificaciones para la aplicación del Reglamento sobre criptoactivos

Se designa a la CNMV como autoridad competente para la supervisión del cumplimiento del Reglamento sobre criptoactivos y, en su caso, la autoridad de coordinación e intercambio de información del mencionado Reglamento. De este modo, la CNMV será responsable competente para la supervisión de la emisión, oferta y admisión a negociación de determinados criptoactivos que no sean instrumentos financieros.

Con el objeto de que la CNMV pueda ejercer estas facultades, el Proyecto de Ley introduce nuevos tipos infractores graves y muy graves para cubrir el abanico de conductas infractoras que puedan proyectarse sobre las obligaciones derivadas del Reglamento sobre criptoactivos.

5. Modificaciones relevantes en materia institucional y en el régimen de supervisión, inspección y sanción

5.1. Régimen institucional de la CNMV

El Proyecto de Ley subraya la autonomía orgánica y funcional de la CNMV, y, con este objetivo, suprime el hasta ahora vigente recurso de alzada ante el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital frente a las sanciones de la CNMV y respecto de sus resoluciones en materia de intervención y sustitución de administradores.

Por lo que se refiere al Consejo de la CNMV, la composición sigue siendo la misma, pero se amplía el mandato del presidente, vicepresidente y consejeros no natos de la CNMV de cuatro a seis años, sin posibilidad de reelección y renovándose cada dos años. Igualmente se prevé expresamente que la composición del Consejo (así como la del Comité Consultivo de la CNMV) atenderá al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres.

5.2. Régimen de supervisión, inspección y sanción

Las principales novedades en este ámbito resultan de la trasposición de la Directiva (UE) 2019/2034 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, relativa a la supervisión pru-

dencial de las empresas de servicios de inversión (ESI), así como de la aplicación del Reglamento (UE) 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros; y, en su caso, del Reglamento UE (todavía en tramitación) relativo a los mercados de criptoactivos y sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero. No obstante, gran parte de los aspectos de supervisión, inspección y sanción relativos a supervisión prudencial de las ESI se encontraba ya regulada en el texto vigente, aunque por referencia a las entidades de crédito, cuyo régimen compartían las ESI.

Junto con lo anterior, el Proyecto de Ley descongela el rango legal de muchos aspectos de la supervisión, inspección y sanción, que pasan a estar regulados en el proyecto de real decreto por el que se desarrollan las potestades y facultades administrativas de la CNMV.

Como novedades más significativas en el régimen de supervisión, inspección y sanción, el Proyecto de Ley mantiene las competencias de la CNMV en materia de publicidad tanto de las actividades reguladas en la ley como de criptoactivos u otros activos e instrumentos presentados como objeto de inversión que no se encuentren regulados (esta última competencia se atribuyó a la CNMV en marzo de 2021); pero incorpora, además, una obligación de buscadores de internet, redes sociales y medios de comunicación de recabar información sobre la autorización (o falta de ella) de los anunciantes de instrumentos financieros o servicios de inversión al público en general que pretendan anunciarse a través de aquellos, y de comprobar que los anunciantes no se encuentran en las listas de entidades advertidas por la CNMV u otros supervisores extranjeros.

En lo que se refiere a infracciones, aunque el Proyecto de Ley no cambia apenas los tipos y sanciones ya existentes, mejora bastante en cuanto a sistematización de las infracciones y tipificación, clasificándolas en artículos distintos en función de la normativa sustantiva que se incumple o el sujeto infractor, y estableciendo en cada artículo la distinción entre infracciones muy graves o graves. Como novedad, se establece la prescripción de las infracciones graves en cuatro años (frente a los cinco años que establece el TRLMV vigente, que iguala la prescripción de las infracciones graves y muy graves en cinco años) y se extiende la posibilidad excepcional de limitar las infracciones leves a un requerimiento al presunto responsable a cualquier tipo de infracción leve (y no solo al incumplimiento de normas de conducta en el marco de una relación de clientela de las ESI).

Respecto a las sanciones, el Proyecto de Ley mantiene la posibilidad para la CNMV, en infracciones muy graves y graves, de imponer una o varias de las sanciones que prevé la propia norma, aunque sigue sin aclarar los supuestos y modalidades para el ejercicio de esa potestad, a pesar de la gran variedad y amplitud de las sanciones posibles.

Las horquillas de sanciones para entidades o quienes ejerzan cargos de administración y dirección en tipos graves y muy graves siguen siendo las mismas en líneas generales, estableciéndose diferencias similares a las de la normativa actual en función del tipo infractor. Se mantiene igualmente la publicación de las sanciones graves y muy graves en el *Boletín Oficial del Estado*, con naturaleza no sancionadora (distinta, por tanto, de la sanción de amonestación pública).

6. Otras novedades del Proyecto de Ley

- A. *Canales de denuncia de empresas de servicios de inversión*: se introduce la novedad de que los “interlocutores sociales” (i. e., sindicatos) puedan “facilitar” los procedimientos para las notificaciones de presuntas infracciones, siempre que ofrezcan la misma protección prevista hasta la fecha en la normativa vigente sobre canales de denuncia.
- B. *Servicios de reclamaciones de la CNMV*: se mantiene su consideración como entidad de resolución alternativa de litigios en el ámbito del mercado de valores hasta la proyectada creación de la autoridad única competente para la resolución de litigios de consumo en el sector financiero. Se añade también al Banco de España.
- C. *Eliminación de la obligación para los intermediarios financieros de mantener el sistema de información al DCV* para la supervisión de la negociación, compensación, liquidación y registro de valores (el denominado PTI, establecido en 2017). El Proyecto de Ley establece un plazo de dos años para que los DCV y las infraestructuras de mercado y entidades participantes se adapten a la supresión de la obligación de disponer de PTI prevista en los vigentes artículos 114 a 116 del vigente TRLMV. No obstante, se establece un periodo transitorio de dos años para la adaptación ante los costes de modificación de los sistemas y las dificultades para llevar los registros de detalle.

Foro de Actualidad

España

EN DEFENSA DEL ACTO PLÚRIMO. (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 70/2022, DE 2 DE JUNIO)

Carlos Lora González

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

En defensa del acto plúrimo. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 70/2022, de 2 de junio)

La Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 70/2022, de 2 de junio, anula las normas que obligaban a la Administración sanitaria a someter a autorización o ratificación judicial las medidas sanitarias restrictivas o limitativas de derechos fundamentales de alcance general. Sin embargo, lo hace sobre la base de un error, toda vez que pretende que ello supone hacer partícipe al Poder Judicial de la potestad reglamentaria de la Administración, cuando la realidad es que esas medidas no son una manifestación de la potestad reglamentaria, sino una potestad correctora característica de la función ejecutiva que desempeña la Administración. Esa confusión hace que la decisión alcanzada por el Tribunal presente dudas de Derecho.

PALABRAS CLAVE:

CRISIS SANITARIA, MEDIDAS SANITARIAS, DERECHOS FUNDAMENTALES, ESTADO DE ALARMA, PANDEMIA.

Defending administrative decisions with multiple undefined addressees (in connection with Spanish Constitutional Court Decision 70/2022 of 2 June)

Spanish Constitutional Court judgment of 2 June annulled provisions that obliged health public authorities to obtain prior court authorisations to adopt health measures that generally restricted or limited fundamental

rights. However, the decision is based on an error because it implies that these provisions involve giving courts administrative regulatory power, when the health measures do not derive from such regulatory power, but rather from a characteristic corrective measure of the public authorities' executive functions. This misperception raises legal doubts about the Court's decision.

KEY WORDS:

HEALTH CRISIS, HEALTH PROTECTIVE MEASURES, FUNDAMENTAL RIGHTS, STATE OF EMERGENCY, PANDEMIC.

FECHA DE RECEPCIÓN: 2-7-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 7-7-2022

Lora González, Carlos (2022). En defensa del acto plúrimo. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 70/2022, de 2 de junio), *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 141-151 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (el "TC") n.º 70/2022, de 2 de junio (la "STC 70/2022") ha anulado los arts. 10.8 y 11.1-i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (la "LJCA"), y otros preceptos conexos, introducidos en el ordenamiento jurídico por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (la "Ley 3/2020").

Las normas anuladas reorganizaban la competencia judicial para autorizar o ratificar medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales adoptadas por la Administración sanitaria al amparo de la normativa de emergencias sanitarias. Hasta el dictado de la Ley 3/2020, el párrafo segundo del art. 8.6 de la LJCA establecía que, con carácter general, correspondía a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la "*autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental*".

Esto es, el párrafo segundo del art. 8.6 de la LJCA atribuía a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la facultad de autorizar o ratificar (no entraremos aquí en la inexistente diferencia práctica entre ambas nociones, puesta ya de manifiesto por el Tribunal Supremo —el "TS"; *vid.* Sentencias n.º 719/2021, de 4 de mayo, o n.º 788/2021, de 3 de junio, entre otras—) *cualesquiera* medidas adoptadas por las autoridades sanitarias en las que concurren las circunstancias previstas en el precepto.

El fundamento constitucional de esta atribución se encontraba en el art. 117.4 de la Constitución, que establece lo siguiente: "*Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho*".

Sobre esta base constitucional, la reforma operada por la Ley 3/2020 redistribuyó el reparto de competencias para la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias sobre la base de dos parámetros: uno, el alcance general o individual de las medidas acordadas; y dos, el nivel

territorial de la Administración que adopta el acto. Así, la autorización de todas aquellas medidas que tengan destinatarios concretos e identificados permanecía bajo la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; sin embargo, la de aquellas otras dirigidas a una pluralidad indeterminada de destinatarios se repartía entre las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia correspondientes, si la medida provenía de la Administración autonómica, y la Sala homónima de la Audiencia Nacional, para el caso de que la medida hubiera sido acordada por la Administración General del Estado.

La STC 70/2022 anula únicamente las normas que hacen referencia a las dos últimas atribuciones, esto es, los arts. 10.8 y 11.1-i) de la LJCA. Permanece en vigor, por tanto, el párrafo segundo del art. 8.6 de la LJCA, si bien lo hace en la redacción dada por la Ley 3/2020, esto es, circunscribiendo la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo a la autorización o ratificación de medidas sanitarias con destinatarios individualizados. En consecuencia, bajo el régimen vigente, la autorización o ratificación de medidas de alcance general, antes de la reforma también radicada en los Juzgados, ha desaparecido.

El planteamiento jurídico de la STC 70/2022 ha sido criticado desde diversos ángulos, la mayoría de ellos bien sintetizados en el voto particular emitido por cuatro magistrados del TC en la misma fecha de la sentencia. De todos ellos, en las líneas siguientes se abordará el que se refiere a la confusión de la naturaleza jurídica de las medidas adoptadas al amparo de la normativa de emergencias sanitarias, al entender el Tribunal que se trata de disposiciones generales emanadas de la potestad reglamentaria de la Administración, y no de actos generales o plúrimos consecuencia de su potestad ejecutiva.

2. Breve caracterización dogmática del acto administrativo plúrimo o de alcance general

Antes de profundizar en el que para mí es el principal error de fondo que cabe imputar a la STC 70/2022, resulta conveniente hacer una breve caracterización dogmática de lo que el acto administrativo plúrimo o de alcance general representa en nuestro derecho administrativo.

Como la mayoría de las categorías dogmáticas, la de acto plúrimo o de alcance general no cuenta con una definición legal. No obstante, el art. 45.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (la "LPACAP"), se refiere expresamente a ellos al regular los actos necesariamente sujetos a publicación: "*a) Cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas*".

Es decir, la nota esencial del acto plúrimo consiste en que sus efectos jurídicos se dirigen a una pluralidad indeterminada de particulares. Ejemplos de actos plúrimos son "*las convocatorias de pruebas selectivas o de concursos para la adjudicación de contratos, concesiones o licencias*" (MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 27); o "*una relación de funcionarios o de expropiados*" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015).

Aparentemente, los actos administrativos plúrimos guardan parecido con los reglamentos, por cuanto en ambos casos contienen efectos jurídicos dirigidos a una pluralidad indeterminada de particulares. No obstante, la distinta naturaleza de unos y otros es clara, al resultar que los primeros constituyen una manifestación de la potestad ejecutiva, incardinada en la función ejecutiva del Estado, mientras que los segundos lo son de la potestad reglamentaria, que se incardina en la función legislativa del Estado (sobre la diferencia entre potestades y funciones del Estado, *vid.* GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo, Vol. I*, Madrid: Tecnos, 2010, pp. 37 y ss.). Unos y otros tienen, por tanto, una naturaleza radicalmente distinta, a pesar de que en ambos casos sean producto de una actuación administrativa y *ab initio* se dirijan por igual a un número desconocido de particulares.

El TS ha delimitado con claridad la diferente naturaleza de actos plúrimos y reglamentos. Recogiendo el grueso de su doctrina, citada por la sentencia de instancia que revisaba en casación, la Sentencia del TS de 28 de mayo de 2014 (rec. n.º 2310/2011) señalaba:

"Para determinar si estamos ante un acto administrativo o una norma de naturaleza general debemos atender, en primer lugar, al contenido material de la actuación administrativa, de tal forma, que podemos afirmar que nos hallamos ante una norma cuando de él se desprende una ordenación o regulación abstracta destinada a ser ulteriormente aplicada en una pluralidad indeterminada de casos concretos y, por el contrario, nos hallaremos ante un acto cuando el acto encierra una decisión consistente en declarar una concreta situación jurídica en aplicación de una regulación preexistente, con unos destinatarios delimitados total o potencialmente y con unos efectos claramente determinados. El examen de la doctrina jurisprudencial evidencia que notas definidoras de la norma o disposición de carácter general son: pluralidad indefinida de cumplimientos, innovación del ordenamiento y perdurabilidad en el tiempo.

Desde una perspectiva teleológica para calificar como disposición general una actuación administrativa, hemos de comprobar que tenga una finalidad normativa y que se integra en el ordenamiento jurídico, mientras que los actos administrativos, por el contrario, ya tengan por destinatario una persona determinada o una pluralidad indeterminada de personas (acto plúrimo), persiguen siempre una finalidad particularizada y no pasa a formar parte del ordenamiento jurídico" (fundamento jurídico primero).

En el mismo sentido se había pronunciado el Alto Tribunal años atrás en Autos de 9 de marzo de 1998 (rec. n.º 6596/1997) o de 10 de marzo de 1995 (rec. n.º 4898/1993), por citar dos ejemplos, al inadmitir sendos recursos de casación interpuestos frente a actos plúrimos.

Con base en esta doctrina jurisprudencial, la delimitación entre actos plúrimos y reglamentos se encuentra en la diferencia entre el carácter instantáneo propio de la potestad ejecutiva, que aplica el derecho a un caso concreto (por mucho que el caso concreto afecte a una pluralidad indeterminada de particulares) y se agota en esa aplicación, y el carácter permanente propio de la potestad reglamentaria que, en cuanto partícipe de la función legislativa del Estado, tiene una vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico. De este modo, los actos administrativos plúrimos carecen de la "*finalidad normativa*" propia de las disposiciones generales.

3. El error de la STC 70/2022: las medidas que pueden adoptarse al amparo de la normativa de emergencias sanitarias son, en su mayoría, actos plúrimos, y no reglamentos

3.1. La STC 70/2022 anula los arts. 10.8 y 11.1-i) de la LJCA al entender, en mi opinión incorrectamente, que las medidas sanitarias adoptadas al amparo de la normativa de emergencias sanitarias son reglamentos y, por tanto, al entender del TC, sujetar a autorización o ratificación judicial su adopción supone hacer al Poder Judicial partícipe de la potestad reglamentaria, algo que, en su opinión, socava la atribución exclusiva de esta al Poder Ejecutivo ex art. 97 de la Constitución, y desborda el carácter exclusivo y excluyente de la potestad jurisdiccional propia del Poder Judicial que proclama el art. 117.3 de la Constitución.

En efecto, después de dedicar su fundamento jurídico 5 a recordar la doctrina constitucional sobre el principio de separación de poderes, la Sentencia, en su fundamento jurídico 6 aborda la reserva del Poder Judicial para el ejercicio único de la función jurisdiccional y, sobre esa base, interpreta restrictivamente la función de garantía del art. 117.4 de la Constitución:

"Este mandato de exclusividad del art. 117.3 CE impide que ningún otro poder del Estado ejerza la potestad jurisdiccional. Y también impide, en sentido inverso, que los jueces y tribunales integrantes del poder judicial ejerzan potestades públicas ajenas a la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Dicho de otro modo, el principio de exclusividad jurisdiccional es el reverso del principio de reserva de jurisdicción y es corolario de la independencia judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE). En efecto, el principal rasgo que define a la función jurisdiccional y que la distingue de otras funciones públicas es que ha de ejercerse con independencia y sometimiento exclusivo al imperio de la ley. La independencia es atributo esencial del ejercicio de la jurisdicción, que en exclusiva corresponde a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial, y se erige en pieza esencial de nuestro ordenamiento constitucional (...).

Por tanto, no puede olvidarse que la previsión contenida en el art. 117.4 CE, aunque matiza el principio de reserva jurisdiccional (art. 117.3 CE), tiende asimismo a asegurar el principio de separación de poderes, lo que excluye una interpretación extensiva de aquel precepto constitucional que conlleve una desnaturalización del Poder Judicial, lo que sin duda acaecería si se entendiese que el legislador puede atribuir a los jueces y tribunales, en garantía de cualquier derecho, cualquier tipo de función no jurisdiccional, desbordando los cometidos propios del Poder Judicial. Un entendimiento semejante de lo dispuesto en el art. 117.4 CE debe ser descartado, a fin de evitar el desequilibrio institucional que conllevaría la intromisión del Poder Judicial en las tareas constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado, con la consiguiente quiebra del principio constitucional de separación de poderes, consustancial al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), como ya se ha señalado.

Conviene asimismo tener en cuenta la necesidad de acotar las funciones de los distintos poderes del Estado, a fin de evitar fórmulas de actuación que, al involucrar a un poder en las funciones

propias de otro, puedan impedir o dificultar la exigencia de las responsabilidades, políticas o jurídicas, que a cada cual correspondan, comprometiendo con ello el principio de responsabilidad de los poderes públicos, proclamado por el art. 9.3 CE y estrechamente vinculado con el principio de división o separación de poderes.

En suma, resulta obligado interpretar estrictamente el art. 117.4 CE, excluyendo, en consecuencia, aquellas interpretaciones extensivas que pudieran conducir a una desnaturalización de la configuración constitucional resultante del principio de separación de poderes (arts. 66.2, 97, 106.1 y 117 CE y concordantes)".

Sentada esa premisa, el fundamento jurídico 7 de la STC 70/2022 anula las disposiciones examinadas al entender que, en opinión del Tribunal, *"determina una inconstitucional conmixión de la potestad reglamentaria y la potestad jurisdiccional"*. A juicio del TC:

"En efecto, el art. 10.8 LICA quebranta el principio constitucional de separación de poderes, al atribuir esa norma a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo funciones ajenas a su cometido constitucional (arts. 106.1 y 117 CE), con menoscabo de la potestad reglamentaria que la Constitución (y los respectivos estatutos de autonomía) atribuye al Poder Ejecutivo (art. 97 CE), sin condicionarla al complemento o autorización de los jueces o tribunales para entrar en vigor y desplegar eficacia, bastando para ello la publicación en el correspondiente diario oficial. La potestad reglamentaria se atribuye por la Constitución (y por los estatutos de autonomía, en su caso) al Poder Ejecutivo de forma exclusiva y excluyente, por lo que no cabe que el legislador la convierta en una potestad compartida con el Poder Judicial, lo que sucede si se sujeta la aplicación de las normas reglamentarias al requisito previo de la autorización judicial.

A los tribunales de justicia les corresponde el control de legalidad de las normas reglamentarias [arts. 106.1, 117.3 y 153 c) CE], pudiendo, en consecuencia, anularlas, o inaplicarlas, cuando las consideren contrarias a la ley (STC 209/1987, FJ 3). (...) De ningún modo les corresponde a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial injerirse en las tareas constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado, como lo es la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo (art. 97 CE). (...) La potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo deja de ser tal si las normas emanadas al amparo de esa potestad constitucional exclusiva quedan privadas de un atributo esencial como lo es el de desplegar efectos por sí mismas, sin la intervención de otro poder público. Al Poder Judicial corresponde, pues, una función revisora, en cuanto la Constitución le encomienda el control «de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican» (art. 106.1 CE), y ese control se ejerce a posteriori, no a priori. El Poder Judicial no es, en fin, cogobernante o copartícipe del ejercicio de la potestad reglamentaria. Esta potestad, que el art. 97 CE atribuye al Gobierno, no está, ni puede estarlo, sujeta a permiso o autorización de otro poder, pues en tal caso dejaría de ser una potestad constitucional exclusiva, al no poder desplegar efectos por sí misma.

La autorización judicial de las disposiciones administrativas generales dictadas para la protección de la salud pública que establece el precepto cuestionado implica decisivamente a los tribunales de justicia en la puesta en marcha de medidas de política sanitaria y produce una inconstitucional confusión de las funciones ejecutiva y judicial, que despoja al Poder Ejecutivo de la potestad reglamentaria que tiene constitucionalmente atribuida (art. 97 CE) y al mismo

tiempo compromete la independencia del Poder Judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE), al hacerle corresponsable de la decisión política que solo al Poder Ejecutivo corresponde (...).

La confusión es innegable, pues se trata de disposiciones de carácter general dictadas por el Poder Ejecutivo, cuyo cumplimiento se impone a un número indeterminado de personas durante un período de tiempo indefinido, pero que necesitan del complemento de la autorización expresa de un órgano judicial para desplegar eficacia. Las medidas sanitarias generales aprobadas por el Poder Ejecutivo competente, verdaderos reglamentos urgentes de necesidad, se configuran como válidos desde la aprobación gubernamental, pero no son eficaces ni, por tanto, aplicables hasta que no reciben la autorización judicial, de acuerdo con la norma legal cuestionada".

Como se comprueba de los extractos anteriores, más allá de otros argumentos con los que el TC apuntala su decisión, la *ratio decidendi* de la STC 70/2022 se sostiene en entender que las medidas adoptadas al amparo de las normas sobre emergencias sanitarias son reglamentos —“verdaderos reglamentos urgentes de necesidad”, llega a decir la sentencia—. Sobre esa base, sujetar a autorización o ratificación judicial el ejercicio de la potestad reglamentaria constituye, a juicio del TC, una injerencia del Poder Judicial la función legislativa del Estado inadmisibles desde el punto de vista jurídico-constitucional.

3.2. En mi opinión, la gran mayoría de las medidas sanitarias adoptadas durante la pandemia no pueden ser calificadas como disposiciones generales de carácter reglamentario, por cuanto son el resultado de la simple aplicación de la Ley por parte de la Administración, no prescripciones de carácter normativo dirigidas a formar parte de la ordenación normal de la vida en sociedad. Basta reparar los términos en los que las leyes relevantes en la materia configuran la potestad administrativa que faculta para su adopción para comprobarlo.

Por un lado, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (“LO 3/1986”), faculta a la Administración competente para “adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad” (art. 1). Estas medidas podrán consistir en “medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle su actividad” (art. 2) y, en el específico caso de que sea necesario controlar enfermedades transmisibles, la Administración sanitaria, de acuerdo con el art. 3:

“Podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideran necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

Por otro lado, el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (la “LGS”), permite a la Administración sanitaria, en los casos en que “exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud” y con análogo carácter discrecional, adoptar “las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, interven-

ción de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas" (énfasis añadido).

Por último, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública ("Ley 33/2011"), completa las anteriores disposiciones a este respecto en su art. 54, que permite a la Administración sanitaria adoptar, sin perjuicio de lo dispuesto en la LO 3/1986 o en la LGS, medidas tales como la inmovilización y el decomiso de productos y sustancias; la intervención de medios materiales o personales; el cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias; la suspensión del ejercicio de actividades; la determinación de condiciones para la fabricación o comercialización de productos o sustancias o el funcionamiento de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias; o "*cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud*".

Ninguna de estas normas constituye una habilitación a la Administración para que desarrolle vía reglamento la regulación legal de emergencias sanitarias. Por el contrario, todas estas normas se limitan a configurar una potestad administrativa netamente ejecutiva dirigida a producir determinados efectos jurídicos coactivos sobre los particulares para obligarles a o prohibirles actuar de un modo concreto en garantía de un determinado bien jurídico protegido (la salud pública). Todas las medidas sanitarias contenidas en esas normas se corresponden con efectos jurídicos que (i) se agotan con su cumplimiento, (ii) obedecen a la ocurrencia de determinadas circunstancias que pueden lesionar un determinado bien jurídico relevante para la comunidad (en términos amplios, la salud pública), y (iii) para la evitación de esa lesión, resulta necesario que los particulares actúen de un determinado modo (hospitalizándose, reclusándose en casa, cerrando sus negocios), aun en contra de su voluntad.

Todas estas medidas, en fin, se corresponden con los efectos típicamente propios de las potestades correctoras de la Administración, existentes en muchos otros sectores sujetos a supervisión administrativa (MAGIDE HERRERO, Mariano, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública, 2001, pp. 334-335), también conocidas "técnicas ablatorias" (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo, Vol. II*, Madrid: Iustel, 2018, pp. 279-287) o "actividad de limitación" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, T. II, *op. cit.*), y conocidas desde largo tiempo atrás en el contexto de la actividad administrativa de policía (GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 171-180; CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la, *La actividad de la Administración*, Madrid: Tecnos, 1983, pp. 255-257). En todos estos otros sectores, como ocurre en el de la salud pública, cuando la Administración impone una orden o una prohibición (hospitalizarse, recluirse en casa o clausurar un negocio, en este caso), no altera el marco normativo existente, sino que simplemente lo aplica en garantía de la indemnidad del bien jurídico protegido al que todas esas normas sirven (la salud pública).

3.3. Sentado lo anterior, creo que la STC 70/2022 yerra al entender que la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias supone hacer partícipe al Poder Judicial en la función legislativa del Estado.

Estas medidas no son el resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración, sino de una manifestación de su potestad ejecutiva, y hacer partícipe al Poder Judicial del ejer-

cicio de esta no solo es constitucionalmente admisible, sino que el propio TC lo admite cuando se proyecta sobre particulares concretos. E, igualmente, la propia STC 70/2022 se refiere a otros supuestos en los que el ordenamiento jurídico prevé la autorización judicial para el ejercicio de una potestad fuertemente interventora por la Administración, sin que formule ninguna objeción al respecto (cfr. fundamento jurídico primero).

En mi opinión, alcanzar una solución diversa para actos de *idéntica* naturaleza en función únicamente del carácter determinado o indeterminado de sus destinatarios es erróneo. Si es constitucional que el Poder Judicial autorice o ratifique medidas sanitarias dirigidas a concretos destinatarios, también debe serlo cuando se trata de medidas dirigidas a una pluralidad indeterminada de personas. Lo contrario es tanto como que el TC, en su interpretación de la Ley, distinga donde el legislador no lo ha hecho, algo que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, no le está permitido. Dotar de menos garantías a los *mismos* efectos jurídicos dependiendo de si se proyectan sobre ciudadanos identificados individualmente o sobre una pluralidad indeterminada de personas cuando no existe una razón constitucionalmente aceptable de esa desigualdad resulta, además, abiertamente contrario al principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución.

4. La importante consecuencia práctica a la que conduce la STC 70/2022: las autoridades sanitarias no pueden adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales de alcance general

Más allá de la importancia que tiene que el TC haya incurrido en una confusión entre categorías esenciales para nuestro derecho administrativo, en la práctica la STC 70/2022 ha privado a las autoridades sanitarias de la posibilidad de adoptar medidas que restrinjan o limiten los derechos fundamentales de los ciudadanos con alcance general.

La doctrina ha discutido intensamente acerca de si las normas en materia de emergencias sanitarias habilitaban a las Administraciones públicas a adoptar medidas de carácter general. En mi opinión, en el estado de cosas existente en 2020, nada había en la Ley que lo impidiera: los preceptos, en particular los de la LGS y la Ley 33/2011, se referían a efectos jurídicos que podían abarcar tanto a destinatarios concretos como a una pluralidad indeterminada de ellos, y la normativa procesal en materia de autorización o ratificación judicial tampoco establecía limitaciones al efecto. Por si ello no fuera suficiente, el art. 3 de la LO 3/1986 habilitaba a la Administración para adoptar las medidas "*que se consideren necesarias*", lo que permitía encontrar anclaje legal para actuaciones de alcance amplio o general.

La reforma operada por la Ley 3/2020 no alteró esta situación, en la medida en la que, como la propia STC 70/2022 reconoce, se limitó a "*reordenar la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sobre autorizaciones de medidas sanitarias*" (fundamento jurídico 2), sin introducir, por tanto, cambios sustantivos destacables.

Pues bien, la STC 70/2022 anula las previsiones legales, las únicas existentes, en las que se contenía una referencia expresa a medidas de alcance general que pudieran restringir o limitar derechos fundamentales, y deja únicamente vigente aquellas dirigidas a destinatarios concretos. Y lo hace, además, sobre el razonamiento de que esta clase de medidas de alcance general tienen la naturaleza de disposiciones reglamentarias, cerrando la puerta a que existan medidas adoptadas bajo la forma de actos administrativos plúrimos o de alcance general.

A resultas de lo anterior, una interpretación sistemática de las normas existentes conduce a la conclusión de que, bajo este marco normativo, las Administraciones sanitarias no pueden dictar actos administrativos de alcance general limitativos o restrictivos de derechos fundamentales.

En efecto, bajo el régimen resultante de la sentencia, las normas sustantivas en la materia no especifican —como no lo hacían antes— si los efectos jurídicos que regulan pueden imponerse a un particular concreto o a una pluralidad indeterminada de estos, pero la Ley procesal, que completa el régimen aplicable, solo prevé que los efectos limitativos o restrictivos de derechos fundamentales se produzcan sobre destinatarios concretos e individualizados, caso para el cual se exige autorización judicial. Al no establecerse similares garantías para la producción de *idénticos* efectos jurídicos cuando estos se produzcan sobre un conjunto indeterminado de personas, la única respuesta razonable que cabe es que esos efectos no resultan posibles. De lo contrario, se produciría el absurdo de que lo que resulta necesario para producir efectos jurídicos limitativos o restrictivos de derechos fundamentales sobre *un* particular no lo es para producir esos efectos sobre *varios* particulares, planteamiento que resulta del todo irrazonable.

Así las cosas, como resultado de la STC 70/2022, las autoridades sanitarias solo podrán restringir o limitar los derechos fundamentales de los ciudadanos ante situaciones de emergencia si dirigen sus actos hacia particulares concretamente identificados en las medidas.

Bibliografía

CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la (1983). *La actividad de la Administración*. Madrid: Tecnos.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2015). *Curso de Derecho Administrativo*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, tomos I y II.

MAGIDE HERRERO, Mariano (2001). *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, tomo XII.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2018). *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Iustel, vols. I y II.

España

APROXIMACIÓN A LA NUEVA LEY 4/2022, DE 27 DE JULIO, DE RACIONALIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE EXTREMADURA

Marina Baena Solís

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

Aproximación a la nueva Ley 4/2022, de 27 de julio, de racionalización y simplificación administrativa de Extremadura

El pasado 29 de julio de 2022 entró en vigor la Ley 4/2022, de 27 de julio, de racionalización y simplificación administrativa de Extremadura, que persigue la implantación efectiva del principio de buena administración en la Administración pública autonómica. Con el fin de acercar la Administración a la ciudadanía, la nueva norma establece varias medidas orientadas a facilitar el acceso a los servicios públicos y a remover los obstáculos que ralentizan la tramitación de los procedimientos administrativos. De esta forma, el legislador autonómico pretende acelerar la tramitación de proyectos y atraer nuevas inversiones económicas a la región.

PALABRAS CLAVE:

BUENA ADMINISTRACIÓN, SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA, GOBERNANZA PÚBLICA POR PROYECTOS.

Overview of Law 4/2022 of 27 July on streamlining and simplifying administrative procedures in Extremadura

Law 4/2022 of 27 July on streamlining and simplifying administrative procedures in Extremadura entered into force on 29 July 2022. It aims to implement the principle of good administration at Extremadura's public authorities by establishing several measures to facilitate access to public services and removing obstacles that slow down administrative procedures. The regional lawmaker's intention behind this law is to speed up the processing of projects and attract new investors to the region.

KEYWORDS:

GOOD ADMINISTRATION, SIMPLIFYING ADMINISTRATIVE PROCEDURES, PUBLIC GOVERNANCE PROJECTS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 2-7-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 7-7-2022

Baena Solís, Marina (2022). Aproximación a la nueva Ley 4/2022, de 27 de julio, de racionalización y simplificación administrativa de Extremadura. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 152-160 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El pasado 29 de julio de 2022 entró en vigor la Ley 4/2022, de 27 de julio, de racionalización y simplificación administrativa de Extremadura (en adelante, la "Ley 4/2022"), que, al igual que su predecesora, la Ley 8/2019, de 5 de abril, para una Administración más ágil en la Comunidad Autónoma de Extremadura, entraña un nuevo esfuerzo del legislador extremeño por implementar, de manera efectiva, el principio de buena administración.

La noción de *buena administración*, de origen comunitario, ha trascendido al ordenamiento jurídico español y se postula no solo como derecho fundamental (*vid.* art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), sino también como un principio de actuación administrativa que pretende salvaguardar el ejercicio democrático del poder público en torno al ciudadano.

Aun cuando no encontramos referencia expresa, nuestra Constitución sí consagra implícitamente el principio de buena administración en su artículo 103.1, que dispone que la Administración "*sirve con objetividad los intereses generales*", y en sus artículos 9.1, 9.3, 31.2, 105 y 106, que someten la actividad administrativa en su conjunto y, particularmente, el procedimiento administrativo, a los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad, a criterios de eficiencia y economía en la programación y asignación del gasto público; al respeto de los derechos de audiencia, participación y acceso reconocidos a los ciudadanos; al control jurisdiccional de la legalidad de la "actuación administrativa"; y al régimen de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos.

En el marco de la legislación administrativa básica, encontramos otras referencias normativas que apelan al principio de buena administración, como serían el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ("LRJSP"), que alude al "*servicio efectivo a los ciudadanos*" (letra a); a la "*simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos*" (letra b); a la "*participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa*" (letra c); y a la "*buena fe*" y "*confianza legítima*" (letra e); y el artículo 13-e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el Proce-

dimiento Administrativo Común ("LPAC"), que establece el derecho de los ciudadanos *"a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones"*.

A nivel autonómico, no son pocos los estatutos de autonomía que han incorporados a sus textos principios de buena administración. Tal es el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura (*vid.* artículo 39 de su Estatuto), que ahora nos ocupa.

La nueva Ley 4/2022, que repasaremos a continuación, forma parte del elenco normativo confeccionado por los legisladores autonómicos para reforzar y, en última instancia, implementar de forma efectiva el principio de buena administración en sus respectivos ámbitos. Encontramos precedentes similares, por ejemplo, en las Islas Baleares (Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears), Galicia (Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración) o Aragón (Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa y Ley 2/2022, de 19 de mayo, de aplicación y desarrollo de la anterior), todo ello sin desdeñar el amplio espectro de normas que regulan los conocidos principios de transparencia y buen gobierno, íntimamente conectados con el principio de buena administración.

Contextualizada la norma, a continuación expondremos sucintamente los aspectos, a nuestro juicio, más relevantes de esta nueva regulación.

2. Finalidad y ámbito de aplicación de la norma

La finalidad de la Ley 4/2022, según se extrae de la propia exposición de motivos, no es otra que *"fijar las bases para una Administración pública autonómica dinámica, que acompañe a las personas particulares en sus iniciativas y no se limite a intervenir a través de normas de policía"*. A tal fin, se establecen una serie de medidas que persiguen, básicamente, cuatro objetivos (*vid.* artículo 1):

- i. Reforzar la *asistencia a la ciudadanía* en el acceso a los servicios públicos y *remover los obstáculos* que limitan el desarrollo económico y social de Extremadura.
- ii. Establecer la *gobernanza pública por proyectos* como modelo de gestión flexible en el ejercicio de las potestades y competencias administrativas.
- iii. *Racionalizar el régimen general de intervención administrativa* sobre la actividad de las personas y entidades particulares, partiendo del principio de intervención mínima y priorizando el empleo de los mecanismos de declaración responsable y comunicación.
- iv. Realizar la *simplificación administrativa* mediante la previsión de diversas medidas orientadas a flexibilizar, agilizar y reducir la duración temporal de los procedimientos.

Las novedades legislativas incorporadas a la Ley 4/2022 se aplicarán, con carácter general, a todos los órganos, organismos y entidades que conforman la Administración pública extremeña, así

como a toda la actividad administrativa autonómica, sin perjuicio de la aplicación singular de la norma a los procedimientos contemplados en los anexos I, II y III.

3. Nueva forma de actuar: la gobernanza pública por proyectos

La Ley 4/2022 implanta en la Administración pública autonómica, con vocación de generalidad y permanencia, una nueva forma de actuar basada en el "*principio de transversalidad organizativa*" y que introduce bajo la rúbrica "*gobernanza pública por proyectos*", que permitirá a la Administración hacer frente a los problemas que trascienden las atribuciones propias de las respectivas consejerías.

Según el artículo 3-f) de la norma, se entiende por *gobernanza pública por proyectos* la "*forma de ejercer las potestades y competencias administrativas respecto a un proyecto o conjunto de pretensiones vinculadas a un interés común*". Por su parte, el citado precepto define en su apartado g) el término *proyecto* como el "*conjunto de actividades planificadas, empresariales o no, diversas en cuanto a su naturaleza, que se unen para alcanzar un fin común, al margen de la titularidad única o separada de las mismas o de su gestión*".

Esta nueva forma de actuar de la Administración extremeña que, como se anticipaba, pivota sobre el principio de transversalidad organizativa, consagrado en el artículo 4, se articula a través de *mecanismos de coordinación y colaboración*, que serán promovidos por la Administración autonómica para favorecer la simplificación administrativa y la agilidad en la tramitación y ejecución de proyectos (*vid.* artículo 5), y de *sistemas de acompañamiento individualizado* de personas y entidades particulares (*vid.* artículo 6).

Ciertamente, la Ley 4/2022 proporciona a la Administración una serie de mecanismos, modalidades e instrumentos para instaurar la gobernanza pública por proyectos que no constituyen un *numerus clausus*. Es decir, queda a salvo el recurso a otras modalidades amparadas por el ordenamiento jurídico autonómico o estatal, que, del mismo modo, favorezcan la implantación, desarrollo y culminación de proyectos en la Comunidad Autónoma extremeña.

Con carácter preferente, la gobernanza pública por proyectos se llevará a cabo a través de los tres mecanismos —(i) técnicas de calificaciones integrales (*vid.* artículo 8); (ii) tramitación conjunta de proyectos (*vid.* artículo 9); y (iii) gestión coordinada de procedimientos (*vid.* artículo 10)— que pasamos a exponer someramente.

i. Calificaciones integrales

La técnica de calificación integral será utilizada para la aprobación de proyectos cuando se considere aconsejable por su trascendencia o complejidad. A tal fin, se tendrá en cuenta la contribución a la dinamización y al desarrollo relevante de la economía de la región, en términos de empleo, riqueza y sostenibilidad. La Ley deja abierta la posibilidad de valorar otras circunstancias que serán tasadas en el correspondiente desarrollo reglamentario.

La tramitación de la calificación integral se llevará por el órgano sustantivo que se determine en la norma legal o reglamentaria que establezca esta técnica de intervención administrativa. El procedimiento constará de dos fases: una primera de calificación, en la que se verificará el cumplimiento de los requisitos previstos en dicha normativa y que será resuelta por el Consejero de Gobierno; y una segunda de aprobación de las concretas actividades que corresponderá al órgano que se determine en la norma legal o reglamentaria que establezca esta técnica de intervención. El procedimiento administrativo previsto en la normativa autonómica para la aprobación de estas actividades seguirá la tramitación de urgencia.

Según la disposición adicional cuarta de la Ley 4/2022, se utilizará esta técnica de calificaciones integrales en los supuestos previstos en el anexo II.

ii. Tramitación conjunta de proyectos

Para aquellos supuestos no sujetos a la técnica de calificación integral, la Administración autonómica deberá establecer un procedimiento que integre en una *única instancia* todos los actos de intervención administrativa que afecten a diversas actividades incluidas en un solo proyecto.

Ello sin perjuicio de la posibilidad que se ofrece al promotor de un proyecto que comprenda diversas actividades de solicitar la *tramitación conjunta* al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura. En ese caso, si se considera que las diversas actividades del proyecto son susceptibles de tramitación conjunta, será el Consejo de Gobierno quien determinará el órgano autonómico competente ante el cual se realizarán todos los trámites y establecerá los mecanismos para llevarlo a efecto. El órgano designado será el encargado de coordinar todos los trámites necesarios para el desarrollo del proyecto, sin perjuicio de los actos y resoluciones que correspondan a los demás órganos competentes.

iii. Gestión coordinada de procedimientos

La gestión coordinada de procedimientos, según explica la norma en su artículo 10, consiste en el establecimiento de un marco de trabajo instrumental, organizativo y temporal para el ejercicio de una competencia o del conjunto coordinado de las competencias que corresponden a diferentes organismos, entidades o Consejerías de la Administración pública autonómica. Este mecanismo solo se utilizará en aquellos supuestos para los que no resulten de aplicación las calificaciones integrales o la tramitación conjunta de proyectos.

Su utilización será acordada mediante orden de gestión coordinada dictada por la Consejería competente o, cuando lo sean varias, por orden conjunta, o mediante convenio cuando se trate de distintas Administraciones públicas.

La técnica de gestión coordinada de procedimientos se utilizará, en todo caso, en los supuestos previstos en el anexo III de la Ley 4/2022.

3.1. Instrumentos de gobernanza pública por proyectos

Para hacer efectiva la gobernanza pública por proyectos, la Ley 4/2022 pone a disposición de la Administración pública autonómica dos instrumentos: las encomiendas de gestión administrativas y las unidades administrativas de carácter provisional.

La nueva norma ordena a la Administración fomentar el uso de las encomiendas de gestión interadministrativas para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos, organismos y entidades de su sector público.

Además, la Ley permite a la Administración constituir unidades administrativas de carácter provisional, que operarán durante un plazo determinado vinculado al desarrollo de los proyectos, para agilizar su tramitación y atraer así nuevas inversiones económicas. Estas unidades provisionales podrán convertirse en definitivas si la Consejería justifica, en términos de eficiencia y consecución de objetivos, la necesidad de contar con una unidad especializada para la aceleración de proyectos y atracción de inversiones.

4. Racionalización del régimen general de intervención administrativa

Con el propósito de ofrecer servicios más ágiles y eficientes, sobre la base del principio de mínima intervención administrativa, regulado expresamente en su artículo 15, la Ley 4/2022 reconfigura el modo en el que la Administración autonómica de Extremadura puede interferir en la esfera jurídica de los particulares.

La norma anterior recuerda a la Administración autonómica que no podrá establecer medidas limitativas del ejercicio de derechos individuales o colectivos o que exijan el cumplimiento de determinados requisitos para el ejercicio de una actividad, salvo que *"motive la necesidad para la protección del interés público, respetando en todo caso los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en el artículo 19 de esta ley y en la normativa básica del Estado"*.

En esencia, la Ley 4/2022 incorpora los principios de intervención de las Administraciones públicas consagrados en la normativa básica estatal (*vid.* artículo 4 de la LRJSP). Sin embargo, al regular explícitamente los principios de necesidad y proporcionalidad en su artículo 19, la norma autonómica matiza que, para establecer límites al acceso o exigir el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, *"a través de autorizaciones, licencias, inscripción en un registro, declaraciones responsables o comunicaciones"*, la Administración debe *"motivar su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, que deberán ser proporcionados [los límites al acceso o requisitos exigidos] a la razón imperiosa de interés general invocada"* (*vid.* artículo 19.2 *in fine*).

A estos efectos, debemos acudir a la definición de *razón imperiosa de interés general* que ofrece la Ley 4/2022, en su artículo 3-h), que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hace coincidir con razones de orden público, seguridad pública, protección civil,

salud pública, preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, protección de los derechos, seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, entre otros.

Pues bien, en este nuevo marco, la Ley 4/2022 apuesta fuertemente por la utilización de *declaraciones responsables o comunicaciones* en el seno de los procedimientos administrativos promovidos por los interesados. A este respecto, cabe señalar que la Ley 4/2022 configura expresamente las declaraciones responsables y las comunicaciones como medidas de intervención administrativa que habilitan el reconocimiento o ejercicio de un derecho, o el inicio y desarrollo de una actividad, con carácter preferente y alternativo a las autorizaciones, licencias y a la solicitud de inscripción en un registro.

Las declaraciones responsables o comunicaciones, en efecto, podrán sustituir a la aportación de documentos en el seno de procedimientos iniciados a instancia de parte. No obstante, esta documentación debe estar disponible para su presentación ante el órgano competente cuando este así lo requiera, en el ejercicio de las facultades de inspección, comprobación y control que le reconoce expresamente la Ley 4/2022. A este respecto, merece señalar que la norma ofrece a los interesados la posibilidad de aportar un *certificado verificación de documental* emitido por una entidad colaboradora de certificación, que acreditará la suficiencia y la idoneidad de la documentación revisada para los fines que legalmente procedan (*vid.* artículos 29 y ss.). Las entidades colaboradoras de certificación serán responsables de los certificados que emitan y están sometidas al régimen sancionador previsto en la norma.

Conviene conocer que la Ley 4/2022 confiere a la Administración un plazo máximo de seis meses desde su entrada en vigor (*i. e.* 29 de julio de 2022) para llevar a cabo las adaptaciones normativas necesarias para la implantación del régimen de intervención administrativa a través de declaraciones responsables o comunicaciones alternativas en los procedimientos que se relacionan en el anexo I de la norma. Transcurrido ese plazo, operará el régimen de intervención previsto en el anexo I, y la normativa anterior que rige estos procedimientos solo será de aplicación en aquello que no se oponga o contradiga lo establecido en esta Ley 4/2022 (*vid.* disposición adicional tercera).

Por su parte, la Ley 4/2022 dispone que solo se podrá recurrir a la autorización o licencia previa, como técnica de intervención administrativa, cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias, suficientemente motivadas y ponderadas con base en los principios de necesidad y proporcionalidad:

- A. Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medioambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.
- B. Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando estas sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico artístico,

y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

- C. Cuando, por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.
- D. Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución.

Del mismo modo, la Ley 4/2022 sustituye los trámites de registro por inscripciones de oficio, siempre que se disponga de información de las personas interesadas.

Sin perjuicio de lo anterior, la norma autonómica ordena a la Administración autonómica minimizar las cargas administrativas soportadas por los operadores económicos y adoptar medidas de mayor flexibilización que le permita la normativa aplicable en cada caso.

5. Medidas adicionales de simplificación administrativa

La Ley 4/2022 impone a todos los órganos, organismos y entidades de la Administración autonómica el *deber general* de promover la simplificación administrativa en sus respectivos ámbitos de competencias, eliminando todos los obstáculos y realizando aquellas adaptaciones que sean necesarias.

En materia de tramitación y emisión de informes, la nueva norma establece, con carácter general, un plazo para su emisión en el seno de procedimientos administrativos de diez días, que podrá ser ampliado excepcionalmente mediante norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general. La Comisión Jurídica de Extremadura y el Consejo Económico y Social de Extremadura no estarían sometidos a este plazo.

En concreto, para agilizar la tramitación de informes sectoriales, se prevé que el órgano competente solicite los informes pertinentes de forma simultánea y, además, su emisión no tendrá carácter sucesivo. Es decir, la emisión de un informe no estará condicionada por la expedición previa del informe de otro órgano sectorial, salvo en aquellos casos en los que un trámite sea consecuencia del anterior y/o causa del siguiente.

En el caso en que un mismo órgano sectorial autonómico deba emitir un informe a varios efectos, entre ellos, dentro del trámite ambiental, del trámite urbanístico y del trámite de la autorización sustantiva, emitirá un único informe que abarque los distintos aspectos sobre los que deba pronunciarse, salvo que existan modificaciones sustanciales de documentación aportada.

Asimismo, Ley 4/2022 regula la tramitación urgente de iniciativas normativas y la reducción de plazos de resolución, que, como regla general, será de tres meses. La norma señala que, salvo razones imperiosas de interés general, la Administración pública autonómica *reducirá a la mitad los plazos* establecidos para los procedimientos ordinarios que se inicien a partir de la entrada en vigor de esta norma —*a excepción de los relativos a la presentación de solicitudes y recursos*—, en los supuestos en los que exista la obligación de relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos.

6. Régimen sancionador

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales, administrativas o de otro orden que puedan concurrir, el título IV de la Ley 4/2022 establece un régimen sancionador derivado del incumplimiento de las obligaciones contenidas en los capítulos II, III y V del título II de la norma, que se refieren, respectivamente, a las normas comunes aplicables a las declaraciones responsables y comunicaciones, a las formas de intervención administrativa y a la entidades colaboradoras de certificación.

A los efectos de esta ley, constituyen infracciones administrativas las acciones y omisiones tipificadas como infracciones leves, graves o muy graves, en los artículos 47, 48 y 49, que podrán ser castigadas con sanciones tanto pecuniarias (multas) como no pecuniarias.

Las sanciones pecuniarias no superarán los 3.000 euros, en el caso de infracciones leves, y oscilarán entre los 3.001 euros y 60.000 euros, en caso de infracciones graves, y entre los 60.001 euros y 600.000 euros, para el supuesto de infracciones muy graves.

Las sanciones no pecuniarias, que se podrán imponer en caso de infracciones graves o muy graves, podrán consistir en (a) suspensión, con carácter definitivo o temporal, de la actividad, de la ejecución del proyecto o, en su caso, clausura del establecimiento; (b) inhabilitación, por un periodo máximo de tres años, para el desarrollo de la actividad o la promoción de proyectos análogos, percibir subvenciones o beneficiarse de incentivos fiscales; (c) resarcimiento de todos los gastos ocasionados por la infracción; (d) decomiso de beneficios; entre otras.

El régimen sancionador entrará en vigor el próximo 29 de enero de 2023, una vez transcurrido el plazo de seis meses desde la publicación en el *Diario Oficial de Extremadura* de la Ley 4/2022 que prevé la propia norma.

Foro de Actualidad

España

GREENWASHING Y PRÁCTICAS DESLEALES CON LOS CONSUMIDORES:

LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA
AL EMPODERAMIENTO DE LOS
CONSUMIDORES PARA LA TRANSICIÓN
ECOLÓGICA A LA LUZ DEL CONTEXTO
ACTUAL Y ALGUNOS CASOS RECIENTES EN
EL DERECHO COMPARADO

Carles Vendrell Cervantes y Cristina Suanzes Díez

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

***Greenwashing* y prácticas desleales con los consumidores: la propuesta de Directiva relativa al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica a la luz del contexto actual y algunos casos recientes en el derecho comparado**

La Propuesta de Directiva que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE, en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información, tiene como objeto evitar las prácticas de ecoblanqueamiento y evitar

que se lleve a engaño a los consumidores en relación con la durabilidad o la reparabilidad de los productos, es decir, con materias relacionadas con la obsolescencia de determinados productos.

Esta Propuesta de Directiva probablemente constituye un cambio de paradigma respecto de la tolerancia que hasta la fecha ha habido en lo que respecta al greenwashing. No obstante, lo cierto es que, aun sin esta modificación específica, la legislación general sobre prácticas desleales ya resulta de aplicación a las alegaciones medioambientales. Da buena cuenta de ello el análisis de determinados precedentes en el derecho comparado.

PALABRAS CLAVE:

GREENWASHING, PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES, PROPUESTA DE DIRECTIVA, ALEGACIONES MEDIOAMBIENTALES.

Greenwashing and unfair commercial practices with consumers: proposal for a directive on empowering consumers for the green transition in light of the current situation and recent comparative law cases

The proposal for a directive amending Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU as regards empowering consumers for the green transition through better protection against unfair practices and better information aims to prevent greenwashing practices and avoid misleading consumers on how durable and repairable products are (i.e. the obsolescence of specific products).

The proposal for a directive would result in a paradigm shift from a more lenient approach towards greenwashing. However, even without this specific amendment, general legislation on unfair practices already applies to environmental claims. This is apparent from an analysis of specific comparative law cases.

KEYWORDS:

GREENWASHING, UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES, PROPOSAL FOR A DIRECTIVE, ENVIRONMENTAL CLAIMS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 2-7-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 7-7-2022

Vendrell Cervantes, Carles; Suanzes Díez, Cristina (2022). *Greenwashing* y prácticas desleales con los consumidores: la propuesta de Directiva relativa al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica a la luz del contexto actual y algunos casos recientes en el derecho comparado. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 161-173 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Desde hace ya un tiempo, las alegaciones o referencias medioambientales y sociales que realizan las empresas no son solo una herramienta habitual y útil de comunicación comercial o publicitaria, sino también objeto de preocupación bajo la perspectiva de la protección de los consumidores y del funcionamiento correcto del mercado. Cuando esas alegaciones son falsas, inexactas o excesivamente vagas, puede inducirse a error al consumidor sobre extremos que son relevantes para la decisión de contratar bienes o servicios, incluso aunque, en ocasiones, ese error se proyecte solo sobre la formación inicial de preferencias sobre una empresa o simplemente sobre la decisión de interesarse por una determinada oferta¹.

En particular, bajo el llamado ecoblanqueamiento o blanqueo ecológico (*greenwashing* en terminología inglesa) se vienen denunciando aquellas prácticas comerciales por las que, mediante la exageración o enfatización de los beneficios medioambientales, se traslada el mensaje de que una

determinada organización o un producto o servicio determinado es más sostenible de lo que en realidad es.

En el contexto europeo, algunas autoridades nacionales de consumo han advertido ya de los riesgos de estas prácticas e identificado las reglas que deben seguir las empresas para realizar correctamente alegaciones medioambientales o sociales (es el caso, como se verá, de las muy útiles Directrices de la Autoridad de Consumo de los Países Bajos², de enero de 2021, o de la Guía equivalente del Reino Unido, de septiembre de 2021³). También se han suscitado algunos procedimientos administrativos y litigios derivados de las reclamaciones formuladas por asociaciones de consumidores o competidores (v. *infra* 4).

A la vista de todo ello, las instituciones de la Unión Europea también han querido contribuir a prevenir y sancionar estas prácticas. Así, el 30 de marzo de 2022, la Comisión Europea publicó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información (en adelante, la “Propuesta de Directiva” o la “Propuesta”)⁴.

En las líneas que siguen daremos cuenta del contenido de esta Propuesta de Directiva y de sus posibles implicaciones para el ordenamiento español, e incluiremos una valoración crítica de su oportunidad y necesidad, todo ello a la vista de la experiencia reciente de otras jurisdicciones en determinados casos relacionados con la llamada litigación derivada de las prácticas de *greenwashing*.

2. La propuesta de modificación de la directiva 2005/29: las nuevas prácticas comerciales desleales relacionadas con el *greenwashing*

La Propuesta de Directiva se enmarca dentro del Pacto Verde Europeo⁵, que se puso en marcha en el año 2019 y que consiste en una serie de iniciativas y propuestas destinadas a la transición ecológica, con el objetivo último de alcanzar la llamada neutralidad climática en el 2050.

Los objetivos de la Propuesta de Directiva son, en el plano político-legislativo, favorecer la transformación de la economía de la Unión hacia una circular, limpia y ecológica, y contribuir a que los consumidores tomen decisiones de consumo más sostenibles. En el plano técnico-jurídico, se trata de mejorar los derechos de los consumidores mediante la modificación de dos Directivas ya existentes centradas en la protección de los derechos de consumidores: la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (en adelante, la “Directiva 2005/29”)⁶, y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (en adelante, la “Directiva 2011/83”)⁷.

Más concretamente, la Propuesta tiene como objeto, por un lado, evitar las ya mencionadas prácticas de *greenwashing* o ecoblanqueamiento o blanqueo ecológico —que la Propuesta califica, directamente, como prácticas comerciales engañosas en su considerando 1— y, por otro, evitar que se lleve a engaño a los consumidores en relación con la durabilidad o la reparabilidad de los productos, es decir, con materias relacionadas con la obsolescencia de determinados productos (de las que no nos ocupamos específicamente en esta contribución).

La Propuesta, en su artículo 1, plantea, así, introducir modificaciones en tres artículos (arts. 2 *Definiciones*, 6 *Acciones engañosas* y 7 *Omisiones engañosas*) y en el Anexo I (*Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia*) de la Directiva 2005/29.

Las modificaciones planteadas en el artículo 2 de la Directiva 2005/29 tienen como objeto la introducción de una serie de definiciones relacionadas con las alegaciones medioambientales y sobre sostenibilidad. Así, por ejemplo, se proporciona una definición explícita y amplia de *alegación medioambiental* que incluye todos aquellos mensajes, cualquiera que sea su forma —incluidas las representaciones simbólicas o gráficas e incluso las denominaciones sociales y los nombres comerciales de productos— que “*indique[n] o implique[n] que un producto o un comerciante tiene un impacto positivo o nulo en el medio ambiente, es menos perjudicial para el medio ambiente que otros productos o comerciantes, respectivamente, o ha mejorado su impacto a lo largo del tiempo*”. Los términos amplios con los que se define conceptualmente *alegación medioambiental* implican que, en la práctica, cualquier declaración, signo distintivo o incluso imagen relacionada directa o indirectamente con el medioambiente será, en principio, considerada una alegación medioambiental. La Propuesta también introduce otras definiciones relevantes como la de *alegación medioambiental explícita*, *alegación medioambiental genérica*, *etiqueta de sostenibilidad* o, por referencia a otras normativas europeas, *durabilidad* o *funcionalidad*.

En lo que respecta a las *acciones engañosas*, reguladas hoy en el apartado primero, letra b) del artículo 6 de la Directiva 2005/29, la Propuesta añade tres nuevos elementos a la lista de extremos sobre los que debe versar la información para inducir a error. En concreto, se incluyen en este listado el *impacto medioambiental o social* de los productos y su *reparabilidad* y *durabilidad*. Nótese, así, que, también para las alegaciones medioambientales y sociales, es requisito indispensable para apreciar la existencia de engaño que se hagan en relación con un producto.

Obviamente, el artículo 6 de la Directiva 2005/29 mantiene los mismos requisitos y la misma sistemática que hasta la fecha, por lo que, para considerar que en una alegación sobre el *impacto medioambiental o social* de los productos la *reparabilidad* y la *durabilidad* es engañosa, debe contener información falsa o información que, aun siendo correcta, pueda inducir a error al consumidor y hacerle tomar una decisión sobre una transacción que, de otro modo, no hubiera tomado. Llama la atención, por la vaguedad del término, la referencia en este apartado a las alegaciones sobre el impacto social de los productos, término que, a diferencia de alegación medioambiental, reparabilidad o durabilidad no está definido ni siquiera de forma indirecta en la Propuesta de Directiva. Aun así, en el considerando 3 de la Propuesta se proporcionan ejemplos de qué se entenderá por *sostenibilidad social* y, en este sentido, se mencionan, en concreto, las alegaciones relativas a “*las condiciones de trabajo, las contribuciones a la beneficencia o el bienestar animal*”.

Por otra parte, la Propuesta sugiere modificar también el apartado segundo del art. 6, que, como es sabido, regula las llamadas prácticas engañosas por confusión (letra *a*) y por incumplimiento de códigos de conducta (letra *b*). A tal efecto, se propone añadir dos motivos adicionales de engaño: (i) realizar una alegación medioambiental relacionada con el comportamiento medioambiental futuro sin compromisos y metas claros, objetivos y verificables y sin un sistema de supervisión independiente; y (ii) anunciar beneficios para los consumidores que se consideren una práctica habitual en el mercado pertinente.

A efectos prácticos, quizás la modificación más relevante en este punto es la exigencia de que los compromisos sobre el comportamiento medioambiental futuro —cada vez más comunes en todos los sectores— deban no solo ser claros, objetivos y verificables —adviértase que la objetividad, hasta el momento, no se incluía en el texto como criterio a los efectos de valorar el carácter engañoso de una práctica comercial—, sino también estar sujetos a un sistema de verificación independiente que permita seguir los avances del comerciante en relación con los compromisos y las metas, aunque lo cierto es que queda en el aire si la verificación independiente debe ser llevada a cabo por terceros o se puede realizar de forma interna. A nuestro criterio, tal y como está redactada en estos momentos la Propuesta de Directiva, la verificación independiente de compromisos futuros no debe necesariamente ser llevada a cabo por terceros, sino que será suficiente con un sistema de verificación interno con las adecuadas garantías de objetividad e independencia.

La Propuesta de Directiva sugiere también modificar el artículo 7 de la Directiva 2005/29 para añadir un elemento adicional a la lista de la información fundamental en el caso de prácticas comerciales específicas, cuya omisión puede hacer que la práctica comercial de que se trate se considere engañosa. En concreto, este listado se amplía para advertir que *"cuando un comerciante preste un servicio que compare productos, incluso a través de una herramienta de información sobre la sostenibilidad, se considerarán fundamentales la información sobre el método de comparación, los productos objeto de la comparación y los proveedores de dichos productos, así como las medidas para mantener la información actualizada"*.

Por último, la Propuesta sugiere añadir diez nuevas prácticas al listado de prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia recogido en el Anexo I de la Directiva 2005/29 (prácticas comerciales engañosas *per se*). En concreto, las prácticas que se añadirán al listado son las siguientes:

- i. Exhibir una etiqueta de sostenibilidad que no esté basada en un sistema de certificación o que no haya sido establecida por las autoridades públicas.
- ii. Realizar una alegación medioambiental genérica en relación con la cual el comerciante no pueda demostrar un comportamiento medioambiental excelente reconocido pertinente para la alegación.
- iii. Realizar una alegación medioambiental sobre la totalidad del producto cuando en realidad solo se refiera a un determinado aspecto del producto.

- iv. Presentar los requisitos impuestos por la legislación a todos los productos de la categoría de productos pertinente en el mercado de la Unión como si fuera una característica distintiva de la oferta del comerciante.
- v. Omitir informar al consumidor de que una actualización de los programas informáticos afectará negativamente al uso de bienes con elementos digitales o a determinadas características de dichos bienes, aun cuando la actualización de los programas informáticos mejore el funcionamiento de otras características.
- vi. Omitir informar al consumidor sobre la existencia de una característica de un bien introducida para limitar su durabilidad.
- vii. Alegar que un bien tiene una durabilidad determinada en términos de tiempo o intensidad de uso cuando no la tenga.
- viii. Presentar los bienes como aptos para la reparación cuando no lo sean u omitir informar al consumidor de que los bienes no permiten la reparación de conformidad con los requisitos legales.
- ix. Inducir al consumidor a sustituir los bienes fungibles de un bien antes de lo necesario por razones técnicas.
- x. Omitir informar de que un bien está diseñado para limitar su funcionalidad cuando se utilicen bienes fungibles, piezas de recambio o accesorios que no hayan sido suministrados por el productor original.

De las prácticas que se propone añadir a la *lista negra* del Anexo I de la Directiva 2005/29, destaca, por su relevancia, la prohibición de mostrar etiquetas de sostenibilidad que no se basen en un sistema de certificación o que no hayan sido establecidas por las autoridades públicas. Aquí la Propuesta sí es clara al explicar en sus definiciones que los sistemas de certificación de las etiquetas de sostenibilidad no solo deben estar implantados por terceros, sino que, además, deben ser abiertos y estar basados en condiciones transparentes, justas y no discriminatorias.

Destaca también, particularmente por su amplitud y también vaguedad —impropia de una prohibición absoluta como las incluidas en el Anexo I—, la prohibición de las alegaciones medioambientales genéricas en relación con las que no se pueda demostrar un comportamiento medioambiental excelente reconocido (esto es, ajustado a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo⁸, a sistemas nacionales o regionales de etiquetado ecológico EN ISO 14024 de tipo I reconocidos oficialmente de conformidad con el su artículo 11 del Reglamento n.º 66/2010, o un comportamiento medioambiental superior de conformidad con otra legislación aplicable de la Unión). A tal efecto, la Propuesta define *alegación medioambiental genérica* de forma muy amplia incluyendo todas aquellas alegaciones explícitas, no contenidas en una etiqueta de sostenibilidad, en las que la especificación de la alegación no se facilite en términos claros y visibles en el mismo soporte.

Pese a la amplitud de la prohibición, el considerando 9 de la Propuesta de la Directiva parece que proporciona la guía interpretativa para anticipar qué tipo de alegaciones medioambientales genéricas entrarán dentro de la prohibición. A estos efectos, el referido considerando proporciona ejemplos como *"respetuoso con el medio ambiente"*, *"eco"*, *"verde"*, *"amigo de la naturaleza"*, *"neutro en términos de carbono"*, o *"biodegradable"*, entre otros. En línea con ello, la Propuesta precisa que, por ejemplo, la alegación *"biodegradable"* sin contextualizar y sin información adicional será considerada engañosa, mientras que, si se explican las circunstancias concretas en las que se puede predicar dicha biogradabilidad (esto es, por ejemplo, si aplica a la totalidad de un producto o solo a una parte, los medios necesarios y el tiempo), la alegación superará dicha prohibición absoluta incluida en el Anexo I y será considerada lícita.

En cualquiera de los casos, está todavía por definir la literalidad y número final de prácticas que previsiblemente se incluirán en el Anexo I de la Directiva 2005/29. En este sentido, recientemente se ha publicado el Proyecto de Opinión de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria para la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor sobre la Propuesta de Directiva⁹, que, entre otros, propone enmendar el Anexo I para incluir prácticas adicionales, como por ejemplo afirmar que un bien o servicio tiene un impacto neutro o positivo en el medioambiente en lo referido a las emisiones de gases de efecto invernadero o llevar a cabo prácticas que reduzcan la vida útil de los productos. De aceptarse estas enmiendas durante el trámite parlamentario, el listado de prácticas desleales prohibidas en cualquier circunstancia se ampliará más de lo que se prevé en este momento.

3. La aprobación de la propuesta de directiva, su entrada en vigor y plazos

Como se avanzaba al comienzo de este trabajo, el texto de la Propuesta no ha sido todavía aprobado y es probable que tarde en aprobarse algún tiempo.

Además, como Directiva, la Propuesta establecerá los principales objetivos a alcanzar por los Estados miembros, pero, como es sabido, cada uno de ellos deberá transponerla a sus ordenamientos jurídicos nacionales, por lo que también podrán introducirse cuestiones adicionales y diferencias entre países sobre el detalle específico de la regulación. En lo que a plazos de transposición se refiere, se prevé que los Estados miembros dispongan de dieciocho meses para adoptar las disposiciones nacionales correspondientes que deberán aplicarse en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la Propuesta de Directiva.

En cualquiera de los casos, vistos los plazos de transposición, parece que las modificaciones de la Propuesta de Directiva no entrarán en vigor a corto plazo, por lo que los operadores del mercado tienen un margen razonable para adaptar sus políticas internas a la Directiva.

Cuestión distinta —y esto es ahora lo relevante— es que, como se expondrá a continuación, las cuestiones que plantea la Propuesta tengan ya incidencia en la aplicación de la legislación vigente.

4. Efectos prácticos de la propuesta de directiva, valoración crítica y contexto comparado actual

Bajo una perspectiva estrictamente política, la Propuesta de Directiva es una meritoria declaración de intenciones por parte del legislador europeo y constituye una reacción clara respecto de la tolerancia, posiblemente inintencionada, que hasta la fecha ha habido en lo que respecta al *greenwashing*, en general, y a alegaciones medioambientales vagas, genéricas o excesivamente generosas, en particular.

Ahora bien, bajo una perspectiva técnico-jurídica y práctica, y salvando algunas excepciones que seguidamente se destacarán, lo cierto es que la Propuesta no proporciona directrices excesivamente novedosas o distintas a las ya vigentes. De hecho, la mayoría de las disposiciones de la Propuesta parecen estar específicamente diseñadas, bien para reconocer expresamente que las disposiciones generales existentes sobre prácticas comerciales desleales también se aplican a las alegaciones medioambientales, bien para incluir los principios generales en materia de alegaciones medioambientales en una normativa de carácter vinculante.

Aun sin dicho reconocimiento expreso, no parece dudoso que la legislación general sobre prácticas comerciales desleales ya resulta de aplicación a determinadas alegaciones medioambientales en la medida en la que estas constituyen una práctica comercial de las empresas en las relaciones con sus consumidores, tal y como estas están definidas en el art. 2 b) de la Directiva 2005/29. En efecto, la modificación del apartado primero, letra b), del artículo 6 de la Directiva 2005/29 parece encaminada a clarificar la situación actual, de manera que la información sobre el "*impacto medioambiental o social*" de los productos sería un extremo relevante para enjuiciar la existencia de engaño¹⁰.

De hecho, la actual Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior de la Comisión Europea (en adelante, la "Guía de interpretación de la Directiva 2005/29" o la "Guía"), actualizada en 2021, ya incluye una extensa sección destinada a la sostenibilidad que aborda no solo las declaraciones medioambientales o ecológicas, sino también las declaraciones de responsabilidad social y las prácticas de obsolescencia programada.

A título de ejemplo, la Guía de interpretación de la Directiva 2005/29 ya explica cómo y en qué medida una alegación medioambiental puede constituir una práctica engañosa encuadrable en el art. 6 de Directiva 2005/29 o una omisión engañosa del art. 7 de la Directiva 2005/29 si las alegaciones, las imágenes o la presentación general del producto exageran la magnitud de los beneficios medioambientales o se trata de alegaciones vagas o genéricas. De hecho, es llamativo que la Guía, a diferencia de la Propuesta de Directiva, sí proporciona una definición general de alegaciones sobre el impacto social¹¹.

En sentido similar, algunas conductas que, de aprobarse la actual Propuesta de Directiva, se incluirán en el Anexo I como prácticas comerciales que están prohibidas en cualquier circunstancia ya pueden considerarse vedadas bajo la legislación vigente.

Así, el Anexo I de la Directiva 2005/29 ya incluye, entre las prácticas comerciales que están prohibidas en cualquier circunstancia, "*presentar los derechos que otorga la legislación a los consumidores como si fueran una característica distintiva de la oferta del comerciante*" (actual apartado 10 del Anexo I de la Directiva 2005/29). La Guía de interpretación de la Directiva 2005/29 especifica que esta disposición también se aplica a las declaraciones ambientales o de sostenibilidad en el sentido de que "*los comerciantes no deben engañar a los consumidores destacando indebidamente atributos que proceden de los requisitos reglamentarios*", añadiendo como un ejemplo de práctica prohibida "*declarar que un producto está libre de determinadas sustancias si esas sustancias ya están prohibidas por la legislación*" (sección 4.1.1.6 de la Guía). Por su parte, la Propuesta añade al listado de prácticas comerciales desleales en cualquier circunstancia un nuevo apartado 10 bis ("*Presentar los requisitos impuestos por la legislación a todos los productos de la categoría de productos pertinente en el mercado de la Unión como si fuera una característica distintiva de la oferta del comerciante*") que, en vista de la Guía, ya estaba en vigor por la vía de la interpretación del actual punto 10 del Anexo I de la Directiva.

Lo que cambia, en suma, es poco. La Propuesta de Directiva sí incluye tres novedades relevantes que podrían suponer una clara modificación de la legislación actual e impondrían nuevas formalidades o requisitos en las relaciones de las empresas con los consumidores. Nos referimos, en concreto, (i) a la exigencia de que los compromisos medioambientales futuros dejen de ser una mera declaración de intenciones y se conviertan en mensajes claros, objetivos y verificables y, además, estén sujetos a un sistema de verificación independiente (exigencia que se incluirá en el art. 6.2. de la Directiva 2005/29); (ii) a la información adicional que debe facilitarse a los consumidores con carácter previo en los contratos a distancia, fuera del establecimiento y contratos distintos de los contratos a distancia o los contratos fuera del establecimiento (conforme a las modificaciones previstas en la Directiva 2011/83); y (iii) a la prohibición de exhibir etiquetas de sostenibilidad que no estén basadas en un sistema de certificación o no hayan sido establecidas por las autoridades públicas (práctica que, como se ha visto, se incluirá en el Anexo I de la Directiva 2005/29 y que será considerada desleal en cualquier circunstancia). Hasta la fecha, la Guía de interpretación de la Directiva 2005/29 planteaba como posibilidad o recomendación que se realizaran verificaciones de terceros para garantizar la pertinencia de la etiqueta, pero no era una exigencia absoluta.

Más allá de estas tres novedades, la relevancia de este eventual cambio legislativo no parece estar tanto en sus disposiciones específicas, sino en la declaración de intenciones que subyace bajo la Propuesta: el ecoblanqueamiento, blanqueo ecológico o *greenwashing* es una práctica extendida en el mercado europeo y la Unión está poniendo sobre la mesa las herramientas precisas para que los Estados miembros las eliminen.

Sucede que —como se ha dicho— estas herramientas ya existen en la regulación actual. De hecho, en el contexto comparado, ya vienen apareciendo desde hace un tiempo resoluciones de autoridades de consumo o tribunales que enjuician actos de engaño derivados de alegaciones medioambientales. Puede destacarse, por ejemplo, la confirmación por parte de los tribunales italianos¹² de la sanción interpuesta por la Autoridad Italiana de Competencia —que tiene atri-

buidas competencias en materia de consumo— a una compañía energética por una campaña publicitaria en la que se indicaba que un combustible era “verde” y que contribuía a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Dicha práctica se consideró contraria a los artículos 21 y 22 del Código de Comercio Italiano —que, a efectos prácticos, son equivalentes a los artículos 5 *actos de engaño* y 7 *omisiones engañosas* de la Ley española de Competencia Desleal—. En otros países, como Holanda y Reino Unido, se han dictado también resoluciones de organismos de autorregulación publicitaria que han concluido que alegaciones publicitarias relativas a las bajas emisiones de aerolíneas debían ser también consideradas engañosas¹³. En Alemania, empiezan a ser frecuentes las reclamaciones judiciales por alegaciones publicitarias relativas a la neutralidad climática¹⁴.

También nuestra práctica judicial da cuenta de estos casos. Así, entre otros, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid¹⁵ estimó que un fabricante de coches había realizado actos de engaño previstos en el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal por realizar alegaciones publicitarias relativas al compromiso medioambiental de la compañía mientras se comercializaban vehículos calificados por la propia sentencia como “*altamente contaminantes*”, destacándose a estos efectos que el aspecto medioambiental “*indudablemente en la actualidad forma parte del tipo de motivaciones que de manera generalizada mueven a cualquier consumidor medio*”. Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁶ ha ordenado recientemente el cese cautelar de una campaña publicitaria que comparaba, de forma vaga, el impacto medioambiental del consumo de hamburguesas de forma que llevaba a error a los consumidores.

Como se ve, la aprobación de la Directiva no ha sido necesaria para discutir la validez, con arreglo al Derecho contra la competencia desleal vigente, de determinadas alegaciones publicitarias. Cuestión distinta son las dificultades con las que se enfrenta su aplicación, que probablemente no se resuelvan tanto por medio de proclamaciones retóricas o reformas estéticas (como la subyace bajo la Propuesta de Directiva), sino, como se expone a continuación, por la elaboración de guías prácticas más claras.

5. Las guías prácticas como herramienta práctica útil y como posible elemento de determinación de la diligencia profesional y del momento temporal en que es exigible

Al margen de esas proclamaciones retóricas o de una reforma como la que contiene la Propuesta, la difusión de guías o directrices destinadas a evitar las alegaciones medioambientales vagas o engañosas adquiere, en efecto, una singular utilidad y relevancia en este contexto. Son estas guías y directrices, usualmente con ejemplos prácticos, las que resultan particularmente útiles a la hora de valorar el contenido y grado de detalle exigible de una alegación medioambiental para evitar caer en vaguedades o imprecisiones que puedan llevar a engaño a los consumidores.

A tal efecto, destacan, por ejemplo, las Directrices de Declaraciones de Sostenibilidad emitidas en el año 2021 por Autoridad de Consumidores y Mercados de los Países Bajos (ACM), que, desde una perspectiva muy práctica, tienen como objeto ofrecer orientación a las compañías para redactar y evaluar alegaciones relacionadas con la sostenibilidad o, en el Reino Unido, la también citada Guía de alegaciones medioambientales sobre bienes y servicios de la Autoridad de Competencia y Mercados (CMA).

Con una mecánica similar a la de las referidas directrices y claramente inspirada por ellas, desde finales del año 2021, como ya se ha dicho, la propia Unión Europea proporciona sus propios criterios o directrices sobre alegaciones medioambientales en la Guía de interpretación de la Directiva 2005/29.

Todos estos textos (no vinculantes) recogen ya los principios generales o buenas prácticas que deben aplicarse en la valoración de las alegaciones medioambientales y que ahora la Propuesta de Directiva introduce de forma expresa en las Directiva 2005/29. Estos principios generales pueden resumirse en cuatro.

En primer lugar, veracidad y exactitud en los beneficios medioambientales que se alegan. Al respecto y aunque pueda parecer obvio, en la práctica puede no resultar tan sencillo ser exacto. Las afirmaciones amplias, generales o absolutas —muchas veces impuestas incluso por el medio en el que se realizan las alegaciones— son propensas a ser inexactas.

En segundo término, la honestidad y proporcionalidad en los mensajes, que se traduce, en realidad, en no exagerar los beneficios medioambientales de tal forma que puedan entenderse aplicables al todo si se aplican solo a una parte y no enfatizar algún beneficio medioambiental con el objetivo de enmascarar u ocultar cualquier aspecto medioambiental negativo.

En tercer lugar, justificación fáctica adecuada y actualizada de las alegaciones. Todas las alegaciones medioambientales deben estar respaldadas por una base fáctica pertinente y actualizada.

Por último, pertinencia y objetividad en las comparaciones. Cualquier comparación que se realice, tanto internas (respecto a productos, servicios o políticas antiguas frente a las nuevas versiones) como referidas a otros operadores o productos del mercado, debe ser verificable, pertinente y referirse a aspectos relevantes para el consumidor.

De este modo, estas guías o directrices —que incluyen, como decimos, útiles ilustraciones prácticas— son una herramienta útil para las empresas.

Además, estas guías podrían servir, en ocasiones, para determinar el estándar de diligencia profesional en este ámbito y, en concreto, el momento temporal en que este estándar pudo ser razonablemente exigible. En este sentido, es importante recordar que, como es sabido, el ilícito general de prácticas comerciales desleales —o, si se prefiere, la cláusula general del art. 4.1 II de la Ley de Competencia Desleal que informa el resto de los ilícitos específicos contra los consumidores— tiene como elemento estructural la diligencia profesional, *“entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado”*.

No se trata, por supuesto, de equiparar esa diligencia profesional o las prácticas honestas del mercado a lo dispuesto en esas guías (pues, lógicamente, ese concepto será necesariamente más amplio y adaptado a las circunstancias de cada caso y, en particular, de cada grupo de consumidores a la que se dirige la alegación medioambiental o social). Pero, hecha esta salvedad, el contenido de esas guías (existentes o futuras) podría ayudar también a identificar aquello que puede ser razonablemente esperable y, por ello y a la vista de su fecha de publicación, aquello que no lo era en un momento temporal determinado.

6. Recapitulación y conclusiones

- A. La Propuesta de Directiva aprobada por la Comisión Europea trata de situar el foco del Derecho europeo contra la competencia desleal y, en particular, de los ilícitos de engaño con consumidores en las prácticas de ecoblanqueamiento o blanqueo ecológico (*greenwashing*), esto es, aquellas prácticas comerciales por las que, mediante la exageración o enfatización de los beneficios medioambientales, se traslada el mensaje de que una determinada organización o un producto o servicio determinado es más sostenible de lo que en realidad es. Lo hace por medio de una propuesta de modificación de la Directiva 2005/29, encaminada, en esencia, a incluir el "impacto medioambiental o social" de los productos entre los extremos sobre los que debe versar la información para inducir a error y a ampliar a lista de prácticas comerciales engañosas *per se*.
- B. La novedad práctica más relevante que se incluye en la Propuesta en el ámbito que nos ocupa es la exigencia de que los compromisos medioambientales futuros dejen de ser una mera declaración de intenciones y se conviertan en mensajes claros, objetivos y —esto es lo relevante— verificables por medio de un sistema de verificación independiente (exigencia que se incluirá en el art. 6.2. de la Directiva 2005/29). A nuestro criterio, tal y como está redactada en estos momentos la Propuesta de Directiva, la verificación independiente de compromisos futuros no debe necesariamente ser llevada a cabo por terceros, sino que será suficiente con un sistema de verificación interno con las adecuadas garantías de objetividad e independencia.
- C. Al margen de esta novedad, el alcance de la modificación proyectada —o, por mejor decir, su utilidad y oportunidad— resulta discutible. No parece dudoso —la propia Comisión lo había reconocido en su Guía de interpretación de la Directiva 2005/29— que tales alegaciones medioambientales o sociales puedan ser ya encuadradas en los ilícitos de engaño y que la Propuesta de Directiva persiga solo una clarificación (o algo peor: una mera reforma estética).
- D. Es probable, así, que el Derecho europeo no necesite tal reforma para abordar la problemática de las prácticas de *greenwashing*. En su lugar, es notablemente más útil la elaboración y difusión de guías prácticas —como las de Países Bajos y Reino Unido—, que permitan definir, con mayor precisión, las buenas prácticas en este ámbito. No solo son una herramienta práctica útil, sino también jurídica: tales guías (existentes o futuras) podrían ayudar a completar el análisis del estándar de diligencia profesional, es decir, podrían ayudar a identificar aquello que puede ser razonablemente esperable y, por ello y a la vista de su fecha de publicación, aquello que no lo era en un momento temporal determinado.

Notas

- 1 Para esta perspectiva del engaño en el Derecho europeo contra la competencia desleal, v. Massaguer, J. (2006). *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, pp.108-109.
- 2 <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/guidelines-sustainability-claims.pdf>.
- 3 https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1018820/Guidance_for_businesses_on_making_environmental_claims_.pdf.
- 4 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0143>.
- 5 COM(2019) 640 final de 11 de diciembre de 2019.
- 6 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0029>.
- 7 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083>.
- 8 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32010R0066>.
- 9 COM(2022)143 – C9-0128/2022 – 2022/0092(COD).
- 10 V., en el mismo sentido, la Opinión de GRUR (la Asociación Alemana para la propiedad industrial y el derecho de autor) de 19 de mayo de 2022: [2022-05-19-GRUR-Stn-zum-Vorschlag-zur-Änderung-der-Rili-200529EG-und-201183EU_01.pdf](https://www.grur.de/2022-05-19-GRUR-Stn-zum-Vorschlag-zur-Änderung-der-Rili-200529EG-und-201183EU_01.pdf).
- 11 En concreto, el apartado 2.3 de la Guía de interpretación de la Directiva 2005/29 indica que son alegaciones o declaraciones sobre el impacto social aquellas relativas al *“impacto [de la empresa] en la sociedad mediante la creación de un proceso destinado a integrar las preocupaciones sociales, medioambientales, éticas y de los consumidores en sus actividades empresariales y su estrategia básica”*.
- 12 Sentencia del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio de 8 de noviembre de 2021.
- 13 Resolución de Advertising Standards Authority de Reino Unido de 5 de febrero de 2020 (G19-103577) o Resolución de Stichting Reclame Code de Holanda de 8 de abril de 2022 (2021/00553).
- 14 Sentencia del Tribunal Superior Territorial de Schleswig de 30 de junio de 2002 [KlimR, 2022, p. 257]; C. Lamy, J. Ludwig, *“Die Werbung mit Klimaneutralität”*, KlimR, 2022, p. 142.
- 15 Sentencia núm. 36/2021 de 25 enero (JUR 2021\25275).
- 16 Auto núm. 96/2022 de 24 mayo (JUR 2022\207349).

Portugal

IMPOSTO DO SELO: ISENÇÃO APLICÁVEL ÀS GARANTIAS PRESTADAS NO CONTEXTO DE PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA E DE REESTRUTURAÇÃO DE EMPRESAS

António Castro Caldas, Catarina Fernandes e Maria Eduarda Chiarelli

Advogados e Advogada Estagiária da Área Fiscal da Uría Menéndez-Proença de Carvalho (Portugal)

Imposto do Selo: Isenção aplicável às garantias prestadas no contexto de processos de insolvência e de reestruturação de empresas

O presente artigo visa analisar as condições de aplicação da isenção de Imposto do Selo estabelecida no artigo 269.º, alínea g), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) para a constituição ou prorrogação de garantias em processos de insolvência e de reestruturação de empresas, com particular enfoque na determinação do âmbito subjetivo de aplicação desta isenção.

Para além do exposto, analisar-se-á ainda os meios de reação ao dispor dos contribuintes para efeitos de recuperação do Imposto do Selo indevidamente pago no passado.

PALAVRAS-CHAVE:

GARANTIAS; PROCESSO DE INSOLVÊNCIA E DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS; IMPOSTO DO SELO; ISENÇÃO; CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS; LIQUIDAÇÕES DE IMPOSTO; RECLAMAÇÃO GRACIOSA, IMPUGNAÇÃO JUDICIAL, PEDIDO DE PRONÚNCIA ARBITRAL; PEDIDO DE REVISÃO OFICIOSA

Stamp duty: Exemption applicable to guarantees provided in the context of insolvency and company restructuring proceedings

This article analyses the legal requirements to apply the stamp duty exemption provided in article 269(g) of the Insolvency and Company Restructuring Law to guarantees and security provided in the context of insolvency and company restructuring proceedings, with a focus on its subjective scope.

The article also refers to the mechanisms available to taxpayers to challenge stamp duty assessments to recover unduly paid taxes.

KEYWORDS:

GUARANTEES, SECURITY, INSOLVENCY AND COMPANY RESTRUCTURING PROCEEDINGS, STAMP DUTY, INSOLVENCY AND COMPANY RESTRUCTURING LAW, TAX ASSESSMENTS, ADMINISTRATIVE, JUDICIAL AND ARBITRAL CLAIMS, TAX ASSESSMENT REVIEW.

FECHA DE RECEPCIÓN: 2-7-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 7-7-2022

Caldas, António Castro; Fernandes, Catarina; Chiarelli, Maria Eduarda (2022). Imposto do Selo: Isenção aplicável às garantias prestadas no contexto de processos de insolvência e de reestruturação de empresas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 174-183 (ISSN: 1578-956X).

1. Breve enquadramento

O presente artigo centra-se na análise do âmbito de aplicação do artigo 269.º, alínea g, do CIRE que estabelece uma isenção em sede de Imposto do Selo aplicável na constituição ou prorrogação de garantias em processos de insolvência e de reestruturação de empresas.

Em particular, no que diz respeito ao âmbito subjetivo da isenção, importa analisar se a mesma se aplica apenas nos casos de prestação de garantias pelas empresas insolventes ou que sejam objeto de um qualquer processo de reestruturação (como a Autoridade Tributária e Aduaneira — AT — tem aparentemente vindo a entender) ou se, ao invés e como entendemos, a quaisquer garantias prestadas no contexto da liquidação da massa insolvente ou previstas em planos (de insolvência, de pagamentos ou de recuperação), independentemente de as mesmas serem prestadas pela empresa insolvente ou por um qualquer credor ou outro terceiro.

Neste contexto, comentaremos também uma decisão arbitral recente que foi proferida no processo arbitral n.º 364/2022-T e que analisou a questão do âmbito subjetivo de aplicação da norma de isenção constante do artigo 269.º, alínea g), do CIRE.

2. Isenção de imposto do selo aplicável às garantias prestadas no contexto de processos de insolvência e de reestruturação de empresas

Nos termos da alínea g), do artigo 269.º do CIRE, introduzida pela Lei 114/2017, de 29 de Dezembro de 2017 (“Lei do Orçamento do Estado para 2018”), “Estão **isentos** de imposto do selo, quando a ele se encontrem sujeitos, os seguintes **atos**, desde que **previstos em planos de insolvência, de pagamentos ou de recuperação ou praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente**: (...) g) *A constituição ou prorrogação de garantias*”.

Da referida norma é possível extrair que qualquer ato que revista a forma de constituição ou prorrogação de uma garantia e que esteja previsto em planos de insolvência, de pagamentos ou de recuperação ou seja praticado no âmbito da liquidação da massa insolvente estará isento de Imposto do Selo.

Os requisitos objetivos de aplicação da isenção em análise são de fácil apreensão, pelo que o tema central que será objeto do presente artigo prende-se com o âmbito subjetivo de aplicação desta isenção.

Para melhor apreensão do âmbito subjetivo de aplicação da norma, importa atender aos seguintes elementos interpretativos: (i) elemento literal; (ii) elemento histórico; (iii) elemento sistemático; e, (iv) elemento teleológico.

2.1. Interpretação do artigo 269.º, alínea g), do CIRE à luz do elemento literal

A letra da lei representa o ponto de partida da atividade interpretativa enquanto elemento delimitador e limite que é vedado ao intérprete transpor.

Tendo por base o elemento literal, é possível extrair da norma de isenção em análise dois requisitos de aplicação da mesma: (i) que o ato represente a constituição ou prorrogação de uma garantia; e, (ii) que esteja previsto em plano de insolvência, de pagamentos ou de recuperação ou seja praticado no âmbito da liquidação da massa insolvente.

A lei não distingue entre as garantias prestadas pela empresa insolvente e / ou que seja objeto de um plano ou por quaisquer credores ou outros terceiros. O legislador optou por uma formulação ampla na redação da norma ao abranger qualquer garantia prestada neste âmbito, independentemente do sujeito que a presta e do sentido em que a mesma é prestada.

Note-se que o CIRE estabelece outras isenções aplicáveis exclusivamente aos credores ou outros terceiros de forma expressa (v.g. algumas isenções de Imposto do Selo e de Imposto Municipal sobre Transmissão Onerosa de Imóveis - IMT) pelo que se o legislador pretendesse limitar esta isenção de Imposto do Selo às garantias prestadas pela empresa insolvente tê-lo-ia feito expressamente.

Ora, o intérprete está balizado pelos limites acima expostos de interpretação definidos nos artigos 11.º da Lei Geral Tributária (LGT) e 9.º do Código Civil (CC). Isto é, de entre os vários sentidos possíveis que a consideração de todos os elementos de interpretação possam sugerir, não poderão ser considerados aqueles que não tenham na letra da lei alguma correspondência, ainda que mínima ou remota.

Sendo igualmente pacífico que, na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete deve sempre presumir que o legislador “(...) *soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*”.

No caso em análise, a norma objeto de interpretação é absolutamente clara ao estabelecer que a isenção de Imposto do Selo é aplicável a quaisquer garantias previstas em planos de insolvência, de pagamentos ou de recuperação ou que sejam praticadas no âmbito da liquidação da massa insolvente, contendo uma formulação ampla no que ao âmbito subjetivo diz respeito.

Se o legislador optou por uma formulação ampla relativamente ao âmbito de incidência subjetivo de aplicação da isenção, não pode ser adotada uma interpretação restritiva da mesma por estarmos perante uma norma de isenção que deve ser interpretada em termos estritos.

2.2. Interpretação do artigo 269.º, alínea g), do CIRE à luz do elemento sistemático

Importa ainda interpretar o artigo 269.º, alínea g), do CIRE à luz do elemento sistemático com vista a extrair da referida norma um sentido que seja coerente com o sistema em que a mesma se insere, tendo em conta a própria “*unidade do sistema jurídico*”.

Com efeito, as normas não podem ser interpretadas como se de ilhas se tratassem mas antes como peças inseridas num conjunto harmonizado e coerente.

O artigo 269.º, alínea g) não é a única norma do CIRE que prevê um benefício fiscal visto que o legislador estabeleceu nas normas do artigo seguinte, o artigo 270.º do CIRE, uma isenção de IMT aplicável à aquisição de imóveis no contexto, designadamente, de processos de insolvência, tendo previsto igualmente outras isenções de Imposto do Selo no mesmo artigo 269.º.

A título de exemplo, na alínea c) do n.º 1 do artigo 270.º do CIRE, o legislador delimitou, de forma inequívoca e expressa, o âmbito subjetivo de aplicação da isenção quando estabeleceu que estão isentas de IMT “(...) *as seguintes transmissões de bens imóveis, integradas em qualquer plano de insolvência, de pagamentos ou de recuperação: (a) As que decorram da dação em cumprimento de bens da empresa e da cessão de bens aos credores*”.

Ora, o intérprete deve presumir que a filosofia subjacente à isenção do IMT prevista no artigo 270.º do CIRE é a mesma que preside à isenção do Imposto do Selo estabelecida na alínea g) do artigo 269.º do mesmo diploma em prol do princípio da coerência do ordenamento jurídico.

Para além do exposto, importa ainda analisar as diversas alíneas do artigo 269.º do CIRE na medida em que as mesmas estabelecem outras isenções de Imposto do Selo e podem ajudar na interpretação da alínea g) do mesmo artigo.

Em particular, cumpre chamar à colação a alínea e) do referido artigo 269.º que estabelece que estão isentos de Imposto do Selo: *"e) A realização de operações de financiamento, o trespasse ou a cessão da exploração de estabelecimentos da empresa, a constituição de sociedades e a transferência de estabelecimentos comerciais, a venda, permuta ou cessão de elementos do activo da empresa, bem como a locação de bens;"*.

Relativamente à referida norma, pronunciou-se a Direcção Geral dos Impostos ("DGI") em 16 de julho de 2008, nos seguintes termos: *"9 — Também é de se referir que o universo subjectivo dos destinatários da isenção do artigo 269.º, alínea e), não se limita aos credores da empresa. De outro modo, não faria sentido, por não necessária, aliás, a isenção expressa da venda, permuta ou cessão dos elementos do activo em causa. (...) 10 — Deve ser referido que as isenções em causa aplicam-se, porque a lei não diferencia, independentemente de quem seja o sujeito passivo do imposto: a entidade devedora, os seus credores ou alguns deles ou terceiros. É, sim, essencial que os actos estejam previstos em planos de insolvência ou de pagamentos ou sejam praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente"*.

A DGI vem, assim, clarificar que, uma vez que a lei não diferencia, a isenção de Imposto do Selo prevista na alínea e) do artigo 269.º do CIRE aplica-se independentemente de quem seja o sujeito passivo do imposto (podem ser credores ou quaisquer outros terceiros).

Do exposto resulta, com meridiana clareza, que a única solução que resiste ao teste de coerência e de harmonia do ordenamento jurídico é a de que a amplitude com que foi redigida a norma constante da alínea g) do artigo 269.º do CIRE foi intencional e que, por conseguinte, esta norma deve ser interpretada no sentido de abranger quer as garantias prestadas pela empresa insolvente e/ou objeto dos planos previstos na lei quer as garantias prestadas por credores ou quaisquer outros terceiros a favor daquela.

2.3. Interpretação do artigo 269.º, alínea g), do CIRE à luz do elemento teleológico

Tendo em conta a solução interpretativa para que apontam, de forma clara e evidente, os elementos de interpretação acima referidos (*i.e.*, os elementos literal e sistemático), não pode senão concluir-se que, com o aditamento da alínea g) ao artigo 269.º do CIRE, o legislador pretendeu criar um benefício fiscal que salvaguardasse os credores ou outros terceiros e potenciase a reestruturação empresarial.

Se o objetivo do legislador com a norma é fomentar a recuperação empresarial e, ao mesmo tempo, se o escopo da isenção também é composto por idêntico objetivo e até mesmo potenciado quando a garantia é prestada por credores ou terceiros, não pode senão concluir-se que a aplicação da isenção a toda e qualquer prestação de garantia, independentemente do sujeito passivo em causa, é a única forma de acautelar ambos os objetivos.

Com efeito, a tributação das operações financeiras torna-as mais dispendiosas, difíceis e financeiramente menos atrativas. Em sede de Imposto do Selo sobre garantias o encargo do imposto incide sobre as entidades obrigadas à sua apresentação.

Foi precisamente com o objetivo de, por um lado, agilizar o processo de recuperação de empresas e / ou, por outro lado, de melhorar as perspetivas de satisfação dos credores num cenário adverso como o de insolvência do devedor que o legislador estabeleceu as isenções em Imposto do Selo e de IMT previstas nos artigos 269.º e 270.º do CIRE, respetivamente.

Isto porque a finalidade do processo de insolvência regulado pelo CIRE é justamente a de satisfazer os credores da forma mais eficiente possível, podendo a mesma ter lugar através da recuperação da empresa ou não.

A primazia concedida à satisfação dos direitos dos credores tem uma razão de ser que vem exposta no próprio preâmbulo do CIRE: *"(...) a vida económica e empresarial é vida de interdependência, pelo que o incumprimento por parte de certos agentes repercute-se necessariamente na situação económica e financeira dos demais"*.

No contexto da análise da isenção de IMT estabelecida no artigo 270.º do CIRE, o Supremo Tribunal Administrativo afirmou que: *"Tendo em conta o fim que o legislador pretende alcançar com a concessão de tal isenção, — fomentar e apoiar a venda rápida dos bens que integram a massa insolvente por óbvias razões de interesse dos credores, mas, também do interesse público de retoma do normal funcionamento do mundo empresarial em que cada processo de insolvência se apresenta como elemento perturbador, dando «um bónus» a quem adquirir os bens imóveis que integram a massa insolvente — compre estes bens que compra mais barato porque não tem de pagar o IMT que seria devido na aquisição de um imóvel similar fora do processo de insolvência — e que serão vendidos em fase de liquidação, o ambíguo texto do n.º 2 do artº 270º pode ser objecto de uma leitura mais clara e inequívoca sem recurso a qualquer interpretação extensiva"*. — Cf. Acórdão, de 25 de outubro de 2017, proferido no âmbito do processo n.º 0210/17.

A referida posição pode ser transposta, com as devidas adaptações, para o caso da isenção de Imposto do Selo em análise.

Em face do exposto, seria, no mínimo, incoerente que o diploma que prevê a reestruturação e recuperação das empresas concedesse um benefício fiscal sem ter em vista a referida finalidade ou até mesmo a satisfação dos credores para minimizar os prejuízos que a insolvência do devedor necessariamente acarreta aos agentes económicos que com ele se relacionam.

Assim, entender que as garantias prestadas por credores ou por quaisquer outros terceiros não estão abrangidas pela isenção prevista do artigo 269.º, alínea g), do CIRE seria esvaziar de conteúdo útil a referida norma e defraudar totalmente a intenção do legislador.

Não se colhendo do texto da lei qualquer elemento que permita respaldar entendimento oposto (como aquele que parece estar a ser adotada pela AT), sempre será de concluir que o elemento teleológico aponta igualmente no sentido de que a isenção do Imposto do Selo estabelecida no artigo 269.º, alínea g), do CIRE é aplicável a todas e quaisquer garantias previstas em planos de

insolvência, de pagamentos e de recuperação ou prestadas no contexto da liquidação da massa insolvente, independentemente do sujeito passivo do imposto.

2.4. Interpretação do artigo 269.º, alínea g), do CIRE à luz do elemento histórico

Por fim e porque a interpretação da norma constante da alínea g) do artigo 269.º do CIRE não estará completa sem que se atenda às “(...) circunstâncias em que a lei foi elaborada”, i.e., aos dados históricos que expliquem a introdução da norma em causa, sempre será de acrescentar que esta norma foi introduzida através da Lei do Orçamento do Estado para 2018 na sequência de uma questão que era, de forma recorrente, objeto de apreciação pelos tribunais tributários e que se prendia precisamente com a tributação, em Imposto do Selo, da prestação de garantias de qualquer tipo previstas em planos ou prestadas no contexto da liquidação da massa insolvente.

Com a introdução da norma de isenção em análise não pretendeu o legislador criar mais dúvidas sobre esta matéria mas antes acautelar que todas os atos de constituição e de prorrogação de garantias que estejam previstos em planos ou sejam praticados no contexto da liquidação da massa insolvente estão isentos de Imposto do Selo.

E, como veremos, este entendimento foi entretanto sancionado por um tribunal arbitral em decisão recente e pioneira nesta matéria.

2.5. Conclusão

Da interpretação da norma constante do artigo 269.º, alínea g), do CIRE à luz dos mais elementares princípios e cânones de interpretação jurídica resulta que todos os atos de constituição e de prorrogação de garantias previstos: “(...) em planos de insolvência, de pagamentos ou de recuperação ou praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente” estão isentos de Imposto do Selo independentemente do sujeito passivo do imposto (v.g. empresa insolvente, credores ou quaisquer outros terceiros).

3. Jurisprudência arbitral recente

A questão da delimitação do âmbito subjetivo de aplicação da norma de isenção constante do artigo 269.º, alínea g), do CIRE foi analisada recentemente por um tribunal arbitral em decisão, de 10 de outubro de 2022, proferida no âmbito do processo arbitral 364/2022-T e que ainda está pendente de publicação.

Na referida decisão, o tribunal arbitral coletivo (Tribunal Arbitral) constituído naquele processo começou por afirmar, a propósito da interpretação da referida norma à luz do elemento literal, que: “(...) no caso em apreço, nem sequer há qualquer palavra no texto do artigo 269.º do CIRE que suscite diversos entendimentos quanto à natureza do beneficiário da isenção, pois nenhuma alude ao tipo de agente que constitui a garantia.”.

E prossegue aquele Tribunal Arbitral: *"Por isso, desde logo por a lei não conter qualquer elemento literal que permita ser interpretado como limitando a isenção aos actos praticados pelo insolvente, não pode aquela norma ser interpretada como restringindo a isenção aos actos praticados por aquele e afastando do seu âmbito os actos de constituição de garantias praticados por terceiros, pois esta interpretação não encontra na letra da lei o «mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso», que é imposto pelo n.º 2 do artigo 9.º do Código Civil como limite à actividade interpretativa"*.

Concluindo ser *"(...) inquestionável que a letra desta norma não prevê qualquer requisito de natureza subjectiva fixando como condições da isenção apenas a sujeição a Imposto do Selo e a previsão do acto em planos dos tipos referidos ou a sua prática no âmbito de liquidação da massa insolvente"*.

Para além do exposto, é ainda referido, na decisão arbitral em análise, que a interpretação literal da norma não repugna os *"(...) critérios de justiça do sistema ou as simples regras do bom senso, pois, pelo contrário, facilitando a prática dos actos necessários à liquidação da massa insolvente, concilia-se perfeitamente com os objectivos do processo de insolvência de incrementar «a venda rápida dos bens que integram a massa insolvente por óbvias razões de interesse dos credores, mas, também do interesse público de retoma do normal funcionamento do mundo empresarial em que cada processo de insolvência se apresenta como elemento perturbador»"* e, bem assim, que *"A «preocupação expressa para com a protecção dos credores» a que alude a Autoridade Tributária e Aduaneira como justificação para a isenção de Imposto do Selo relativamente a garantias prestadas pelo devedor, vale da mesma forma em relação às prestadas por terceiros, que visam a mesma protecção"*.

Numa nota final, aquele Tribunal Arbitral salienta que uma interpretação restritiva (como a que foi adotada pela AT naquele processo) só se justifica quando há necessidade de compatibilizar o texto legal com a sua razão de ser e, bem assim, que as normas sobre benefícios fiscais, como a norma constante do artigo 269.º, alínea g), do CIRE: *"(...) devem ser interpretadas em termos estritos, o que, se é certo que não afasta a necessidade de interpretação, designadamente teleológica, não viabiliza a exigência de requisitos para que não há qualquer suporte textual."*

Foi neste contexto e com os referidos fundamentos que o Tribunal Arbitral decidiu que a prestação de garantias por quaisquer terceiros (credores ou outros) no âmbito de liquidação da massa insolvente está isenta de Imposto do Selo ao abrigo da alínea g) do artigo 269.º do CIRE, tendo, em consequência, julgado totalmente procedente o pedido arbitral apresentado e ordenado a anulação da (auto) liquidação de Imposto do Selo.

4. Mecanismos de recuperação do imposto do selo indevidamente pago

Seguindo de perto esta jurisprudência recente à qual não podemos deixar de aderir integralmente, aos credores ou outros terceiros que tenham liquidado e/ou procedido ao pagamento de Imposto do Selo sobre atos de constituição e de prorrogação de garantias previstos em planos ou praticados no contexto da liquidação da massa insolvente assiste o direito de contestar as liquidações de imposto, nos termos e nos prazos legalmente estabelecidos para o efeito.

Em caso de liquidações de Imposto do Selo emitidas pela AT, os contribuintes podem tentar recuperar o imposto indevidamente pago lançando mão dos meios de reação gratuitos e/ou judiciais/arbitrais legalmente previstos para o efeito.

Em particular, assiste aos contribuintes o direito a apresentar: (i) reclamação graciosa no prazo de cento e vinte dias a contar do termo do prazo de pagamento voluntário das liquidações, nos termos conjugados dos artigos 70.º, n.º 1, e 102.º, n.º 1, alínea a), do Código do Procedimento e do Processo Tributário (CPPT); (ii) impugnação judicial ou, quando aplicável, pedido arbitral nos prazos de três meses e de noventa dias, respetivamente, a contar do termo do prazo de pagamento voluntário das liquidações, da notificação de decisão de indeferimento da reclamação graciosa ou do indeferimento tácito da reclamação graciosa — cf. artigos 102.º, n.º 1, alíneas a), e) e d), do CPPT e 10.º, n.º 1, alínea a) do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária — RJAT).

Para além dos referidos meios de reação normais, os contribuintes podem ainda apresentar pedido de revisão oficiosa das liquidações pelo menos com fundamento em injustiça grave ou notória. Neste último caso, o pedido de revisão oficiosa deve ser apresentado até ao termo do terceiro ano seguinte ao ano em que foi emitida a liquidação, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 78.º, n.ºs 4 e 5, da LGT, e uma eventual decisão de indeferimento (expresso ou tácito) do pedido de revisão oficiosa pode ser contestada através de impugnação judicial ou, caso aplicável, de pedido arbitral a apresentar nos prazos de três meses e de noventa dias, respetivamente, contados desde a data da notificação de decisão de indeferimento do pedido de revisão oficiosa (em caso de indeferimento expresso) ou do indeferimento tácito do pedido de revisão oficiosa (que se presume quatro meses após a apresentação de pedido de revisão oficiosa) — cf. artigos 102.º, n.º 1, alíneas e) e d), do CPPT e 10.º, n.º 1, alínea a) do RJAT.

Por sua vez, em caso de (auto) liquidações de Imposto do Selo os contribuintes devem apresentar reclamação necessária no prazo de dois anos a contar da apresentação da declaração (no caso, após a apresentação da declaração de retenções na fonte IRS/IRC e Imposto do Selo) nos termos e para os efeitos previstos no artigo 131.º do CPPT. Uma eventual decisão de indeferimento (expressa ou tácita) da reclamação graciosa pode ser contestada através de impugnação judicial ou, caso aplicável, de pedido arbitral a apresentar nos prazos de três meses e de noventa dias, respetivamente, a contar da notificação de decisão de indeferimento de reclamação graciosa (em caso de indeferimento expresso) ou do indeferimento tácito da reclamação graciosa (que se presume quatro meses após a apresentação da reclamação graciosa) — cf. artigos 102.º, n.º 1, alíneas e) e d), do CPPT e 10.º, n.º 1, alínea a) do RJAT.

5. Conclusão

Concluindo, o artigo 269.º, alínea g), do CIRE deve ser interpretado no sentido de que todos os atos de constituição ou prorrogação de garantias previstos em planos de insolvência, de pagamentos e de recuperação ou praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente estão isentos de Imposto do Selo independentemente do sujeito passivo de imposto.

Esta posição foi já confirmada por um tribunal arbitral na decisão proferida no âmbito do processo 364/2022-T, não podendo deixar de ser acatada pela AT por ser aquela que resulta da interpretação da norma em causa à luz dos elementos literal, sistemático, teleológico e histórico.

Os contribuintes que, após a aprovação da Lei do Orçamento do Estado para 2018, tenham sido obrigados a pagar Imposto do Selo sobre a prestação ou prorrogação de garantias previstas em planos ou prestadas/prorrogadas no contexto da liquidação da massa insolvente podem, nos termos e com os condicionalismos previstos na lei, contestar as liquidações de imposto com vista a recuperar o Imposto do Selo indevidamente pago.

Portugal

SOBRE A REALIZAÇÃO COERCIVA DE OBRAS DE CONSERVAÇÃO EM EDIFÍCIOS EM LOCAÇÃO FINANCEIRA IMOBILIÁRIA

Afonso Choon

Advogado da área de Direito Público da Úria Menéndez-Proença de Carvalho (Portugal)

Sobre a realização coerciva de obras de conservação em edifícios em locação financeira imobiliária

O artigo 89.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação impõe que o proprietário realize obras de conservação do seu edifício, podendo essas obras ser ordenadas pelo município caso não sejam realizadas voluntariamente. No âmbito de contratos de arrendamento, essa obrigação legal continua a recair, em última instância, sobre o proprietário, ainda que seja contratualmente estipulado que as obras ficarão a cargo do arrendatário. No presente texto defenderemos que, nos contratos de locação financeira imobiliária, tal obrigação de conservação é legalmente transferida do proprietário/locador para o locatário e que, conseqüentemente, o município não pode ordenar ao locador que este realize obras de conservação.

PALAVRAS-CHAVE:

CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA IMOBILIÁRIA, CONSERVAÇÃO DE EDIFÍCIOS, OBRAS DE CONSERVAÇÃO, OBRAS ORDENADAS POR AUTORIDADES PÚBLICAS, DECRETO-LEI N.º 149/95, DE 24 DE JUNHO, REGIME JURÍDICO DA URBANIZAÇÃO E EDIFICAÇÃO.

Compulsory conservation works in buildings in real estate finance leasing

Article 89 of the Planning and Building Legal Framework provides that owners must carry out conservation works on their buildings and that the municipal authorities may order them to carry them out if they do not do so themselves. In real estate lease agreements, the owner is responsible for these works, even if the parties

agree that the tenant will carry them out. This article argues that in real estate financial lease agreements, this obligation passes to the lessee by operation of law and, consequently, the municipal authorities cannot order the lessor to carry out conservation works on the leased building.

KEYWORDS:

REAL ESTATE LEASING AGREEMENT, REAL ESTATE FINANCIAL LEASE AGREEMENT, BUILDING CONSERVATION, CONSERVATION WORKS, WORKS ORDERED BY PUBLIC AUTHORITIES, DECREE-LAW 149/95, PLANNING AND BUILDING LEGAL FRAMEWORK.

FECHA DE RECEPCIÓN: 2-7-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 7-7-2022

Dias, Afonso Choon (2022). Sobre a realização coerciva de obras de conservação em edifícios em locação financeira imobiliária. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 184-191 (ISSN: 1578-956X).

1. Enquadramento da questão

Através do presente texto procuraremos responder a uma questão que nos tem sido colocada recorrentemente nos últimos anos. A pergunta é a seguinte: pode um município ordenar que uma instituição de crédito realize obras de conservação num edifício de que esta última é proprietária por força de um contrato de locação financeira imobiliária? Ou deve tal ordem dirigir-se exclusivamente ao locatário do edifício?

Apesar de a questão se colocar com alguma frequência, a mesma não se encontra tratada de forma detida pela doutrina e pela jurisprudência civil ou administrativa. O presente texto, visa, pois, dar um modesto contributo para o aprofundamento da mesma.

Começemos então pelas suas premissas.

Nos termos do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, conforme alterado (RJUE), o proprietário tem a obrigação de proceder à conservação dos seus edifícios. Mais concretamente, o n.º 1 do artigo 89.º do RJUE dispõe que o proprietário deve realizar obras de conservação pelo menos uma vez em cada período de oito anos e que, independentemente desse prazo, deve realizar todas as obras necessárias à manutenção da segurança, salubridade e arranjo estético dos seus edifícios.

Caso o proprietário não realize, voluntariamente, aquelas obras, o município poderá, nos termos do n.º 2 do artigo 89.º do RJUE, ordenar a execução das obras necessárias à conservação do edificado. Se o proprietário não obedecer àquela ordem, o município poderá, por um lado, tomar posse administrativa do edifício e executar, por si, as obras ordenadas (n.º 1 do artigo 91.º do RJUE). Por outro lado, nos termos da alínea s) do n.º 1 e do n.º 4 do artigo 98.º do RJUE, poderá punir a conduta do proprietário (pessoa coletiva) com uma coima graduada de € 1.500,00 até € 250.000,00.

Assim, à luz destas disposições, vistas isoladamente, parece que seria sempre o proprietário, ainda que locador ao abrigo de contrato de locação financeira imobiliária, o responsável pela realização das obras de conservação.

Sem prejuízo, em sentido aparentemente contrário ou especial, as alíneas *e)* e *f)* do n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de junho, conforme alterado, que aprovou o regime jurídico do contrato de locação financeira ("RJCLF"), dispõem que são obrigações do locatário: *(i)* "assegurar a conservação do bem" e *(ii)* "realizar as reparações, urgentes ou necessárias, bem como quaisquer obras ordenadas pela autoridade pública".

De acordo com estas normas parece, pois, que sempre que tenha sido celebrado contrato de locação financeira, a responsabilidade por realizar as obras de conservação, incluindo quando ordenadas por autoridade pública, seria transferida do proprietário/locador para o locatário.

Quid iuris?

2. Da responsabilidade exclusiva do locatário

Na nossa opinião, parece-nos que o entendimento que melhor se coaduna com os elementos literal, sistemático e teleológico das normas em questão é o de que a responsabilidade pela realização de obras de conservação se transfere legalmente, com a celebração do contrato de locação financeira imobiliária, do proprietário/locador para o locatário.

Assim, parece-nos que, mais do que uma mera obrigação contratual — i.e. que produz apenas efeitos entre as partes do contrato de locação financeira —, o dever de realizar obras de conservação por parte do locatário, conforme previsto nas alíneas *e)* e *f)* do n.º 1 do artigo 10.º do RJCLF, constitui uma verdadeira obrigação legal que é transferida do proprietário/locador para o locatário.

Na verdade, como se passará a demonstrar, parece claro que o legislador procurou estabelecer uma nítida distinção entre, por um lado, as obrigações legais do locador e do locatário, nos contratos de locação financeira, e, por outro lado, as obrigações legais do senhorio e do arrendatário, nos contratos de arrendamento.

Efetivamente, nos contratos de arrendamento, apesar de o gozo da coisa ter sido cedido ao arrendatário, o n.º 1 do artigo 1074.º do Código Civil dispõe que caberá ao senhorio (i.e. ao locador) executar todas as obras de conservação, ordinárias ou extraordinárias, requeridas pela lei e pelo fim do contrato. No mesmo sentido dispõe também o n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 157/2006, de 8 de agosto, conforme alterado, ("DL 157/2006"), que "[c]abe ao senhorio efetuar as obras necessárias à manutenção do estado de conservação do prédio arrendado, nos termos dos artigos 1074.º e 1111.º do Código Civil, bem como da legislação urbanística aplicável, nomeadamente do regime jurídico da urbanização e da edificação e do regime jurídico da reabilitação urbana".

Contrariamente, as alíneas *e)* e *f)* do n.º 1 do artigo 10.º do RJCLF são claras em cometer legalmente a obrigação de realizar as obras de conservação, ainda quando ordenadas por autoridades públicas, ao locatário financeiro. Ou seja, nos termos da legislação especialmente aplicável aos contratos de locação financeira o locador não é responsável pela conservação e pela realização

de obras de conservação no imóvel locado, sendo esta obrigação legalmente transferida para o locatário, por força daquelas disposições do RJCLF.

Neste sentido milita, também, a própria função do contrato de locação financeira e as suas principais diferenças em relação ao contrato de locação.

Como reconhece unanimemente a doutrina, o contrato de locação financeira tem por função financiar a aquisição de um determinado bem por parte de um consumidor ou de uma empresa. É, pois, sobretudo, um contrato de crédito.

Como ensina ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO *"a locação financeira é, essencialmente, um negócio de crédito, ainda que vertido nos moldes da velha locação"*¹. No mesmo sentido, refere MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS que este contrato *"desempenha ao mesmo tempo as funções de crédito e garantia"* sendo, no seu entendimento, *"um dos mais importantes instrumentos de concessão de crédito em termos económicos e sociais, tanto empresarial, como ao consumo"*^{2,3}.

Este contrato tem vindo a ser apelidado de um contrato de financiamento, exatamente porque, do lado do locatário, (i) é este que escolhe a coisa a adquirir pelo locador e a ser dada em locação, (ii) usufrui desse bem durante o período de duração do contrato e (iii) no final pode exercer o seu direito potestativo a adquiri-lo por um valor residual. Do lado do locador, este apenas se limita a adquirir a coisa escolhida pelo locatário, (ii) a permitir o seu gozo e (iii) a receber o valor das rendas e do preço residual, para assim reaver o capital investido, acrescido dos respetivos juros. Neste sentido, parece-nos evidente que o locador não pretende explorar economicamente o bem locado, servindo este, apenas e tão-só, como garantia do financiamento concedido⁴.

Contrariamente, no contrato de arrendamento, o senhorio já é proprietário do imóvel aquando da celebração do contrato. Assim, pretendendo explorá-lo economicamente ou rentabilizá-lo, o senhorio concede o seu gozo a um terceiro a troco de uma remuneração, nunca tendo qualquer intenção de se desfazer da sua propriedade⁵.

Verifica-se, pois, que no primeiro caso o imóvel serve de garantia a um financiamento concedido a um terceiro. Já no segundo caso, o imóvel serve de fonte de rendimento ao seu proprietário.

É esta distinção funcional que explica, entre outras, as seguintes diferenças de regime entre os dois tipos de contrato:

- i. Na locação financeira, o locador não responde pelos vícios do bem locado ou pela sua inadequação face aos fins do contrato (artigo 12.º do RJCLF), ao contrário do que sucede na simples locação (artigos 1032 e 1033.º do Código Civil); e
- ii. Na locação financeira, é o locatário que corre o risco de perda ou deterioração do bem (artigo 15.º do RJCLF), ao passo que na locação esse risco recai, sobretudo, sobre o locador (artigo 1044.º do Código Civil)⁶.

Ora, na nossa opinião — e aparentemente no entendimento da maioria da doutrina que se pronunciou sobre o tema —, é também essa distinção funcional que justifica porque é que o legisla-

dor, como adiantámos *supra*, previu que, nos contratos de arrendamento, o dever de conservar o edifício recai sobre o locador/senhorio (n.º 1 do artigo 1074.º do Código Civil e no n.º 1 do artigo 2.º do DL 157/2006); ao passo que, nos contratos de locação financeira imobiliária, previu que esse mesmo dever recai legalmente, até quando decorre de ordem de autoridade pública, sobre o locatário (alíneas *e*) e *f*) do n.º 1 do artigo 10.º do RJCLF)⁷.

Com efeito, se é o locatário que escolhe o imóvel a adquirir, faz uso do mesmo e é sobre ele que recai o risco de deterioração e perda do imóvel — ao ponto de se entender que é este que detém a propriedade económica sobre o imóvel⁸ — é evidente que será sobre o locatário que recairá, também e exclusivamente, a obrigação de realizar obras de conservação sobre o edifício locado.

Neste exato sentido, entende JOÃO CALVÃO DA SILVA que:

“Por um lado, a vocação principal do locador é a de intermediário financeiro, de “capitalista” financiador. Por outro lado, foi o locatário que fez a prospecção do mercado, que escolheu o equipamento destinado à sua empresa e é ele que o vai utilizar, com opção de compra findo o contrato. Nada mais natural, portanto, do que a transferência legal para o locatário dos riscos e responsabilidades conexos ao gozo e disponibilidade material da coisa que passa a ter após a entrega, incluindo a sua manutenção e conservação (art. 10.º, n.º I, als. q) e f), do Decreto-Lei n.º149/95) e o risco do seu perecimento ou da sua deterioração (ainda que) imputável a força maior ou caso fortuito (art. 15.º do Decreto-Lei n.º149/95). No fundo é co-natural ao leasing que a sociedade locadora se obrigue a adquirir e a conceder o gozo da coisa ao locatário mas se desinteresse ou exonere dos riscos e da responsabilidade relativos à sua utilização” (sublinhado nosso)⁹.

A este propósito e de forma semelhante, note-se que relativamente à obrigação prevista na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 10.º do RJCLF — *i.e.* a obrigação que impende sobre o locatário de pagar, em caso de locação de fração autónoma, as despesas de condomínio — o Supremo Tribunal de Justiça tem decidido de forma unânime que, por força desta disposição, essa obrigação impende exclusivamente sobre o locatário do imóvel, não podendo ser exigida ao proprietário/locador¹⁰.

Isto, apesar de o n.º 1 do artigo 1424.º do Código Civil estatuir que “[s]alvo disposição em contrário, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns do edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum são pagas pelos condóminos [*i.e.* pelos proprietários] em proporção do valor das suas fracções” (sublinhado nosso).

Para o efeito tem entendido o Supremo Tribunal de Justiça que:

“I) – O contrato de locação financeira (imobiliária) (leasing) por alguns considerado um contrato de crédito ao consumo, não obstante pressupor que em campos jurídicos distintos se situam o dono/locador da coisa e o locatário financeiro/fruidor, constitui uma realidade económica que tendo de muito relevante o financiamento da aquisição de bens, estabelece um regime legal que visa, em função do nodal aspecto de fruição económica em vista da expectativa de aquisição do direito de propriedade, que constitui um direito potestativo do locatário contra o qual o locador nada pode, impõe ónus e riscos que, na pura lógica do direito de propriedade, ainda que comprimido, por outro direito real ou obrigacional, mal se compreenderiam.

(...)

IV) – Sendo traço comum da locação financeira, mobiliária e imobiliária, a fruição onerosa e temporária de um bem, o legislador quis colocar a cargo do locatário de fracção autónoma o pagamento das despesas comuns do edifício e os serviços de interesse comum, certamente em homenagem à vocação do tipo contratual, que visa o financiamento do locatário” (sublinhado nosso)¹¹.

Ou seja, na sua jurisprudência, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 10.º do RJCLF, mais do que consagrar uma obrigação contratual do locatário, importa, na verdade, uma transferência legal da obrigação de pagamento do condomínio do proprietário / locador para o locatário.

Ora, à luz do exposto *supra*, parece-nos que esta doutrina, *mutatis mutandis*, tem plena aplicação no que diz respeito às obrigações previstas nas alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 10.º do RJCLF.

Neste exato sentido decidiu o único — ao que sabemos — Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte que se pronunciou expressamente sobre o tema. Com efeito, no seu Acórdão de 11 de fevereiro de 2010 (processo n. 2311/06.2BERPT) o Tribunal Central Administrativo Norte decidiu que:

“Com efeito, a situação dos autos não é de contrato de arrendamento, mas sim de contrato de locação [financeira] e, em relação a este contrato de locação, a lei é explícita no sentido de regular expressamente e de forma especial esta matéria, imputando de forma directa a responsabilidade deste tipo de obras ao locatário.

Esta imputação de responsabilidade é a nosso ver perfeitamente perceptível, pois, o contrato de locação financeira rege-se por cláusulas substancialmente diferentes daquelas que estão subjacentes a um contrato de arrendamento, designadamente, o direito potestativo que o legislador colocou a cargo do locatário de comprar o bem pelo valor residual, no fim do contrato.

Ora, como supra se deixou referido apesar do locatário não ser proprietário do bem locado, e nessa perspectiva não ter que assumir a responsabilidade da realização das obras de conservação, a verdade é que o DL n.º 149/95 (...) que regula a locação financeira, é claro ao transferir esta responsabilidade para o locatário, nesta parte específica de quaisquer obras impostas pela autoridade pública”¹².

Assim, e em conclusão, entendemos que as alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 10.º do RJCLF devem ser interpretadas no sentido de que é sobre o locatário que impende a obrigação de realizar obras de conservação no imóvel locado — incluindo as que sejam determinadas por uma autoridade pública — não podendo, portanto, exigir-se ao locador o cumprimento daquela obrigação.

3. Em jeito de conclusão: da invalidade da ordem municipal

Considerando o exposto, parece-nos que se, ao abrigo do n.º 2 do artigo 89.º do RJUE, um município ordenar a um locador que realize obras de conservação num edifício adquirido ao abrigo de um contrato de locação financeira, tal ordem padecerá do vício de violação de lei. Mais concretamente tal ordem violará as alíneas *e)* e *f)* do n.º 1 do artigo 10.º do RJCLF que, como observámos, transferem para o locatário o dever de realizar obras de conservação no edifício locado.

Assim, caso tal suceda, será tal ordem anulável, nos termos do n.º 1 do artigo 163.º do Código do Procedimento Administrativo. Para obter essa anulação deverá o locador intentar a respetiva ação administrativa de impugnação, no prazo de três meses, nos termos do artigo 58.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Visto, porém, que a impugnação não suspende, por si só, os efeitos produzidos pela ordem do município, poderá ser ponderada a propositura de uma providência cautelar para suspender esses efeitos. No nosso entender, em face da urgência em determinar quem será responsável pela realização das obras de conservação, a via cautelar poderá até servir para obter uma resposta final mais célere por parte do Tribunal ao abrigo do n.º 1 do artigo 121.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que permite antecipar o juízo sobre a causa principal no âmbito do processo cautelar.

Notas

- 1 CORDEIRO, António Menezes (2015). *Direito Bancário*, Almedina, 5.ª edição revista e atualizada, p. 722.
- 2 VASCONCELOS, Miguel Pestana de (2017). *Direito Bancário*, Almedina, pp. 263 e 264.
- 3 Ainda no mesmo sentido, dando nota da função financiadora do contrato de locação financeira, entre muitos outros, vide DUARTE, Rui Pinto (1983). *A locação financeira (Estudo jurídico do leasing financeiro)*, Editora Danubio, Lda., p. 12; VASCONCELOS, Duarte V. Pestana de (1985). *A Locação Financeira*, Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 45, Lisboa, p. 266; SILVA, João Calvão da (2001). *Direito Bancário, Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*, Almedina, p. 425; PASSINHAS, Sandra (2000). *A Assembleia de Condóminos e o Administrador na Propriedade Horizontal*, Almedina, p. 209.
- 4 Assim, VASCONCELOS, Duarte V. Pestana de (1985). *A Locação Financeira*, *op. cit.*, p. 277; CAMPOS, Diogo Leite de (1994). *A Locação Financeira*, Lex Edições Jurídicas, pp. 68 e 69; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (2017). *Direito Bancário*, *op. cit.*, p. 274; e SILVA, João Calvão da (2001). *Direito Bancário...*, *op. cit.*, p. 426.
- 5 Neste sentido, VASCONCELOS, Miguel Pestana de (2017). *Direito Bancário*, *op. cit.*, p. 274.
- 6 Assim, VASCONCELOS, Miguel Pestana de (2017). *Direito Bancário*, *op. cit.*, p. 274; e SILVA, João Calvão da (2001). *Direito Bancário...*, *op. cit.*, pp. 425 e 426.
- 7 Aparentemente no mesmo sentido, VASCONCELOS, Miguel Pestana de (2017). *Direito Bancário*, *op. cit.*, p. 274; PASSINHAS, Sandra (2000). *A Assembleia de Condóminos...*, *op. cit.*, p. 209; DUARTE, Rui Pinto (1983). *A locação financeira...*, *op. cit.*, p.12; CAMPOS, Diogo Leite de (1994). *A Locação Financeira*, *op. cit.*, pp. 68 e 69; e VASCONCELOS, Duarte V. Pestana de (1985). *A Locação Financeira*, *op. cit.*, p. 277.
- 8 Assim, MORAIS, Fernando Gravato (2014). A justa repartição dos riscos na locação financeira. *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXVIII, n.º 335, pp. 251 e 252.
- 9 SILVA, João Calvão da (2001). *Direito Bancário...*, *op. cit.*, p. 425. Sem prejuízo, tal não significa que o locador não mantenha, ainda assim, um certo interesse no imóvel dado em locação, visto que este continua a ser o principal garante do financiamento em causa. É por isso que mantém, nos termos das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 9.º do RJCLF, o direito de examinar o bem e defender a sua integridade.
- 10 Neste sentido, vide os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de julho de 2008 (processo n.º 08A1057), de 6 de novembro de 2008 (processo n.º 08B2623) e ainda de 2 de março de 2010 (processo n.º 5662/07.5YYPRT-A.S1). Defendendo ainda esta solução, vide ainda os Acórdãos da Relação do Porto de 11 de fevereiro de 2020 (processo n.º 26112/17.3T8LSB.P1) e de 28 de janeiro de 2021 (processo n.º 2672/19.3T8LOU-A.P1). Em sentido contrário, vide Acórdão da Relação de Coimbra de 28 de junho de 2022 (processo n.º 1489/20.7T8VIS.C1) e Acórdãos da Relação de Guimarães de 10 de maio de 2018 (processo n.º 501/15.6T8PTL.G1) e 4 de novembro de 2021 (processo n.º 216/20.3T8GMR.G1).
- 11 Acórdão de 2 de março de 2010 (processo n.º 5662/07.5YYPRT-A.S1).
- 12 Acórdão não disponível no site:www.dgsi.pt. Está, porém, disponível o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo que decidiu recusar preliminarmente a admissão do recurso de revista deste mesmo Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17 de junho de 2010, processo n.º 0475/10).

Portugal

O REGULAMENTO DOS MERCADOS DIGITAIS

Joana Mota e Ricardo Pintão

Advogados da Área Mercantil da Uría Menéndez-Proença de Carvalho (Portugal)

O Regulamento dos Mercados Digitais – análise e breves considerações

O Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital de 14 de setembro de 2022 foi publicado no passado dia 12 de outubro de 2022 no Jornal Oficial da União Europeia. Neste artigo, propomo-nos fazer uma breve análise do respetivo regime jurídico, percorrendo os seus traços essenciais.

PALAVRAS-CHAVE:

SETOR DIGITAL, PLATAFORMA EM LINHA (ONLINE), CONTROLADOR DE ACESSO (GATEKEEPER), CONSUMIDORES, CONCORRÊNCIA E SERVIÇOS ESSENCIAIS DE PLATAFORMA.

The Digital Markets Regulation – analysis and comments

Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector of 14 September 2022 was published on 12 October 2022 in the Official Journal of the European Union. This article briefly summaries the regulation and comments on its key aspects.

KEYWORDS:

DIGITAL SECTOR, ONLINE PLATFORM, GATEKEEPER, CONSUMERS, COMPETITION AND CORE PLATFORM SERVICES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 2-7-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 7-7-2022

Mota, Joana; Pintão, Ricardo (2022). O Regulamento dos Mercados Digitais – análise e breves considerações. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 192-197 (ISSN: 1578-956X).

1. Enquadramento

1.1. Introdução

A sociedade e a economia mundiais vivem cada vez mais de e para o ambiente digital. No caso da União Europeia (“UE”), existem atualmente cerca de 10.000 plataformas digitais que desenvolvem a sua atividade na economia digital a nível transfronteiriço e muitas vezes também a uma escala global. De entre essas, apenas um número muito restrito de grandes plataformas detém a maior percentagem de quota de mercado. Cientes da importância destes *players* nos mais variados ecossistemas da economia digital e do crescimento exponencial dos serviços associados, as instituições da União Europeia, que desde a aprovação da Diretiva sobre o comércio eletrónico de 2000 não apresentavam alterações relevantes no quadro jurídico dos serviços digitais, decidiram a partir de 2020 apostar no desenvolvimento de um quadro regulatório moderno que: (i) garantisse a segurança dos utilizadores em linha (*online*) e assegurasse a defesa dos consumidores; (ii) estabelecesse regras vanguardistas promotoras da proteção dos direitos fundamentais; e (iii) mantivesse o ambiente em linha das grandes plataformas digitais justo e aberto, permitindo o crescimento de empresas inovadoras no setor digital através da criação de um ambiente concorrencial mais leal e transparente.

É neste contexto, de desenvolvimento e consolidação da estratégia europeia para o ambiente digital, foram publicadas no Jornal Oficial da União Europeia no passado mês de outubro de 2022 um conjunto de iniciativas legislativas para a promoção de um quadro regulatório inovador aplicável aos serviços digitais, de onde se destaca, a par do Regulamento sobre os Serviços Digitais (o Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE), o Regulamento 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital, de 14 de setembro de 2022 (o “RMD” ou o “Regulamento”).

O Regulamento vem estabelecer um novo conjunto de regras aplicáveis às grandes plataformas digitais que, pela sua relevância, quer em termos de tipos de serviços que prestam, quer em termos de impacto e volume, se consideram como “controladores de acesso” (ou *gatekeepers* na versão inglesa) e que desempenham, cada vez mais, uma função fundamental na economia, ao permitirem às empresas chegar aos utilizadores em toda a União, facilitarem o comércio transfronteiriço e criarem oportunidades de negócio inteiramente novas para um grande número de empresas na UE, em benefício dos seus consumidores.

Daqui resulta que o principal objetivo do Regulamento é o de contribuir para o bom funcionamento do mercado interno, mediante a previsão de regras harmonizadas que assegurem para todas as empresas, em toda a União, a disputabilidade e a equidade dos mercados no setor digital, estabelecendo uma lista de obrigações e proibições aplicáveis aos serviços oferecidos aos utilizadores profissionais e finais pelos controladores de acesso.

Neste contexto, o RMD visa prevenir desequilíbrios graves do poder de negociação entre os controladores de acesso e os utilizadores profissionais e finais. Por conseguinte, pretende-se dissuadir

e obstaculizar práticas e condições não equitativas para quaisquer utilizadores de serviços oferecidos pelos controladores de acesso e que afetem os preços praticados, a qualidade dos serviços e a lealdade da concorrência, da escolha e da inovação no sector digital.

1.2. Âmbito de aplicação

Relativamente ao seu âmbito de aplicação material, subjetivo e territorial, importa destacar, em primeiro lugar, que o Regulamento se aplica aos “serviços essenciais de plataforma” prestados ou propostos por controladores de acesso a utilizadores profissionais ou a consumidores estabelecidos ou situados na União, a saber: (i) serviços de intermediação em linha (e.g. mercados em linha, *app stores* ou serviços de intermediação em setores como a mobilidade ou energia); (ii) motores de pesquisa em linha; (iii) serviços de redes sociais em linha; (iv) serviços de plataforma de partilha de vídeos; (v) serviços de comunicações interpessoais independentes do número; (vi) sistemas operativos; (vii) navegadores web; (viii) assistentes virtuais; (ix) serviços de computação em nuvem; e (x) serviços de publicidade em linha (*ad networks*, *ad exchanges* e outros serviços de intermediação publicitária).

Em segundo lugar, o Regulamento aplica-se apenas aos “controladores de acesso”, ou seja, a empresas que prestem um ou mais serviços essenciais de plataforma e que preencham cumulativamente os seguintes critérios qualitativos e quantitativos: (a) tenham um impacto significativo no mercado interno (o que se presume caso realizem um volume de negócios anual na UE igual ou superior a 7,5 mil milhões de Euros em cada um dos três últimos exercícios financeiros, ou se a sua capitalização bolsista média ou o seu valor justo de mercado equivalente tiver ascendido a pelo menos 75 mil milhões de Euros no último exercício financeiro, e se prestar o mesmo serviço essencial de plataforma em, pelo menos, três Estados Membros); (b) prestem um serviço essencial de plataforma que constitua uma porta de acesso importante para os utilizadores profissionais chegarem aos consumidores (o que se presume caso prestem um serviço essencial de plataforma que no último exercício financeiro tenha tido pelo menos 45 milhões de utilizadores finais ativos mensalmente, estabelecidos ou situados na UE, e pelo menos 10.000 utilizadores profissionais ativos anualmente, estabelecidos na UE, identificados e calculados de acordo com a metodologia e os indicadores estabelecidos no anexo ao Regulamento); e (c) beneficiem de uma posição enraizada e duradoura nas suas operações ou, se for previsível, que possa vir a beneficiar de tal posição num futuro próximo (o que se presume caso a empresa cumpra com os limiares referidos na alínea (b) em cada um dos três últimos exercícios financeiros).

Em terceiro e último lugar, o Regulamento é aplicável independentemente do local de estabelecimento ou de residência dos controladores de acesso e do direito aplicável à prestação de serviços.

2. Medidas mais relevantes previstas no RMD

2.1. Obrigações e proibições aplicáveis aos controladores de acesso

O Regulamento prevê várias obrigações e proibições que devem ser respeitadas pelos controladores de acesso no âmbito da prestação dos seus serviços essenciais de plataforma.

No que se refere às obrigações os controladores de acesso, devem, entre outras, (i) permitir que os utilizadores profissionais, a título gratuito, comuniquem e promovam ofertas, inclusive em condições diferentes, a utilizadores finais angariados através do seu serviço essencial de plataforma ou através de outros canais e celebrem contratos com esses utilizadores finais, independentemente de utilizarem ou não os serviços essenciais de plataforma do controlador de acesso para esse efeito; (ii) permitir e tornar possível a nível técnico que os utilizadores finais desinstalem facilmente quaisquer aplicações informáticas no sistema operativo do controlador de acesso; e (iii) conceder aos utilizadores profissionais acesso aos seus dados de desempenho em matéria de marketing ou publicidade na plataforma.

Por outro lado, a fim de dissuadir práticas que limitem a disputabilidade ou que não sejam equitativas no contexto do setor digital, os controladores de acesso não podem, entre outras: (i) tratar, para fins de prestação de serviços de publicidade em linha, dados pessoais de utilizadores finais que utilizam serviços de terceiros que recorrem a serviços essenciais de plataforma do controlador de acesso; (ii) combinar dados pessoais provenientes do serviço essencial de plataforma em causa com dados pessoais provenientes de outros serviços essenciais de plataforma ou de quaisquer outros serviços prestados pelo controlador de acesso ou com dados pessoais provenientes de serviços prestados por terceiros; (iii) utilizar de forma cruzada dados pessoais provenientes do serviço essencial de plataforma em causa noutros serviços prestados separadamente, incluindo outros serviços essenciais de plataforma, e vice-versa; e (iv) ligar utilizadores finais a outros serviços do controlador de acesso com o intuito de combinar dados pessoais, a menos que tenha sido dada ao utilizador final a possibilidade de escolher especificamente e este tiver dado o seu consentimento.

2.2. Interoperabilidade

O Regulamento introduz também uma nova obrigação de interoperabilidade entre os serviços de mensagens dos controladores de acesso com outros que sejam prestados por concorrentes sob determinadas condições, de modo a que, por exemplo, um utilizador do serviço de um controlador de acesso possa enviar uma mensagem ou notificação ao utilizador de um serviço concorrente. Para garantir o cumprimento desta obrigação, é ainda necessária a implementação de medidas de segurança adequadas e cifragem de extremo a extremo.

2.3. Comunicação de concentrações

Os controladores de acesso estão ainda obrigados a informar a Comissão Europeia de qualquer operação de concentração que esteja projetada, sempre que as entidades de uma determinada

concentração ou a empresa objeto da concentração prestem serviços essenciais de plataforma ou qualquer outro serviço no setor digital ou permitam a recolha de dados. A prestação da informação deve ser efetuada antes da realização da concentração e após a conclusão do acordo, do anúncio da oferta pública de aquisição ou da aquisição de um interesse com controlo.

Esta obrigação aplicar-se-á independentemente de a concentração dever ser notificada à Comissão ou a uma autoridade nacional de concorrência ao abrigo das regras de controlo de concentrações aplicáveis ao caso concreto e tem como objetivo permitir à Comissão acompanhar a evolução do mercado no sector digital e conhecer (*a priori*) quaisquer “*killer acquisitions*” (i.e. operações realizadas por controladores de acesso com vista a integrar *start-ups* inovadoras com pouco volume de negócios, mas com um enorme potencial de crescimento e, conseqüentemente, de concorrência).

2.4. Definição de perfis

A respeito da definição de perfis de consumidores no contexto da prestação de serviços essenciais de plataforma (i.e. qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular), é de assinalar a obrigação prevista no RMD que sujeita os controladores de acesso a apresentarem à Comissão Europeia uma descrição, validada por uma auditoria independente, de quaisquer técnicas de definição de perfis de consumidores aplicadas no âmbito da referida prestação de serviços. Por sua vez, a Comissão deverá transmitir a referida descrição validada por auditoria ao Comité Europeu para a Proteção de Dados. Além disso, o controlador de acesso está igualmente obrigado a disponibilizar ao público um resumo da descrição validada pela referida auditoria, sempre respeitando quaisquer dos seus segredos comerciais.

2.5. Autoridades competentes

É atribuída à Comissão Europeia competência exclusiva para aplicar as regras previstas no RMD, a fim de assegurar a sua aplicação harmonizada em toda a UE. Contudo, são conferidas competências às autoridades nacionais de concorrência, nas quais se incluem o poder de realizar investigações sobre casos de eventual incumprimento das obrigações a que os controladores de acesso se encontram sujeitos. Concluídas essas investigações, as aludidas autoridades nacionais devem transmitir as suas conclusões à Comissão, cabendo a esta aplicar quaisquer medidas previstas no Regulamento.

3. Quadro sancionatório

Em caso de incumprimento, o RMD prevê a aplicação de coimas pela Comissão Europeia aos controladores de acesso num valor não superior a 10 % do seu volume de negócios total a nível mundial no exercício precedente, se concluir que o controlador de acesso, deliberadamente ou por negligência, não cumpriu as obrigações a que se encontra sujeito. No entanto, a Comissão poderá aplicar coimas aos controladores de acesso num valor não superior a 20 % do seu volume de negócios total a nível mundial no exercício precedente, caso constate que o controlador de

acesso cometeu uma infração de uma obrigação do Regulamento em relação ao mesmo serviço essencial de plataforma, idêntica ou semelhante a uma infração constatada numa decisão por incumprimento adotada nos 8 anos anteriores.

Por último, a Comissão poderá também aplicar sanções pecuniárias compulsórias num valor não superior 5 % do volume de negócios diário médio a nível mundial no exercício precedente, por cada dia de atraso, calculado a contar da data fixada na decisão, a fim de obrigar empresas, incluindo controladores de acesso, e associações de empresas a cumprir, por exemplo, medidas especificadas pela Comissão.

4. Breves considerações

O Regulamento demonstra uma clara intenção de regular os mercados digitais e os seus agentes de mercado, em particular, aqueles que desempenham um papel fundamental no acesso a serviços de plataforma digital que, pela sua natureza, são fundamentais para o desenvolvimento da economia digital.

Daqui resulta, em primeira linha, a necessidade das empresas que prestam serviços de plataforma essenciais confirmarem a sua qualificação enquanto controladores de acesso, através da análise dos critérios quantitativos e qualitativos que ali se encontram previstos e a partir daí realizar uma análise das obrigações e proibições que lhes sejam aplicáveis, de modo a preparar a implementação de um pacote de medidas legais e técnicas que sejam adequadas às suas plataformas e aos serviços essenciais que sejam por si prestados.

Por outro lado, será interessante avaliar a forma como as autoridades nacionais de concorrência vão interagir com a Comissão face às competências que lhes são atribuídas pelo Regulamento.

Já no que se refere ao tratamento e análise de dados, consideramos que o RMD denota a clara tendência de regulação do tratamento de informação de natureza pessoal e não pessoal, constituindo um sinal evidente da importância dos dados, enquanto ativos intangíveis, no futuro da economia digital Europeia e da sua interconexão com as matérias da concorrência, da proteção dos consumidores e da salvaguarda do seu direito fundamental à privacidade.

Por último, notamos que as disposições do RMD se encontram em vigor desde o passado dia 1 de novembro, sendo as mesmas plenamente aplicáveis apenas a partir de 2 de maio de 2023.

Latinoamérica

PERSPECTIVAS SOBRE EL PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE POSTPLEBISCITO DE SEPTIEMBRE DE 2022

José Luis Lara Arroyo

Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría Abogados (Chile)

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Público y Derecho Administrativo en pre- y posgrado de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Perspectivas sobre el proceso constituyente en Chile postplebiscito de septiembre de 2022

Se aborda y se analiza el resultado del proceso constituyente que termina con el triunfo de la opción rechazo en septiembre de 2022, así como las perspectivas de aquellos aspectos de mayor importancia y los denominados "bordes" que deberían marcar el devenir de la discusión constitucional que continúa en Chile.

PALABRAS CLAVE:

PROCESO CONSTITUCIONAL, CONSTITUCIÓN, PLEBISCITO, CHILE, BORDES.

Outlook on the post-referendum constituent process in Chile

This article analyses the result of the constituent process that concluded with the constitutional reform being rejected on 22 September, and the key aspects of the so-called "framework" that should mark the future of the ongoing constitutional debate in Chile.

KEYWORDS:

CONSTITUTIONAL PROCESS, CONSTITUTION, REFERENDUM, CHILE, FRAMEWORK.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-10-2022

Lara Arroyo, José Luis (2022). Perspectivas sobre el proceso constituyente en Chile postplebiscito de septiembre de 2022. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 198-203 (ISSN: 1578-956X).

El proceso constituyente chileno concitó un importante interés en la comunidad internacional. Fruto de la crisis social de 18 de octubre de 2019 —con una parte importante de la red del ferrocarril metropolitano incendiado, edificios siniestrados, marchas multitudinarias, una ola de vandalismo e inactividad de la clase política—, se origina el denominado Acuerdo transversal por la Paz y una nueva Constitución (con la ausencia del Partido Comunista de Chile y del denominado “Frente Amplio”). El proceso constituyente es visto por las autoridades del país (Gobierno, Congreso Nacional y partidos políticos) como una vía para “destrabar” la grave crisis de vandalismo y gobernabilidad que por aquellos días afectaba al país. La cercanía impide efectuar un juicio respecto de la situación. El tiempo y la historia lo dirán.

Ciertamente, fruto del aludido Acuerdo, se aprueban en el Congreso Nacional una serie de reformas en la Constitución que permiten viabilizar el proceso de cambio constitucional, estableciéndose un itinerario constituyente iniciado con un “plebiscito de entrada” para determinar si Chile quería una nueva constitución y la elección del tipo de órgano encargado de su redacción. Posteriormente, una mayoría importante del electorado decide avanzar en el proceso constituyente y que sea una entidad denominada Convención Constitucional, integrada al 100 % por miembros electos democráticamente, la encargada de su elaboración.

Es así como el 4 de julio de 2021 y luego del respectivo acto de instalación, comienza a sesionar la Convención, con 155 convencionales constituyentes, con paridad de género y escaños reservados para pueblos indígenas. El trabajo de la Convención se entrapa durante varios meses en una serie de declaraciones políticas y la elaboración de un reglamento para su funcionamiento. Sesiona en comisiones y en pleno, recibiendo a diversos especialistas y organizaciones de la sociedad civil para que plantearan sus puntos de vista sobre el contenido del texto en cada una de las comisiones que para el efecto se formaron. Una vez redactado un primer borrador, se encarga —con una parte importante de los mismos convencionales— a una Comisión de Armonización, una Comisión de Preámbulo y a una Comisión de Disposiciones Transitorias la función de ajustar y sistematizar el borrador constitucional, redactar su introducción y establecer el itinerario de implementación en caso de aprobación, respectivamente.

Ya con el borrador afinado, se entrega el 4 de julio de 2022 al presidente de la República (Gabriel Boric Font), quien convoca a plebiscito de “salida” o “ratificatorio”, esta vez con voto obligatorio, el día 4 de septiembre del mismo año. Durante las semanas previas, la tendencia inicial de apoyo al nuevo texto se invierten y el proyecto de nueva Constitución es rechazado por una mayoría abrumadora (62 % vs. 38 %). Se trata de una de las primeras constituciones en el mundo redactada por un órgano electo democráticamente que es rechazada en plebiscito. Y surgen las preguntas: ¿qué pasó?, ¿qué sucedió con el denominado octubrismo chileno?

Antes de intentar esbozar hipótesis de respuestas, resulta necesario tener presentes algunos aspectos formales del proceso y otros de fondo o contenido que nos pueden ayudar a aventurar razones y perfilar las perspectivas del proceso.

Primeramente, debemos señalar que el plebiscito de “entrada” contemplaba un voto voluntario (como, por lo demás, es en Chile luego de la reforma electoral de 2012), en que votó el 39 % del padrón electoral (con crisis sanitaria del COVID-19 mediante), para devenir posteriormente en un plebiscito de “salida” con voto obligatorio y una participación del padrón electoral del 85 % de los habilitados para sufragar, es decir, alrededor de 15 millones de votos. Por otra parte, durante el proceso electoral se sucedieron una serie de “escándalos” producto del proceder extrafuncionario de varios convencionales constituyentes.

En cuanto al fondo, el borrador de nueva Constitución proponía una serie de cambios bastante profundos al sistema constitucional y normativo chileno, entre los cuales cabe mencionar brevemente los siguientes:

- i. Estado regional, plurinacional y ecológico. Lo más complejo, ciertamente, ha sido la plurinacionalidad, es decir, la posibilidad de coexistencia de varias naciones dentro de un mismo Estado, circunstancia que podría no sorprender en otros Estados, como por ejemplo el boliviano. Sin embargo, para Chile, tradicionalmente adscrito a un Estado unitario, era un cambio radical, lo que se ve agravado por el hecho de que el proyecto constitucional tampoco daba luces en que se traducía que Chile fuera un estado plurinacional.
- ii. Estado regional y territorios autónomos indígenas. Consagraba una profunda descentralización por la vía de regiones autónomas que podrían —previa autorización legal— emitir deuda, crear empresas públicas comunales y regionales, suscribir acuerdos de cooperación con otros Estados y, en especial, consagrar la autodeterminación y autogobierno de pueblos indígenas en estos territorios especiales.
- iii. Derechos fundamentales. Crecimiento exponencial en la cantidad de derechos fundamentales y sociales resguardados. Llama la atención que se restaba la tutela constitucional respecto del derecho a la honra.
- iv. Nuevos órganos constitucionales. Se ampliaba la cantidad de órganos públicos reconocidos constitucionalmente, incorporando el Consejo para la Transparencia, el Servicio Nacional del Consumidor, etc. Se creaban nuevos órganos, como la Defensoría de la Naturaleza, el Defensor del Pueblo y una serie de órganos colegiados en la Administración de las Regiones, engrosando la burocracia estatal tanto a nivel nacional como regional.
- v. Congreso Nacional. Se eliminaba el Senado de la República, reemplazándolo por la denominada “Cámara de las Regiones”. Se eliminaba también la iniciativa exclusiva del presidente de la República para iniciar la tramitación de proyectos de ley en materia de impuestos y creación de órganos públicos, entre otros, por una suerte de necesidad de “respaldo presidencial” por un acto posterior.

- vi. Poder Judicial. Se restaba poder a la Corte Suprema, mediante el establecimiento de los denominados "Sistemas de Justicia", contemplando la llamada "justicia indígena". Además, se reemplazaba el sistema de nombramiento de los jueces (actualmente emplazado en el presidente de la República), radicándolo en el llamado "Consejo de la Justicia", integrado minoritariamente por el estamento judicial. Por otra parte, se prohibía el sometimiento del Estado a jueces árbitros, lo que afectaría el régimen concesional de obras públicas e infraestructura, por ejemplo.
- vii. Recursos hídricos. Se reemplazaba la consagración del derecho de aprovechamiento de aguas de manera estable (concesión administrativa) por las denominadas "autorizaciones de uso" de aguas, esencialmente precarias y susceptibles de revocar conforme a causales previstas en la ley.
- viii. Derecho de propiedad y expropiación. Se afectaba el derecho de propiedad al mutar el sistema de pago por expropiación desde un modelo centrado en el daño patrimonial efectivamente causado al titular del derecho al pago del llamado "justo precio".
- ix. Partidos políticos. Se elimina el reconocimiento y referencia a los partidos políticos como fuerzas organizativas en la Constitución, pasando a un reconocimiento a "colectivos" o "entidades equivalentes", que fueron precisamente quienes redactaron el borrador de Nueva Constitución.

Como se podrá advertir, el resultado del plebiscito de salida originó un verdadero terremoto político en Chile que generó todo un replanteamiento de las fuerzas políticas y de los escenarios que han generado una ronda de extensas negociaciones entre los partidos y grupos representativos del bloque del "apruebo" y del bloque del "rechazo", este último vencedor del plebiscito de septiembre pasado y que agrupa no solo a partidos del ala de la centroderecha, sino también de la centroizquierda más tradicional, que no estaban de acuerdo con cambios institucionales estructurales de la entidad impulsados por el borrador de Nueva Constitución.

En tal contexto, las fuerzas políticas durante los últimos meses postplebiscito de salida han discutido respecto de la necesidad de un nuevo plebiscito de entrada, la naturaleza del órgano constituyente, la existencia de una suerte de árbitro, el rol de los especialistas o expertos en la redacción del nuevo texto, para evitar los desbordes del órgano redactor e intentar terminar con un proceso exitoso. Las primeras inquietudes ya están relativamente despejadas, esto es, prescindir de un plebiscito de entrada e ir directamente a la elección de los constituyentes. También se estaría acordando la existencia de un sistema de árbitros que pudiera ser un límite a los excesos de la Convención integrado por catorce académicos de renombre.

Adicionalmente, y como adelantábamos, se discute el rol de los expertos en la redacción misma del texto de la nueva propuesta constitucional, por lo cual todo indica que podría ser un Consejo de Expertos nombrados por los partidos políticos representados en el Congreso. En cuanto al órgano, la discusión más bien gira en torno al número de constituyentes, inclinándose la izquierda por un número similar al de la fallida convención (99), mientras que la centroderecha prefiere un número menor (50). En todo caso, hay un tema central en el cual sí se ha avanzado, esto es, la existencia de principios básicos o esenciales denominados "bordes constitucionales", que tende-

rían a morigerar ánimos refundadores y que se deberían respetar en la redacción del nuevo texto. Aunque no existe un documento oficial al respecto, de la síntesis de reuniones sucedidas entre los distintos actores políticos, podríamos decir que serían los siguientes (ver [http.pauta.cl](http://pauta.cl)):

- A. Chile es una república democrática, cuya soberanía reside en el Estado.
- B. El Estado de Chile es unitario y descentralizado.
- C. La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes. La Constitución consagrará que el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.
- D. La Constitución reconoce a los pueblos indígenas que habitan su territorio como parte de la nación chilena, que es una e indivisible. El Estado respetará y promoverá sus derechos y culturas. Por ello, descartando la resistida idea de plurinacionalidad, se avanzaría más bien por la multiculturalidad que no implique riesgos de disgregación del territorio ni autodeterminación.
- E. Chile es un Estado social y democrático de derechos, cuya finalidad es promover el bien común, reconociendo derechos y libertades fundamentales y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales con sujeción al principio de responsabilidad fiscal, y a través de instituciones públicas y privadas. Ello implicaría incrementar los derechos sociales reconocidos, pero sin afectar el rol subsidiario del Estado ni la participación de los particulares en la promoción y materialización de estos derechos.
- F. Los emblemas nacionales son la bandera, el escudo y el himno nacional.
- G. Chile tiene tres poderes separados e independientes entre sí. Reafirmaría la importancia del Poder Judicial, que había quedado en entredicho en el borrador de nueva Constitución, al ser reemplazado por el denominado Sistema de Justicia y el Consejo de la Justicia.
- H. Se consagran constitucionalmente órganos públicos autónomos como los siguientes: Banco Central, justicia electoral, Ministerio Público y Contraloría.
- I. Se protegen y garantizan derechos y libertades fundamentales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el derecho a la propiedad en sus diversas manifestaciones, la libertad de conciencia y de culto, la libertad de enseñanza y el deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos, entre otros.
- J. Se consagra con subordinación al poder civil la existencia de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad, con mención expresa a Carabineros y Policía de Investigaciones.
- K. Se recogen cuatro estados de excepción constitucional: asamblea, sitio, catástrofe y emergencia.

- L. Existe compromiso constitucional por el cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad.

Lo que sí estaría claro es que el proceso constituyente en Chile continúa hacia la elaboración de una propuesta de nueva Constitución, ya no desde una hoja en blanco, sino con “bordes” y fruto de un proceso más depurado, ponderado y maduro que permita proyectar un texto constitucional que congrege y proyecte el Chile de los próximos años, resguardando derechos fundamentales y sociales de acuerdo a la realidad del país, con un sistema de separación de poderes, frenos y contrapesos; avanzando a una adecuada descentralización funcional y territorial, y creando las condiciones para el desarrollo de todas las personas tanto nacionales como internacionales con intereses en Chile.

Unión Europea

REVISIÓN POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Carlota Carro de Miguel

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

Revisión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión Europea

En su sentencia de 28 de junio de 2022, dictada en el asunto C-278/20, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión es, en sí mismo, contrario al propio derecho de la Unión Europea por vulnerar el principio de efectividad. En consecuencia, el Reino de España deberá acometer una reforma del régimen en la línea que indica el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien habrá de entenderse que los aspectos indicados por el Tribunal habrán de aplicarse ya en la práctica.

PALABRAS CLAVE:

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR, PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD, DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

State legislature's liability framework for European law infringements in light of the Court of Justice of the European Union declaring it contrary to European Union law

In its judgment of 28 June 2022, the Court of Justice of the European Union declared that the State legislature's liability framework contravenes European Union law as it infringes the principle of effectiveness. Spain must therefore amend the framework in order to comply with the Court of Justice of the European Union's decision. Nevertheless, the matters the Court referred to already apply in practice.

KEY WORDS:

LIABILITY OF STATE LEGISLATURE, PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS, EUROPEAN UNION LAW

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-10-2022**FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-10-2022**

Carro de Miguel, Carlota (2022). Revisión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión Europea. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 204-211 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El pasado 28 de junio de 2022, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el "TJUE") dictó sentencia en el asunto C-278/20 por la que considera que el régimen español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión es, a su vez y en sí mismo, contrario al derecho de la Unión Europea por vulnerar el principio de efectividad (la "Sentencia del TJUE").

La Sentencia del TJUE supone en un gran cambio sobre el actual régimen, ya que viene a suprimir algunos de los requisitos limitativos que, hasta ahora, se exigían para poder obtener una indemnización como consecuencia de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del derecho de la Unión. La Sentencia del TJUE no se extiende a otros supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador; por ejemplo, no se extiende a los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por haber aprobado normas inconstitucionales. Esos otros supuestos de responsabilidad del Estado legislador se mantienen inalterados, ya que la Sentencia del TJUE solo afecta al específico régimen español sobre la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho de la Unión.

2. Antecedentes

La Comisión Europea inició un procedimiento EU Pilot —cuyo fin es aclarar posibles problemas para evitar un futuro recurso de incumplimiento frente a un Estado miembro— porque entendió que el artículo 32, apartados 3 a 6, y el artículo 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (la "Ley 40/2015"), así como el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas (la “Ley 39/2015”), vulneraban los principios de efectividad y de equivalencia del derecho de la Unión en la medida en que estos limitan la autonomía de la que gozan los Estados miembros cuando establecen los requisitos que rigen su responsabilidad por las infracciones del derecho de la Unión Europea.

Tras un infructuoso resultado del EU Pilot, la Comisión Europea interpuso un recurso por incumplimiento contra el Reino de España, en el que solicitó al TJUE que declarase contrario a los principios de efectividad y equivalencia el régimen español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del derecho de la Unión.

El principio de equivalencia implica que los requisitos establecidos en las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños por incumplimiento del derecho de la Unión no pueden ser menos favorables que los requisitos que se aplican en reclamaciones análogas fundadas en la infracción del derecho interno. Por su parte, el principio de efectividad supone que dichos requisitos no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener una indemnización.

Como es sabido, en el ordenamiento jurídico español, el derecho de resarcimiento a los particulares surge por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, y deriva del apartado 2 del artículo 106 de la Constitución española.

Por lo que respecta al derecho de la Unión, el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por infracciones del derecho de la Unión que le son imputables deriva de los Tratados en los que esta se funda (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, EU:C:2010:39, apartado 29, y de 18 de enero de 2022, Thelen Technopark Berlin, C-261/20, EU:C:2022:33, apartado 42). En consecuencia, para que los perjudicados tengan derecho a ser resarcidos como consecuencia de que el Estado incurra en responsabilidad, deben darse los siguientes tres requisitos cumulativos, de acuerdo con la jurisprudencia europea:

- i. La norma del derecho de la Unión infringida ha de conferir derechos a los particulares.
- ii. La infracción de la norma ha de estar suficientemente caracterizada.
- iii. Debe existir una relación de causalidad directa entre la infracción y el perjuicio sufrido.

Según la Sentencia del TJUE, estos tres requisitos son necesarios y suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a obtener reparación. Ello no excluye que, con arreglo al derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apartado 66, y de 29 de julio de 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, C-620/17, EU:C:2019:630, apartado 37).

3. Configuración del sistema de responsabilidad patrimonial del estado legislador que la sentencia del TJUE ha declarado contrario al derecho de la Unión

Antes de entrar a analizar el contenido de la Sentencia del TJUE y sus efectos, es preciso analizar el régimen de responsabilidad del Estado legislador vigente hasta ese momento.

En lo que respecta al surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen (apartado 3 del artículo 32 de la Ley 40/2015). Se recuerda que el daño no debe ser consecuencia de un supuesto de fuerza mayor y que el daño alegado debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (apartado 1 del artículo 32 de la Ley 40/2015).

Asimismo, puede surgir responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando los daños derivan de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional y el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada (apartado 4 del artículo 32 de la Ley 40/2015).

Por último, y centrándonos en el objeto del presente trabajo, también puede surgir responsabilidad patrimonial del Estado legislador por *aplicación de una norma contraria al derecho de la Unión Europea* cuando se den los siguientes requisitos cumulativos (apartado 5 del artículo 32 de la Ley 40/2015):

- i. Los daños han de derivar de la aplicación de una norma contraria al derecho de la Unión declarada como tal por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- ii. El particular debe haber obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la *actuación administrativa* que ocasionó el daño.
- iii. El particular debe haber alegado la infracción del derecho de la Unión posteriormente declarada en su recurso.

Esto implica que todos los órganos judiciales españoles deben desestimar las demandas cuyo objeto sea la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador que no vengán precedidas por una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y también implica que el particular ha tenido que intentar accionar en la vía judicial contra los actos de aplicación de las normas contrarias al derecho de la Unión, tratando de instar el planteamiento de una cuestión prejudicial. Es decir, el régimen establecido por la Ley 40/2015 exigía una conducta activa por parte de los interesados, de tal manera que el derecho a la indemnización surgía no solo del hecho

de que el Estado legislador hubiera podido dictar normas contrarias al derecho de la Unión, sino también de la actuación de los tribunales de justicia en cuanto que no habían llegado a plantear una cuestión prejudicial que hubiera servido para depurar el vicio de la norma nacional y evitar el perjuicio al particular.

Además de los requisitos que se acaban de exponer, de acuerdo con la Ley 40/2015 deben cumplirse también los siguientes:

- i. La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- ii. El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- iii. Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el derecho de la Unión y el daño sufrido por los particulares.

Por otro lado, la sentencia que declare el carácter de norma contraria al derecho de la Unión producirá efectos desde la fecha de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, salvo que en ella se establezca otra cosa (apartado 6 del artículo 32 de la Ley 40/2015).

Respecto a la cuestión de qué daños son indemnizables, la normativa indica que únicamente serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los *cinco años anteriores* a la fecha de la publicación de la sentencia que declare el carácter de norma contraria al derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa (apartado 1, párrafo segundo del artículo 34 de la Ley 40/2015).

Por último, y en lo que respecta al plazo de prescripción de la acción, *el derecho a reclamar prescribe al año* de en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de la sentencia que declare su carácter contrario al derecho de la Unión (apartado 1, párrafo tercero del artículo 67 de la Ley 39/2015).

4. Consideraciones de la sentencia del TJUE

4.1. Sobre el requisito relativo a la previa existencia de una declaración por parte del TJUE del carácter contrario a la Unión Europea de la norma aplicada

El TJUE considera que supeditar la reparación por un Estado miembro del daño que haya causado a un particular al infringir el derecho de la Unión a la exigencia de una declaración previa por parte del propio TJUE de un incumplimiento del derecho de la Unión imputable a dicho Estado miembro es contrario al principio de efectividad. Así lo ha establecido, entre otros, el TJUE en la sentencia de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C118/08, EU:C:2010:39, apartado 38. Por tanto, para poder interponer una reclamación de responsabilidad patrimonial no será necesario que haya existido un previo pronunciamiento expreso del TJUE sobre la disconformidad de las normas españolas con el derecho de la Unión.

4.2. Sobre el requisito relativo a que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño

El TJUE indica que derecho de la Unión no se opone a la aplicación de una norma nacional que establezca que un particular no puede obtener la reparación de un perjuicio que no ha evitado, deliberada o negligentemente, ejerciendo una acción judicial. Sin embargo, prosigue argumentando que esto solo es posible siempre y cuando el ejercicio de dicha acción judicial no ocasione dificultades excesivas al perjudicado, o cuando pueda razonablemente exigirse a este dicho ejercicio.

Además, la Sentencia del TJUE pone el foco en que el supuesto regulado por la normativa da por hecho la existencia de un *previo acto administrativo* que el perjudicado debe de haber impugnado. Pero ¿qué ocurre con aquellos supuestos en los que el daño no deriva de una actuación administrativa que el particular pueda impugnar? En estos casos, sería imposible para el particular obtener una indemnización del Estado.

El TJUE declara que, por tanto, este requisito también es contrario al principio de efectividad por cuanto el hecho de que el apartado 5 del artículo 32 de la Ley 40/2015 no prevea una excepción para los supuestos en los que el daño derive de un *acto u omisión del legislador* contrarios al derecho de la Unión, *sin que exista una actuación administrativa impugnabile*, ocasiona dificultades excesivas a la persona perjudicada para obtener la indemnización. La cuestión que deja abierta el TJUE es la de si sería compatible un régimen en el que se condicione el derecho al resarcimiento a la conducta activa del particular en aquellos casos en que sí existan actuaciones administrativas impugnables.

4.3. Sobre el requisito de que el particular haya alegado la infracción del derecho de la Unión Europea en el marco de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño

El TJUE no considera que se haya vulnerado el derecho de la Unión con la imposición de este requisito, por cuanto las disposiciones del derecho de la Unión que el particular puede invocar en el recurso como vulneradas pueden ser disposiciones con efecto directo y sin él. Sin embargo, llama la atención sobre que el hecho de exigir que el particular perjudicado haya invocado, desde la fase previa del recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, la infracción del derecho de la Unión posteriormente declarada, so pena de no poder obtener la indemnización del perjuicio sufrido, puede suponer una complicación procesal excesiva, contraria al principio de efectividad. En otras palabras, parece abrirse la posibilidad, como indicábamos antes, de que la norma sí exija haber interpuesto un recurso y alegado la infracción del derecho de la Unión, cuando sí existan actos de aplicación de la norma contraria al derecho europeo que el interesado puede impugnar.

4.4. Sobre el plazo de prescripción de la acción para reclamar

El TJUE declara que la prescripción en el plazo de *un año* del derecho a reclamar desde la publicación de la correspondiente sentencia en el *Diario Oficial de la Unión Europea* es contrario al principio de efectividad. Es la consecuencia lógica después de haber manifestado que el requisito de que exista una previa sentencia del Tribunal de Justicia que declare el incumplimiento del derecho de la Unión es contrario al principio de efectividad, pues, dado que ya no es necesario que exista esa previa sentencia, la publicación de esa posible sentencia no puede constituir, sin vulnerar ese mismo principio, el único punto de partida posible del plazo de prescripción de la acción que tiene por objeto exigir la responsabilidad patrimonial del legislador por las infracciones del derecho de la Unión que le sean imputables. Habrá de entenderse, en consecuencia, que el plazo de prescripción comienza a correr desde que el daño se produce, pero el TJUE no cierra la puerta a que pueda reiniciarse ese cómputo al publicarse una sentencia del TJUE que declare que una norma nacional es contraria al derecho de la Unión.

4.5. Sobre la limitación en el tiempo de los daños indemnizables

El TJUE dictamina que es contrario al principio de efectividad la limitación de la indemnización a los daños producidos en los *cinco años* anteriores a la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, basándose en su propia jurisprudencia, en donde sentencia que la reparación de los daños causados a particulares por infracciones del derecho de la Unión debe ser adecuada al perjuicio sufrido, en el sentido de que debe permitir, en todo caso, compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos.

Así, indica que, tal y como está redactada la norma, impone trabas a que los particulares puedan obtener una reparación adecuada de su perjuicio, teniendo en cuenta la duración de los procedimientos (tanto el previo interno en donde se impugna la actuación administrativa como los procedimientos por incumplimiento del derecho de la Unión o los prejudiciales), que en muchos casos pueden ser superior a los cinco años.

Por todo lo expuesto, el TJUE estima parcialmente el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea al entender vulnerado el principio de efectividad, y, en cambio, desestima el resto de pretensiones de dicha institución en lo que respecta al principio de equivalencia.

5. Aproximaciones sobre el futuro régimen de responsabilidad patrimonial

Aunque las sentencias del TJUE dictadas en un procedimiento por infracción no conllevan la anulación de las normas nacionales declaradas contrarias al derecho de la Unión, el Estado miembro está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para darles cumplimiento a la mayor brevedad posible. Así las cosas, es previsible que a partir de esta sentencia el legislador acometa una reforma del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Hasta que no se produzca esa reforma, el régimen deberá funcionar inaplicando las disposiciones declaradas contrarias al derecho de la Unión. En ausencia de previsión alguna que limite los efectos de la Sentencia del TJUE, entendemos que, desde su publicación, los particulares podrán solicitar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por daños que, en su día, no pudieron ser reclamados por los exigentes requisitos que mediante la Sentencia del TJUE han sido declarados contrarios al derecho de la Unión. Además, podrán plantearse reclamaciones por daños sufridos en relación con normas que puedan ser contrarias al derecho de la Unión, pero de las cuales no haya aún (o, directamente, no vaya a haber) un pronunciamiento del TJUE.

En conclusión, tras el análisis de la Sentencia del TJUE —y sin perjuicio de lo que finalmente considere el legislador—, creemos que la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial por infracción del derecho de la Unión irá en consonancia con las siguientes líneas:

- i. Los particulares podrán iniciar una reclamación de responsabilidad patrimonial por infracción del derecho de la Unión aunque no exista una previa sentencia del Tribunal de Justicia sobre la incompatibilidad del derecho interno con el derecho de la Unión (sin perjuicio de que también se pueda iniciar en los casos en los que sí que exista una sentencia del Tribunal de Justicia). Por tanto, los particulares podrán iniciar la reclamación cuando consideren que el acto legislativo les ocasiona un daño indemnizable, siempre y cuando sea contrario al derecho de la Unión. En estos casos, la cuestión de la contravención del derecho de la Unión será decidida en ese mismo procedimiento.
- ii. El particular podrá reclamar una indemnización no solo por los daños sufridos derivados de actuaciones administrativas contrarias al derecho de la Unión, sino también por los daños derivados de un acto u omisión del legislador contrarios al derecho de la Unión sin que exista una actuación administrativa impugnada. Sin embargo, es previsible que la norma nacional imponga en el particular algún tipo de carga para demostrar, cuando existan actos administrativos que pueda impugnar, que ha intentado evitar el perjuicio causado ejerciendo una acción judicial.
- iii. Deberá regularse un nuevo cómputo del plazo para el ejercicio de la acción en supuestos en donde no exista una previa sentencia del TJUE. Sin embargo, en los supuestos en los que efectivamente exista una sentencia del TJUE, es posible que se mantenga el cómputo del plazo de un año desde la publicación de la correspondiente sentencia en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.
- iv. El futuro régimen no podrá limitar la indemnización a los daños causados en los cinco años anteriores a una eventual sentencia del Tribunal de Justicia publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, sino que se preverá que la indemnización debe compensar íntegramente por los perjuicios efectivamente sufridos.

Unión Europea

APROBACIÓN DEL INSTRUMENTO DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL (ICI) POR EL QUE SE PERMITE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS LIMITATIVAS DEL ACCESO DE LOS OPERADORES DE TERCEROS PAÍSES AL MERCADO EUROPEO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Fátima Díaz-Grande Rojo

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

Aprobación del Instrumento de Contratación Internacional (ICI) por el que se permite la adopción de medidas limitativas del acceso de los operadores de terceros países al mercado europeo de contratación pública

El Parlamento Europeo y el Consejo han aprobado un Reglamento con el objetivo de promover la reciprocidad en el acceso a los mercados de contratación pública internacionales. Este acto legislativo permitirá a la Comisión adoptar actos de ejecución consistentes en medidas limitativas del acceso a los mercados de contratación pública europeos para terceros países que desarrollen medidas o prácticas limitativas del acceso de los operadores de la Unión a sus mercados de contratación pública.

PALABRAS CLAVE:

INSTRUMENTO DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL, MEDIDA ICI, CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEA, RECIPROCIDAD, ACCESO A LOS MERCADOS.

Approval of International Procurement Instrument (IPI) which introduces measures to limit access for third-country operators to the European procurement market

The European Parliament and the Council have passed a Regulation that promotes reciprocity to access international procurement markets. The Regulation will enable the Commission to pass provisions limiting access to European public procurement markets for economic operators in third countries that implement measures or practices restricting access for EU operators to their public procurement markets.

KEYWORDS:

INTERNATIONAL PROCUREMENT INSTRUMENT, IPI MEASURE, EUROPEAN PUBLIC PROCUREMENT, RECIPROCIDAD, MARKET ACCESS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 2-7-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 7-7-2022

Díaz-Grande Rojo, Fátima (2022). Aprobación del Instrumento de Contratación Internacional (ICI) por el que se permite la adopción de medidas limitativas del acceso de los operadores de terceros países al mercado europeo de contratación pública. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 212-219 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 30 de junio de 2022 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* ("DOUE") el Reglamento (UE) 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de junio de 2022, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios (los "Operadores") de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los Operadores de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (Instrumento de contratación internacional-ICI) (el "Reglamento ICI" o "Instrumento de Contratación Internacional").

La Unión busca con la aprobación de este texto promover la reciprocidad en el acceso a los mercados internacionales de contratación pública, garantizando que las empresas de la Unión tengan un acceso en condiciones de no discriminación a los mercados de terceros países y unas condiciones de competencia equitativas en ellos, y generando mayores oportunidades de negocio para las empresas europeas. Se trata de corregir el desequilibrio existente, pues, actualmente, mientras que los mercados de contratación pública de la Unión están ampliamente abiertos a empresas de terceros países, no sucede así a la inversa, dado que en ellos las empresas europeas no siempre tienen acceso a estos mercados en las mismas condiciones.

Para ello, el Instrumento de Contratación Internacional establece procedimientos para que la Comisión pueda llevar a cabo investigaciones sobre supuestas medidas o prácticas de terceros países contra los Operadores de la Unión, inicie consultas con ellos y pueda en su caso imponer medidas en relación con tales prácticas con el fin de restringir el acceso de Operadores de los terceros países a los procedimientos de contratación de la Unión.

El Reglamento ICI entró en vigor el día 29 de agosto de 2022.

2. El procedimiento de investigaciones y consultas

El procedimiento de investigación se iniciará mediante la publicación de un anuncio en el DOUE, anuncio que incluirá una evaluación preliminar de la Comisión de la concreta medida o práctica del tercer país cuestionada. Esta medida o práctica se define en el Reglamento ICI como *“toda medida, práctica o procedimiento legislativo, reglamentario o administrativo, o combinación de los mismos, que adopten o mantengan autoridades públicas o poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras individuales de un tercer país, a cualquier nivel, que dificulte de forma grave y recurrente el acceso de los operadores económicos, bienes o servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos o de concesiones de dicho tercer país”*.

El inicio del procedimiento puede obedecer a la iniciativa propia de la Comisión o a una previa reclamación fundamentada de un interesado de la Unión o de un Estado miembro, entendiéndose por interesado toda persona o entidad cuyos intereses puedan verse afectados por una medida o práctica de un tercer país (como empresas o asociaciones de empresas u organizaciones interprofesionales representativas de agentes sociales a escala de la Unión).

El procedimiento tiene por objetivo eliminar o subsanar toda medida o práctica restrictiva y, de este modo, aumentar las posibilidades de licitación de los Operadores de la Unión en los mercados de contratación del país tercero. En esta fase, la Comisión examinará hasta qué punto la legislación, la reglamentación u otras medidas sobre mercados de contratos públicos o concesiones garantizan una transparencia acorde con las normas internacionales y no dan lugar a restricciones graves y recurrentes contra los Operadores de la Unión, verificando en qué medida los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras (los “Adjudicadores”) del tercer país adoptan o mantienen prácticas restrictivas frente a los Operadores de la Unión.

En el anuncio que habrá de publicarse se incluirá la evaluación preliminar de la Comisión de la medida o práctica del tercer país, y a partir de su publicación invitará a los interesados y a los Estados miembros a facilitar la información pertinente y también al tercer país de que se trate a presentar sus puntos de vista, aportar la información oportuna y entablar consultas con la Comisión con el fin de eliminar o subsanar la presunta medida o práctica del tercer país. La investigación y las consultas podrán extenderse durante un periodo de hasta nueve meses, pudiendo prorrogarse por cinco meses más en “casos justificados”. El procedimiento concluirá con un informe sobre los principales resultados de la investigación, que será presentado al Parlamento Europeo y al Consejo, en el que se fijen las principales conclusiones de la investigación y el curso de acción propuesto.

Si de las investigaciones de la Comisión se concluye que la medida o práctica del tercer país no se mantiene, esto es, que ha dejado de aplicarse, o que con ella no se dificulta de forma grave y recurrente el acceso de los Operadores de la Unión a los mercados de contratación del tercer país, se dará por finalizado el procedimiento y deberá publicarse el anuncio de finalización en el DOUE.

La Comisión también está habilitada para suspender el procedimiento de investigación y consultas en cualquier momento si el tercer país en cuestión adopta medidas correctoras satisfactorias, eliminando o subsanando el obstáculo o la dificultad, mejorando así el acceso, o incluso si este asume compromisos en la línea de suprimir o eliminar gradualmente las medidas o prácticas en

un plazo razonable, que no podrá exceder de seis meses desde la asunción del compromiso. La suspensión podrá dejarse sin efecto en cualquier momento, reanudándose así la investigación y las consultas cuando los motivos que permitieron la suspensión dejen de ser válidos.

Si de las investigaciones se concluye que efectivamente existe una medida o práctica restrictiva de un tercer país, la Comisión podrá entonces limitar el acceso de los Operadores de terceros países al mercado de contratación europeo. Es a lo que el Instrumento de Contratación Internacional se refiere cuando habla de adoptar una "Medida ICI".

3. Contenido y procedimiento para la adopción de las Medidas ICI

La Comisión está facultada por el artículo 6 del Instrumento de Contratación Internacional para la adopción de una Medida ICI cuando considere que esta redundaría en interés de la Unión, sobre la base de una valoración de los diferentes intereses considerados en su conjunto. En esta valoración, es importante que la Comisión preste especial atención al objetivo general de lograr la reciprocidad en la apertura de los mercados de terceros países y mejorar las oportunidades de acceso al mercado para los operadores económicos de la Unión, así como al objetivo de limitar toda carga administrativa innecesaria para los Adjudicadores y para los operadores económicos.

La Medida ICI podrá tomar la forma de un ajuste de puntuación a las ofertas presentadas por operadores económicos del tercer país a efectos de la evaluación y clasificación de las ofertas (ajuste que, con carácter general, podrá ser de un máximo del 50 % de la puntuación de evaluación de la oferta) o de la exclusión de estas ofertas, imponiéndose la obligación de su aplicación a los Adjudicadores correspondientes.

La Comisión deberá especificar el ámbito de aplicación de la Medida ICI, pudiendo aplicarse a determinados sectores o categorías de bienes, servicios y concesiones o a categorías específicas de Adjudicadores o de operadores económicos.

En la determinación de la Medida ICI, la Comisión deberá observar necesariamente su proporcionalidad respecto de la medida o práctica del tercer país y la disponibilidad de fuentes alternativas de suministro de los bienes y servicios en cuestión, con el fin de evitar o minimizar un impacto negativo significativo en los Adjudicadores.

El Reglamento ICI recoge que las Medidas ICI expirarán cinco años después de su entrada en vigor, pudiendo prorrogarse por un nuevo período de cinco años. Entre los nueve y seis meses antes de la expiración de la Medida ICI, la Comisión deberá llevar a cabo un procedimiento de revisión sobre el cual decidirá en el sentido de prorrogar su duración, ajustarla adecuadamente o sustituirla por otra Medida ICI. La Comisión también está facultada para retirar la Medida ICI o para suspender su aplicación cuando el tercer país adopte medidas correctoras satisfactorias o asuma un compromiso de poner fin a la medida o práctica discriminatoria, así como, en su caso, restablecerla cuando dejen de cumplirse las anteriores circunstancias.

La adopción de las Medidas ICI, así como su retirada, su suspensión o su reanudación, constituyen actos de ejecución de la Comisión, para los que debe contar con la asistencia de un comité de representantes de los Estados miembros (la llamada *comitología*), que en este procedimiento será el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio (el “Comité”).

En esencia, el procedimiento pasa por que el Comité emita un dictamen favorable sobre la adopción del proyecto de Medida ICI. De emitirse un dictamen no favorable, se podrá, o bien presentar una versión modificada del proyecto de acto en un plazo de dos meses, o bien ser presentado a un comité de apelación para una nueva deliberación en el plazo de un mes, comité que también se compone de representantes de los Estados miembros, a un nivel de representación superior, y está presidido por un miembro de la Comisión. En ausencia de dictamen, la Comisión podrá adoptar el proyecto de acto de ejecución, salvo que la Medida ICI consistiera en la exclusión de la oferta presentada por Operadores de terceros países. En este caso, si se considera necesario el acto de ejecución, podrá actuarse del mismo modo que ante un dictamen desfavorable (presentando una versión modificada del acto o acudiendo al comité de apelación). Este mismo Comité también debe ser informado periódicamente sobre los progresos de los procedimientos de investigación y consultas.

En el caso de que los Adjudicadores aplicaran indebidamente las Medidas ICI y este hecho afectara de manera negativa a las oportunidades de los operadores económicos que tienen derecho a participar en el procedimiento de contratación pública —por ejemplo, si consideran que debiera haberse excluido a un operador económico competidor o que debería haberse clasificado una oferta en una posición inferior debido a la aplicación de una Medida ICI—, estos operadores afectados podrán iniciar un procedimiento de recurso de conformidad con el derecho nacional.

4. Ámbito de aplicación del Instrumento de Cooperación Internacional y de las Medidas ICI: exclusiones y excepciones

Una Medida ICI únicamente podrá aplicarse a los procedimientos de contratación pública que estén cubiertos por ella —incluidos acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición con determinadas limitaciones— y que se hayan iniciado entre la fecha de entrada en vigor de la Medida ICI y su expiración, retirada o suspensión.

A este efecto, los Adjudicadores incluirán una referencia en los pliegos de las correspondientes contrataciones a la aplicación del Instrumento de Contratación Internacional y de cualquier Medida ICI que resultara de aplicación, así como a una serie de obligaciones que deberá cumplir el adjudicatario (*i. e.*, no subcontratar más del 50 % del valor total del contrato con operadores económicos originarios de un tercer país sujeto a una Medida ICI; garantizar en el caso de contratos cuyo objeto comprenda el suministro de bienes que durante la vigencia del contrato los bienes o servicios suministrados o prestados originarios del tercer país sujeto a Medida ICI no representen más del 50 % del valor total del contrato, con independencia de quién sea el suministrador o prestador; y facilitar prueba de lo anterior al poder adjudicador o a la entidad adjudicadora a

petición de estos y pagar un cargo proporcional en caso de incumplimiento de cualquiera de las dos obligaciones anteriores de entre el 10 y el 30 % del valor total del contrato). Estas medidas buscan evitar la elusión de lo dispuesto por el Reglamento ICI.

En todo caso, se hace necesario destacar que las medidas adoptadas con arreglo al Instrumento de Contratación Internacional solo podrán aplicarse a los Operadores de terceros países que no sean parte en acuerdos internacionales (multinacionales o bilaterales) de la Unión en materia de contratación pública, salvo que estos acuerdos no incluyan compromisos de apertura de mercado para estos o no cubran determinados procedimientos de contratación pública de bienes, servicios o concesiones. Solo en estos casos no estaría asegurado el acceso a los procedimientos de contratación de la Unión, pudiendo ser excluidos de ellos. Y es precisamente en estos supuestos cuando resultará pertinente la aplicación del Reglamento ICI, pues en los restantes casos el operador económico gozará ya de instrumentos y mecanismos para garantizar la reciprocidad en el acceso. A esta limitación en su ámbito de aplicación se refiere el Instrumento de Contratación Internacional como "*contrataciones no cubiertas*", a las que define como aquellos "*procedimientos de contratación respecto de los que la unión no ha asumido compromisos de acceso al mercado en un acuerdo internacional en materia de contratos públicos o concesiones*" (artículo 2 del Reglamento ICI).

Adicionalmente, a lo largo del Reglamento ICI se recogen otras excepciones y exenciones respecto de la aplicación de los procedimientos y medidas que regula:

- i. La Comisión no iniciará un procedimiento de investigación con respecto a los países menos desarrollados que se enumeran en el anexo IV del Reglamento (UE) n.º 978/2012 (que elimina aranceles y cuotas para las importaciones de bienes que llegan a la UE procedentes de estos países; el llamado régimen "*todo menos armas*"). Esta exención se basa en el objetivo de política general de la Unión de apoyar el crecimiento económico de los países menos desarrollados y su integración en las cadenas de valor mundiales.
- ii. Con carácter general, las Medidas ICI solo podrán aplicarse a procedimientos de contratación pública con un valor estimado superior a un umbral que habrá de determinar la Comisión en cada caso a la vista de los resultados de la investigación y las consultas, y que no podrá ser inferior a 15 millones de euros (IVA excluido) para el caso de obras y concesiones y a 5 millones de euros (IVA excluido) en el caso de bienes y servicios (artículo 6 del Reglamento ICI).
- iii. Se recoge la posibilidad de que, previa solicitud motivada de un Estado miembro, la Comisión adopte una lista de los poderes adjudicadores locales dentro de unidades administrativas con población inferior a 50.000 habitantes que puedan resultar eximidos de la aplicación del Instrumento de Contratación Internacional (artículo 7 del Reglamento ICI). De cualquier modo, la exención solo podrá otorgarse si el valor total de los contratos por encima de los umbrales fijados de acuerdo con lo expuesto en el párrafo anterior, adjudicados por los Adjudicadores que no deban quedar exentos, excede del 80 % del valor total de los contratos por encima de los umbrales que entren en el ámbito de aplicación de las Directivas de Contratación pública —Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE—, adjudicados en el Estado miembro solicitante en los tres últimos años desde el 31 de diciembre precedente a la solicitud de exención. En su solicitud, el Estado miembro

deberá solicitar información detallada sobre la justificación de la solicitud de exención y el valor de los contratos por encima de los umbrales adjudicados por todos los Adjudicadores enumerados en la lista durante el mismo periodo de tres años. La exención se limitará en todo caso a lo estrictamente necesario y proporcionado, teniendo en cuenta la capacidad administrativa de los poderes adjudicadores que deban quedar exentos. La lista adoptada y publicada en el DOUE tendrá validez por un periodo de tres años, pudiendo revisarse o renovarse cada tres años previa solicitud motivada por parte del Estado miembro en cuestión.

- iv. Los Adjudicadores podrán decidir, con carácter excepcional, no aplicar una Medida ICI con respecto a un procedimiento de contratación pública si los requisitos de la oferta solo se cumplen por parte de operadores económicos originarios de un tercer país sujeto a Medida ICI o si la decisión de no aplicarla se justifica por razones imperiosas de interés general, como la salud pública o la protección del medio ambiente, casos en los que deberán remitir a la Comisión, en un plazo de treinta días desde la adjudicación, información detallada y motivada sobre el contrato, el origen de los operadores económicos y la decisión de inaplicación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9 del Reglamento ICI.
- v. Con carácter general, cuando un operador económico sea un grupo de personas físicas o jurídicas, entidades públicas o una combinación de estas, y al menos una de tales personas o entidades sea originaria de un tercer país cuyos Operadores estén sujetos a una Medida ICI, esta se aplicará a las ofertas presentadas por dicho grupo, salvo que la participación de tales personas o entidades en el grupo equivalga a menos del 15 % del valor de la oferta presentada por el grupo (salvo el caso, a su vez, de que dichas personas o entidades sean necesarias para cumplir la mayor parte de, al menos, uno de los criterios de selección en un procedimiento de contratación pública) (artículo 3 del Reglamento ICI).

5. Consideraciones finales

A fin de facilitar la aplicación del Instrumento de Contratación Internacional por parte de los Adjudicadores y de los operadores económicos, la Comisión deberá publicar unas directrices antes del mes de marzo de 2023. Igualmente, deberá revisar periódicamente el ámbito de aplicación, el funcionamiento y la eficacia del Reglamento ICI, y deberá informar con carácter periódico al Parlamento Europeo y al Consejo sobre su aplicación y sobre el estado de las negociaciones internacionales relativas al acceso de los operadores económicos de la Unión a los mercados de contratos públicos o de concesiones de terceros países emprendidas con arreglo al Reglamento ICI, nutriéndose también de la información facilitada por los Estados miembros y los Adjudicadores respecto a la aplicación de las medidas adoptadas en aplicación del Reglamento.

Con esta nueva herramienta o mecanismo se pretende contribuir, en el marco de la política comercial común, al objetivo de fomentar la integración de todos los países en la economía mundial mediante la supresión progresiva de los obstáculos al comercio internacional. Las Medidas ICI, si bien penalizan a determinados operadores o mercados, lo hacen precisamente con este objetivo de mejorar el acceso y las condiciones de reciprocidad y superar la reticencia de algunos de estos

países a la apertura de sus mercados, siempre con la posibilidad de levantar la medida adoptada cuando el operador o mercado penalizado elimine la práctica restrictiva o asuma el compromiso de hacerlo. Las prácticas de contratación pública restrictivas presentes hoy en muchos países conllevan una importante pérdida de posibilidades de comercio, y el Reglamento ICI supone una medida ambiciosa para intentar subsanar y revertir esta situación.

Derechos Humanos

MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA MENORES EXTRANJEROS QUE LLEGAN A ESPAÑA (MENORES ACOMPAÑADOS SIN SUS PROGENITORES): VIABILIDAD JURÍDICA DE ALTERNATIVAS A LA SEPARACIÓN AUTOMÁTICA

Jana Lamas de Mesa, Elisenda Gómez Melé
y Eduardo González Fernández

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

Medidas de protección para menores extranjeros separados (menores acompañados de persona adulta sin vínculo biológico): viabilidad jurídica de alternativas a la separación automática

Los menores separados son aquellos niños extranjeros que viajan separados de sus progenitores o tutores, pero que van acompañados de otra persona adulta (el supuesto más habitual es que la acompañante sea una mujer adulta que forma parte de la familia extensa). Ante la posibilidad de que estos niños pudiesen ser víctimas de trata, en España se ha aplicado la medida de separación automática entre el niño y la adulta, declaración de desamparo del menor y asunción de la tutela por la Administración. Esta medida de separación automática del menor y la adulta, en aquellos casos en los que el vínculo entre ambos sea positivo, puede resultar desproporcionada y gravemente perjudicial para el menor. Existen alternativas menos gravosas que se basan en evitar la separación mientras se efectúa un análisis específico y multidisciplinar del vínculo que existe entre

ambos (con garantías que prevengan cualquier perjuicio para el menor) para determinar la mejor solución a medio plazo para el menor. Estas medidas tienen encaje en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, deben implementarse de acuerdo con el principio del interés superior del menor y el principio de proporcionalidad.

PALABRAS CLAVE:

MENORES SEPARADOS, MENORES EXTRANJEROS, DESAMPARO, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, VÍCTIMAS DE TRATA, DERECHOS HUMANOS, DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR, CONVENIO SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Legal instruments to protect separated foreign children (minors accompanied by adults with no biological ties): legal feasibility of alternatives to automatic separation

Separated foreign minors are those who arrive in Spain accompanied by an adult not related to them (most commonly a woman who is not their biological mother). Given the possibility that these minors could be victims of human trafficking, the Spanish authorities have decided to automatically separate them. They are taken away from this adult, declared to be in a state of abandonment, and placed under the guardianship of the public authorities. This automatic separation measure, when the bond between the individuals is positive, can be disproportionate and cause serious harm to the minor. There are less burdensome alternatives, which are based on a specific and multidisciplinary analysis of the bond between the adult and the minor. These measures would meet the requirements of the Spanish legal system and therefore should be implemented, as they uphold the best interests of the minor.

KEYWORDS:

SEPARATED MINORS, FOREIGN MINORS, ABANDONMENT, BEST INTERESTS OF THE MINOR, HUMAN TRAFFICKING, HUMAN RIGHTS, RIGHT TO PROTECTION OF PRIVACY, FAMILY LIFE AND THE HOME, CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD, PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY.

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 8-10-2022

Lamas de Mesa, Jana; Gómez Melé, Elisenda; González Fernández, Eduardo (2022). Medidas de protección para menores extranjeros separados (menores acompañados de persona adulta sin vínculo biológico): viabilidad jurídica de alternativas a la separación automática. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 220-234 (ISSN: 1578-956X)

1. Introducción

Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2021, durante el año 2020 llegaron irregularmente a España por patera un total de 986 niños en unión de adultos (menores acompañados) que afirmaban tener vínculo paterno-materno filial con el niño sin acreditarlo de manera fehaciente (530 niños y 456 niñas). La mayoría llegan acompañados de mujeres adultas que son sus madres biológicas pero en algunos casos no es así, y la prueba de ADN que se toma en costas para demostrar la filiación sale negativa. En otros casos, ni siquiera es necesario tomar la prueba de ADN porque la mujer refiere al llegar que no es la madre del menor con quien viaja.

En 2022, a causa del conflicto armado entre Ucrania y Rusia, las autoridades han detectado que se está produciendo un fenómeno similar en relación con menores provenientes de Ucrania. Se han identificado menores que han llegado a España acompañados, bien de una persona que actúa como guardador de hecho (por ejemplo, profesores, entrenadores o cuidadores), o bien de adultos que trabajan para ONG.

Estos niños, que viajan acompañados por personas adultas que no son sus progenitores o tutores, son los llamados menores separados. Habitualmente se equipara a los menores separados con los menores no acompañados. No obstante, algunos instrumentos de *soft law* y práctica nacional e internacional sugieren que los menores separados en realidad forman parte de una categoría diferente a la de los menores no acompañados. La Observación General n.º 6 de (2005) del Comité de Derechos del Niño define a los menores separados como aquellos “*menores separados de ambos padres o de sus tutores legales habituales, pero no necesariamente de otros parientes*”.

El principal riesgo radica en que el adulto que acompaña al niño, e incluso el propio niño, podrían ser víctimas de trata de seres humanos y acabar en redes de explotación. Por este motivo, en este contexto se opta por la separación inmediata del menor y el adulto que lo acompaña, se declara la situación de desamparo del menor y se asume la tutela de este por la Administración, ejerciéndose su guarda a través del acogimiento familiar o residencial.

No obstante, la separación automática del menor es, en muchos casos, desproporcionada y puede generar graves perjuicios para ese niño. En muchos casos la separación implica convertir a un menor acompañado por una persona con quien tiene un vínculo de cuidado y afectividad en un menor no acompañado bajo la tutela de la Administración en un país extranjero. Ante esta situación, deviene necesario buscar alternativas conformes a nuestro ordenamiento jurídico menos gravosas a la separación automática del menor, que sean más acordes a la situación concreta y preserven el principio del interés superior del menor.

En este artículo analizamos la viabilidad jurídica de las alternativas frente a esa separación automática de los menores extranjeros que llegan a nuestro país acompañados por una persona con la que no existe vínculo biológico. Un análisis que todavía no ha sido abordado en profundidad en la doctrina académica ni de manera directa en la jurisprudencia española.

Recientemente, la Fiscalía General del Estado ha enviado, en fecha 8 de junio de 2022, una nota interna a los fiscales delegados provinciales titulada “Menores de edad extranjeros ucranianos en situación de riesgo activo”, sobre los menores desplazados procedentes de Ucrania como consecuencia de la guerra en ese país. Este documento, centrado en el caso de los menores procedentes de Ucrania, declara la improcedencia de aplicar una medida de separación automática entre los menores y las personas adultas que los acompañan (cuando no son sus familiares biológicos o tutores), así como la necesidad de tener en cuenta la opinión de las ONG a la hora de informar o decidir sobre la forma de acogimiento que mejor corresponde. Estas recomendaciones del fiscal de sala coordinador de menores deberían ser valoradas y atendidas por los servicios de protección de menores, así como extendidas a todos los menores separados (y no solo a los procedentes de Ucrania).

2. Marco jurídico de la medida de separación del menor respecto de la persona adulta que lo acompaña

La medida de separar al menor de la persona adulta que lo acompaña no está prevista en ninguna disposición jurídicamente vinculante. Se basa en una aplicación excesivamente rigorista de los Dictámenes 2/2012, 5/2014 y el protocolo de 22 de julio de 2014 que ha dictado la Fiscalía General del Estado para prevenir los riesgos de trata de seres humanos. Estos documentos destacan que el fundamento de la separación es la existencia de un riesgo grave e inminente, y que solamente debe aplicarse tras un análisis concreto de las circunstancias y de la relación entre el menor y la adulta. Estas últimas consideraciones evidencian que la medida de separación no puede ser aplicada de forma automática y sin atender a las circunstancias particulares del caso. No obstante, en la práctica se adopta una postura restrictiva de los pronunciamientos de la Fiscalía que resulta en la separación automática de los menores con el adulto acompañante.

No obstante, la decisión sobre la medida de protección del menor a aplicar, como veremos, debe atender al principio del interés superior, el principio de proporcionalidad y los derechos del niño a la intimidad personal y familiar, entre otros consagrados en la Convención de los Derechos del Niño o en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Por ello, la separación nunca debería ocurrir por defecto, sino ser excepcional a la luz de esas circunstancias concretas.

2.1. Los instrumentos de protección de menores

Las medidas de protección de menores están reguladas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LOPJM"), que viene a completar el Código Civil en lo que se refiere a la guarda y acogimiento de los menores. Además, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ("LOEX") se refiere en particular a la protección de los menores extranjeros no acompañados.

Las medidas de protección más destacadas son, de mayor a menor grado de intervención, las siguientes:

- i. Declaración de desamparo (artículo 172 del Código Civil). Cuando la autoridad autonómica competente en materia de protección de menores constate una situación de desprotección grave del menor, deberá (a) declarar el desamparo del menor mediante la tramitación del procedimiento administrativo oportuno; (b) asumir la tutela del menor por ministerio de la ley (existe la posibilidad que la tutela sea asumida por otras personas o entidades, en vez de por una entidad pública, siempre y cuando sea en interés del menor); y (c) adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda. Cuando se trate de menores extranjeros no acompañados, se procurará, además, la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés

superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad.

- ii. La declaración de desamparo del menor constituye el último recurso al que debe acudir la Administración cuando, tras haber valorado adecuadamente la situación de riesgo de un menor, llegue a la conclusión que este se encuentra en una situación de desamparo.
- iii. Situación de riesgo (artículo 17 de la LOPJM). Se trata de situaciones en que el menor se ve o puede verse perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo de forma que sea precisa la intervención de la Administración para garantizar los derechos del menor, pero sin que se alcance la intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por parte de la Administración por ministerio de la ley. La legislación de algunas autonomías dispone que la autoridad competente en materia de riesgo es la administración local.
- iv. Actuaciones de atención inmediata. Los poderes públicos tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, pudiendo la entidad pública competente asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, sin que sea necesaria la previa declaración de desamparo.

2.2. La medida de separación del menor respecto del adulto/a que lo acompaña, en caso de que no se acredite la filiación

2.2.1. DICTÁMENES 2/2012 Y 5/2014 DE LA UNIDAD DE EXTRANJERÍA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, SOBRE PROTECCIÓN DE MENORES EXTRANJEROS QUE ACCEDEN IRREGULARMENTE AL TERRITORIO EN COMPAÑÍA DE PERSONAS SIN VÍNCULO ACREDITADO DE PARENTESCO Y/O EN RIESGO DE VICTIMIZACIÓN.

El Dictamen 2/2012 de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado sobre tratamiento a menores extranjeros acompañados cuya filiación no resulte acreditada ("Dictamen 2/2012"), establece que "el hecho de entrar en España irregularmente, utilizando vías o medios peligrosos, sin documentación, sin seguir los cauces legales y sin arraigo, puede objetivamente considerarse ya de por sí para el menor afectado como situación de riesgo (...)". Y "exige que los poderes públicos se preocupen de la situación del mismo y garanticen su seguridad y bienestar". No se indica expresamente que deba aplicarse una separación automática, salvo que "el rechazo o la ausencia de vínculo, unidos al resto de circunstancias, revelen insuficiente garantía de la necesaria asistencia material o moral del niño por parte del adulto". La aplicación estricta de estos pronunciamientos ha resultado en que en la práctica la separación entre el menor y el adulto acompañante se produzca de manera automática.

El posterior Dictamen 5/2014 de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía, sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente al territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y/o en riesgo de victimización ("Dictamen 5/2014") incide de nuevo en la medida de la separación automática. El Dictamen 5/2014 toma en consideración la Observación General 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño sobre el trato de los menores no acompañados

y los menores separados de su familia fuera de su país de origen. Esta Observación hace extensivas las necesidades de protección a unos y otros menores en su apartado III.

Así, el Dictamen 5/2014 concluye que la separación del menor respecto del adulto “no se trata de una medida inexcusable, en tanto que la separación del niño es por principio una medida extrema y excepcional; sólo debe acordarse cuando las circunstancias del caso revelen un riesgo “inminente””. En esta ocasión, la Fiscalía es más clara ya que expresamente dispone que la separación es una medida de carácter excepcional y extremo.

La Fiscalía ha mantenido y reforzado este criterio en la nota interna más reciente, de 8 de junio de 2022. En esta nota interna, cuyo contenido se analiza en el apartado 4.2 de este artículo, se establecen las directrices que deben tener en cuenta los Fiscales de menores Delegados Provinciales en relación con los menores de edad procedentes de Ucrania en situación de riesgo activo.

2.2.2. EL PROTOCOLO MARCO EN RELACIÓN CON MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

El Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con menores extranjeros no acompañados (el “Protocolo Marco”), acordado el 22 de julio de 2014 por el Ministro de Justicia, la Ministra de Empleo y Seguridad Social, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Fiscal General del Estado, el Secretario de Estado de Seguridad y el Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, es el primer instrumento (no vinculante) que contiene previsiones específicas sobre la separación de menores extranjeros respecto de los adultos que los acompañan. El Protocolo Marco se publicó en el BOE el 13 de octubre de 2014.

Este Protocolo está inspirado en el principio del interés superior del menor, que debe determinarse caso por caso. Por ello, la separación deberá acordarse cuando se aprecie una situación de riesgo a raíz de las declaraciones del adulto o cualquier otro indicador o noticia. No debe ser aplicada de forma automática. En consecuencia, puede sostenerse que no procede la separación por el hecho de que no se acredite el vínculo de filiación. Esta medida será adoptada únicamente en caso de riesgo inminente para el menor, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, que deberán ser valoradas de forma individualizada.

Asimismo, el Protocolo Marco dispone que en los casos en que haya una situación de riesgo (no inminente) “*se promoverán por el Ministerio Fiscal las acciones pertinentes ante el Juzgado de Guardia o Juzgado de Primera Instancia competente para asegurar que mientras se está evaluando la situación de riesgo, el menor no abandone el centro en compañía del adulto, sin autorización judicial*”. Se deduce de lo anterior que, incluso en casos donde pueda existir una situación de riesgo, siempre y cuando este no sea inminente, podrían justificarse medidas alternativas a la separación del menor y del adulto en centros de acogida distintos mientras la situación se evalúa. Podrá ser una medida adecuada y suficiente asegurar que no abandonan el centro juntos.

3. La medida de separación de menores a la luz del principio del interés superior del menor y de otros principios y directrices internacionales

3.1. Principio del interés superior del menor

El principio del interés superior del menor está consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 2 de la LOPJM. Estas normas exigen que, en cualquier decisión que deba adoptarse por una autoridad en relación con el menor, su interés superior constituirá una *"consideración primordial"*.

El interés superior del niño debe determinarse caso por caso, dependiendo de muchos factores, como son la edad y la madurez, así como el contexto en que se encuentre. Así lo indica la Observación General N.º 14 (2013) de la Convención sobre los Derechos del Niño cuando señala que *"la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño [...]"*. Asimismo, se indica que son relevantes el *"contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores"*.

En relación con la familia del menor, que ha de tomarse en consideración a la hora de determinar el interés superior, debemos señalar dos puntos:

- A. La Observación General N.º 14 (2013) establece que la familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). Así, el derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (artículo 16 de la Convención).
- B. El término *familia* debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (artículo 5 de la Convención).

Por otro lado, las Directrices 2021 del ACNUR para evaluar y determinar el interés superior de la niñez (*Best Interest Procedure Guidelines*) —las "Directrices BIP de ACNUR"— establecen una serie de pautas y procedimientos recomendados para los actores que intervienen en la protección de los menores migrantes y la determinación de su interés superior. Pueden destacarse los siguientes criterios:

- i. Nombramiento del adulto familiar acompañante como tutor del menor, excepto en caso de abusos.

- ii. La separación de un menor respecto del adulto que lo acompaña, cuando este no es su progenitor, debe regirse por el principio del interés superior del menor en términos equivalentes a la separación de un menor respecto de sus progenitores. En el apartado 4.3.1 de las Directrices BIP de ACNUR, se considera que *“el término «familia» debe interpretarse en un sentido amplio de acuerdo con las costumbres locales y, dependiendo del contexto, puede incluir a los miembros de la familia ampliada o a otras personas de la comunidad con las que vive el niño o niña”*. Además, esta interpretación amplia del término *familia* está igualmente respaldado por la Resolución de 13 de octubre de 2014 del Protocolo Marco. En este sentido, las Directrices BIP de ACNUR consideran que deben equipararse las figuras de progenitores con la de adultos acompañantes.
- iii. El niño no debe ser separado de sus padres (o, en el caso aquí analizado, del adulto que lo acompaña) *“contra la voluntad de éstos, excepto cuando (...) [tal separación] es necesaria en el interés superior del niño”* (artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño). Y, si bien el artículo 9 se refiere a la separación de los niños de sus padres, en el apartado 4.3.1 de las Directrices BIP de ACNUR se considera que la interpretación amplia del término *familia* justifica también su aplicación a los niños que viven con personas que no son sus madres o padres biológicos.
- iv. El procedimiento de evaluación de los menores extranjeros para la determinación de su interés es más eficaz cuando forma parte de un programa integral de protección de la infancia que atiende a todos los objetivos. Por ello, las Directrices BIP de ACNUR recomiendan que la evaluación se efectúe desde un enfoque multidisciplinar para que los trabajadores sociales dispongan de una serie de servicios y opciones para atender todas las necesidades de los menores y reducir sus vulnerabilidades. En este sentido se concluye que establecer un mecanismo para detectar situaciones de riesgo de abuso, negligencia o explotación y/o violencia y derivar a los menores a procedimientos adecuados para la determinación de su interés superior es un *elemento crucial* en los programas de protección de la infancia.

3.2. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un principio general de nuestro ordenamiento jurídico que exige que las medidas restrictivas de derechos —artículo 2.3 de la LOPJM, artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas— cumplan con un triple test, consagrado por el Tribunal Constitucional:

- i. principio de adecuación: la medida debe ser susceptible de cumplir con el fin perseguido;
- ii. principio de necesidad: no existe ninguna medida alternativa menos gravosa que sea capaz de cumplir el fin perseguido; y
- iii. principio de proporcionalidad en sentido estricto: los perjuicios causados no son mayores que los beneficios conseguidos.

Por consiguiente, si existe una medida alternativa que genere menos daños y que sea capaz de lograr el fin perseguido, deberá optarse necesariamente por la medida menos gravosa. Asimismo, si la medida restrictiva genera más perjuicios que beneficios, no podrá adoptarse.

Pues bien, las Directrices BIP de ACNUR aconsejan la aplicación del principio de proporcionalidad específicamente en aquellos supuestos en los que se debe evaluar la separación del menor de sus progenitores (en este caso, separación de adultos acompañantes). Las Directrices BIP de ACNUR disponen que, si la separación debe llevarse a cabo, se tengan en cuenta medidas más proporcionadas como opciones menos intrusivas, se mantenga una continuidad mínima del contacto (aunque sea bajo supervisión) o se efectúe una separación lo más breve posible y que la revisión de esta medida se efectúe en un plazo igualmente breve.

3.3. Principio de *do no harm*

El principio de *do no harm* es un principio de la acción humanitaria (*softlaw*), derivado del interés superior del menor y de proporcionalidad, y es comúnmente aceptado en el ámbito internacional. Conforme a este principio, se ha de velar porque las medidas que por acción u omisión se adopten no afecten negativamente a los menores ni los expongan a más daños. En la práctica, este principio implica el deber de anticiparse a las posibles consecuencias que una medida (ley o protocolo) tenga, evaluando todos los factores potenciales de riesgo y adoptando las medidas necesarias para eliminar y mitigar esos riesgos. Este principio, por tanto, justifica una vez más la necesidad de buscar alternativas a la separación automática de menores de la que hablamos.

3.4. Derecho a la vida en familia

El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("CEDH") establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar. El concepto de familia ha sido delimitado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") de una manera más amplia que aquella que incluye solo el cónyuge, hijos menores y padre, madre de menores (en línea con la interpretación propuesta por la Observación General N.º 14), siendo así que "[...] *la existencia o la no existencia de "vida familiar" es esencialmente una pregunta de hecho dependiendo de la existencia de vínculos personales estrechos*".

En este sentido, el TEDH ha entendido que, aunque una relación no alcance el nivel de "vida familiar", se puede acudir al concepto de vida privada para proteger ciertas relaciones, como declaró la sentencia *Znamenskaya c. Rusia*. Bajo este concepto se han reconocido vínculos estrechos entre un menor acogido y su tutora, por ejemplo. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia 26 de marzo de 2019 aceptó que un menor bajo la tutela de un ciudadano de la Unión Europea en régimen *kafala* (una figura de tutela propia de la legislación de Argelia) tenía derecho a residir en la Unión Europea para mantener la unidad familiar en sentido amplio.

Ante la ausencia de concepto claro de menores separados en la normativa europea, este entendimiento amplio y de hecho del concepto de vida familiar permite tomar en consideración la existencia de otros vínculos diferentes a los biológicos que puedan ser válidos en los países de origen de los migrantes a la hora de determinar si el menor está separado o acompañado.

Por su parte, la Convención de Derechos del Niño prohíbe la injerencia ilegal en la familia del niño y garantiza sus relaciones familiares (artículos 8 y 16) según el concepto amplio de familia que anteriormente se ha expuesto.

4. Viabilidad jurídica de medidas de protección de los niños alternativas a la separación

4.1. Identificación de medidas de protección acordes con los principios y derechos fundamentales expuestos

Atendiendo a los anteriores principios y derechos fundamentales, resulta evidente que no es procedente aplicar de forma automática una medida de protección consistente en la separación del menor respecto de la persona adulta que lo acompaña. Es preciso atender a las circunstancias del caso concreto, siendo la separación y declaración de desamparo una *ultima ratio*.

Sobre este punto es muy ilustrativo el artículo 94.3 de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía, que establece lo siguiente: *"Las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en una situación de guarda de hecho no serán declarados en desamparo si se constata que se les presta la adecuada atención y no concurren circunstancias que requieran la adopción de medidas de protección. En estos casos la Entidad Pública lo pondrá en conocimiento del juzgado correspondiente a los efectos previstos en el artículo 237 del Código Civil"*. Se pondrá en conocimiento del Juzgado a efectos de declarar la guarda de hecho del menor (artículo 237 del Código Civil).

Este precepto positiviza una línea jurisprudencial por la que se han declarado contrarias a derecho medidas de separación de menores respecto de guardadores de hecho que les daban el cuidado necesario. Basta citar a estos efectos la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (recurso de apelación n.º 133/2004). Debe destacarse el carácter garantista de la reciente legislación andaluza, que ha acogido en su articulado esta previsión, precisamente, para evitar separaciones innecesarias de menores respecto de sus guardadores de hecho.

Pues bien, una vez los migrantes llegan a las costas españolas y mientras la autoridad administrativa competente sobre protección de menores evalúa el caso concreto (y determina cuál es el interés superior del menor), se propone como la actuación más procedente la aplicación de medidas de protección diferentes a la separación y a la consiguiente declaración de desamparo (salvo que exista un peligro inminente que lo justifique).

En estos casos, la autoridad administrativa competente en materia de menores podría acordar la guarda provisional del menor llegado a España a favor de la persona adulta que lo acompaña. Esta decisión podrá ser adoptada por el Juzgado en el marco de una declaración de riesgo, o bien de un desamparo provisional, en función de las circunstancias del caso concreto.

Esta situación de guarda provisional debería prolongarse por el periodo necesario para que pueda analizarse si el vínculo entre menor y la persona adulta es positivo, si el menor está en alguna

situación de peligro o riesgo que justifique la separación inmediata, la historia de este menor, así como si dispone de familiares en Europa que puedan hacerse cargo de él. Esta evaluación deberá ser llevada a cabo en centros de acogida especializados en niñez migrante, a los que se deriven, juntos, al menor y la adulta acompañante, que deberán contar con profesionales que puedan abordar esta situación desde un enfoque multidisciplinar y holístico aplicando las Directrices BIP de ACNUR. Deberá garantizarse, en todo caso, que la persona adulta y el menor no abandonan ese centro solos, sin la previa autorización de la autoridad (administrativa o judicial) competente.

Esta propuesta dispone de bases jurídicas suficientes para poder ser acordada por los órganos competentes:

- i. Conformidad con las medidas de protección de los menores extranjeros reguladas en la LOPJM: Estas medidas exigen una valoración secuencial de la situación de riesgo concreto del menor y prevén la declaración de desamparo como el último recurso al que debe acudir la Administración en situaciones extremas. Así lo han declarado nuestros tribunales, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 17 de febrero de 2016 (recurso número 1064/2015), que cuestiona el automatismo de la declaración de desamparo del menor y considera que dicho automatismo es contrario al principio de proporcionalidad. Asimismo, el Tribunal Supremo ha considerado que el hecho de que los progenitores no den la asistencia debida al menor, en caso de existir un guardador de hecho, no impone automáticamente la declaración de desamparo. La Sentencia de 27 de octubre de 2014 (recurso número 2762/2013) dispone lo siguiente: *“Corolario de tal reflexión es fijar como doctrina de la Sala que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección»”*.

Además, en el caso de que concurran los requisitos de gravedad que exige la declaración de desamparo, pueden aplicarse en primer lugar las medidas de la situación de riesgo, donde no se separe al menor de su núcleo familiar y se realice un proyecto de intervención social por parte de la entidad local competente.

- ii. Conformidad con el Protocolo Marco: El Protocolo Marco rechaza la separación automática del menor del adulto, lo que provocaría que el menor se convirtiese en un menor extranjero no acompañado en situación de desamparo. En efecto, el Protocolo Marco dispone que la separación se adoptará únicamente en caso de riesgo inminente para el menor, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, que deberán ser valoradas de forma individualizada.
- iii. Procedencia de prestar una atención específica al fenómeno de la “infancia en movilidad”, aplicando una medida para situaciones de riesgo con la herramienta de la Directrices BIP de ACNUR: Este fenómeno obliga a buscar medidas adecuadas a esta realidad específica, acordes a los principios generales expuestos en el apartado anterior, y que piensen específicamente en estas situaciones de riesgo o desamparo de esta infancia en movimiento.

- iv. La propuesta de valoración multidisciplinar previa a la separación automática es conforme con las Directrices BIP de ACNUR, al interés superior del menor, al principio de proporcionalidad y al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar: Es habitual que entre el menor y la adulta exista una relación de afectividad y confianza surgida durante el viaje, ya que la persona adulta le presta la asistencia moral propia de un progenitor. La convivencia en un entorno estable y seguro permite la continuidad de esta relación de afectividad y evitar los efectos disruptivos y desestabilizadores de separar al menor de la adulta y trasladarlo a un centro de acogida totalmente desconocido.

De este modo, se facilita que la valoración del contexto cultural y social se lleve a cabo de manera más precisa y ajustada a la realidad. Se garantiza así que las medidas que se adopten son proporcionadas a su contexto específico y que el menor no es víctima de redes de trata, a la vez que se evitan los perjuicios derivados de las medidas más gravosas del ordenamiento jurídico (como es la separación y consiguiente desamparo). Asimismo, se respeta el derecho a la intimidad personal y familiar, puesto que no se separa al menor del adulto que podría considerarse familiar, en atención al concepto amplio de familia recogido en el artículo 5 de la Convención de Derechos del Niño. De este modo, se permite que el menor no se aísle por completo de las tradiciones culturales propias que configuran su identidad, como por ejemplo el idioma materno.

Con independencia de lo anterior, la autoridad judicial competente podría reconocer la existencia de una guarda de hecho que garantice los derechos del niño, en los términos de lo establecido en el antes citado artículo 94.3 de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía (aunque este precepto sea solo aplicable a esa comunidad autónoma, el principio que contiene es generalizable a todo nuestro ordenamiento jurídico). En ese caso, resultaría improcedente jurídicamente una declaración de desamparo, sin perjuicio de otras medidas administrativas o judiciales de protección de menores que pudiesen adoptarse.

4.2. La viabilidad jurídica de estas medidas alternativas está respaldada por la nota interna de la Fiscalía General del Estado sobre los menores desplazados desde Ucrania

La nota interna de la Fiscalía General del Estado relativa a los menores desplazados desde Ucrania en situación de riesgo activo establece una serie de criterios y recomendaciones para los fiscales delegados provinciales en relación con los menores de edad procedentes de Ucrania que llegan a España, bajo la guarda de hecho de un adulto que no acredita su relación de parentesco o afinidad con el menor.

Este documento se centra especialmente en impulsar la protección de dos grupos de menores: (i) aquellos que vienen acompañados de una persona que *"hace las veces de guardador de hecho"* sin vínculo biológico, y (ii) aquellos que no vienen acompañados. En ambos casos, la nota interna establece que los menores quedan sujetos a las medidas de protección de menores extranjeros reguladas en la LOPJM y en el Código Civil a las que nos hemos referido anteriormente. Ello implica que las autoridades autonómicas competentes tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, así como *"arbitrar y adoptar todas las medidas y mecanismos de protección necesarios, con el fin de velar por el interés superior del menor"*.

A los efectos de evaluar la situación de riesgo del menor y establecer la medida de protección más adecuada, la nota recomienda a las autoridades autonómicas competentes en materia de protección de menores mantener los registros actualizados y recabar información sobre las circunstancias personales y familiares de los menores *"con el fin de tener un amplio conocimiento de lo que sea más conveniente al interés del menor"*. Para ello, los fiscales de menores deberán instar a las autoridades autonómicas competentes en materia de protección de menores a la adopción de las medidas adecuadas en función de las circunstancias concretas de cada caso; en particular, se recomienda la realización de actuaciones de atención inmediata (las menos gravosas) y la asunción por parte de las autoridades competentes de la guarda provisional del menor.

Con respecto a la gravedad de las medidas de protección, la Fiscalía es muy clara a la hora de recomendar la aplicación de medidas de protección diferentes a la separación y a la consiguiente declaración de desamparo, siendo así que en la nota interna se dice lo siguiente: *"No procede la tutela inmediata en supuesto de desamparo"*. Según la Fiscalía, la casuística es tan variada que, para asegurar el interés superior del menor, han de tenerse en cuenta todos los *"datos y circunstancias personales de los menores e instar [por parte de las autoridades autonómicas competentes] la medida de protección que estimen más adecuada según el caso concreto"*. Además, *"a la hora de solicitar o informar sobre la forma de acogimiento"*, resulta conveniente tener en cuenta la opinión de las ONG con experiencia en protección de menores que han participado en el traslado del menor desde el extranjero.

Las recomendaciones de la Fiscalía para estos casos de menores extranjeros procedentes de Ucrania confirma la improcedencia de aplicar una medida de separación automática entre los menores y los adultos (sin relación biológica) que los acompañan y respalda la viabilidad jurídica y la exigencia de aplicar medidas alternativas frente a esa separación automática a todos los menores extranjeros (y no solo a los procedentes de Ucrania).

5. Conclusiones

- i. El análisis de un enfoque multidisciplinar por parte de profesionales para determinar la medida de protección más adecuada para el menor extranjero acompañado de un adulto que no es su progenitor como alternativa a la separación automática constituye una opción óptima para el interés superior del menor y es viable jurídicamente. La separación del menor no puede ser automática, puesto que conduce, sin un análisis de las circunstancias concretas de la situación del menor, a la declaración de desamparo, mecanismo calificado de *ultima ratio* por nuestro ordenamiento jurídico.
- ii. De acuerdo con el Protocolo Marco, la separación del menor respecto del adulto solo debe tener lugar en caso de riesgo inminente para el menor, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, que deberán ser valoradas de forma individualizada. En el mismo sentido, el Dictamen 5/2014 dispone que la separación del niño no es una medida *"inexcusable"*, sino una medida *"extrema y excepcional"* para los casos en que exista ese riesgo *"inminente"* para el menor. Esta es la interpretación que también mantiene la nota interna

de la Fiscalía General del Estado de 8 de junio de 2022 en relación con los menores extranjeros ucranianos en situación de riesgo activo.

- iii. Las Directrices BIP de ACNUR establecen para la determinación del interés superior que, en supuestos de menores extranjeros acompañados de adultos no progenitores, deben aplicarse las directrices propias para la separación de menores de sus progenitores. Los principios generales conforme a los que se debe interpretar la normativa en materia de protección de menores y la jurisprudencia de los tribunales españoles y europeos apuntan a que la separación del adulto acompañante puede no ser la decisión más proporcionada. Diferentes estudios y la observación de multitud de casos concretos permiten concluir que los menores sufren repercusiones en su salud mental y otros perjuicios innecesarios y desproporcionados si son separados de los adultos que los acompañan cuando ambos tienen un vínculo positivo.
- iv. La normativa estatal habilita a las Administraciones autonómicas competentes para adoptar medidas alternativas a la separación automática. En efecto, la LOPJM, en el título II, capítulo I, prevé las actuaciones en situaciones de desprotección del menor, aunque respetando el reparto constitucional y estatutario de aquellas competencias que por su carácter administrativo corresponden a las comunidades autónomas.
- v. Las anteriores bases jurídicas permiten que se aplique un procedimiento autonómico basado en las herramientas de las Directrices BIP de ACNUR, en el marco de una medida de situación de riesgo (o en su caso un desamparo provisional), atendiendo a las específicas circunstancias de estos casos de infancia en movilidad. Este enfoque asegura la aplicación del principio de proporcionalidad, ya que permite identificar rápidamente si los menores están en situación de riesgo inminente (por ejemplo, trata de personas) a la vez que se tratan de evitar los perjuicios de la separación automática. Asimismo, se podrá trabajar la reunificación familiar de los menores con otros familiares que residan en la Unión Europea.

Bibliografía

ACNUR (2021). *Directrices del ACNUR para evaluar y determinar el interés superior del niño (2021 Best Interest Procedure Guidelines: Assessing and determining the best interest of the child)*. Recuperado de <https://www.refworld.org/docid/5c18d7254.html>.

Dictamen 2/2012 sobre tratamiento a dar a menores extranjeros acompañados cuya filiación no resulte acreditada, de la Fiscalía General del Estado. Recuperado de <https://www.parainmigrantes.info/wp-content/uploads/2012/03/20120302000260.pdf>.

Dictamen 5/2014 sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente al territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y/o en riesgo de victimización, acordado el 11 de diciembre de 2014 por la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado. Recuperado de <https://www.fiscal.es/documents/20142/157164/DICTAMEN+5-2014+sobre+protecci%C3%B3n+de+menores+extranjeros+que+acceden+irregularmente+al+territorio+en+compa%C3%B1a+de+personas+sin+v%C3%ADnculo+acreditado+de+parentesco+y+o+en+riesgo+de+victimizaci%C3%B3n.pdf/f77fdb3f-3e6f-d150-1669-efb1a4c5a619?version=1.1>.

NACIONES UNIDAS (2013). *Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño)*. Comité de los Derechos del Niño CRC/C/GC/14. Recuperado en https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf.

Nota interior "Menores de edad extranjeros ucranianos en situación de riesgo activo", de 8 de junio de 2022, dirigida a los fiscales delegados provinciales.

PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. (2022). Separated Minors or the Dilemma Between General and Individual Interest in Migration Law Compliance. *Jean Monnet Network on EU Law Enforcement Working Paper Series No. 10/22*. Recuperado de <https://jmn-eulen.nl/wp-content/uploads/sites/575/2022/05/WP-Series-No.-10-22-Separated-Minors-or-the-Dilemma-Between-General-and-Individual-Interest-in-Migration-Law-Compliance-Petit-de-Gabriel.pdf>.

Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con menores extranjeros no acompañados, acordado el 22 de julio de 2014 por el Ministro de Justicia, la Ministra de Empleo y Seguridad Social, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Fiscal General del Estado, el Secretario de Estado de Seguridad y el Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2014/10/16/pdfs/BOE-A-2014-10515.pdf>.



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 alfabeticará por la primera palabra del título.

Las **citas bibliográficas seguirán el sistema internacional APA** y se harán de acuerdo con los siguientes modelos:

LIBROS:

APELLIDOS, nombre (año). *Título del libro en cursiva*. Ciudad: editorial (edición). Ejemplo: URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo (2000). *Derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons (27.^a ed. revisada en colaboración con María Luisa Aparicio).

ARTÍCULOS DE REVISTA:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo sin comillas. *Nombre de la revista en cursiva*, número, páginas. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1984). Escisión de sociedad anónima y obligaciones convertibles. *Revista de Derecho Mercantil*, 172-173, pp. 227-269.

COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título de la colaboración sin comillas. En inicial y APELLIDOS (mención de responsabilidad), *Título de la obra colectiva en cursiva*. Ciudad: editorial, [volumen], páginas

que ocupa la colaboración. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1994). Calificación jurídica del crédito de descuento documentado en póliza. En A. POLO DÍEZ (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*. Madrid: La Ley, vol. II, pp. 1797-1812.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo o colaboración sin comillas. *Título de la publicación electrónica en cursiva*, número, [páginas]. Recuperado de <página web>,. Ejemplo: PAZ-ARES, Cándido (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, pp. 1-61. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf.

Oficinas URÍA MENÉNDEZ

ESPAÑA

BARCELONA
Av. Diagonal, 514
08006 Barcelona, Spain
barcelona@uria.com
+34 93 416 51 00

BILBAO
Torre Iberdrola Planta 21
Plaza Euskadi, 5
48009 Bilbao, Spain
bilbao@uria.com
+34 94 479 49 20

MADRID
C/ Príncipe de Vergara, 187
Plaza de Rodrigo Uría
C/ Suero de Quiñones, 42
28002 Madrid, Spain
madrid@uria.com
+34 915 860 400

VALENCIA
C/ Colón, 28
46004 Valencia, Spain
valencia@uria.com
+34 96 352 91 91

PORTUGAL

LISBOA
Praça Marquês de Pombal, 12
1250-162 Lisboa, Portugal
lisboa@uria.com
+351 21 030 86 00

OPORTO
Bom Sucesso Trade Center
4150-146 Porto, Portugal
porto@uria.com
+35 1 22 030 86 00

EUROPA

BRUSELAS
Espace Meeûs
Square de Meeûs 40
1000 Brussels, Belgium
bruxelles@uria.com
+32 (0) 2 639 64 64

LONDRES
125 Old Broad Street
17th floor
EC2N 1AR London, United Kingdom
london@uria.com
+44 (0)20 7260 1800

LATINOAMÉRICA

BOGOTÁ
Carrera 9 # 74-08
Bogotá, Colombia
bogota@uria.com
+571 326 8600

LIMA
Av. Santa Cruz No. 888 Piso 4
15074 Miraflores, Lima, Peru
peru@uria.com
+511 513-7200

SANTIAGO DE CHILE
El Golf 40, Piso 20
Santiago, Chile
chile@uria.com
+56 22 364 37 00

ESTADOS UNIDOS

NUEVA YORK
277 Park Avenue
New York, NY 10172
newyork@uria.com
+1 212 593 13 00

URÍA
MENÉNDEZ
www.uria.com