

Actualidad Jurídica Uría Menéndez

Tribuna Abierta

Leer para vivir, escribir para contarlo:
lectoras y escritoras en el siglo XIX

Ana Santos Aramburo

Artículos

La DAC-6 y su validez bajo el derecho
de la Unión Europea

Gloria Marín Benítez

Análisis de la fusión inversa entre sociedades
extranjeras como un supuesto de enajenación
indirecta de acciones peruanas

Milagros Pastor Stumpf

La nueva regulación europea de los datos:
cómo dar forma al futuro digital de Europa

Leticia López-Lapuente

Consultoria para Investimento vs. Recepção
e Execução de Ordens: em especial, a
Responsabilidade Civil das Instituições
Bancárias

Raquel Cardoso Nunes

Foro de Actualidad

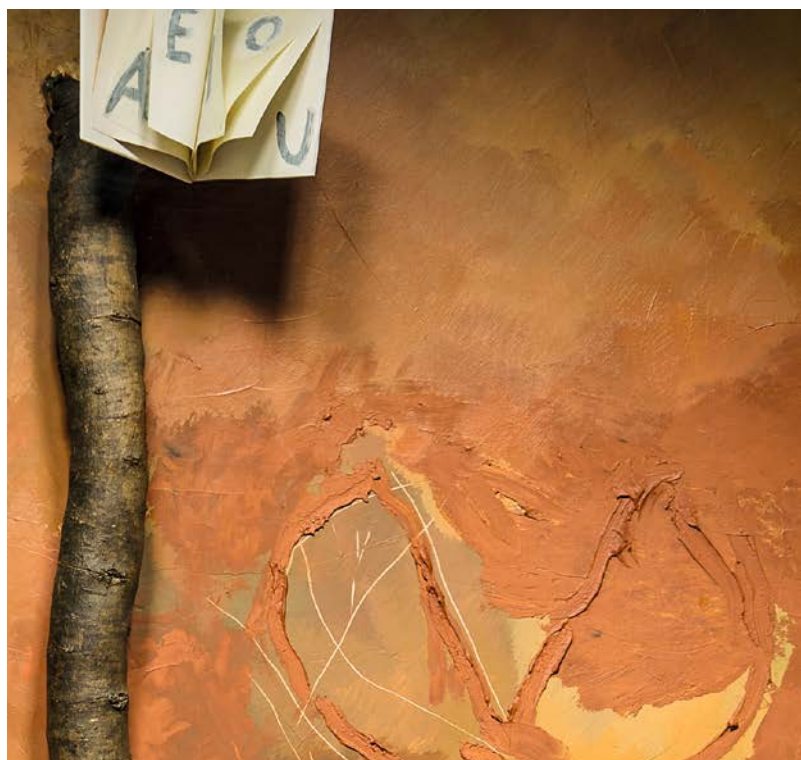
España

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, Yásser-Harbi Mustafá Tomás, Alfonso Gutiérrez Hernández, Ismael Clemente Casas, Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, Nuno Salazar Casanova, Hélder Frías, Javier García Sanz, Cristian Gual Grau

REDACTORES

Alejandro Anca Alamillo y José Antonio González Salgado

OBRA EN CUBIERTA:

Josep Guinovart, *"L'arbre és un llibre"*, de 2005

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.



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

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

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

Sumario

Tribuna Abierta

- 7 Leer para vivir, escribir para contarlo: lectoras y escritoras en el siglo XIX

Ana Santos Aramburo

Artículos

- 23 La DAC-6 y su validez bajo el derecho de la Unión Europea

Gloria Marín Benítez

- 37 Análisis de la fusión inversa entre sociedades extranjeras como un supuesto de enajenación indirecta de acciones peruanas

Milagros Pastor Stumpf

- 50 La nueva regulación europea de los datos: cómo dar forma al futuro digital de Europa

Leticia López-Lapuente

- 72 Consultoria para Investimento vs. Recepção e Execução de Ordens: em especial, a Responsabilidade Civil das Instituições Bancárias

Raquel Cardoso Nunes

Foro de Actualidad

España

- 93 Novedades en materia de abuso de posición de dominio en el sector farmacéutico:

Merck y Leadiant

Alfonso Gutiérrez Hernández y Alberto Pérez Hernández

- 101 Requisitos de acceso al servicio de arrendamiento de vehículos con conductor

Nicolás Nägele García de Fuentes y Diego José Pérez Rodríguez

- 110 Obligaciones de reporte al Ministerio Fiscal en la nueva ley de protección de *whistleblowers*

Marta Barceló Moyano

118 Prohibición y sanciones al *software* de doble uso. Obligación de usar *software* estandarizado en la facturación
Jesús López Tello

126 Requisitos de los títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad y la admisión de documentos privados
Ignacio M. Nägele García de Fuentes y José Bosch Castel

140 La adhesión a la apelación en el orden contencioso-administrativo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1648/2022 de 14 de diciembre
Eduardo Ayala González

Portugal

148 O prazo de renovação de contratos de arrendamento urbano para fins habitacionais
Rita Xavier de Brito e André Hüsgen

156 Decreto-Lei n.º 11/2023, de 10 de Fevereiro. A simplificação dos licenciamentos ambientais no quadro do SIMPLEX
João Louro e Costa e Miguel Faria Ferreira

Latinoamérica

168 Gendertech: tecnología que promueve la igualdad de género en el sector jurídico
Mayra Alejandra Ariñez Vera

Unión Europea

173 La relación administrativa de supervisión: el caso del sector ferroviario (comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2022)
Carlos Lora González

183 Introducción al Espacio Europeo de Datos Sanitarios: un nuevo horizonte en la gobernanza de datos sanitarios en la Unión Europea
Francisco Javier García Pérez

Derechos Humanos

197 El derecho a la asistencia jurídica de los menores extranjeros no acompañados
José Alberto Navarro Manich, Bárbara Fernández Cobo y Belén Adell Troncho

209 Directrices para las colaboraciones



Tribuna
Abierta

LEER PARA VIVIR, ESCRIBIR PARA CONTARLO: LECTORAS Y ESCRITORAS EN EL SIGLO XIX

Ana Santos Aramburo

Directora de la Biblioteca Nacional de España

Leer para vivir, escribir para contarlo: lectoras y escritoras en el siglo XIX

Este artículo pretende explicar los cambios que se produjeron en España durante el siglo XIX en el sector del libro y en la educación y cómo esta situación contribuyó a que más mujeres se dedicasen a la escritura. Durante este periodo, la revolución industrial afectó de lleno a la industria editorial, lo que produjo una modificación de los procedimientos de producción, distribución y acceso al libro. Esto tuvo como consecuencia una multiplicación tanto de títulos como de tiradas, lo que permitió el acceso a la lectura de un número más elevado de población. En el siglo XIX también se empezó a democratizar el acceso a la educación, por lo que nuevos colectivos sociales pudieron recibir una educación básica, produciéndose de esta manera un descenso del nivel de analfabetismo.

Este nuevo contexto ayudó a que un grupo de mujeres se atreviesen a publicar sus escritos e, incluso, a influir en la opinión pública a través de artículos publicados en la prensa. El acceso a la educación y a la lectura abrió la mirada de un colectivo de mujeres valientes, capaces de aprender de otras vidas para escribir la suya propia y dejar así un testimonio de lucha y esperanza que ha permitido abrir el camino de otras muchas escritoras.

PALABRAS CLAVE:

ESCRITURA, MUJERES, LECTURA, ACCESO A LA EDUCACIÓN.

Reading to live, writing to tell about it: women readers and writers in the nineteenth century

This article examines the changes that occurred in 19th century Spain in the book industry and education and how these circumstances contributed to more women taking up the pen. During that period the industrial revolution profoundly affected the publishing industry, resulting in fundamental changes to the production, distribution and access to books. This resulted in a proliferation of both titles and print runs, increasing access to books and the possibility of a larger segment of the population to read them. The 19th century also saw the democratisation of access to education, allowing new social groups to receive a basic education, increasing literacy.

This new context encouraged a group of brave women to publish their writing and even attempt to influence public opinion through articles published in the press. Access to education and reading opened the eyes of

these courageous women, allowing them to learn about the lives of others and encouraging them to write about their own stories and thus leave a testimony of their struggles and hopes that ultimately paved the way for numerous other women writers.

KEYWORDS:

WRITING, WOMEN, READING, ACCESS TO EDUCATION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023

Santos Aramburo, Ana (2023). Leer para vivir, escribir para contarlo: lectoras y escritoras en el siglo XIX. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 7-20 (ISSN: 1578-956X).

1. La industria editorial en el siglo XIX

El siglo XIX fue un periodo significativo de impulso de la industria editorial y de expansión de la lectura entre diversos sectores sociales.

El Estado liberal, que se abrió paso tras el Antiguo Régimen, supuso un nuevo tiempo que trajo nuevos aires a España, lo que favoreció cambios que afectaron a todos los sectores, pero, especialmente, al industrial, generando de esta manera el auge de una nueva clase social, la burguesía española. Desde el autor hasta el lector, la cadena del libro experimentó una auténtica revolución, lo que produjo un desarrollo que hasta ese momento no se había experimentado. Son varios los factores que contribuyeron a este fenómeno que, al confluir en el tiempo, favorecieron un florecimiento cultural y sociológico que abrió nuevos horizontes. De manera armónica, la sociedad estaba dispuesta a mejorar los sistemas de producción y edición de los textos y a incrementar su demanda, lo que tuvo consecuencias muy positivas, tanto económicas como culturales. El sistema industrial se modernizó y produjo la industrialización de un proceso, hasta entonces artesanal, que, además de nuevas formas de producción, experimentó, a su vez, nuevas vías de distribución y comercialización de los libros.

En primer lugar, la técnica de impresión mejoró de forma significativa, la edición se industrializó gracias a una serie de máquinas, como la prensa mecánica y la máquina de papel continuo, que revolucionaron la forma de imprimir al automatizar el proceso de edición. Las técnicas de composición e ilustración de los libros se profesionalizaron y se produjo un incremento del número de títulos, a la vez que se abarataba el precio de los libros.

Además, el libro adquirió nuevos formatos más asequibles y de acceso más fácil, como por ejemplo los fascículos y las novelas por entregas, que se podían adquirir en los kioscos por escaso precio. La figura del editor se diferenció como tal de la del impresor, aportando un conocimiento que resultó fundamental para diversificar la oferta y mejorar la calidad de los libros. Se estableció una relación directa entre el autor y el editor que resultó muy fructífera, al realizar una labor intelectual adaptada a la demanda de los lectores (Martínez, 2001, p.13).

Esto produjo un incremento del tipo de textos. La sociedad ya no demandaba solo literatura, sino otros géneros hasta ese momento minoritarios: textos científicos, sociológicos, religiosos,

filosóficos o pedagógicos. Se incrementaron también, de forma muy significativa, el número de cabeceras de periódicos y de revistas de diversos géneros destinadas a distintos colectivos, convirtiéndose en vehículos de opinión y de debate social.

Todos estos cambios afectaron, igualmente, a la comercialización del libro. Mejoró la distribución y las librerías experimentaron un nuevo auge, convirtiéndose en un espacio de encuentro y convivencia, un lugar para intercambiar ideas donde, además, se podían comprar libros, más atractivos y más baratos, destinados a una pujante burguesía que buscaba en su posesión distracción y nuevas ideas y los consideraba un signo de distinción.

2. Las bibliotecas públicas

Durante el siglo XIX, las bibliotecas experimentaron una renovación que permitió acceder a la lectura a sectores de una población que tradicionalmente lo tenían vedado. Hasta este momento, las bibliotecas eran espacios restringidos a personas pertenecientes a determinados colectivos, que habían formado sus propias bibliotecas para satisfacer su necesidad de lectura y de conocimiento. Las bibliotecas crecieron en torno a universidades, sociedades económicas, tan en auge a lo largo del siglo XVIII, ateneos, academias o en el ámbito eclesiástico. Eran recintos cerrados que permitían el acceso solo a los miembros de esas corporaciones. Por lo tanto, gran parte de la población no podía acceder a los libros, lo que constituía un privilegio reservado solo para unos pocos privilegiados, entre los que no se encontraban las mujeres.

Esto se consideraba tan normal en ese momento que ni siquiera en otro tipo de bibliotecas, como la Biblioteca Nacional, se permitía el acceso de las mujeres. Bajo el pretexto de que podían distraer a los lectores, solamente podían entrar de visita y en días festivos. La primera mujer que pudo consultar un libro en la sala de lectura de la Biblioteca Nacional fue Antonia Gutiérrez Bueno, en el año 1837. Por esos años estaba escribiendo un diccionario de mujeres célebres, cuyo primer volumen había publicado en 1835 bajo el nombre de Eugenio Ortazán y Brunet, ya que era muy frecuente en esa época que las mujeres publicasen sus libros con nombres masculinos. Para continuar escribiendo esta obra necesitaba consultar algunos libros conservados en la Biblioteca Nacional. Ante la negativa para poderlo hacer, no se rindió y solicitó un permiso a la Reina Regente Cristina de Borbón. La Reina, en su respuesta, indicó que se debe permitir "*concurrir a la Biblioteca... no solo a Doña María Antonia Gutiérrez... sino a todas las demás mujeres que gusten concurrir*", añadiendo que "*en el caso de que, afortunadamente, el número de estas exceda de cinco o seis, lo haga usted presente manifestando el número de gasto que sea indispensable*". A partir de este momento, se permitió acceder a las mujeres, hecho que, con seguridad, se hubiera producido años más tarde si no hubiera sido por la solicitud de Antonia Gutiérrez.

En 1838, se crearon las primeras bibliotecas públicas en las distintas capitales de las provincias de España. En este primer momento, el objetivo de su creación era encontrar un lugar en el que depositar el voluminoso fondo procedente de las bibliotecas de iglesias, conventos y monasterios, que debían tener un lugar donde guardarse y donde poderse consultar tras la Desamortización de Mendizábal. Esta idea se vio reforzada con la Ley de Instrucción Pública de 1857, que contemplaba a las bibliotecas como complemento de la enseñanza que se impartía en las escuelas y determi-

naba la necesidad de que las obras fuesen realmente de utilidad para la población a la que iban dirigidas. A las bibliotecas públicas acudían personas lectoras de cualquier clase social y, aunque tenían un presupuesto exiguuo y, por lo tanto, sus colecciones no eran numerosas ni todas las provincias dispusieron de biblioteca en un primer momento, constituyeron un paso importante en la posibilidad de acceso a la lectura para toda la población. Sin embargo y, aunque esto supuso que un elevado número de volúmenes estuviera accesible a toda la población, su utilidad era escasa porque, a pesar de su valor patrimonial, no resultaban atractivos para el público lector (Martínez Rus, 2011: 431).

En 1869 se crearon las bibliotecas populares, con la finalidad de hacer llegar la lectura a un colectivo más amplio de la población, especialmente aquellas personas que hasta entonces no habían podido tener acceso a ellas. Por este motivo, se eligieron las escuelas de los pueblos y se puso al maestro a su cargo. Estas bibliotecas experimentaron un importante crecimiento durante el Sexenio Liberal: en 1882, se habían creado 776 bibliotecas populares con un total de 171.083 libros repartidos (Martínez Rus, 2011: 437). Aunque tuvieron una corta vida debido a la escasez de recursos, el elevado grado de analfabetismo y la falta de reconocimiento de su labor por parte de las autoridades locales, su creación supuso un esfuerzo encomiable por acercar el libro y la lectura a sectores de la población a los que nunca había llegado.

El impulso que se dio durante esta época a las bibliotecas sentó las bases de un nuevo concepto de biblioteca pública, accesible a toda la población, lo que favoreció el acceso a los libros y permitió una mejora en la formación de las personas, de acuerdo a la idea de mejora de la sociedad desde la educación y el conocimiento, aunque todavía no se consideraba que las mujeres podían tener un papel activo en este cambio social.

3. La educación de las mujeres

Durante el siglo XIX, se empezó a tener conciencia, por primera vez, de la necesidad de que la población accediera a los estudios, pero el entorno social dominado por la influencia de la Iglesia Católica, consideraba que la mujer debía recibir solo una educación adecuada al papel que debía cumplir dentro de la familia y dedicarse al cuidado del marido y de los hijos como ejemplo de las virtudes cristianas.

Además, se creía que las mujeres no eran capaces de realizar tareas intelectuales. La frenología, teoría imperante en ese momento, defendía la tesis de la inferioridad de las mujeres, basada en las diferencias de su cerebro con el del hombre. Esto, según los defensores de esta teoría, demostraba "científicamente" su incapacidad para desempeñar tareas fuera del ámbito del hogar y, por lo tanto, no era necesario que accediesen a la misma educación que los hombres. Esta teoría fue inteligentemente rebatida por Concepción Arenal en su obra *La mujer del porvenir*, pero hasta la segunda mitad del siglo XIX la sociedad española no empezó a debatir sobre la capacidad intelectual de las mujeres, su derecho de acceso a la educación y, posteriormente, al ejercicio de una profesión.

La enseñanza que recibían las niñas en las escuelas se ceñía a las materias relacionadas con la misión que debían cumplir en la vida, limitándose a enseñar a leer, escribir y contar, así como a las tareas domésticas y las derivadas del cuidado de hijos y marido. Por lo tanto, las mujeres quedaron fuera del aire reformador que impregnó la educación a principios del siglo XIX (Ballarín Domingo, 1989: 246).

Ballarín Domingo destaca que existen importantes diferencias entre la formación a la que podían aspirar las mujeres del entorno rural o urbano, teniendo en cuenta el colectivo de mujeres que, aunque vivían en las ciudades, su procedencia era rural y, por lo tanto, lo eran también sus costumbres y hábitos de vida. La mujer rural o cuya familia procedía del campo ni se planteaba que podía saber leer y, aún menos, conocer otro tipo de disciplinas, y se limitaba a cumplir con sus obligaciones domésticas.

En cambio, la mujer que pertenecía a la nobleza o a la incipiente burguesía accedió a la educación, aunque limitada a las enseñanzas más elementales de lectura y aritmética, junto a higiene y educación religiosa, además de labores domésticas y el bordado. Incluso en los colegios destinados a niñas de las clases más privilegiadas, los estudios se encaminaron a formarlas en las habilidades sociales destinadas a encontrar un buen marido.

En esta época comenzaron a proliferar colegios de órdenes religiosas, destinados a la pujante clase media, que acogieron a un número mayor de niñas; sin embargo, siguieron recibiendo el mismo tipo de educación, sin plantearse la posibilidad de acceso a una enseñanza superior. No fue hasta después de la Revolución de 1868, con la llegada del pensamiento krausista a España, cuando se empezó a considerar la importancia de la educación para el acceso a una profesión. No hay que olvidar que hasta el año 1910, las poquísimas mujeres que querían estudiar en la Universidad, debían solicitar un permiso especial y los casos fueron excepcionales, por lo que su presencia en la Universidad es prácticamente nula.

Sin embargo, al igual que lo que ocurrió con las bibliotecas, se produjo durante esta época un cambio de concepto importante. Por primera vez, se consideró que la mujer debía acceder a la educación y se redujo considerablemente la tasa de analfabetismo, lo que permitió a más mujeres acceder a la lectura, algo impensable en años anteriores.

4. El acceso de las mujeres a la lectura

El acceso a la lectura se vio favorecido por el impulso a la educación y la proliferación de las bibliotecas creadas por el nuevo aire del Estado Liberal, lo que fomentó la curiosidad intelectual y el afán por conocer de un grupo social cada vez más amplio, especialmente en los núcleos urbanos. El auge de una burguesía que consideraba el libro como objeto de distinción, favoreció la formación de bibliotecas privadas en casas particulares en las que se exhibía como un espacio de distinción social. Eran pocas las mujeres que llegaron a tener bibliotecas propias formadas por sí mismas, pero tenían acceso a buenas bibliotecas reunidas por sus padres o por sus maridos.

El auge de la edición y el crecimiento de títulos disponibles en las librerías ayudó a que las bibliotecas privadas se formasen de manera rápida y se multiplicasen los autores y la temática de los libros. Además, también se mejoró la forma de leer y se empezó a hacerlo en silencio, ya que hasta ese momento la lectura se practicaba en voz alta, lo que favoreció el proceso lector y facilitó su comprensión. También se desarrolló el deseo de asociacionismo y aparecieron tertulias literarias y gabinetes de lectura, que, en ocasiones, se formaban en las librerías (Martínez, 2011: 458). Igualmente, se produjo un auge de las sociedades y ateneos, donde grupos de personas se reunían para compartir lecturas. Estos encuentros e intercambio de ideas, en ocasiones llegadas de Europa, contribuyeron a la reflexión colectiva y a la difusión de nuevas corrientes de pensamiento.

Las medidas legislativas encaminadas al acceso de las mujeres a la educación, el auge de la edición y de las bibliotecas privadas, el impulso de las bibliotecas públicas y el incremento de las tertulias literarias y de las librerías, fueron factores que favorecieron que la mujer se pudiera incorporar a la lectura durante el siglo XIX. Existían claras diferencias entre las zonas rurales y las urbanas, pero en las ciudades el crecimiento fue relevante, lo que facilitó, a su vez, que las mujeres fueran capaces de dedicarse a la escritura.

Pero, aunque el avance fue significativo, un cambio tan importante no podía producirse de golpe. Durante años, la sociedad asistió a encendidos debates sobre el peligro que podía suponer que las mujeres leyesen, puesto que el hecho de acceder a nuevas ideas las podía desviar de la misión que, como madres y esposas, esperaba la sociedad de ellas. Por este motivo, se ejerció un acceso a la lectura controlado, tanto por confesores o escritores como incluso por algunas mujeres escritoras.

Simón Palmer divide las lecturas preferidas por las mujeres en cuatro tipos: instructivas, morales, prácticas y literarias (Simón Palmer, 2003: 748).

Las lecturas instructivas, entre las que se encontraban textos sobre higiene, buen comportamiento, urbanidad, etc., tuvieron un gran éxito y fueron muchos los títulos que se editaron, algunos en sucesivas ocasiones. Las lecturas morales estaban encaminadas a preparar a la mujer para el matrimonio y el papel que debía cumplir en la familia, así como a fomentar su religiosidad a través de lecturas piadosas. Las lecturas prácticas se dirigían a la formación de la mujer para la vida cotidiana y para su propio cuidado, proliferando los títulos de revistas dedicados a consejos para las mujeres sobre belleza, moda o cocina. En cuanto a las lecturas literarias, a pesar de la amenaza que suponía "*para la estabilidad moral e incluso mental de las mujeres*" (Simón Palmer, 2003: 750), experimentaron un aumento extraordinario, fomentado por la aparición de la novela por entregas y el folletín. Destacan las novelas románticas o de contenido moralizante y la poesía, y se crean colecciones destinadas solo a las mujeres, como Biblioteca Perla, Biblioteca de Señoras, Biblioteca del Correo de la Moda, etc.

Las publicaciones periódicas, revistas y periódicos experimentaron un importante crecimiento durante el siglo XIX, no solo en el número de cabeceras, sino también en la influencia que este medio de comunicación ejerció en la sociedad. Se fundaron revistas destinadas a las mujeres y dirigidas por ellas (*El Correo de la Moda, Semanario Pintoresco Español, Revista de las Familias*, etc.) cuya línea editorial estaba dedicada a temas femeninos y, en ocasiones, los artículos de opinión escri-

tos por mujeres contribuyeron a justificar la misión de cuidado que la mujer debía ejercer en la sociedad.

El auge de la lectura por parte de las mujeres se manifiesta también en las representaciones pictóricas y en personajes que aparecen en las novelas del momento. Algunas mujeres protagonistas de novelas leían habitualmente y buscaban en el acto lector reforzar sus ideas y encontrar el camino para ver cumplidos sus deseos. Se pueden encontrar personajes femeninos muy relevantes en las novelas de Emilia Pardo Bazán, como Ana Ozores en *La Regenta* o Amparo en *La Cigarrera*, que leía periódicos a sus compañeras mientras trabajaban, entre otros personajes femeninos que aparecen en sus obras, para quienes la lectura constituye un camino de acceso al conocimiento y, por lo tanto, de la libertad que anhelan.

El hecho de que la mujer pueda acceder a la lectura tuvo una importancia fundamental para la construcción de su propia identidad y para reforzar sus ideas frente a los valores imperantes en la sociedad del momento. Por este motivo, que las mujeres accediesen a la lectura generó críticas encendidas, tanto por parte de hombres como de algunas mujeres. No hay que olvidar que a la mujer se la consideraba un ser inferior al hombre y se temía que, con su escasa capacidad intelectual, no fuese capaz de entender el texto escrito y que este produjese en ellas una peligrosa deriva que pusiera en entredicho su papel como elemento fundamental para el cuidado del hogar, de su marido y de sus hijos. Este temor generó que, incluso, se dictasen instrucciones específicas sobre el tipo de lecturas que convenían a las mujeres para que mantuvieran las virtudes femeninas de las que no debían desviarse. *“La tutela que se ejerció sobre ellas las hizo consumidoras de un tipo de literatura didáctico moral que las conducía al cumplimiento de las obligaciones inherentes a su sexo”* (Simón Palmer, 2003: 751).

El tipo de lecturas recomendadas estaba encaminado a mejorar sus habilidades para el cuidado del hogar: economía doméstica, cocina, urbanidad, normas sociales, higiene; textos religiosos, donde podían encontrar ejemplos a seguir en su vida; o revistas femeninas donde se trataban temas que podían resultar de su interés y que fueron utilizados como medio de difusión, incluso para criticar la deriva de algunas escritoras cuyas ideas eran más avanzadas.

Las lecturas para las mujeres se clasificaron en buenas o malas y existían listas de libros recomendables y de otros que no debían ser leídos. Se pensaba que las lecturas debían ser controladas porque el hecho de que las mujeres leyeran sin control podía exaltar su imaginación y enloquecerlas, dada su vulnerabilidad, lo que podría producir un abandono de sus deberes.

Frente a este control de las lecturas recomendables para las mujeres, se alzó la voz de algunas escritoras.

Una de las voces que se alzó con más fuerza fue la de Emilia Pardo Bazán, que consideró que las lecturas para hombres y para mujeres debían ser las mismas. Las mujeres, además y dado el escaso acceso que tenían a la educación, debían leer todo lo que pudieran, cuanto más mejor. Leer en libertad, para formarse y ser capaces de tener una vida propia.

Sobre el tipo de lecturas indicaba que, además de las lecturas “recomendables”, debían leer textos del Siglo de Oro, de Cervantes o de mujeres, como María de Zayas. Recomendaba también a auto-

res extranjeros como Shakespeare, Tolstoi o Balzac. Entre las lecturas que citaba se podían encontrar, igualmente, algunas que ayudaban a dar a conocer la situación en la que se encontraban las mujeres, obras muy avanzadas para su tiempo y realmente rompedoras, cuyas recomendaciones desacreditaban la teoría de la escasa aptitud de las mujeres y su incapacidad frente a los hombres. Pero, exceptuando a esta excepcional mujer, realmente avanzada para su tiempo, el resto de escritoras coetáneas no se atrevieron a defender con esa valentía la libertad de las mujeres para elegir sus propias lecturas y la necesidad de formación para tener su propia independencia. Las que defendieron el acceso a la lectura lo hicieron de manera tímida y siempre dentro de los cánones establecidos. Incluso aquellas que reconocieron la falta de formación y la necesidad de que la mujer accediera a ella fueron incapaces de pensar que podían cumplir otro papel que el que la sociedad les tenía encomendado.

5. Mujeres escritoras

A pesar de que no se han conservado muchas fuentes para realizar estudios en profundidad sobre algunas de las escritoras de este siglo, el desarrollo experimentado por la crítica literaria feminista y la ampliación de los repertorios bibliográficos, que recogen nuevos nombres de escritoras, han favorecido que se tenga cada vez en mayor consideración el fundamental papel que tuvieron las escritoras del siglo XIX para cambiar el rumbo de la literatura femenina.

Sin embargo, la sociedad española no estaba aún lo suficientemente preparada para que las mujeres pudieran desarrollar el oficio de escribir, con la libertad suficiente y la aceptación social necesaria como para que se sintieran reconocidas y pudieran vivir de su trabajo de forma independiente. Por lo tanto, a pesar de que se han ido conociendo más nombres de mujeres que escribieron durante el siglo XIX, son pocas las que desarrollaron su oficio de una manera convencida y gozosa. La profesora Anna Caballé, en una conferencia pronunciada en la Fundación Juan March, dentro del ciclo "Mujeres y Romanticismo: breve historia de una rebelión", bajo el título *Las escritoras románticas: de la rebeldía a la tristeza*, apunta las principales causas que generaron el ambiente hostil que dificultó, de manera muy significativa, que las mujeres pudieran desarrollar su vocación de escritoras.

En primer lugar, la falta de reconocimiento del talento femenino desde un punto de vista, tanto social como científico. Varios autores del momento consideraban a las mujeres biológicamente como seres inferiores y, por lo tanto, incapaces de dedicarse a oficios considerados tradicionalmente masculinos, como era el oficio de escribir.

En segundo lugar, resultaba muy difícil pensar que la mujer pudiera desempeñar un papel en la sociedad del momento fuera de las labores del hogar y el cuidado de hijos y maridos.

Además, había que tener en cuenta las críticas a las que las escritoras eran sometidas, en ocasiones veladas y en otras de manera explícita, por parte de otros escritores o de personas influyentes de la sociedad.

Esta falta de aceptación social hizo mella en muchas de ellas, que utilizaron diversos medios para intentar ser aceptadas, como el uso de seudónimos a la hora de publicar sus obras o la defensa en sus escritos de los valores imperantes en la sociedad del momento.

Ambas cosas las analiza Carmen Simón: *"Cuándo un nuevo clima de libertad permite a tan gran número de mujeres dedicarse a unas tareas acometidas antes por muy pocas, vamos a encontrarnos con la paradoja de que muchas de ellas van a ocultarse en el anónimo o a ampararse con seudónimos y otros recursos de disimulo más o menos completo"* (Simón Palmer, 1989). El temor al rechazo social era grande y solo algunas valientes se mostraron inmunes a las críticas de la sociedad.

En este contexto Marina Bianchi opina que las escritoras tenían dos opciones: escribir como una mujer o escribir como un hombre. Las que escribían como una mujer eran aceptadas, las que lo hacían como un hombre sabían que iban a ser rechazadas. Se puede, por lo tanto, diferenciar a las escritoras en dos grandes tipologías: aquellas que se mostraban como mujeres sencillas, defensoras de las virtudes femeninas y que, incluso, ponían en entredicho la actitud de sus colegas; y las rebeldes, mujeres libres y valientes, que fueron una minoría.

Por este motivo muchas mujeres escritoras ocultaron su verdadera identidad de múltiples formas. Carmen Simón recoge la diversidad de nombres con los firmaban sus escritos: seudónimos, nombres masculinos, supresión del primer apellido, uso del "de" e inclusión del apellido del marido, criptogramas y anagramas, lemas, topónimos, plantas... Formas múltiples producto de la imaginación femenina y cuyo objetivo era que nadie supiera que detrás de esa obra o de ese artículo de opinión se encontraba una mujer.

El grado de hostilidad social que generaba el hecho de que las mujeres se dedicasen a la escritura era muy grande. Son múltiples los ejemplos que podemos encontrar, llegando incluso a molestar el hecho de que tuviesen la osadía de leer su obra en público. Carolina Coronado leyó sus poemas en el Liceo Madrileño y Rosario de Acuña se atrevió a leer poemas en la Tribuna del Ateneo de Madrid, lo que la prensa del momento no tardó en calificar como algo peligroso, puesto que podía constituir un precedente seguido por otras mujeres.

Además de la ocultación de verdadero nombre, las escritoras usaban también otros medios para intentar ser aceptadas en un entorno que les resultaba tan hostil, como por ejemplo encargar los prólogos de sus obras a escritores de prestigio que las avalaran, pero el hecho es que la mayoría de ellos no destacan la obra, sino las virtudes femeninas de las escritoras.

Esta necesidad de sentirse aceptadas en su entorno social las lleva a publicar artículos en prensa y revistas donde escribían de acuerdo al estereotipo femenino imperante en ese momento, demostrando que realmente su vocación era la de madre y esposa, y solo escribían para distraerse en sus ratos libres, pero sin descuidar ninguna de sus obligaciones. Un caso paradigmático es el de la escritora Concepción Gimeno de Flaquer, mujer inteligente que llegó a dirigir dos periódicos y que publicó numerosos artículos en relación con la problemática de las mujeres, defendiendo la necesidad de que accediesen a la educación, pero siempre *"a lo femenino"* (Bianchi, 2019: 5), es decir, impregnadas de los valores que la sociedad española del momento esperaba de ellas.

Son muy pocas las mujeres que se atreven a presentarse con su verdadera personalidad en un entorno social en el que la figura del hombre escritor e intelectual tenía un peso específico tan significativo. Las opiniones vertidas por las mujeres estaban condenadas al fracaso y era necesario un enorme coraje para permanecer inmune a las críticas a las que las escritoras estaban expuestas.

Pero hay algunos ejemplos, realmente singulares y paradigmáticos, que deben ser resaltados como muestra de mujeres inteligentes y valientes convencidas de que su condición femenina no podía determinar el rumbo de sus vidas ni limitar sus capacidades y que, por lo tanto, su obra y su pensamiento debían ser valorados desde el punto de vista de su aportación a la sociedad y no despreciados por el hecho de haber sido escritos por una mujer.

Una de las mujeres que alzaron su voz a pesar de las circunstancias fue Emilia Pardo Bazán. Tal y como opina Isabel Burdiel, en el fondo, fue una mujer de aparentes contradicciones, liberal pero defensora del carlismo, ferviente católica pero feminista. Fue una escritora vehemente a la que no le importaba ser criticada e incluso ridiculizada y que usaba su humor sarcástico e inteligente para responder, desde la prensa, a sus detractores. Una mujer *cuya vida y obra solo se podía concebir en los tiempos que le tocó vivir* (Burdiel, 2021: 5), un momento histórico en el que los aires de una nueva época ya soplaban con fuerza, pero a los que frenaba el peso de la tradición, un momento en el que unos pocos querían avanzar, pero que otros los frenaban ante el miedo a una nueva era que no se sabía qué iba a deparar.

Emilia Pardo Bazán personifica en sí misma a otras escritoras que pudieron, pero no se atrevieron, quizá porque no era el momento adecuado o quizá porque carecían de su valentía y de su inteligencia. Nació en el seno de una familia liberal y progresista que pertenecía a ese nuevo grupo social que crecía con fuerza en las ciudades. Un colectivo culto, que aspiraba a sentirse útil en el tiempo que le tocó vivir, que creía en el avance social y económico de la sociedad y que valoraba la educación y la cultura como forma de progreso. Tras su matrimonio con José Quiroga de Deza, en 1868, apoyó activamente la causa carlista, pero pronto la decepción que le produjo y el distanciamiento de su marido hicieron que su vida iniciase nuevos caminos favorecidos por las relaciones personales con pensadores krausistas, entre los que se encontraba Francisco Giner de los Ríos. Tras separarse de su marido y siendo madre de tres hijos, inició una nueva andadura vital. Esta ruptura con su etapa anterior, impulsada por su deseo de independencia y de desarrollo personal, generó un tiempo de incertidumbre del que salió fortalecida gracias a las relaciones personales con escritores e intelectuales y a sus viajes al extranjero, principalmente a París, donde también entabló relación con los grandes del momento. Comenzó así una nueva etapa de su vida en libertad, en la que pudo desarrollar su creatividad y plasmarla en sus principales escritos, lo que determinó, junto a la obra de otros escritores contemporáneos, la renovación de la literatura española del siglo XIX.

Su extensa obra no se limita solo a las novelas. Escribió cuentos y tratados y participó activamente, a través de polémicos artículos, en la prensa en los debates más encendidos de la época. Entre ellos, la cuestión feminista, término que utilizaba habitualmente en sus artículos.

Fue la primera mujer que manifestó que quería dedicarse a ser escritora y vivir profesionalmente de ello. Para ello, se implicó personalmente en la difusión y defensa de su obra, para lo que tuvo que introducirse con gran habilidad en los principales sectores académicos e intelectuales del mo-

mento. Fue la primera catedrática de Universidad en 1916, a pesar del voto en contra del claustro, participó activamente en el Ateneo, pero no consiguió su ingreso en la Real Academia, vetada por los académicos más conservadores, aunque en este caso sus sucesivos rechazos y sus inteligentes respuestas, “La lucha vale más que el triunfo”, no hicieron decaer su ánimo. Una personalidad exuberante que siempre expuso abiertamente sus ideas y sus ambiciones, con una enorme capacidad de disfrute gozoso de los placeres de la vida, que fue *capaz de definir su propio personaje público sin temores* (Burdíel, 2021: 37).

Otro ejemplo, por el avance social que demuestran sus ideas, fue Concepción Arenal, quien, desde muy niña y a pesar de las duras circunstancias en las que se desarrolló su vida, no aceptó la educación tradicional para señoritas a la que estaba destinada. Toda su trayectoria estuvo presidida por el deseo de aprender, adquirió una sólida formación de forma autodidacta e, incluso, asistió a clases en la Facultad de Derecho disfrazada de hombre, puesto que su condición de mujer le impedía cursar estudios superiores. Su matrimonio con Fernando García Carrasco, de ideas liberales y avanzado para su tiempo, facilitó que se pudiera dedicar a la escritura y participar en tertulias literarias. Defendió de manera decidida la igualdad entre las personas y amparó a los más desfavorecidos, desde un sentido de la compasión cristiana cargado de humanidad y de defensa de la dignidad del ser humano. Sus obras, escritas con un lenguaje apasionado e inteligente, son una muestra valiente de sus ideas que se plasmaron, además, en diversas colaboraciones en obras sociales. Fundó un periódico, *la Voz de la Caridad*, desde el que denunció valientemente la situación en la que se encontraban las cárceles y los hospicios, contribuyendo a crear un estado de opinión social que propició las reformas que se llevaron posteriormente a cabo. Fue defensora activa de la capacidad intelectual de las mujeres y de su derecho a la educación en igualdad con los hombres, para poder desarrollar libremente una profesión al margen de su labor como madre y esposa.

Concepción Arenal es un claro ejemplo de mujer capaz de rebelarse contra el destino que su condición social le deparaba. Su enorme capacidad intelectual, su coraje y su gran capacidad de trabajo, le permitió trascender la literatura a la que se dedicó en un primer momento de su carrera, para dedicarse al pensamiento filosófico y moral, a la defensa de unas ideas necesarias para transitar hacia una sociedad mejor, más igualitaria y más justa. En ese momento, en el que la mujer no se atrevía ni tan siquiera a escribir novelas románticas con su propio nombre, el hecho de que Concepción Arenal escribiera sobre asuntos que ni siquiera estaban en el debate social y que significaban la puesta en entredicho de ideas establecidas, muestra su coraje. Desde el convencimiento de la igualdad entre hombres y mujeres y que desde la educación y el conocimiento se puede hacer avanzar a las sociedades, junto a su compasión hacia el sufrimiento de los seres humanos, Concepción Arenal fue capaz de escribir en el siglo XIX los más bellos textos morales y éticos del momento. Plagados de ideas muy avanzadas, reclama que *“toda la población tenga cobertura sanitaria, que las instituciones de beneficencia se rijan por las leyes de la eficacia y la transparencia en la gestión de los recursos, que el Estado promueva la obra pública en relación con asilos, hospitales, escuelas y cárceles”* (Caballé, 2020: 47). Una defensa inédita para el momento, en relación con el bienestar, la igualdad y la justicia que abrió un camino hacia una sociedad mejor.

Emilia Pardo Bazán y Concepción Arenal son dos ejemplos sobresalientes de escritoras que en el siglo XIX fueron capaces de dar un paso adelante. Se dedicaron a la escritura en una nueva sociedad en la que se regularizó la educación, descendió el analfabetismo, el mundo del libro

experimentó un impulso definitivo y se abrieron bibliotecas y librerías que permitieron a las mujeres acceder a la lectura. De esas lecturas aprendieron y quisieron dedicarse a escribir. Todas no tuvieron las mismas ideas ni la misma valentía, pero los escritos que nos han dejado Emilia Pardo Bazán y Concepción Arenal son muestra de su compromiso con la sociedad de su tiempo y del convencimiento de su capacidad en igualdad con los hombres. Pero hubo también otras muchas escritoras que, desde otra posición no tan de primera línea, fueron capaces de dar un paso adelante y publicar sus obras, aunque fuese desde la ocultación de su identidad. Todo esto fue posible gracias al nuevo aire renovador que impregnó el siglo XIX, un siglo convulso políticamente hablando, pero en el que se fue desintegrando el orden establecido y la sociedad se vio abocada hacia un nuevo contexto que se regía por nuevos valores. Estos valores son los que han ido construyendo la sociedad actual, aunque en sucesivas ocasiones el avance se ha visto interrumpido por hechos históricos que han significado un claro retroceso. Una sociedad tolerante, libre y democrática, basada en el derecho a la educación, en la defensa de la igualdad entre hombres y mujeres, en el valor del conocimiento y en la mejora de los servicios públicos, especialmente para los más desfavorecidos. Una sociedad mejor, que va avanzando gracias a la permanencia de la capacidad de creación y de pensamiento de otras personas que nos han dejado sus escritos, que hemos leído y de los que hemos podido aprender. Las mujeres escritoras del siglo XIX, pese a las dificultades a las que tuvieron que enfrentarse, contribuyeron a ampliar una mirada exclusivamente masculina basada en la concepción de un mundo que, en ese momento, se estaba resquebrajando y nos han dejado textos que todavía hoy siguen siendo vigentes en algunas cuestiones. Por eso no hay que olvidarlas y justo es reconocer su valentía.

Bibliografía

BALLARÍN DOMINGO, Pilar (1989). La educación de la mujer española en el siglo XIX. *Historia de la educación en España*, 8. Recuperado de: <https://revistas.usal.es/tres/index.php/O212-0267/article/view/6837>.

BIANCHI, Marina (2019). *Los artículos a lo femenino de María de la Concepción Gimeno de Flaquer*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Recuperado de https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/los-articulos-a-lo-femenino-de-maria-de-la-concepcion-gimeno-de-flaquer-971291/html/1e1e88ef-25cc-4414-89a4-a00359217e68_9.html#l_0.

BURDIEL, Isabel (2021). *Emilia Pardo Bazán. El reto de la modernidad*. Madrid: Comunidad de Madrid, pp. 23-45.

CABALLÉ MASFORROLL, Anna (2020). Una mujer no tan oscura: dos cartas inéditas. En: *Concepción Arenal la pasión humanista*. Madrid, Biblioteca Nacional, Acción Cultural Española, pp. 29-51.

CABALLÉ MASFORROLL, Anna (2017). Las escritoras románticas, de la rebeldía a la tristeza. Recuperado de <https://www.march.es/es/madrid/conferencia/mujer-romanticismo-breve-historia-rebelion-escriptoras-romanticas-rebeldia>.

CORREA RAMÓN, Amelina (2006). El siglo de las lectoras. En María del Pilar Celma Valero, Carmen Morán Rodríguez (eds.), *Con voz propia. La mujer en la literatura española de los siglos XIX y XX*, [Burgos]: Fundación Instituto Castellano y Leonés de la Lengua, pp. 29-39. Recuperado de <https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-siglo-de-las-lectoras--0/>.

MARTÍNEZ MARTÍN, Jesús (2001). La circulación de libros y la socialización de la lectura. Nuevos públicos y nuevas prácticas. En: *Historia de la edición en España 1836-1936*. Madrid: Marcial Pons, pp. 455-472.

MARTÍNEZ RUS, Ana (2001). Las bibliotecas y la lectura. De la biblioteca popular a la biblioteca pública. En *Historia de la edición en España 1836-1936*. Madrid: Marcial Pons, pp. 431-454.

PARDO BAZÁN, Emilia (1902). La biblioteca de una señora. *Heraldo de Madrid*, 27 de febrero de 1902.

SERVEN, Carmen (2021). Emilia Pardo Bazán y otras escritoras frente a la lectura femenina. En *Et amicitia et magisterio: Estudios en honor de José Manuel González Herrán*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, pp. 694-708. Recuperado de: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/emilia-pardo-bazan-y-otras-escriptoras-frente-a-la-lectura-femenina-1055436/>.

SIMÓN PALMER, Carmen (1983). Escritoras españolas del siglo XIX o el miedo a la marginación. *Anales de Literatura Española*, nº 2, 1983, págs. 477-490. Recuperado de <https://www.cervantesvirtual.com/obra/escriptoras-espaolas-del-siglo-xix-o-el-miedo-a-la-marginacin-0/>.

SIMÓN PALMER, Carmen (1986). La mujer y la literatura en la España del siglo XIX. En *Actas del VIII Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas*, Madrid: Istmo, pp. 591-596. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=871176>.

SIMÓN PALMER, Carmen (1989). La ocultación de la propia personalidad en las escritoras del siglo XIX. En *Actas del IX Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas*, Berlin-Frankfurt: Vervuert, vol. 2, pp. 91-100. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=594250>.

SIMÓN PALMER, Carmen (2003). La mujer lectora. En Víctor Infantes, François López, Jean François Botrel (dirs.), *Historia de la edición y de la lectura en España 1475-1914*. Madrid: Fundación Germán Sánchez Ruipérez, pp. 745-752.



Artículos

Artículos

LA DAC-6 Y SU VALIDEZ BAJO EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Gloria Marín Benítez

Socia responsable de DAC-6 de Uría Menéndez (Madrid)

La DAC-6 y su validez bajo el derecho de la Unión Europea

La Directiva 2018/822/UE, más conocida como DAC-6, estableció normas de revelación obligatoria de estructuras de planificación fiscal que pudieran constituir, en algunos casos, una planificación fiscal agresiva. La validez de las disposiciones de esta Directiva, como norma de derecho secundario de la Unión que es, debe ser enjuiciada a la luz de los Tratados y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En su reciente sentencia de 8 de diciembre de 2022 (asunto 694-20), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha declarado la invalidez de la obligación que se imponía a los abogados dispensados por secreto profesional de comunicar a la Administración tributaria, de notificar a otros intermediarios que no fueran su cliente la existencia de la obligación de comunicación. Sin perjuicio de las consecuencias directas que este pronunciamiento puede tener en la normativa española, este pronunciamiento no resuelve todas las dudas de validez que plantea esta Directiva y de las que este trabajo pretende ofrecer una primera aproximación.

PALABRAS CLAVE:

DAC-6, SECRETO PROFESIONAL, OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES.

Validity of DAC-6 as secondary law of the European Union

Council Directive (EU) 2018/822, also known as DAC-6, established rules for mandatory disclosure of tax planning structures that, in some cases, may be considered aggressive tax planning. The validity of the provisions of this Directive as secondary law of the EU, must be analysed in the light of the treaties and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The recent judgment of the Court of Justice of the European Union of 8 December 2022 (case 694-20) declared the invalidity of the obligation imposed on lawyers exempt by professional secrecy from notifying intermediaries other than their client of the need to report. Leaving aside the direct consequences that this may have in Spanish legislation, this judgment does not resolve all the uncertainties relating to validity raised by this Directive. The purpose of this article is to shed some light on them.

KEYWORDS:

DAC-6, PROFESSIONAL PRIVILEGE, REPORTING OBLIGATIONS, FUNDAMENTAL RIGHTS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023

Marín Benítez, Gloria (2023). La DAC-6 y su validez bajo el derecho de la Unión Europea. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 23-36 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La conocida como “DAC-6” (Directiva 2018/822/UE¹), por ser la sexta directiva en materia de intercambio de información y modificar así, por quinta vez, la conocida por sus siglas en inglés como “DAC” (Directiva 2011/16/UE²), obligó a informar a las administraciones tributarias de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea sobre asuntos que pudieran ser indicativos de una planificación fiscal potencialmente agresiva a los efectos de un posterior intercambio estatal de la información recibida. Estas obligaciones de información quedaron incorporadas al ordenamiento español con la Ley 10/2020³ y su desarrollo reglamentario: el Real Decreto 243/2021, de 6 de abril, que modificó el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y la Orden Ministerial HAC/342/2021, de 12 de abril, que aprobó los modelos de declaración informativa a la AEAT.

Los preceptos de la DAC-6 han suscitado dudas sobre su validez que han dado lugar, hasta la fecha, a tres procedimientos de petición prejudicial elevados al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El primero se inició el 21 de diciembre de 2020 a instancias del *Grondwettelijk Hof* (Tribunal Constitucional) belga y dio lugar al asunto C-694/20. Versa sobre la compatibilidad del apartado 5 del nuevo artículo 8 bis ter de la DAC con los derechos a la vida privada (arts. 7 CDFUE y 8 CEDH) y a un proceso equitativo (arts. 47 CDFUE y 6 CEDH) en la medida en que impone a los abogados sujetos a secreto profesional la obligación de comunicar a otros intermediarios, que no son sus clientes, la existencia de obligación de comunicar y su dispensa.

El segundo se inició el 28 de junio de 2021 a instancias del *Conseil d'État* (Consejo de Estado) francés y dio lugar al asunto C-398/21. Versa también sobre la compatibilidad del apartado 5 del nuevo artículo 8 bis ter de la DAC con los derechos a la vida privada (arts. 7 CDFUE y 8 CEDH) y a un proceso equitativo (arts. 47 CDFUE y 6 CEDH), por no excluir a los abogados de las obligaciones de comunicación.

1 Directiva (UE) 2018/822, del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.

2 Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE.

3 Ley 10/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2018/822.

El tercero se inició el 29 de septiembre de 2022, de nuevo por el *Grondwettelijk Hof* belga, y ha dado lugar al asunto C-623/22. Las cuestiones planteadas en este procedimiento tienen alcance más general. Se plantea así la compatibilidad de la DAC-6:

- i. con el artículo 6, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y con los principios de igualdad y de no discriminación garantizados por los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“CDFUE”, o “la Carta”), en la medida en que las obligaciones de información se extienden a todos los impuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de la DAC y no solo al Impuesto sobre Sociedades;
- ii. con el principio de legalidad en materia penal (artículos 49. 1 de la CDFUE y 7.1 del CEDH), el principio general de seguridad jurídica, y el derecho al respeto de la vida privada (artículos 7 de la CDFUE y 8 del CEDH), en la medida en que muchos conceptos que integran el presupuesto de hecho de la obligación de comunicación —*mecanismo* (y, por tanto, *mecanismo transfronterizo, comercializable, o de aduanas*), *intermediario, participante, empresa asociada, transfronterizo, varias señas distintivas* y el *criterio del beneficio principal*—, así como el momento de devengo que constituye el *dies a quo* del plazo de comunicación, pueden no ser lo suficientemente claros y precisos; y,
- iii. con el derecho a la intimidad (arts. 7 CDFUE y 8 CEDH), en la medida en que la obligación que se impone a los intermediarios no está razonadamente justificada ni es proporcionada a los objetivos de la medida, ni es necesaria para un funcionamiento adecuado del mercado interior.

En España, hay dos recursos presentados ante el Tribunal Supremo contra la normativa reglamentaria de desarrollo de la Ley 10/2020. El primero (recurso n.º 153/2021) fue interpuesto por la Asociación Española de Asesores Fiscales. El segundo (recurso n.º 170/2021), por el Consejo General de la Abogacía Española. La tramitación de ambos se ha suspendido a la espera de lo que dijera el Tribunal de Justicia en las cuestiones prejudiciales que se le han elevado.

El propósito de este trabajo es revisar por qué cabe cuestionar la validez de la Directiva y en qué aspectos.

2. Breves apuntes sobre la DAC-6

La DAC-6 tiene su origen en el informe final de la acción 12 —*Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva*— del Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (conocido como “BEPS”, por sus siglas en inglés)⁴.

4 OCDE (2016), *Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva, Acción 12 - Informe final 2015*, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, Paris. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267367-es>.

La revelación obligatoria de esquemas de planificación fiscal potencialmente agresiva tiene por objeto, según este informe, *“proporcionar información temprana a la administración tributaria”* con la triple finalidad de “[mejorar] la efectividad de las autoridades fiscales en sus actividades de cumplimiento”, permitir a las administraciones tributarias *“responder con prontitud a los cambios en el comportamiento del contribuyente por medio de cambios en las leyes, reglamentos o políticas operativas”*, y *“reducir la promoción y el uso de la elusión fiscal”*.

La delimitación subjetiva, objetiva y temporal de esa obligación de revelación se articula en la DAC-6 de la forma que a continuación se expone.

2.1. Delimitación subjetiva

Los obligados a comunicar son, en primera instancia, los denominados *intermediarios fiscales*. Dentro de este concepto, la DAC-6 distingue entre el intermediario primario o principal y el secundario. El *primario o principal* incluye a quien diseñe, comercialice, organice, ponga a disposición o gestione la ejecución de una operación o acuerdo que reúna los requisitos para ser objeto de comunicación. En la terminología del informe final de la acción 12 de BEPS, sería el promotor del mecanismo. El llamado *intermediario fiscal secundario* incluye a toda persona o entidad que, *“teniendo en cuenta los hechos y circunstancias pertinentes y sobre la base de la información disponible así como de la experiencia y los conocimientos en la materia que son necesarios para prestar tales servicios, sabe o cabe razonablemente suponer que sabe, que se ha comprometido a prestar, directamente o por medio de otras personas ayuda, asistencia o asesoramiento”* en el tipo de operaciones o acuerdos sujetos a comunicación.

Cuando no existe intermediario fiscal, se obliga a comunicar al contribuyente. La DAC-6 también obliga a trasladar la obligación de información a otros intermediarios o, en su defecto, al obligado tributario, cuando el intermediario tiene una dispensa por secreto profesional.

2.2. Delimitación objetiva

Los asuntos que quedan sujetos a comunicación se identifican por la concurrencia de tres elementos configuradores: han de ser un “mecanismo”, tener un alcance “transfronterizo” y presentar una serie de circunstancias —“señas distintivas”— que determinan su sujeción a declaración, pero que no son necesariamente indicativas de una planificación fiscal agresiva, ni mucho menos de su ilicitud o contrariedad a derecho.

La DAC-6 define *mecanismo transfronterizo* como aquel *“mecanismo que afecte a más de un Estado miembro o a un Estado miembro y un tercer país”*, siempre que, además, presente alguna de las condiciones enumeradas en la norma (relativas a la residencia o la realización de actividades por parte de los participantes en el mecanismo en distintas jurisdicciones, entre otras).

Las veinte señas distintivas mencionadas en el anexo de la DAC-6 se agrupan en cinco grandes categorías, de la A a la E, y algunas de ellas —todas las de las categorías A y la B, más algunas de la C— se encuentran ligadas a lo que se llama el *“criterio del beneficio principal”*, que solo se entenderá cumplido *“cuando se pueda determinar que el beneficio principal o uno de los beneficios*

principales que una persona puede esperar razonablemente de un determinado mecanismo, teniendo en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, es la obtención de un beneficio fiscal". Existe una enorme incertidumbre en cuanto a la significación y efectos de este criterio, pues su formulación lingüística recuerda mucho a la de la cláusula antiabuso contenida en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (generalmente conocida como ATAD, por sus siglas en inglés). Así, según se desprende del apartado 2 de esta cláusula, el concepto de abuso vendría integrado por la utilización de *"todo mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad del derecho fiscal aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes"*, y en su apartado 3 se aclara que *"un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica"*.

El caso es que algunas señas distintivas pueden resultar *a priori* fácilmente identificables por cualquier asesor, aunque no sea fiscalista ni tenga conocimientos fiscales especializados, mientras que otras requieren un elevado conocimiento y alta especialización fiscal. Por otro lado, no todas las señas son reveladoras por sí mismas de una actuación planificada para la obtención de una ventaja fiscal, sino que hay algunas que, en cuanto reflejan el resultado o efecto de una falta de consistencia o coherencia del ordenamiento tributario, pueden producirse aun sin actuación planificada alguna encaminada a su obtención —*v. gr.*, la seña C1.c) —*"mecanismo que implica la deducibilidad de los pagos transfronterizos efectuados entre dos o varias empresas asociadas cuando el pago se beneficia de una exención total del impuesto en la jurisdicción en que el destinatario reside a efectos fiscales"*—.

De todo lo anterior se desprende que la concurrencia de las señas distintivas no determina necesariamente que se esté ante una planificación fiscal agresiva y, mucho menos, ante una planificación ilícita.

2.3. Delimitación temporal

El plazo para presentar la comunicación a la Administración tributaria por los intermediarios es de treinta días desde el nacimiento de la obligación de comunicación; si están dispensados de comunicación por secreto profesional, el plazo para comunicar la obligación a otros intermediarios o al obligado tributario se reduce a cinco días.

El nacimiento de la obligación de comunicación es distinto para unos y otros. Para los promotores del mecanismo (intermediarios principales), el nacimiento se produce en la primera de las siguientes fechas: la *puesta a disposición* del mecanismo (que cabría interpretar como el momento en que el obligado tributario acepta del intermediario la contratación del mecanismo del que es promotor), el momento de su *ejecutabilidad* (que cabría interpretar como el momento en que el mecanismo promovido recibe los ajustes que permiten su aplicación por un concreto obligado tributario) o la *realización de la primera fase de ejecución* (entendida como el momento en que el mecanismo despliega en la práctica algún efecto jurídico o económico). La dificultad de aplicar estos conceptos a las operaciones que normalmente requieren servicios de asesoramiento jurídico es evidente.

Para los contribuyentes, resultan aplicables en general (según la Directiva) las mismas reglas de devengo que a los intermediarios fiscales principales. No obstante, cuando el contribuyente quede obligado porque el intermediario que interviene está sujeto al secreto profesional, el nacimiento se sitúa cuando recibe la correspondiente comunicación de ese intermediario.

En cuanto a los asesores o asistentes (intermediarios secundarios), el nacimiento se produce cuando *“prestan el asesoramiento o asistencia”*, sin que existan reglas específicas sobre el devengo cuando se trata de prestación de servicios de tracto continuado, que se prolongan a lo largo del tiempo.

3. Las dudas de validez de la DAC-6

La DAC-6 es una norma de derecho secundario de la Unión y, consecuentemente, está condicionada en su validez y en su transposición al ordenamiento jurídico interno de los diferentes Estados miembros por las exigencias que derivan del derecho primario: el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, también, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —pues según el artículo 6.1 del TUE, apartado 1, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta, *“la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”*.

En cuanto a los límites derivados del Tratado de la Unión Europea, el apartado 1 del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea recuerda que *“el ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”* y el apartado 4 del mismo precepto, en relación con este último principio, exige que *“el contenido y la forma de la acción de la Unión no [excedan] de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”*. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este principio de proporcionalidad se ha de evaluar poniendo en relación los objetivos perseguidos con los medios empleados, de forma que, una vez establecidos los objetivos que una medida pretende conseguir, se valora, en primer lugar, si esos medios son objetivamente apropiados para alcanzar esos objetivos (en un juicio conocido como *“test de adecuación”*) y, en segundo lugar, si los medios son estrictamente indispensables (en un juicio conocido como *“test de idoneidad”*).

Entre los límites derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se encuentra el necesario respeto a las libertades fundamentales reconocidas en este —establecimiento y circulación de capitales, servicios, personas y mercancías—. Según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si una norma establece una restricción a las libertades fundamentales, en la medida en la que pueda llegar a disuadir o hacer más difícil su ejercicio, su compatibilidad con el derecho de la Unión pasa por que pueda estar justificada en razones imperiosas de interés general, lo que exige también un análisis de proporcionalidad: tanto que la restricción sea necesaria y adecuada para conseguir ese objetivo de interés general como que resulte también proporcionada en sentido estricto, sin ir más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo.

Por último, entre los límites derivados de la Carta (con igual valor que los otros dos Tratados), se encuentran todos y cada uno de los derechos individuales en ella reconocidos interpretados (art. 53 de la Carta) a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los derechos equivalentes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“CEDH” o “el Convenio”). La injerencia en estos derechos, según el artículo 52.1 de la Carta, solo es admisible cuando viene establecida por la ley, respeta el contenido esencial de esos derechos y libertades, y esa injerencia, siendo necesaria y respondiendo efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás, respeta, de nuevo, el principio de proporcionalidad.

Pues bien, el contraste de las disposiciones de la DAC-6 a la luz de esos principios ha planteado y puede plantear dudas legítimas sobre la validez de muchas de sus disposiciones.

Señalamos algunas de las que se han suscitado.

3.1. Validez del artículo 8 bis ter, apdo. 5 de la DAC a la luz de los derechos fundamentales a la privacidad (arts. 8 CEDH y 7 CDFUE) y a un proceso equitativo (arts. 6 CEDH y 47 CDFUE). Reflexiones sobre el secreto profesional de la abogacía

El artículo 8 bis ter 5 de la Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que, *cuando los intermediarios queden amparados por el deber de secreto profesional, se les exija “que notifiquen sin demora sus obligaciones de comunicación de información (...) a cualquier otro intermediario, o cuando no exista tal intermediario, al contribuyente interesado”*. La validez de este precepto ha sido ya enjuiciada y denegada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2022, asunto C-694/20.

En el asunto C-694/20, el *Grondwettelijk Hof* (Tribunal Constitucional) belga planteó al Tribunal de Justicia la compatibilidad del nuevo artículo 8 bis ter de la Directiva 2011/16 con los derechos a la vida privada o intimidad (arts. 7 CDFUE y 8 CEDH) y a un proceso equitativo (arts. 47 CDFUE y 6 CEDH). Similar cuestión se plantea en el asunto C-398/21 elevado por el Conseil d’État francés.

La sentencia de 8 de diciembre de 2022 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara la invalidez de este precepto por considerarlo contrario al derecho a la intimidad. La sentencia descarta la infracción invocada del derecho a un proceso equitativo (arts. 47 CDFUE y 6 CEDH) en la medida en que no hay vínculo entre las obligaciones de comunicación que impone la DAC-6 y un eventual procedimiento. Recuerda, no obstante, que el artículo 7 de la Carta, que encuentra su equivalente en el artículo 8 del Convenio, protege la confidencialidad de toda la correspondencia entre particulares y ofrece una protección reforzada en el caso de los intercambios entre abogados y sus clientes. También recuerda que el secreto profesional cubre igualmente el asesoramiento jurídico, tanto en lo que respecta a su contenido como a su existencia misma. Eso —que en nuestro ordenamiento jurídico viene reconocido por el artículo 542 de la LOPJ— constituye según la sentencia un *nivel mínimo de protección* del derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes reconocido en el artículo 7 de la CDFUE interpretado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 8.1 del CEDH. La

sentencia recuerda así (apdo. 27) que *"de la jurisprudencia del TEDH resulta que el artículo 8, apartado 1, del CEDH protege la confidencialidad de toda la correspondencia entre particulares y ofrece una protección reforzada en el caso de los intercambios entre abogados y sus clientes (véase, en este sentido, TEDH, sentencia de 6 de diciembre de 2012, Michaud c. Francia, §§ 117 y 118)"*; que la protección que dispensa este precepto *"abarca no solo la actividad de defensa, sino también el asesoramiento jurídico"*; que, de forma equivalente, *"el artículo 7 de la Carta garantiza necesariamente el secreto de ese asesoramiento, tanto en lo que respecta a su contenido como a su existencia"*; y que *"como ha señalado el TEDH, quienes consultan a un abogado pueden esperar razonablemente que sus comunicaciones permanezcan privadas y confidenciales [TEDH, sentencia de 9 de abril de 2019, Altay c. Turquía (N.º 2), § 49]"*. También recuerda (apdo. 28) que *"la protección específica que el artículo 7 de la Carta y el artículo 8, apartado 1, del CEDH conceden al secreto profesional de los abogados, que se traduce ante todo en obligaciones a cargo de estos, se justifica por el hecho de que se les encomienda un cometido fundamental en una sociedad democrática, a saber, la defensa de los justiciables (TEDH, sentencia de 6 de diciembre de 2012, Michaud c. Francia, §§ 118 y 119)"*; y que *"esta misión fundamental implica, por una parte, la exigencia, cuya importancia se reconoce en todos los Estados miembros, de que todo justiciable debe poder dirigirse con entera libertad a su abogado, profesión a la que es propia la función de asesorar jurídicamente, con independencia, a todos aquellos que lo soliciten y, por otra parte, la exigencia, correlativa, de lealtad del abogado hacia su cliente (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de mayo de 1982, AM & S Europe/Comisión, 155/79, EU:C:1982:157, apartado 18)"*.

Una vez que ha concluido que la obligación de notificación impuesta por el precepto controvertido supone una injerencia en el derecho al respeto de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes garantizado por el artículo 7 de la Carta, el Tribunal se embarca en el análisis de si esa injerencia responde a objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea y de si se cumplen las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad para admitir esa restricción del derecho fundamental. Esto último exige un juicio comparativo entre los objetivos de una determinada medida y los medios empleados para alcanzarla desde una triple perspectiva: (i) la de si los medios son objetivamente apropiados para alcanzar esos objetivos (juicio de adecuación o idoneidad); (ii) la de si los medios son estrictamente indispensables, si no hay alternativas menos gravosas para satisfacer esos mismos objetivos (juicio de necesidad o de indispensabilidad); y, finalmente, (iii) la de si existe un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se generan (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), que debe valorarse comparando y relacionando la gravedad de la injerencia que conlleva la limitación del derecho y la importancia del objetivo de interés general perseguido que la justifica.

Pues bien, en cuanto a la existencia de un interés general en la medida controvertida, el Tribunal de Justicia lo encuentra con facilidad en el objetivo de contribuir a la prevención del riesgo de elusión y evasión fiscales que persigue la Directiva. Ahora bien, en cuanto a las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia concluye que la obligación de notificación que incumbe al abogado sujeto a secreto profesional no es *necesaria* para alcanzar ese objetivo, en la medida en que esa obligación se impone asimismo a todos los intermediarios y también al propio contribuyente, y estas otras obligaciones que se imponen frente a terceros no cubiertos por el secreto profesional permiten garantizar suficientemente el objetivo pretendido de que la Administración tributaria sea informada.

La sentencia también concluye (apdos. 51 a 58) que tampoco es necesaria la divulgación a la Administración tributaria de la identidad del abogado que actúa como intermediario y de su consulta, puesto que *"el objetivo de las obligaciones de comunicación de información y de notificación, establecidas en el artículo 8 bis ter de esta Directiva, no es controlar que los abogados intermediarios actúen dentro de esos límites [los de su profesión], sino luchar contra las prácticas fiscales potencialmente agresivas y prevenir el riesgo de elusión y evasión fiscales"*.

A nuestro juicio, este pronunciamiento tiene importantes consecuencias en cuanto a la regulación que la Ley 10/2020 hizo del secreto profesional.

En este sentido, aunque la sentencia toma como punto de partida que los intermediarios solo pueden acogerse a la dispensa por secreto profesional en la medida en que actúen dentro de los límites *de la correspondiente normativa nacional por la que se defina su profesión* (apdo. 24) y que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si se actúa o no dentro de esos límites (apdo. 24), también deja claro que, cuando el intermediario es un abogado, el alcance de su secreto profesional incluye el asesoramiento jurídico y que la extensión del secreto profesional a ese asesoramiento constituye según la sentencia un *nivel mínimo de protección* del derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes reconocido en el artículo 7 de la Carta interpretada a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 8.1 del Convenio.

Teniendo en cuenta lo anterior, entendemos que la restricción que en el alcance del secreto profesional introduce la normativa española de trasposición de la DAC-6 para limitarla al asesoramiento, *"con el único objeto de evaluar la adecuación de dicho mecanismo a la normativa aplicable y sin procurar ni facilitar la implantación del mismo"*, no encuentra amparo en la Directiva cuando los intermediarios fiscales son abogados.

De hecho, habida cuenta de que la proporcionalidad de la injerencia en el derecho de privacidad se rechaza porque se entiende (apdo. 46) que no puede considerarse estrictamente necesaria para alcanzar los objetivos pretendidos por la Directiva ni, en particular, para garantizar que la información relativa a los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información se transmita a las autoridades competentes cuando la obligación se impone en la Directiva a *todos* los intermediarios, sujetos a secreto profesional o no (apdo. 47), cabría plantear si cabe extrapolar el razonamiento de la sentencia a todo intermediario secundario que esté sujeto a una obligación de secreto profesional, aunque no sea abogado.

3.2. Validez de la extensión subjetiva de las obligaciones de comunicación a los intermediarios secundarios a la luz del principio de proporcionalidad en el que debe enmarcarse la actuación de la Unión (art. 5.4 TUE)

La Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-694/20 abordó el análisis del principio de proporcionalidad en el marco de los requisitos que debería cumplir la injerencia en el derecho fundamental a la vida privada para que, en aplicación del artículo 52.1 de la Carta, pueda considerarse una limitación válida.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la Directiva también impone la obligación de comunicar al propio contribuyente interesado cuando no ha recibido prueba de que la comunicación se hizo por el intermediario, cabe plantear si la propia extensión subjetiva de la obligación de comunicación a los intermediarios secundarios no resulta en sí misma contraria al principio de proporcionalidad, entendido no ya como criterio para enjuiciar la validez de medidas que injieren en los derechos y libertades que a los ciudadanos reconocen la Carta o el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sino como requisito de validez del derecho secundario europeo según lo previsto en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el control del principio de proporcionalidad como requisito de validez de los actos de la Unión ha de verificarse poniendo en relación los objetivos que persigue el acto de la Unión en cuestión con los medios empleados. De esta forma, una vez establecidos los objetivos que una medida pretende conseguir, el principio enjuicia, en primer lugar, si esos medios son objetivamente apropiados para alcanzar esos objetivos (test de adecuación) y, en segundo lugar, si los medios son estrictamente indispensables (test de idoneidad). Así, entre otras, en las SSTJUE *Garage Molenheide*, asuntos acumulados C-286/94, C-340/95, C-401/95 y C-47/96, EU:C:1997:623, apdos. 46 a 49; *Schröder* 40/72, EU:C:1973:14, apdo. 14; *Schröder*, 257/87, EU:C:1989:303, apdo. 22; y *Crispolponi* (C-133/93, C-300/93 y C-362/93, EU:C:1994:364).

Pues bien, proyectando estos juicios de adecuación e idoneidad sobre la medida controvertida —extensión subjetiva de las obligaciones de comunicación bajo DAC-6 a los intermediarios secundarios— en relación con el objetivo pretendido —la lucha contra la erosión fiscal—, de la sentencia se infiere claramente que aquella no es siquiera *necesaria*, puesto que la obligación se impone también sobre los intermediarios principales y sobre el propio obligado tributario. Sin entrar a valorar la adecuación de la medida —que también puede plantear dudas cuando la obligación de comunicación puede potencialmente afectar a asesores que no tienen conocimientos fiscales especializados o que no tienen un conocimiento global de la operación—, el razonamiento que hace la sentencia para concluir en la innecesariedad de la obligación impuesta por el artículo 8 bis ter 5 de la Directiva a los abogados amparados por secreto profesional es perfectamente extrapolable a la extensión subjetiva de la obligación de comunicación a otros intermediarios fiscales secundarios. La innecesariedad de esa extensión subjetiva, que no encuentra explicación ni justificación en el proceso de elaboración de la DAC-6, ni amparo en el informe final de la Acción 12 de BEPS, resulta a nuestro juicio clara tras la sentencia.

3.3. Validez del artículo 8 bis ter, apdo. 3 (normas de atribución de competencia) a la luz de la libertad de establecimiento (art. 49 del TFUE)

El artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe en su apartado primero las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, extendiendo dicha prohibición a las restricciones relativas a la apertura de agencias o sucursales oficiales. En su apartado segundo, este precepto aclara que la libertad de establecimiento comprenderá *"el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales"*. A estos efectos, las sociedades constituidas de conformidad

con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión son equiparadas, en virtud del artículo 54 del Tratado, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Pues bien, según el artículo 8 bis ter, apartado 3 de la DAC-6, *"cuando el intermediario sea responsable de presentar la información sobre mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información a las autoridades competentes de más de un Estado miembro, dicha información se presentará únicamente en el Estado miembro que figure el primero de la lista expuesta continuación: a) el Estado miembro en el que el intermediario sea residente fiscal; b) el Estado miembro en que el intermediario tenga un establecimiento permanente a través del cual se faciliten los servicios en relación con el mecanismo; c) el Estado miembro en el que el intermediario esté constituido o por cuya legislación se rija; d) el Estado miembro en el que el intermediario esté registrado en una asociación profesional relacionada con servicios jurídicos, fiscales o de asesoría"*.

La prioridad que este precepto otorga al Estado de residencia del intermediario puede suponer una restricción a la libertad de establecimiento cuando la normativa de transposición de la DAC-6 es más estricta en el Estado en el que el intermediario es residente que en el Estado de establecimiento, en el que ejerce su actividad. De hecho, este orden de prioridad impide que el intermediario pueda ejercitar su actividad en el Estado de establecimiento *"en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales"*, como exige el artículo 49 del TFUE, si en el Estado de residencia se establecen mayores restricciones al secreto profesional, por ejemplo, que en el Estado de establecimiento. Esta situación puede hacer que los intermediarios se encuentren menos inclinados a establecerse en otro Estado miembro para desarrollar su actividad de otra forma que no sea con la constitución de una filial, pues esta sería la única forma de garantizar que, a efectos de las obligaciones previstas en la DAC-6, se pueda prestar servicios a los clientes de ese otro Estado miembro de acogida en las mismas condiciones que los asesores o abogados residentes en ese otro Estado.

El orden de prioridad establecido en la DAC-6 constituye, por tanto, una medida que, aunque aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad, puede hacer menos atractivo el ejercicio por nacionales de la Unión Europea de la libertad de establecimiento garantizada por el TFUE y, por ello, según jurisprudencia consolidada, ha de ser calificada como una restricción en el sentido del artículo 49 del TFUE (v., entre otros, C-299/02 Comisión c. Holanda, apdo., y C-140/03 Comisión c. Grecia, apdo. 27), sobre todo si tenemos en cuenta que las restricciones a la libertad de establecimiento están prohibidas incluso si su ámbito de aplicación es reducido o su trascendencia menor (270/83 Comisión c. Francia, apdo. 21; C-34/98, Comisión c. Francia, apdo. 49; y C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, apdo. 43).

Ha de hacerse notar que la erosión de las bases imponibles de los Estados miembros no constituye, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una razón imperiosa de interés general que justifique una restricción a las libertades fundamentales reconocidas por el TFUE. Pero incluso si admitiéramos que, *a priori*, los objetivos perseguidos por la DAC-6 sí admiten esa restricción, sería preciso en todo caso que esas medidas cumplieran el principio de proporcionalidad, de forma que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar su propósito. En este sentido, es criterio asentado del Tribunal de Justicia que *"si bien es legítimo que las medidas adoptadas por los Estados miembros pretendan preservar con la mayor eficacia posible los derechos de la Hacienda Pública, no*

deben ir más allá de lo que es necesario para dicho fin" (SSTJUE de 18 de diciembre de 1997, ap. 47; 11 de mayo de 2006, ap. 30; 27 de septiembre de 2007, ap. 53; 11 de junio de 2009, ap. 60; 7 de diciembre de 2010, ap. 45 o 26 de marzo de 2015, ap. 48) y que para que una medida restrictiva esté justificada *"debe respetar el principio de proporcionalidad, en el sentido de que debe ser idónea para garantizar la realización del objetivo que persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzarlo"* (STJUE de 4 de marzo de 2004, ap. 28).

Estas exigencias del principio de proporcionalidad no se cumplen en la normas de atribución de competencia de la DAC-6, pues un orden diferente al establecido en el apartado 3 del artículo 8 bis ter de la DAC permitiría conseguir el mismo objetivo sin ocasionar una interferencia *de facto* en la decisión de un intermediario de cómo se establece en otro Estado miembro para prestar servicios.

Esta cuestión, que no parece haberse elevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en ninguno de los procedimientos que han llegado a él, sí se ha planteado a nuestro Tribunal Supremo en los recursos contra la normativa reglamentaria de desarrollo de la Ley 10/2020.

3.4. Validez de las obligaciones impuestas por la DAC-6 en su conjunto a la luz del derecho a la intimidad (arts. 8 CEDH y 7 CDFUE) en relación con el principio de legalidad penal (arts. 7.1 CEDH y 49.1 CDFUE)

Las obligaciones de comunicación que impone la DAC-6 injieren, como toda obligación de comunicación de datos, en la esfera particular de una persona y, concretamente, en su intimidad, aunque sea económica. Aceptando que esas obligaciones se imponen por razones de interés general (erosión de bases imponibles) que justifican la injerencia en ese derecho individual, ¿se cumplen los restantes requisitos en los que el artículo 53.1 de la Carta considera admisible esa restricción a los derechos fundamentales en ella reconocidos? En concreto, ¿se cumple con el requisito de que la injerencia esté autorizada por una ley?

Es cierto que la obligación surge de las normas previstas en la Directiva, pero, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea analiza el requisito de legalidad de la injerencia, subraya claramente, en línea con la jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cuestión, que no basta con que exista una ley formal, sino que la ley ha de cumplir también ciertos requisitos materiales o cualitativos: ha de ser accesible, precisa y previsible. La previsibilidad y la precisión exigen que la ley permita a los ciudadanos regular sus conductas: deben ser capaces (con el debido asesoramiento, si fuera necesario) de prever con un grado razonable las consecuencias que derivan de una acción (SSTEDH de 26 de abril de 1979, *Sunday Times c. Reino Unido*; de 23 de febrero de 2017, *Tommaso c. Italia*).

En el caso de la DAC-6, es legítimo cuestionar que esos requisitos de claridad y previsibilidad se cumplan.

Las señas distintivas se basan en conceptos jurídicos indeterminados que han sido objeto de diferente —cuando no divergente— interpretación por las diferentes Administraciones públicas que han publicado guías interpretativas. Por ejemplo, para la seña C1.c) —*"un mecanismo que implica*

la deducibilidad de los pagos transfronterizos efectuados entre dos o varias empresas asociadas cuando el pago se beneficia de una exención total del impuesto en la jurisdicción en que el destinatario reside a efectos fiscales—, la guía británica afirma que para determinar si se cumple esta regla es preciso analizar la naturaleza del pago y no del destinatario (esto es, que se trata de una exención objetiva y no subjetiva), mientras que la guía alemana define la exención como la falta de integración de una renta en la base imponible no solo por razón de que resulte aplicable una exención objetiva, sino también por razón de exenciones subjetivas, o supuestos de no sujeción, u otras razones; y la guía francesa incluye cualquier supuesto de no tributación efectiva en virtud de una concesión, compensación o deducción de pérdidas u otros gastos deducibles, o deducción o asignación de impuestos pagados en el extranjero. Ante la falta de reglas interpretativas dictadas por la Administración tributaria española a día de hoy, los obligados a comunicar bajo normativa española tienen tres criterios dispares para evaluar si se cumple la señal o no.

El devengo de la obligación de comunicar también se basa en conceptos jurídicos indeterminados de difícil aplicación en la práctica cuando se trata del intermediario fiscal principal. En el caso del intermediario fiscal secundario, el nacimiento de la obligación se establece en el momento en que se presta el asesoramiento, la ayuda o la asistencia, sin tomar en consideración que esta clase de servicios son de tracto sucesivo y, por lo tanto, se prolongan a lo largo del tiempo, siendo imprescindible, por tanto, que la norma identifique el momento concreto en el que se produce el devengo de la obligación de comunicar, sobre todo cuando el cumplimiento tardío es tipificado como infracción tributaria.

La falta de precisión y previsibilidad sobre la conducta exigida y sobre sus consecuencias reviste, a nuestro juicio, especial gravedad en aquellos mecanismos sujetos a comunicación por presentar alguna de las señales ligadas al criterio del beneficio principal, y ello por la incertidumbre que existe sobre la significación y alcance que ha de darse a este criterio y su eventual asimilación (dadas las similitudes de su formulación lingüística) a la norma antiabuso general contenida en la conocida como Directiva antielusión, cuya transposición a nuestro ordenamiento se ha considerado innecesaria por disponer este ya de los artículos 15 y 16 de la LGT, que articulan en nuestro ordenamiento los mecanismos con los que la Administración reacciona ante las prácticas abusivas. La doctrina ha defendido que la naturaleza del criterio del beneficio principal es diferente a la de una norma antiabuso (J. LÓPEZ TELLO: “La obligatoria declaración de mecanismos transfronterizos de planificación fiscal la directiva de cooperación administrativa (DAC-6)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2019, 53). Pero lo cierto es que ni la DAC-6 ni la normativa de transposición aclaran si se trata o no de una norma antiabuso, y esta falta de claridad puede llevar a situaciones en las que la información facilitada por el abogado a la Administración tributaria (si no se encuentra cubierto por secreto profesional), o por el propio cliente, podría ser utilizada en contra del cliente en un futuro procedimiento de inspección si la Administración tributaria mantuviera una tesis diferente.

En este punto, el régimen sancionador podría vulnerar también los artículos 47 (derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativamente) y 48 (derecho a la presunción de inocencia) de la Carta y de su correlato en los apartados 1, por un lado, y 2 y 3, por otro, del artículo 6 del CEDH, en su vertiente de derecho a la no autoincriminación, según se desprende de la interpretación que estableció el Tribunal de Justicia en su sentencia de 2 de febrero de 2021, *DB c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, asunto C-481/19. En ella, el Tribunal de Justicia concluye que

este derecho se opone, en particular, a que una persona física sea sancionada por su negativa a dar a la autoridad competente respuestas *de las que pueda resultar* su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas que persiguen una finalidad represiva y presentan un elevado grado de severidad (esto es, sanciones “penales” en el sentido en el que este término es utilizado en la Carta).

Sea como fuere, esta cuestión —la de la compatibilidad de la DAC-6 con la Carta por la imprecisión de los conceptos sobre los que se construye el presupuesto de las obligaciones de comunicación que en ella se establecen— ya se ha elevado al Tribunal de Justicia en el reciente asunto C-623/22 planteado por el *Grondwettelijk Hof* belga, y también es una cuestión suscitada en los recursos planteados ante nuestro Tribunal Supremo contra la normativa reglamentaria de desarrollo de la DAC-6.

4. Conclusión

El derecho secundario de la Unión Europea no está exento de un análisis de validez de sus disposiciones a la luz de los principios, derechos y libertades reconocidos por normas de rango superior: el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales.

En aplicación de esos principios —en concreto, del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 7 de la Carta—, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha tenido ocasión de declarar la invalidez de aquella disposición (apartado 5 del nuevo artículo 8 bis ter de la DAC) que obligaba a los abogados que adquirirían la condición de intermediarios a notificar su dispensa por secreto profesional a personas distintas de su cliente.

Otros recursos ya establecidos también plantean dudas de validez sobre diversas disposiciones de la DAC-6 con este mismo derecho, con el de legalidad penal y presunción de inocencia (artículos 4 y 48 de la Carta), con el principio de proporcionalidad de los actos de la Unión (artículo 5.4 del Tratado de la Unión Europea) y con la libertad de establecimiento (artículo 47 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

La legitimidad democrática de los principales actores del proceso de elaboración de las normas que han de regir nuestra conducta no es garantía suficiente de la legalidad (o validez) del resultado de dicho proceso, por muy loables y de interés general que sean los objetivos buscados, si en la tramitación y promulgación de esas normas no se tienen en cuenta, para ponderarlos debidamente, principios, derechos y libertades de índole superior. La DAC-6 puede ser buen ejemplo de ello.

Artículos

ANÁLISIS DE LA FUSIÓN INVERSA ENTRE SOCIEDADES EXTRANJERAS COMO UN SUPUESTO DE ENAJENACIÓN INDIRECTA DE ACCIONES PERUANAS

Milagros Pastor Stumpf

Asociada principal en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Perú)

Análisis de la fusión inversa entre sociedades extranjeras como un supuesto de enajenación indirecta de acciones peruanas

Las reorganizaciones societarias realizadas por empresas constituidas fuera del Perú no gozan de un régimen de neutralidad fiscal. El fisco peruano considera que en caso de que dos empresas extranjeras realicen una fusión inversa, dicha operación califica como una enajenación de acciones. Dado ello, resulta necesario analizar si en efecto una fusión inversa conlleva la ejecución de un acto oneroso entre las partes que intervienen y a partir de la cual se pueda entender realizada una enajenación indirecta de acciones peruanas gravada con el Impuesto a la Renta.

PALABRAS CLAVE:

FUSIÓN INVERSA, ENAJENACIÓN, REORGANIZACIÓN SOCIETARIA, ACCIONES.

Analysis of the reverse merger between foreign companies as a case of indirect transfer of Peruvian shares

Corporate reorganisations carried out by companies incorporated outside Peru do not enjoy a tax neutrality regime. The Peruvian tax authority has stated that, if two foreign companies carry out a reverse merger, the transaction qualifies as a transfer of shares. In this regard, it is therefore necessary to analyse if, in fact, a reverse merger entails the realization of an onerous act between the intervening parties and from which it can be understood that an indirect transfer of shares, subject to Peruvian Income Tax, has occurred.

KEYWORDS:

REVERSE MERGER, SHARE TRANSFER, CORPORATE REORGANIZATION, SHARES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023**FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023**

Pastor Stumpf, Milagros (2023). Análisis de la fusión inversa entre sociedades extranjeras como un supuesto de enajenación indirecta de acciones peruanas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 37-49 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Para situarnos en la discusión en torno al impacto tributario que puede generarse en un proceso de fusión inversa cuando las partes intervinientes no tienen domicilio fiscal en el Perú, es necesario indicar que, bajo la Ley del Impuesto a la Renta peruano, el régimen especial que neutraliza cualquier impacto fiscal derivado de una fusión solo es aplicable cuando la sociedad absorbente y la sociedad absorbida están constituidas en el país. Ello quiere decir que este régimen de neutralidad no alcanza a aquellas fusiones en las que participa, al menos, una sociedad extranjera.

Cuando ello ocurre, esto es, cuando la sociedad absorbente o la sociedad absorbida domicilian en el extranjero, es necesario determinar el efecto fiscal de las operaciones que se suscitan en el marco de dicha reorganización.

Este trabajo se enfoca en el efecto fiscal de la transmisión del patrimonio desde la matriz absorbida hacia la subsidiaria absorbente, en el marco de una fusión inversa, considerando que la subsidiaria participa en el capital de una empresa peruana. Ello, con el objeto de determinar si este tipo de fusión podría generar un supuesto de enajenación indirecta de acciones peruanas.

2. Breves consideraciones sobre el tratamiento tributario peruano aplicable a las reorganizaciones societarias y el supuesto de enajenación indirecta de acciones

La Ley del Impuesto a la Renta cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N.º 179-2004-EF (en adelante la LIR) reconoce básicamente dos regímenes aplicables sobre las fusiones y, en general, sobre las reorganizaciones societarias: uno que grava la ganancia de capital que se genera en la transferencia de los activos y otra que permite diferir el impacto fiscal. Estos regímenes son optativos y excluyentes.

Así, las sociedades pueden optar por aprobar una revaluación voluntaria de sus activos y reconocer que la diferencia entre el costo computable y el valor revaluado genera una ganancia gravada con el Impuesto a la Renta. Bajo esta opción, el adquirente de los activos reconocerá para efectos tributarios el mayor valor de revaluación como nuevo costo computable.

Por lo general, las sociedades que intervienen en una reorganización optan por el régimen de neutralidad fiscal o de diferimiento, revaluando voluntariamente sus activos sin efecto tributario, esto es, sin incrementar el costo para fines fiscales, o simplemente sin aprobar dicha revaluación, transfiriendo sus activos al valor contable. Cuando la transferencia de activos se realiza a valor contable, la LIR establece expresamente que no serán aplicables las normas de valor de mercado.

Sin embargo, solo las sociedades peruanas que intervienen en una reorganización tienen la posibilidad de optar por alguno de los regímenes mencionados. Ello es debido a que el inciso a) del artículo 67 de la LIR establece que solo se entenderá que existe reorganización si todas las sociedades y empresas intervinientes, incluyendo aquellas sociedades que se constituyan, tienen la condición de domiciliadas en el país. Para estos efectos, debemos precisar que una sociedad domicilia en el país cuando ha sido constituida en el Perú.

Obsérvese entonces que el régimen de neutralidad fiscal peruano no es aplicable a aquellas reorganizaciones en las que al menos una de las sociedades intervinientes reside en el extranjero. En estos casos resulta necesario analizar si entre las operaciones que se llevarán a cabo con ocasión del proceso de reorganización podría generarse algún impacto fiscal en el Perú.

Ahora bien, las sociedades no domiciliadas se encuentran obligadas a tributar en el país por sus rentas de fuente peruana. De acuerdo con lo dispuesto por el inciso h) del artículo 9 de la LIR, califica como renta de fuente peruana la obtenida en la enajenación, redención o rescate de acciones cuando las empresas, sociedades, fondos de inversión, fondos mutuos de inversión en valores o patrimonios fideicometidos que los hayan emitido estén constituidos o establecidos en el Perú. En este sentido, la ganancia de capital que genera el sujeto no domiciliado producto de la enajenación de acciones emitidas por una empresa peruana —enajenación directa— estará gravada con el Impuesto a la Renta peruano.

Asimismo, según lo establece el inciso e) del artículo 10 de la LIR, calificará como renta de fuente peruana la obtenida por la enajenación indirecta de acciones, esto es, cuando se enajenan acciones de una empresa extranjera que a su vez es titular directa o indirectamente de acciones de una o más empresas peruanas. En estos casos, la enajenación indirecta de acciones generará una renta de fuente peruana solo si se configura alguno de los tres supuestos recogidos por la norma tributaria.

El primero de ellos es que, en un período cualquiera de doce meses, el enajenante y sus partes vinculadas transfieran por lo menos el diez por ciento de participación de la sociedad extranjera y que, además, el valor de la sociedad extranjera cuyas acciones se enajenan provenga en un cincuenta por ciento o más del valor de la empresa peruana.

En términos prácticos, este supuesto se cumplirá, por ejemplo, cuando se enajena más del 10 % de la participación de una sociedad extranjera cuyo único activo son las acciones de una empresa peruana. Ello pues, el valor de las acciones que son objeto de enajenación derivará en un cien por ciento del valor de la sociedad peruana.

El segundo supuesto recoge un umbral mínimo para considerar que la operación generó una renta de fuente peruana. Así, se configurará una enajenación indirecta de acciones cuando en un

periodo cualquiera de doce meses el monto total de las acciones peruanas que indirectamente se enajenan sea igual o mayor a 40,000 Unidades Impositivas Tributaria.

Finalmente, se presume que una sociedad extranjera enajena indirectamente acciones de una sociedad peruana cuando emita nuevas acciones como consecuencia de un aumento de capital, producto de nuevos aportes, de capitalización de créditos o de una reorganización y las coloca por un valor inferior al de mercado, siempre que en cualquiera de los doce meses anteriores a la fecha de emisión de las acciones, el valor de mercado de las acciones de la empresa peruana equivalga al cincuenta por ciento o más del valor de mercado de todas las acciones de la sociedad extranjera antes de la fecha de emisión.

Considerado lo expuesto, cuando las sociedades que intervienen en una reorganización societaria domicilian en el exterior y el patrimonio o bloque patrimonial que se transfiere —sea por escisión o por fusión— esté integrado por acciones peruanas, podría generarse una renta de fuente peruana gravada en el Perú si se llegara a la conclusión de que dicha transferencia supone una enajenación directa, de la que se obtiene una ganancia de capital.

De igual forma, en caso de que el patrimonio o bloque patrimonial que se transfiere esté compuesto por acciones de una sociedad extranjera que mantiene una inversión en el capital de una empresa peruana sociedad extranjera, podría generarse una renta de fuente peruana gravada si se llegara a la conclusión de que dicha transferencia califica como enajenación indirecta, bajo los supuestos a los que nos hemos referido en los párrafos precedentes.

Ahora bien, es importante para tener en cuenta con relación a los supuestos analizados que generan una renta de fuente peruana que el supuesto de hecho gravado es la enajenación directa o indirecta de acciones. A dichos efectos, el artículo 5 de la LIR establece que se entiende por enajenación a la venta, permuta, cesión definitiva, aporte a sociedades, y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso. En este sentido, calificará como enajenación aquel acto por el que se transfieran acciones a título oneroso.

Este, quizá, es uno de los puntos neurálgicos para entender la discusión en torno a si una fusión inversa realizada por entidades extranjeras puede subsumirse en el supuesto de enajenación indirecta de acciones peruanas. Esto es, si una fusión, y en específico una fusión inversa, puede implicar una transferencia de bienes a título oneroso.

3. Características elementales de las fusiones

La fusión es un proceso de consolidación de patrimonios, en el que los patrimonios de dos o más sociedades se reúnen para formar uno solo. De acuerdo con el artículo 344 de la Ley N.º 26887, Ley General de Sociedades, la fusión puede adoptar dos formas: la fusión por incorporación y la fusión por absorción.

En la fusión por incorporación se reúne el patrimonio de dos o más sociedades para incorporarlos a una nueva sociedad, mientras que en la fusión por absorción una sociedad absorbe el patrimonio de otras sociedades.

Sin perjuicio de la forma de fusión que se adopte, toda fusión tiene tres características elementales: (i) la transmisión del patrimonio a título universal y en bloque de las sociedades absorbidas hacia la sociedad absorbente, (ii) la continuidad de la situación o posición de los socios, quienes reciben acciones de la sociedad absorbente, y (iii) la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas.

La transmisión del patrimonio a título universal implica que por el solo acto de fusión la sociedad absorbida transmite el activo, pasivo y patrimonio a favor de la absorbente, todo ello como un bloque indivisible. Algunos autores sostienen que este tipo de sucesión universal se asemeja a aquella que ocurre con ocasión de la sucesión *mortis causa*; sin embargo, otros autores opinan que esta forma de transmisión parece tener sustento en una opción legislativa donde *"el legislador ha decidido (...) dotarles de un régimen jurídico que facilite la operativa de transmisión de un patrimonio organizado empresarialmente"* (Trias, 2001: 74).

El segundo efecto que deriva de una fusión es la continuidad de los socios, quienes pasan a tener acciones de la sociedad incorporante o absorbente en forma proporcional al patrimonio que tenían antes de la fusión. La relación de canje es precisamente el resultado de esta operación en la que se valorizan los patrimonios de las sociedades fusionadas y se determina la proporción en la que se canjean o intercambian las acciones de la sociedad absorbida por acciones de la absorbente (Hundskopf, 2006: 95). De esta forma, la participación de cada socio en la sociedad absorbente no se alterará con relación a la participación que mantenían en sus respectivos patrimonios de forma previa a la fusión.

Finalmente, con relación a la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas, es preciso mencionar que dicha extinción se produce sin liquidación. La fusión supone una disolución de pleno derecho en la que no media liquidación de la sociedad.

Conforme señala Alonso (2004: 499):

"Estas notas características de la fusión permiten distinguir a esta figura de otras que guardas con ella una gran similitud fundamentalmente desde el punto de vista económico pero que no alcanzan a tal consideración. La exigencia de que la fusión comporte la extinción de al menos alguna de las sociedades que intervienen en el proceso, permite distinguir la fusión de otras figuras afines, como las uniones de sociedades (...). Ese mismo requisito, junto a los enumerados anteriormente, permitirán también el que no se considere como fusión a la operación por la cual una sociedad toma el control de otra mediante la adquisición de la totalidad de sus acciones o participaciones".

La fusión inversa es una clase de fusión por absorción en la que la filial o subsidiaria absorbe a su matriz o accionista. Este tipo de fusión conserva los tres elementos sustanciales que caracterizan a una fusión, esto es, la transferencia del patrimonio de la sociedad absorbida, la continuidad de la situación patrimonial de los socios y la extinción de la sociedad absorbida. La particularidad de este tipo de fusión es que con ocasión de la transmisión del patrimonio se transferirán las acciones

emitidas por la absorbente y, en tal sentido, la absorbente se convierte en titular de sus propias acciones, manteniéndolas en cartera hasta que sean amortizadas.

4. Análisis de la fusión inversa como supuesto de enajenación indirecta de acciones

Considerando que la fusión entre dos sociedades constituidas en el extranjero no goza del régimen de neutralidad fiscal peruano, resulta necesario determinar si es que acaso esta operación pudiera producir una renta sujeta a imposición en Perú. Tenemos especial interés en analizar el caso específico de la fusión inversa, pues a raíz de una opinión publicada recientemente por la Administración Tributaria se ha señalado que la transmisión del patrimonio a título universal califica como una enajenación para efectos tributarios, dejando abierta la posibilidad de que en el marco de una fusión inversa se produzca una enajenación indirecta de acciones peruanas.

En la fusión inversa ciertamente se producirá un cambio de accionistas en la empresa extranjera tenedora de las acciones peruanas. Sin embargo, este solo es un cambio en el nivel de participación, pues los accionistas de la matriz que indirectamente tenían participación sobre la subsidiaria, luego de la fusión, tendrán participación directa en dicha subsidiaria.

Como hemos analizado en el presente, la enajenación indirecta de acciones, si bien supone un cambio de quién es el accionista indirecto de la sociedad peruana, requiere que este cambio se produzca en mérito de una enajenación de acciones, lo que a su vez implica necesariamente de un acto oneroso en virtud del cual, en términos muy básicos, un sujeto se obligue a dar y el otro se obligue a pagar.

Con relación a la onerosidad de los actos jurídicos, De Prada sintetizó la opinión de la doctrina en dos corrientes o tesis. Según explica dicho autor, para la corriente subjetiva lo trascendental de un acto oneroso será la intención de quien realiza el acto. Sin embargo, coincidimos con él en que atender a la voluntad o motivación de quien dispone "*conduce a una incertidumbre nada beneficiosa para la seguridad de tráfico*" (De Prada 1968: 157). En contraposición se encuentra la corriente objetiva, según la cual "*la esencia de la distinción entre los actos a títulos gratuitos y onerosos reside en la existencia de un equivalente de la prestación que se realiza*" (De Prada, 1968: 159).

Nos inclinamos, como lo hace la doctrina, por adoptar el criterio objetivo que sustenta la onerosidad de un acto en la verificación de una prestación y una contraprestación. Ello debería llevarnos a definir los actos onerosos como bilaterales, en los que cada parte se obliga a dar o hacer algo a favor de la otra. Siendo ello así, el acto oneroso debiera implicar siempre un sacrificio para ambas partes, que se obligan a dar o hacer, y un beneficio para ambas partes, al recibir cada una el bien o la contraprestación. Todo ello, además, se puede entender en contraposición al acto gratuito en donde, de unilateral un sujeto se obliga a dar o hacer a favor de un tercero y, por tanto, un sujeto soporta el sacrificio u obligación, sin recibir beneficio alguno, y el tercero solo obtiene un beneficio, sin soportar sacrificio alguno.

Bajo este alcance objetivo sobre el concepto de onerosidad, nos preguntamos si en la transmisión del patrimonio a título universal que se produce en una fusión inversa se presenta alguna característica que pudiera hacernos pensar que dicha transmisión se realiza a título oneroso.

La Administración Tributaria, así como el Tribunal Fiscal peruano, en reiteradas ocasiones (Informes N.ºs 056-2017-SUNAT/T0000, 140-2020-SUNAT/7T0000 y 061-2020-SUNAT/7T0000 y la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 7114-1-2004, entre otros) han opinado que, en una fusión —en términos generales, sin referirse al caso concreto de una fusión inversa— existe una enajenación debido a que la sociedad absorbente se obliga a emitir acciones a cambio del patrimonio recibido. Así, de acuerdo con esta posición, la sociedad absorbente emite y entrega acciones a los socios de la absorbida en contraprestación del patrimonio que le fue transferido por la absorbida.

Consideramos que podría ser discutible que la supuesta contraprestación, esto es, las acciones que se emiten con ocasión de una fusión, no beneficie a quien dispuso del bien, descartándose de cierta forma la equivalencia de prestaciones que habíamos identificado en los actos onerosos. Esto es, que ambas partes soporten una obligación de dar o hacer y ambas se beneficien de la obligación del otro.

A todo ello, en una fusión, las acciones que emite la sociedad absorbente se entregan a los socios de la absorbida de forma directa, en remplazo de las acciones que tenían en la absorbida. No se produce, ni debe entenderse producida, una previa entrega de dichas acciones a la sociedad absorbida, puesto que dicha empresa se habrá extinguido en cuanto la fusión entre en vigencia.

El supuesto enajenante, esto es, la sociedad absorbida que transmite el patrimonio a título universal, no recibe nada a cambio de dicha transmisión y es que, conforme opina Córdova (2010: 25), *"las transferencias patrimoniales que se producen en el marco de estos procesos no generan plusvalías o ganancias de capital para las sociedades transferentes (...) toda vez que no se produce ningún flujo de riqueza a favor de las mismas"*.

Sin perjuicio de las distintas teorías que analizan la onerosidad del acto jurídico, si quisiéramos definir o entender el alcance de los actos onerosos en materia tributaria, creemos que debería atenderse al concepto contraprestativo, en el que necesariamente se produce una ventaja o beneficio en ambas partes y necesariamente se produce un sacrificio o carga en ambas partes.

En la enajenación de bienes, se entiende que el contribuyente es el vendedor o transferente del bien, pues es quien realiza el hecho generador de la obligación tributaria, esto es, la transferencia onerosa del bien. Pero no deberíamos limitar nuestro análisis solo a quien realizó el hecho generador, sino que deberíamos atender a por qué se designa a dicho sujeto como contribuyente. En términos simples, el que transfiere a título oneroso se le designa como contribuyente porque realiza un acto por el que debería producirse un beneficio económico a su favor. Así, consideramos que la onerosidad de un acto en materia tributaria supone que la contraprestación beneficia a quien dispuso del bien.

Pero ello no ocurre en una fusión inversa. Los socios de la sociedad absorbida no reciben las acciones emitidas por la sociedad absorbente producto de una suerte de liquidación del saldo resultante del haber social de la absorbida, pues como hemos señalado la extinción de dicha so-

ciudad se produce sin liquidación. Tampoco existe una suerte de cesión de derechos o instrucción de pago a favor de los socios de la sociedad absorbida.

La supuesta contraprestación dada por las acciones que emite la sociedad absorbente responde al canje de acciones para asegurar la continuidad en la posición patrimonial de los socios. Dichas acciones no se emiten en contraprestación del patrimonio recibido, se emiten para canjear las acciones de la sociedad absorbida por acciones de la sociedad absorbente.

Sobre la relación de canje, la propia Administración Tributaria, mediante el Informe N.º 048-2013-SUNAT/4B0000, opinó que las acciones emitidas con ocasión de la fusión *“representan el capital invertido por los accionistas en la sociedad incorporada, absorbida o escindida, que luego pasa a formar parte de la sociedad incorporante o absorbente”*. En este sentido, para el fisco peruano, las acciones que emite la sociedad absorbente representan la contraprestación por la adquisición del patrimonio y, al mismo tiempo, el reflejo de la participación de los socios de la absorbida en la absorbente. Es decir, la emisión de acciones tendría sustento en dos causas, lo cual nos parece, por lo menos, contradictorio.

A finales del año 2022 se consultó a la Administración Tributaria peruana el caso específico de una fusión inversa. En concreto, se consultó si podría calificar como enajenación indirecta de acciones el supuesto en el que dos sociedades extranjeras realizan una fusión inversa, teniendo en cuenta que la sociedad absorbente es accionista de una empresa peruana. Mediante el Informe N.º 000087-2022-SUNAT/7T0000, la Administración Tributaria opinó, como era de esperarse, que dicha reorganización en efecto supone una enajenación de las acciones de la subsidiaria absorbente y, a partir de ello, deducimos que para el fisco peruano es posible que una fusión inversa configure un supuesto de enajenación indirecta de las acciones peruanas.

Luego de haber observado que la Administración Tributaria ha mantenido una línea de interpretación única y constante para afirmar que todas las fusiones son onerosas porque la absorbente emite acciones en contraprestación del patrimonio recibido y que el Tribunal Fiscal sostiene lo mismo, sin que sea relevante entender quién recibe el beneficio, pareciera que esta discusión terminará en manos de la doctrina, sin mayor efecto práctico. Pero llama nuestra atención que no se haya analizado los efectos jurídicos, económicos y financieros de una fusión inversa a efectos de determinar si produce una operación onerosa.

Dado que en la fusión inversa la matriz será absorbida por su subsidiaria, el patrimonio que transfiera dicha matriz comprende las acciones de dicha subsidiaria. Cuando la subsidiaria recibe el patrimonio de la matriz, se encontrará con acciones de propia emisión, esto es, acciones que según el artículo 104 de la Ley General de Sociedades carecen de derechos políticos y económicos en tanto permanezcan en su patrimonio y que probablemente sean amortizadas inmediatamente.

Ello es explicado por Elías (2015:416) en los siguientes términos:

“Si la sociedad absorbida es dueña de parte de las acciones o participaciones de la sociedad absorbente, esta última, con motivo de la fusión, se convierte en propietaria de sus propias acciones o participaciones (desde que todos los activos de la absorbida pasan a la absorbente). Lo usual, en esos casos, es que se cancele esa porción de las acciones o participaciones, disminuyendo en esa cifra el

capital total de la sociedad fusionada; si la sociedad acordase no hacerlo y convertirse en propietaria de sus propias acciones, debe proceder de conformidad con el artículo 104 de la Ley".

En un procedimiento de fusión inversa no se genera una enajenación, es decir, una transferencia onerosa, puesto que la matriz, su subsidiaria ni los accionistas de la matriz generan una ventaja o beneficio. Tampoco se genera un sacrificio patrimonial en quien supuestamente realiza la contraprestación.

Cuando se produce la consolidación del patrimonio de la matriz y su subsidiaria, el patrimonio resultante de dicha consolidación es el mismo. La matriz no recibirá nada a cambio del patrimonio transferido, pues, como hemos analizado, esta se extinguirá. La subsidiaria tampoco verá incrementado su patrimonio, pues habrá recibido acciones de propia emisión que terminará amortizando contra su propio capital. Los socios de la matriz tampoco obtendrán ningún beneficio al haber recibido acciones que reemplazan proporcionalmente la participación que tenían en la matriz que fue absorbida.

Además, ningún perjuicio o sacrificio patrimonial se deriva de la emisión de acciones por parte de la subsidiaria absorbente, quien recibe las acciones en cartera o de propia emisión y las amortiza contra su cuenta capital para luego incorporar el capital social de la matriz y emitir acciones.

En este sentido, compartimos lo señalado por Casanova-Regis (2022:10):

"La entidad absorbente emisora de las acciones con motivo de la "fusión vertical inversa" no soporta sacrificio económico alguno con motivo de la emisión de acciones a favor del accionista de la absorbida. En efecto, la consolidación patrimonial generada por la "fusión vertical inversa" generará en la entidad absorbente la eliminación de la cuenta "inversiones en Valores", con cargo al "Capital Social". Dichos movimientos en las cuentas patrimoniales no tendrán impacto financiero y tributario alguno en el Profit & Loss (P/L), ni obligará a la entidad absorbente a reconocer un pasivo que revele carácter oneroso (i.e. sacrificio) alguno".

En efecto, cuando la matriz es propietaria del cien por ciento de la subsidiaria, dicha matriz tendrá registrado un activo de inversión al costo y el ajuste del valor patrimonial de dicha inversión que reflejará los resultados de la subsidiaria. Por otro lado, la subsidiaria tendrá reconocido en su capital el valor de la inversión de la matriz. Esta subsidiaria ciertamente podría tener sus propios activos y pasivos. De esta forma, tenemos la siguiente situación de forma previa a la fusión:

Matriz		Subsidiaria	
Inversión al costo	5.000	Activos	20.000
Inversión a VPP	12.000	Pasivos	-3.000
Capital social	-5.000	Capital social	-5.000
Resultados acumulados	12.000	Unidades no distribuidas	12.000

Así, la matriz refleja el valor de la subsidiaria a nivel de resultados. Luego, al producirse la fusión inversa, el resultado de ambas sociedades no se sumará. Una es reflejo de la otra, por lo que solo

existe un único resultado o patrimonio. La subsidiaria recibe las acciones de propia emisión y las amortiza contra su cuenta capital, luego con el ingreso del capital de la matriz se emiten nuevas acciones, sin que todo ello mueva el resultado final. En otras palabras, el patrimonio de las empresas fusionadas es el mismo que tenía cada una de forma independiente, conforme se observa en el siguiente cuadro de la empresa fusionada:

Subsidiaria absorbe a la Matriz

Activos	20.000
Pasivos	-3.000
Capital social	-5.000
Resultados acumulados	12.000

Si ninguna ventaja y ningún sacrificio patrimonial se deriva de la fusión inversa, cómo puede afirmarse que existe una operación onerosa. La sola transferencia de las acciones de la absorbente, que en efecto se produce en una fusión inversa, no es el supuesto gravado por la norma tributaria. Conforme hemos explicado, el supuesto de hecho generador de la obligación tributaria es la enajenación que supone necesariamente una transferencia a título oneroso.

Nótese además que, en línea con la posición adoptada por el fisco peruano, en una fusión inversa donde la matriz es titular de todas las acciones de subsidiaria y esta última tiene acciones de una empresa peruana, siempre se generará una enajenación indirecta de las acciones peruanas, pues se habrá transferido más del diez por ciento de las acciones de la subsidiaria y el valor de dichas acciones estará representado en un cien por ciento por el valor de las acciones de la empresa peruana.

En este sentido, de acuerdo con la posición de la Administración Tributaria, la matriz deberá determinar si existe una ganancia de capital gravada con el Impuesto a la Renta peruano, en base al costo de las acciones que transfiere y el mayor valor entre el precio —que sería el valor de las acciones que emite la sociedad absorbente— y la valorización de dichas acciones bajo normas de precios de transferencia. Además, previo a que la fusión surta efectos, deberá obtener una resolución que certifique el costo tributario de las acciones transferidas, pues de lo contrario no podrá utilizar el costo como escudo fiscal.

Con seguridad, pagar el impuesto en Perú por una operación que no generó valor dificulta y desincentiva la reestructuración de los grupos económicos. Pero el problema es mayor al solo pago del impuesto.

Cuando estamos ante una enajenación indirecta de acciones, sin que medie un procedimiento de fusión, el adquirente de las acciones reconocerá un mayor costo computable dado por el precio de las acciones adquiridas. En efecto, se reconocerá que el precio sobre el cual el enajenante determinará y pagará sus impuestos constituye ahora el nuevo costo de las acciones. El día que el adquirente decida vender o enajenar dichas acciones, determinará la ganancia de capital tomando como escudo fiscal el mayor costo de adquisición.

En una fusión inversa, las acciones transferidas por la matriz absorbida serán amortizadas por la subsidiaria, sin que esta última pueda reconocer un mayor escudo fiscal, pues las acciones dejaron de existir. Así, bajo la posición de la Administración Tributaria, la matriz deberá determinar y pagar el impuesto a la renta peruano por la enajenación indirecta de acciones y esta operación no generará un mayor costo computable para el adquirente.

No existe norma alguna en nuestro ordenamiento tributario que permita alocar el precio o el valor de la contraprestación, por el que se ha pagado un impuesto, como costo de las acciones que se emitirán a favor de los socios de la matriz extinguida. Por el contrario, en opinión de la Administración Tributaria, con ocasión del Informe N.º 048-2013-SUNAT/4B0000, dado que las nuevas acciones solo se canjean o reemplazan por aquellas que mantenían los socios de la matriz absorbida, sin que haya existido en este canje una enajenación, entonces estas nuevas acciones deben mantener el mismo costo computable que las acciones emitidas por la sociedad absorbida.

Entonces, resulta que la sociedad absorbida deberá reconocer el impuesto a la renta por enajenación indirecta de acciones y la adquirente, cuando realice la enajenación directa, o los socios cuando realicen la enajenación indirecta, deberán pagar nuevamente el impuesto a la renta sobre un valor por el cual el grupo ya tributó.

Este problema al parecer fue identificado por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, que propuso incluir como parte de la Ley N.º 29663 —a través de la cual se introdujo el concepto de enajenación indirecta en la LIR— que el impuesto pagado por el vendedor habilite al comprador a actualizar el costo de las acciones que fueron objeto de transferencia indirecta, esto es, las acciones peruanas. Sin embargo, la Ley N.º 29663 fue publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 15 de febrero de 2011 sin recoger dicha recomendación.

De esta forma, bajo la interpretación que actualmente viene sosteniendo la Administración Tributaria peruana, las sociedades constituidas en el exterior podrían verse alcanzadas por un impuesto en Perú sobre la reestructuración que realicen al interior del grupo económico sin opción, por lo menos, de reconocer el impuesto pagado como un escudo fiscal en una futura y real enajenación indirecta de acciones.

La referida Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República propuso, además, que no se encuentren comprendidas en el supuesto de enajenación indirecta de acciones las transferencias con motivo de reorganizaciones empresariales que se realicen dentro de un mismo grupo económico.

Posteriormente, mediante Proyecto de Ley N.º 843/2011-CR de fecha 28 de febrero de 2012, un grupo parlamentario propuso que se modificara la regulación sobre transferencia indirecta de acciones a efectos de que en el caso de reorganizaciones entre empresas no domiciliadas que pertenecen a un mismo grupo económico solo se aplique el impuesto a la renta peruano cuando las acciones queden fuera de dicho grupo económico. Ello, a fin de dotar a dichas reorganizaciones de un régimen de neutralidad como ocurre con una reorganización de empresas peruanas, estimándose que solo cuando ocurre un cambio de control se podría producir una ganancia.

En nuestra opinión, en efecto, debería ampliarse la neutralidad fiscal para algunos supuestos de reorganización societaria realizadas por entidades extranjeras, no necesariamente porque no se produce un cambio de control, sino porque en ciertos casos, como hemos observado, no se genera un beneficio ni un sacrificio económico para alguna de las partes. Aunque ello debería ser suficiente para considerar que este tipo de reorganizaciones no generan un supuesto de enajenación alcanzado por el Impuesto a la Renta peruano, resulta evidente que adoptar esta posición sin el respaldo de una norma expresa generaría contingencias tributarias en las empresas extranjeras que intervienen, así como en la sociedad peruana que es responsable solidario del pago del impuesto.

5. Comentarios finales

La regulación peruana actual genera un costo tributario importante sobre la reestructuración de las sociedades extranjeras. No distingue si se trata de una fusión entre empresas del mismo grupo, si existe una continuidad de los socios sobre el patrimonio resultante después de la fusión y, mucho menos, si con ocasión de la fusión se produjo un beneficio a nivel patrimonial para alguna de las partes intervinientes. Nuestra regulación simplemente desconoce el régimen de diferimiento o neutralidad a las fusiones internacionales, y en tal sentido las sociedades intervinientes deben identificar si como parte de su reestructuración se transfieren activos peruanos que generen y una renta de fuente peruana gravada en el Perú.

En el caso de la fusión inversa, la Administración Tributaria peruana ha opinado que la transferencia de las acciones de propia emisión a la subsidiaria califica como una enajenación, dejando con ello abierta la posibilidad de gravar dicha transferencia bajo el supuesto de enajenación indirecta de acciones peruanas.

Reflexionamos sobre el concepto de enajenación de acciones recogido por nuestro ordenamiento tributario y observamos que, para que se configure el supuesto de hecho gravado, debemos estar ante una operación onerosa, lo cual no ocurre en la fusión inversa.

La fusión inversa no supone una operación contraprestativa, donde ambas partes obtengan un beneficio y ambas soporten una obligación. No debería afirmarse que las acciones se emiten en contraprestación por el patrimonio recibido, pues estas se emiten en virtud de la relación de canje y, además, se entregan a los socios de la absorbida y no a la propia matriz. La fusión inversa no genera ningún valor a ninguna de las partes y tampoco genera un sacrificio a nivel patrimonial en la sociedad absorbente.

Creemos necesario que el fisco analice nuevamente la figura de la fusión inversa y tenga en cuenta las características que la definen para evidenciar que en este caso no se produce una enajenación. Pero, además, debería analizarse el desincentivo que se genera en las empresas extranjeras cuando se les obliga a pagar un impuesto sobre una renta no realizada, sabiendo además que deberán pagar nuevamente un impuesto por dicha renta cuando efectivamente se realice, debido a que no se genera un nuevo costo tributario por las acciones transferidas, toda vez que estas serán amortizadas.

Bibliografía

ALONSO SOTO, Ricardo (2004). Las operaciones de fusión. En J. Alvarez Arjona y A. Carrasco Perera (directores), *Fusiones y adquisiciones de empresas*. Navarra: Aranzadi, pp. 497-518.

CASANOVA-REGIS, Roberto (2022). Fusión vertical inversa internacional y enajenación indirecta de acciones. *International Tax- Merger & Acquisitions*, pp. 2-11. Recuperado de <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pe/pdf/fusion-vertical-inversa-internacional.pdf>

CÓRDOVA ARCE, Alex (2010). El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas. En *Relatoría Nacional del Perú publicada en las Memorias de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario realizadas en Cartagena - Colombia, "Fusiones y Adquisiciones - Aspectos Internacionales"*, tomo I, pp. 281-319. Recuperado de <https://silo.tips/download/el-regimen-fiscal-de-las-fusiones-y-adquisiciones-de-empresas-1>.

ELÍAS LAROZA, Enrique (2015). *Derecho Societario Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica (Tercera edición).

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo (2006). Las relaciones de canje en las fusiones y escisiones de sociedades. *Ius et Praxis*, 36-37, pp. 81-101.

PRADA GONZÁLEZ, Jose María de (1968). La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 16, pp. 255-393. Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/8/cnt/cnt8.pdf>.

TRÍAS, Miguel (2001). La fusión y operaciones de similar alcance. En *Las operaciones societarias de modificación estructura*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

LA NUEVA REGULACIÓN EUROPEA DE LOS DATOS: CÓMO DAR FORMA AL FUTURO DIGITAL DE EUROPA

Leticia López-Lapuente

Abogada del Grupo de Derecho Digital de Uría Menéndez (Madrid)

La nueva regulación europea de los datos: cómo dar forma al futuro digital de Europa

Las nuevas normas sobre datos promovidas por la Unión Europea proponen un cambio de enfoque en lo que ha sido la regulación europea de datos en Europa en las últimas décadas. De poner el centro de la actividad legislativa de forma casi exclusiva en la protección de los derechos de los ciudadanos, las normas europeas que se están aprobando en la actualidad centran ahora sus esfuerzos en maximizar el valor de los datos digitales como activo esencial para la digitalización europea. Se trata, por tanto, de fomentar su uso por el gran valor que pueden aportar a la economía y la sociedad de la región. Ese equilibrio entre protección de los derechos y las libertades y la promoción cada vez más intensa de la compartición de los datos y la creación de un mercado europeo supone un reto legislativo para la Unión Europea de máxima prioridad.

PALABRAS CLAVE:

DATOS, DIGITALIZACIÓN, UNIÓN EUROPEA, MERCADO EUROPEO, ESTRATEGIA EUROPEA DE DATOS.

the new European data regulation: shaping Europe's digital future

The new rules on data recently proposed by the European Union are offering a change of focus on the European regulation of data in Europe in the last few decades. Formerly, the focus of legislative activity was almost exclusively on the protection of citizen's rights. The European regulations that are currently being approved now focus their efforts on maximizing the value of digital data as an essential asset for the digitization of Europe. The current legislative proposal is to encourage the use of data due to the significant contribution they can make to the economy and society in the region. This balance between the protection of rights and freedoms and the increasing promotion of data sharing and the creation of a European data market represents a key legislative challenge for the European Union.

KEYWORDS:

DATA, DIGITALIZATION, EUROPEAN UNION, EUROPEAN MARKET, EUROPEAN DATA STRATEGY.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023

López-Lapuente, Leticia (2023). La nueva regulación europea de los datos: cómo dar forma al futuro digital de Europa. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 50-71 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción: ¿hacia un mercado europeo de datos?

La Unión Europea (UE), al fijar sus prioridades y objetivos políticos para las próximas décadas, identifica y reconoce que vivimos una economía dirigida por los datos —o *data driven economy*— y que los datos son una pieza esencial del presente y del futuro de la sociedad. La relevancia de los datos como activo no es algo reciente, pero, siendo así, sorprende que los datos hayan tenido hasta la fecha una regulación limitada y parcial en Europa. A medida que la sociedad —ciudadanos, empresas y Administraciones públicas— se ha digitalizado, la actividad se rige cada vez con más fuerza por el uso de tecnologías que, a su vez, se nutren de los datos para funcionar. La inteligencia artificial, Internet e Internet de las Cosas, el *big data*, el *blockchain*, el *cloud computing* y, en general, cualquier tecnología necesitan de los datos para operar. Por tanto, una sociedad y una economía europeas sin datos suficientes y de calidad no se puede desarrollar en el máximo de su potencial y limitará la capacidad de los ciudadanos europeos de acceder a servicios de calidad, a una sanidad avanzada o a otros pilares esenciales de crecimiento e innovación. Por ello, desde la UE se ha decidido dotar a los datos, en su condición de activo esencial, de unas reglas de uso claras, buscando promover una protección, uso y compartición de datos seguros dentro del mercado europeo. Este objetivo, además, se ha convertido en una prioridad regulatoria y política en la UE.

El diagnóstico político y económico para los próximos años ha llevado a la UE, por tanto, a determinar que es necesario para la competitividad y crecimiento de nuestra sociedad y economía digital que exista un mercado europeo de datos potente y seguro, de la misma manera que se han generado en las últimas décadas los mercados europeos únicos y una libre circulación de personas o capitales. Esta no es, sin embargo, una tarea sencilla por diversos motivos que se analizarán en este artículo. Los datos son un activo intangible, capaz de ser copiado y clonado un número indefinido de veces, con un origen diverso y difícilmente trazable y, por tanto, difícil de regular, sobre todo en cuestiones de titularidad. Con el fin de estructurar y desarrollar adecuadamente una serie de políticas e instrumentos normativos para alcanzar este objetivo de digitalización y mercado europeo de datos, la Comisión Europea ha fijado una “Estrategia Europea de Datos” y ha desarrollado y aprobado diversas regulaciones cuyo contenido, alcance —y también algunas contradicciones— se analizan en este artículo.

No puede decirse que la UE no hubiera identificado hace ya mucho tiempo esta necesidad de regular los datos. Durante las tres últimas décadas, de hecho, la UE ha trabajado de forma intensa en generar un marco jurídico de los datos, si bien ha centrado la mayor parte de esos esfuerzos regulatorios, fundamentalmente, en dotar a los ciudadanos europeos de una fuerte y sólida protección de sus datos personales. Se puede afirmar que los datos personales tienen en la actuali-

dad, con el Reglamento General de Protección de Datos¹ (“RGPD”), una regulación robusta y que la UE ha liderado esta tarea globalmente al ser la región que ha generado un estándar mundial de protección de los datos personales. Pero cuando hablamos de esta regulación de los datos, debe hacerse una doble reflexión. Por un lado, no se debería restringir la definición y alcance de la regulación de los datos meramente a los “datos personales”. Existe una gran cantidad de datos que no tiene la consideración de datos personales, es decir, que no se refieren a personas físicas identificadas o identificables (p. ej., datos puramente industriales, medioambientales, agrícolas o los financieros empresariales, entre muchos otros). Estos datos no personales gozan también de un gran valor y tienen la capacidad de generar un gran crecimiento económico y social. Sin embargo, no han gozado del mismo nivel de regulación en Europa, por lo que su uso, protección y compartición han estado rodeados de gran incertidumbre y, en ocasiones, inseguridad jurídica. Las empresas y otros operadores económicos y sociales difícilmente pueden proteger y compartir un activo de este valor si este no goza de una reglas claras y una seguridad jurídica adecuada para su protección durante su uso y para realizar posibles transacciones con los datos.

Por otro lado, la principal regulación europea de las últimas décadas —como el RGPD y la Directiva² que lo precedió— tenía una aproximación fundamentalmente de protección a los titulares de los datos, entendiendo como tales a las personas físicas a los que se referían estos datos. Sin olvidar ni aparcarse esta protección, que sigue vigente y que deberá continuar siendo aplicada en todo caso, la nueva normativa promovida por la UE plantea un nuevo enfoque, que es el de promover la posibilidad de que los datos, personales o no, puedan ser compartidos entre los actores económicos y sociales para hacer crecer la sociedad y economía digitales en Europa, si bien de una forma segura y en un marco democrático y de respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos.

Esta regulación parcial de los datos como activo vigente hasta fechas recientes, centrada sobre todo en proteger los datos personales, está, por tanto, siendo completada y ampliada en los últimos tiempos con nuevas normas europeas que buscan, precisamente, promover la digitalización en Europa y crear ese mercado europeo de datos, impulsando su compartición. Así, normas recientemente aprobadas en la UE, como el Reglamento de Gobernanza de los Datos (*Data Governance Act*)³ y otras normas pendientes de aprobar en fechas próximas, como la propuesta de Reglamento (UE) conocido como la Ley de Datos (*Data Act*)⁴, todas ellas de gran calado, marcan este camino.

Un aspecto novedoso de estas normas europeas más recientes está en que abordan y definen los datos como toda representación digital de actos, de hechos o de información. Esta definición legal y alcance comprende, por tanto, no solamente datos personales, sino también los no personales. Eso sí, son normas que se limitan a regular los datos en su representación digital, no en papel u

1 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

2 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

3 Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724.

4 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (Ley de Datos).

otros soportes. Esta ola de nueva regulación europea aborda y establece reglas, por tanto, aplicables a los datos como activo “digital”, sean de carácter personal o no.

Con todo, y como se analizará en este artículo, las nuevas reglas no implican una regulación omnicompreensiva de todos los aspectos jurídicos que afectan a los datos como activo. En otras palabras, las normas propuestas más recientemente no suponen que la UE genere un estatuto jurídico completo y terminado de los datos como activo. De momento, el objetivo regulatorio de la UE ha sido el de dotar al dato digital de mayor seguridad jurídica en determinados aspectos parciales, como es la promoción de un mercado europeo de datos o la fijación de reglas para forzar la puesta en común de determinadas categorías de datos. No se han abordado hasta la fecha, por tanto, cuestiones de más calado, como sería la de la propiedad del dato digital y los límites a su explotación.

Sin perjuicio de lo anterior, las nuevas normas europeas sobre los datos suponen un cambio de enfoque y paradigma y pueden tener un impacto relevante en la forma de actuar de las empresas. El objeto de este artículo es, por ello, analizar la actual aproximación europea a la regulación de los datos y cuáles son los principales derechos y obligaciones que surgen para las empresas de estas nuevas reglas.

2. Una voluntad política clara: la Estrategia Europea de Datos

Antes de analizar de forma más específica las nuevas normas reguladoras de los datos que está promoviendo y aprobando la UE, conviene detenerse en la estructura y medios de los que se ha dotado la UE para vertebrar y promover todas estas iniciativas sobre los datos. El germen de esta actividad reguladora sobre los datos está, en particular, en una decisión política y de estrategia de la UE. La Comisión Europea ha fijado seis prioridades políticas para la UE en el periodo 2019-2024⁵. Entre estas prioridades, además de otras como la transición hacia las energías sostenibles (o Pacto Verde), está la de la digitalización, con una prioridad política que ha denominado “Una Europa adaptada a la era digital”.

Bajo esta prioridad política —trascendiendo incluso el quinquenio de 2019-2024 hasta alcanzar el horizonte temporal de 2030—, la Comisión Europea está decidida a lograr que el periodo 2020-2030 sea lo que denomina *la década digital* de Europa⁶. Esta prioridad de digitalización se materializa en varias líneas de trabajo concretas de la Comisión Europea, que van desde programas de investigación, inversiones y fijación de políticas europeas en materia de inteligencia artificial, chips o identidad digital, entre otras. Además, todas estas líneas de trabajo llevan aparejado el desarrollo de nueva normativa específica en esas materias digitales que tiene como fin reforzar la implementación de la digitalización.

⁵ Disponibles en https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024_es.

⁶ Información disponible en https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_es.

Entre las muchas normas en materia digital que se están aprobando en el contexto de esta prioridad están, por ejemplo, el paquete de normas de servicios digitales recientemente aprobado (i. e., el Reglamento de Servicios Digitales⁷ o *Digital Services Act* y el Reglamento de Mercados Digitales⁸ o *Digital Markets Act*), la propuesta de Reglamento UE de Inteligencia Artificial⁹ o la propuesta de Reglamento UE para generar a los ciudadanos europeos una identidad digital europea segura (conocido como Reglamento eIDAS 2)¹⁰. Así, la regulación se convierte en un instrumento esencial de la UE para consolidar la digitalización en Europa.

En este contexto, una de las líneas de trabajo establecidas por la Comisión Europea para ejecutar la prioridad política de la digitalización europea es, precisamente lo que ha denominado como la “Estrategia Europea de Datos”¹¹. Bajo esta línea de trabajo específica, la Comisión Europea recoge distintas iniciativas, entre ellas varias iniciativas normativas a las que se referirá este artículo, por las que reconoce y aborda el hecho de que el potencial económico y social de los datos es enorme, así como su condición de activo básico para el desarrollo de cualquier sociedad digital. La UE es consciente de que los datos —entendidos en esta concepción amplia antes referida, es decir, comprendiendo los datos personales y no personales— son clave para habilitar nuevos productos y servicios basados en tecnologías disruptivas como la inteligencia artificial o el *blockchain*, para hacer que la producción sea más eficiente y para brindar herramientas para combatir nuevos desafíos sociales. Estos desafíos han quedado patentes para la UE, por ejemplo, durante la crisis del COVID-19, en la que se apreció cómo, en el área de la salud, los datos pudieron contribuir a brindar una mejor atención médica, mejorar los tratamientos personalizados y ayudar a curar enfermedades. Una de las conclusiones alcanzadas en el contexto de la crisis del COVID-19 fue, precisamente, que una mejor gestión europea de los datos de salud hubiera sido deseable y hubiera ayudado en la gestión.

Además, los datos tienen, para la Comisión Europea, un importante papel en materia de competencia. La UE considera también los datos como un poderoso motor para la innovación y nuevos puestos de trabajo, y un recurso fundamental para las empresas emergentes y las pymes, como motor esencial para permitir una economía europea competitiva. Preocupa que la acumulación de datos en unos pocos agentes económicos pueda lastrar el desarrollo de nuevas empresas —sobre todo aquellas con un componente tecnológico importante— que, sin el acceso a los datos, pueden verse limitadas en su capacidad de tener éxito o en su potencial de crecimiento.

El diagnóstico efectuado desde la EU es claro, y es que este potencial de los datos no se está aprovechando suficientemente y lastra la digitalización de Europa como región. La Comisión Europea ha apreciado y reconocido que el intercambio de datos en la UE sigue siendo limitado debido a

7 Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

8 Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828.

9 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión.

10 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea.

11 Información disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/strategy-data>.

una serie de obstáculos, entre los que incluyen una baja confianza en el intercambio de datos, problemas relacionados con la reutilización de datos del sector público o la recopilación de datos para fines de interés general y bien común, como es la investigación. Existen también determinados obstáculos técnicos, como son, por ejemplo, problemas de interoperabilidad de los datos o falta de coherencia en los formatos y campos recogidos en un mismo sector económico (p. ej., en historias clínicas en los distintos territorios de la UE).

De este diagnóstico y necesidades de mejora surge la Estrategia Europea de Datos, a través de la cual la Comisión Europea está adoptando una serie de medidas para intentar capitalizar verdaderamente este enorme potencial de los datos. El objetivo principal de la Estrategia es, por tanto, el de poner a disposición más datos en la UE y establecer medidas —muchas de ellas normativas— para permitir a los actores europeos —empresas, sector público y también ciudadanos— compartirlos con confianza y que sean técnicamente fáciles de reutilizar.

Son tres las medidas que destacan en la Estrategia Europea de Datos, todas ellas articuladas o reforzadas a través de nueva normativa. En primer lugar, la Estrategia Europea de Datos fija como objetivo crear las condiciones adecuadas para que exista un mercado europeo de datos en el que los datos puedan intercambiarse y compartirse de una manera segura y fiable, promoviendo así su compartición. Este objetivo se pretende consolidar desde la UE a través de una nueva norma: el Reglamento de Gobernanza de Datos, que se aprobó en mayo de 2022.

En segundo lugar, la Estrategia Europea de Datos busca impulsar que exista un mayor número de datos disponibles en Europa. Es un objetivo que busca que haya una mayor cantidad, pero también calidad, de datos, para que estos estén disponibles para empresas, investigadores y otros actores europeos, como mecanismo para impulsar el desarrollo de tecnologías y la digitalización. Este objetivo se pretende reforzar a través de una propuesta normativa que se prevé de gran impacto, que es la propuesta de Reglamento (UE) de Datos (conocido como *Data Act* o Ley de Datos).

Por último, y como tercera gran medida de la Estrategia Europea de Datos, está la de generar espacios de datos europeos comunes (*European data spaces*) para garantizar que haya más datos disponibles por sectores específicos de economía. En esta línea de actuación, la Comisión Europea ha anunciado su interés en invertir y desarrollar espacios de datos comunes en sectores económicos estratégicos y de interés público. Entre estos sectores estratégicos fijados están, por ejemplo, los relacionados con la industria manufacturera o fabricación, la energía sostenible, la movilidad, la salud, el ámbito financiero, el sector agrícola o el sector público. Una vez que estén estos espacios de datos comunes desarrollados, se espera interconectar estos espacios, de tal forma que los datos disponibles en ellos se puedan explotar, además, de manera cruzada. Para promover esta creación, la UE está trabajando en normativa que fomente estos espacios, entre la que destaca especialmente la propuesta de Reglamento (UE) de Espacio Europeo de Datos Sanitarios¹².

De este modo, y a través de estas tres medidas y otras, la Estrategia Europea de Datos busca convertir a la Unión en líder de una sociedad y economía dirigida por los datos (*data driven*). La crea-

12 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios.

ción de un mercado único de datos pretende permitir que estos fluyan libremente por la Unión y entre sectores, en beneficio de las empresas, los investigadores y las Administraciones públicas, pero siempre sujeto a unas reglas de respeto a derechos y libertades de los ciudadanos. Además de las tres ya apuntadas, entre otras de las medidas previstas en el contexto de la Estrategia Europea de Datos están propuestas de naturaleza no legislativa, como la de invertir dos mil millones de euros en un proyecto europeo de alto impacto para desarrollar infraestructuras de procesamiento de datos, herramientas para compartir datos, arquitecturas y mecanismos de gobernanza para el intercambio de datos, incluyendo la federación de infraestructuras en la nube. También, por ejemplo, se ha fijado como otro de los objetivos el de asegurar el acceso a servicios en la nube seguros, justos y competitivos, mediante medidas para generar más claridad sobre el marco regulatorio aplicable en la nube (*cloud computing*).

Como última reflexión en este punto de las prioridades políticas y su afectación a los datos, está el hecho de que, dentro de la prioridad para la UE que la Comisión Europea ha denominado “Una Europa adaptada a la era digital”, no solo aquellas medidas que se engloban de forma estricta bajo la línea de trabajo de la Estrategia Europea de Datos afectan de forma significativa a los datos. Otras de las líneas de trabajo de la prioridad política de la digitalización son, por ejemplo, la del desarrollo de la inteligencia artificial, la ciberseguridad o la de la creación de una identidad digital europea. Todas estas líneas de trabajo, en principio no englobadas dentro de la Estrategia Europea de Datos, tendrán un impacto importante en cómo se regularán y podrán utilizar los datos digitales en Europa y conllevan, igualmente, medidas que promueven el uso eficiente y seguro de los datos en la región.

3. La visión y las líneas directrices de las nuevas normas europeas sobre los datos

La actividad reguladora de la UE en materia digital está siendo considerable en los últimos años y ha generado una pluralidad de normas de gran relevancia y que han funcionado, además, como referente en todo el mundo. Se prevé que esta actividad legislativa continúe o incluso se incremente en los próximos meses y años, a lo largo de lo que la UE ha denominado la “década digital europea”. Así, además de la aprobación de normas tan destacadas en los últimos años como el RGPD, el paquete DSA/DMA o el Reglamento de Gobernanza de Datos, entre muchas otras, se espera en próximas fechas la aprobación de Reglamentos (UE) tan relevantes para el desarrollo de la sociedad digital como el de inteligencia artificial, el de creación de la identidad digital europea o la Ley de Datos. Merece la pena realizar, por tanto, una breve reflexión sobre las líneas rectoras, si las hubiera, de esta ingente labor normativa de la UE en materia digital.

Atendiendo a las propias declaraciones de la Comisión Europea, la UE persigue una visión de la sociedad digital que debe ser sostenible y estar centrada en el ser humano, y que tiene como finalidad última empoderar a los ciudadanos y las empresas en el contexto de la digitalización y el uso de las tecnologías. La UE, consciente de la confluencia que se ha dado en la actualidad de una variedad de tecnologías disruptivas —y que nos ha llevado a determinar que nos encontramos ante la “4.^a revolución industrial”— y que esa confluencia de tecnologías (Internet de las Cosas,

blockchain, inteligencia artificial, etc.) está cambiando la vida de las personas, ha establecido una estrategia digital que aspira a lograr que esta transformación funcione para las personas y las empresas. Por ello, las normas con las que la UE regula esta nueva sociedad y economías digitales comparten algunos principios y características entre ellas.

En este sentido, la Comisión Europea, el 26 de enero de 2022, publicó una declaración solemne interinstitucional¹³ sobre derechos digitales y principios que guían la década digital europea (la "Declaración"). En esta Declaración se identifican los principios rectores que inspiran toda la actividad legislativa de normativa digital que se está aprobando, no solo las normas específicas de los datos digitales. La Declaración destaca que, como principio rector, la transformación digital que promueve la UE debe ajustarse a "*nuestros valores y leyes europeas*"¹⁴.

Esta referencia a los "valores europeos" se justifica por el hecho de que la UE considera que, además de múltiples posibilidades de desarrollo y crecimiento, la digitalización conlleva en paralelo riesgos indeseables que pueden tener importantes repercusiones para los ciudadanos, los valores democráticos europeos, la seguridad o incluso los fundamentos de la sociedad europea. De hecho, la Declaración indica que estos riesgos han crecido de una manera significativa, "*particularmente en lo que atañe a la violación de la intimidad y de la seguridad de los datos personales, la proliferación de contenidos nocivos y productos inseguros, así como la desinformación, la ciberdelincuencia y los ciberataques, la explotación y los abusos contra seres humanos, incluidos los niños, la vigilancia masiva, los sesgos algorítmicos que obstaculizan el acceso equitativo y no discriminatorio a la información y el debate democrático, e incluso la abierta censura*".

Como región, la UE se ha considerado siempre a la vanguardia en la promoción de los derechos fundamentales en el mundo, en particular mediante la promoción de estos derechos a través de órganos internacionales como las Naciones Unidas. Por ello, en un momento crítico como el actual, en el que la regulación de estas tecnologías disruptivas es incipiente, o inexistente en la mayor parte de los territorios del mundo, la UE quiere mantener su función de líder mundial responsable de un modelo centrado en el ser humano y valores democráticos. De forma similar a lo que ha ocurrido con el RGPD como referente normativo global en materia de protección de datos personales, esta nueva hornada de normas europeas brinda a la UE la oportunidad de generar estándares normativos globales basados en los valores democráticos y de respeto a los derechos fundamentales. La Declaración pretende así ser también una herramienta de orientación para la acción diplomática de la UE y para nutrir los debates con los socios internacionales de la UE en materia de regulación digital.

Los riesgos que puede conllevar la digitalización, y la potencial afectación al núcleo de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, podrían, en opinión de la Comisión Europea en la Declaración, socavar los avances conseguidos en este ámbito tanto en la Unión Europea como a escala internacional. Para evitar estos riesgos, la Declaración promueve una serie de derechos y principios digitales que buscan complementar —que no sustituir— los derechos fundamentales

13 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital.

14 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital.

ya reconocidos, como los establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y en la legislación sobre privacidad y protección de datos. Los derechos y principios digitales propuestos plantean, en esencia, (i) poner a las personas y sus derechos en el centro de la transformación digital, (ii) apoyar la solidaridad y la inclusión en el desarrollo digital, (iii) garantizar la libertad de elección en línea, (iv) fomentar la participación en el espacio público digital, (v) aumentar la seguridad, la protección y el empoderamiento de las personas, y (vi) promover la sostenibilidad del futuro digital.

La Declaración fue firmada al más alto nivel por la Comisión Europea, el Parlamento y el Consejo, y proporciona, por tanto, el marco de referencia para los ciudadanos sobre sus derechos digitales, así como una guía para la UE y los Estados miembros de la UE en su acción legislativa en materia digital.

Un punto en común de la nueva regulación digital está, además, en el hecho de que el instrumento normativo preferido en este ámbito está siendo el Reglamento (UE) (frente a la Directiva). Esta preferencia y prevalencia en el uso del Reglamento supone también una apuesta de la UE por una regulación, en la medida de lo posible, plenamente armonizada en todos los Estados miembros, sin riesgo de divergencias en todo el territorio y para todos los ciudadanos de la Unión. Tanto es así que, pese a tratarse de Reglamentos, en la práctica estas normas están siendo denominadas *act* (*Data Act, Data Governace Act, Digital Services Act, etc.*), cuya traducción al castellano podría ser la de “ley”, que demuestra, entre otras cosas, su vocación de ser la normativa básica y de referencia absoluta en estas materias para empresas y ciudadanos europeos.

4. El origen de la normativa europea sobre los datos: la protección de los datos personales

No cabe hacer un análisis de la regulación europea del dato digital sin hacer referencia, aunque sea de forma somera, a la primera y más relevante regulación europea en esta materia: la regulación de los datos personales. A diferencia de otros derechos fundamentales “clásicos”, como son el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, la protección de los datos personales es un derecho de creación relativamente reciente y que se ha generado y consolidado al albur y en paralelo a la irrupción y consolidación de la tecnología como parte esencial en la vida de los ciudadanos y las empresas. Su reconocimiento como derecho fundamental se encuentra ya en las cartas de derechos fundamentales y en los textos constitucionales de los Estados miembros de la UE, como ocurre con el artículo 18.4 de la Constitución española. Entre estos textos, por ejemplo, el artículo 8.1. de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, y este derecho fundamental se ha desarrollado de forma profusa, como se analizará más adelante, primero a través de la Directiva 95/46/CE¹⁵ y, posteriormente, a través del RGPD. Además, diversa normativa sectorial de las dos

¹⁵ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

últimas décadas, ya sea a nivel europeo o nacional, ha ido incluyendo entre sus reglas cuestiones específicas de protección de datos personales (p. ej., normativa sanitaria, bancaria o de seguros), por lo que este derecho ha calado de forma generalizada en la legislación europea.

De esta forma, se ha configurado como un derecho fundamental de los ciudadanos europeos y, por ello, las empresas europeas, e incluso aquellas empresas no europeas que dirigen sus servicios a ciudadanos de la Unión, han tenido que adaptar sus negocios y actividad a esta normativa. Su cumplimiento, además, se ha sometido a un régimen de supervisión y sanción significativo por parte de autoridades nacionales con competencia en materia de protección de datos, que en España es la Agencia Española de Protección de Datos (así como algunas autoridades autonómicas con competencias limitadas en cuanto a su ámbito subjetivo).

La protección de datos personales, tal y como se configura en la actualidad, tiene su germen en Europa en la derogada Directiva 95/46/EC. Esta Directiva, según fue traspuesta en los Estados miembros, generó un estándar alto de protección a los datos personales en Europa y sirvió para que empresas, sector público y ciudadanos fueran conscientes de la importancia de la protección de datos para el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos en la sociedad digital actual. En la actualidad, el RGPD es la norma esencial que, reemplazando a la Directiva y sus normas nacionales de trasposición, establece la regulación material y esencial de esa protección de datos personales. Sin embargo, como se apuntaba al inicio del artículo, la regulación de protección de datos personales solo aborda el fenómeno de los datos de forma parcial, por dos motivos fundamentales. El primero es que regula únicamente el tratamiento de los datos de naturaleza personal, esto es, los que se refieren a una persona física identificada o identificable. A estos efectos, se considera identificable —y, por tanto, dato personal— el dato referido a toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona. Esto hace que el concepto de datos personal sea amplio y comprensivo de una gran cantidad de datos, pero no alcanza a comprender los datos que no se refieran a personas físicas, dejando fuera de esta regulación, por tanto, un gran número y categorías de datos digitales.

Por otra parte, la regulación establecida inicialmente por la Directiva 95/46/EC y, posteriormente, desde el año 2018, por el RGPD centra sus esfuerzos en otorgar una protección sólida a las personas físicas titulares de esos datos, pero obvia otras líneas de acción sobre los datos digitales como las de promoción de un mercado europeo de datos o el fomento de la compartición y flujo de los mismos en aras de la digitalización. Es, por tanto, una regulación cuyos efectos en el tejido empresarial europeo implican más la existencia y exigencia de límites a la compartición de los datos que un incentivo a hacerlo. Su objetivo no es, por tanto, maximizar el valor del dato en la sociedad y economía europeas.

Este enfoque normativo, con todos los beneficios que ha generado y sigue generando, se ha apreciado insuficiente. Por una parte, el RGPD no regula los datos que no tienen consideración de personales (p. ej., datos industriales, datos agregados y datos anonimizados, datos agrícolas o datos medioambientales). Además, la Estrategia Europea de Datos reconoce que el acceso a los datos y la capacidad de utilizarlos son elementos fundamentales para la innovación y el crecimiento y

que la innovación basada en los datos puede aportar beneficios importantes y concretos a Europa como, entre otros ejemplos identificados por la Comisión Europea, *“una medicina personalizada, una movilidad más eficiente, una mejora de la formulación de políticas o una modernización de los servicios públicos”*¹⁶.

Por ello, la Comisión Europea propone ahora y con la normativa más reciente una nueva forma europea de regulación y gobernanza de los datos para facilitar el intercambio de datos entre sectores y Estados miembros. Se espera que este enfoque cree riqueza para la sociedad europea, proporcionando aún control a los ciudadanos y confianza a las empresas. Algunas de las cifras relativas a esa creación de valor por este nuevo enfoque y Estrategia Europea de Datos estiman, por ejemplo, que el valor de la economía de los datos de la EU27 en el año 2025 podría alcanzar los 829 000 millones de euros frente a 301 000 millones de euros (2,4 % del PIB de la UE) en 2018¹⁷.

En todo caso, cabe preguntar cómo se compatibilizará la protección de los datos personales con el nuevo enfoque de promoción de un mercado real y eficiente de datos en la UE. Hay que destacar que la Declaración de la década digital advierte que las personas y las empresas *“no deben tener menos derechos, ni estar menos protegidas, cuando interactúan con el entorno digital que cuando se encuentran fuera de línea”*. Las nuevas normas, por tanto, deberán aplicarse junto con el RGPD y demás normas de protección y seguridad de los datos, como son también las normas de ciberseguridad, y deberán interpretarse en todo caso de forma que sean compatibles. Así, la Comisión Europea considera que la transformación digital no justificará ninguna excepción a los derechos y libertades que confiere el derecho de la UE a los ciudadanos de la Unión, sino que más bien debería aspirar a reforzar esos derechos y libertades. Todas las nuevas normas europeas analizadas a continuación no excluyen ni reemplazan, por tanto, la aplicación paralela del RGPD y demás normas de protección de datos, siempre que los tratamientos previstos incluyan datos de naturaleza personal.

5. Las principales propuestas normativas de la Estrategia Europea de Datos

5.1. El Reglamento de Gobernanza de Datos

Uno de los pilares clave de la [Estrategia Europea de Datos](#) es, como ya se refería en apartados anteriores, el Reglamento (UE) de Gobernanza de Datos, que fue aprobado el 30 de mayo de 2022. Esta norma surge de la convicción de que resulta esencial mejorar las condiciones para el intercambio de datos, personales y no personales, en el mercado interior europeo. Sin confianza

¹⁶ Información puesta a disposición por la Comisión Europea en https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es.

¹⁷ Cifras puestas a disposición por la Comisión Europea en https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es. Otras cifras previstas para 2025 en desarrollo y que resulten de la Estrategia Europea son, por ejemplo, un 530 % de aumento en el volumen mundial de datos (de 33 zettabytes en 2018 a 175 zettabytes en 2025), un incremento hasta alcanzar 10,9 millones en el número de profesionales de los datos en la EU27 (frente a los 5,7 millones en 2018) o un 65 % de población de la UE con competencias digitales básicas (frente al 57 % en 2018).

ni seguridad jurídica para las empresas y otros actores relevantes para que los datos pueden ser intercambiados en la UE bajo reglas claras y con intervención de intermediarios seguros y fiables, será difícil que las empresas e instituciones accedan a datos suficientes y de calidad que les permita avanzar en investigación e innovación y en el desarrollo y aplicación eficiente de las nuevas tecnologías, productos y servicios. Por ello, una primera intervención legislativa deberá ser la de abordar y fijar las condiciones de ese mercado europeo, como ya se hizo para personas, bienes, servicios y capitales. Con este fin, el Reglamento de Gobernanza de Datos (también conocido como la [Ley de Gobernanza de Datos](#), *Data Governance Act* o, directamente, DGA por sus siglas en inglés) busca aumentar la confianza de todos los actores —empresas, ciudadanos, instituciones, investigadores y sector público, entre otros— en el intercambio de datos, así como fortalecer los mecanismos para aumentar la disponibilidad de los datos y superar los obstáculos técnicos para la reutilización de los mismos.

En resumen, este Reglamento pretende generar un mercado europeo de datos confiable y transparente, un entorno o suerte de *market place* en el que el intercambio de datos entre los distintos actores se facilite y promueva. Son tres las medidas que, fundamentalmente, contiene el Reglamento de Gobernanza de Datos para alcanzar este objetivo, todas ellas diversas entre sí y con sus peculiaridades, y que se analizan brevemente a continuación.

A. La reutilización de determinados datos protegidos del sector público

En primer lugar, este Reglamento desarrolla y amplía la idea de que los datos que hayan sido generados o recogidos por organismos del sector público u otras entidades con cargo a los presupuestos públicos deben beneficiar a la toda sociedad. Este concepto de reutilización de los datos del sector público ha formado parte de las estrategias de la Unión durante mucho tiempo y, por ello, el Reglamento de Gobernanza de Datos no es la primera norma europea que tiene como fin hacer accesibles los datos de los que dispone el sector público. La [Directiva de Datos Abiertos](#)¹⁸, por ejemplo y además de otra regulación sectorial, ya regula desde 2019 la reutilización de la información pública o disponible en poder del sector público.

No obstante la Directiva de Datos Abiertos excluía de su ámbito determinadas categorías de datos protegidos (p. ej., datos personales y datos comercialmente confidenciales), que no podían reutilizarse como datos abiertos porque se entendía que la apertura y acceso a ellos ponía en riesgo derechos de terceros. Ahora, el Reglamento de Gobernanza de Datos establece normas para que puedan reutilizarse esos datos protegidos en virtud de la legislación nacional o de la UE específica, puesto que se puede extraer una gran cantidad de conocimiento de dichos datos sin comprometer su naturaleza protegida. Por ello, el Reglamento de Gobernanza de Datos establece reglas y salvaguardas para facilitar dicha reutilización.

¹⁸ Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público.

El principal reto que supone la reutilización de estas categorías protegidas de información pública deriva del carácter sensible de esos datos. Por ello, antes de facilitarlos a empresas o terceros, como investigadores, se deben cumplir algunos requisitos de procedimiento técnicos y jurídicos con el fin de garantizar el respeto de los derechos de terceros en torno a esos datos (p. ej., derechos de propiedad intelectual o secretos comerciales de terceros en la información protegida) o de limitar los efectos negativos sobre los derechos fundamentales (p. ej., si la información contiene datos personales y, por tanto, está sujeta al cumplimiento de la normativa de protección de datos).

El Reglamento establece reglas por las que los Estados miembros deben prestar apoyo a los organismos del sector público con el fin de hacer un uso óptimo de dichas técnicas y, así, facilitar el mayor número posible de datos para su intercambio, pero no llega tan lejos como para obligar a los Estados miembros a permitir obligatoriamente el acceso a esa información protegida. Deja, por tanto, a los Estados la capacidad de decidir si se proporciona dicho acceso a los datos protegidos para su reutilización, así como sobre los fines y el alcance de dicho acceso, si bien se promueve que se dé el acceso y fija reglas de transparencia, prohibición de exclusividad y no discriminación, entre otras, que sí obligan a los Estados cuando procedan a la apertura y faciliten el acceso a esos datos.

Los organismos del sector público que permitan la reutilización de las categorías de datos protegidos a los que se refiere el Reglamento podrán cobrar tasas por permitir dicha reutilización. Sin embargo, se fijan también reglas al respecto para asegurar que dichas tasas sean transparentes, no discriminatorias y proporcionadas, y exigen que estén justificadas objetivamente, sin que puedan restringir la competencia.

Por último, para promover, ayudar y supervisar el cumplimiento de estas reglas de reutilización y su correcta aplicación por parte de los organismos del sector público europeo, el Reglamento obliga a cada Estado miembro a designar uno o varios organismos competentes, así como puntos únicos de información.

B. Los servicios de intermediación de datos como mecanismo para crear un mercado europeo de datos

La segunda de las grandes medidas propuestas por el Reglamento de Gobernanza de Datos es, precisamente, la esencial de esta norma: fijar las reglas que permitan el establecimiento y desarrollo de condiciones favorables al intercambio de datos, es decir, fijar las bases para el establecimiento de un mercado europeo de datos. La propia idea implica un cambio de paradigma normativo en la UE, en la medida en que se aborda por primera vez de forma tan específica el intercambio de datos entre empresas como algo deseable y a promover, sujeto —eso sí— a unos límites y reglas como son los ya establecidos en la normativa de protección de datos u otras significativas como las derivadas del derecho de la competencia.

Para crear este mercado, el Reglamento elige como idea rectora la de regular la figura de los intermediarios a los que podrían acudir las partes para el intercambio de datos. Estos intermediarios, cuyo rol será el recabar de una parte cedente (interesada en transmitir) y

transmitir a terceros receptores (interesados en adquirir) los datos, se espera que generen confianza, puesto que su actividad intermediaria se sujeta a unas reglas y a una supervisión claras, como por ejemplo al hecho de que deberán notificar su actividad a la autoridad nacional competente que corresponda.

Los intermediarios de datos que se regulan en el Reglamento de Gobernanza de Datos prestarán servicios cuyo objeto será, por tanto, establecer “*relaciones comerciales*” para el intercambio de datos entre un número indeterminado de titulares de datos y los potenciales usuarios de esos datos. Estos prestadores de servicios de intercambio pueden categorizarse en las siguientes tres tipologías:

- i. Prestadores servicios de intermediación entre los “titulares de datos” y los potenciales “usuarios de datos”. Se prevé que puedan prestar sus servicios tanto en intercambios bilaterales como multilaterales de datos, o que incluso puedan crear plataformas o bases de datos que faciliten el intercambio o la puesta y uso común de los datos.
- ii. Prestadores de servicios de intermediación entre los “interesados”¹⁹ que deseen facilitar sus datos personales o las personas físicas que deseen facilitar datos no personales y los potenciales “usuarios de datos”. Este es un aspecto novedoso y de gran interés jurídico. Se introduce así de forma expresa la posibilidad de que interesados (esto es, personas físicas) pongan a disposición de terceros, incluidas empresas, sus datos personales —además de los no personales— para su intercambio. La compartición o incluso la monetización de los datos personales es algo que ha estado en cuestión en las últimas décadas y será interesante ver cómo opera esta posibilidad de intercambio de datos personales en el contexto del Reglamento de Gobernanza de Datos, por un lado, y la interpretación necesariamente compatible de estas reglas con la protección de datos personales que deberá darse por parte de las autoridades de protección de datos personales europeas, por otro. En todo caso, el Reglamento señala que los intermediarios posibilitarán el ejercicio de los derechos de los interesados previstos en el RGPD.
- iii. Prestadores de servicios de cooperativas de datos, cuyo objetivo principal será prestar asistencia a sus miembros en el ejercicio de los derechos de estos con respecto a determinados datos.

Uno de los enfoques novedosos para la regulación digital europea introducidos por este Reglamento es que —a diferencia de lo que ocurre en el RGPD— es claro al establecer que los prestadores de servicios de intermediación establecerán “*relaciones comerciales*”²⁰ para el intercambio de datos, siendo, por tanto, un intercambio que se configura esencialmente como oneroso. También es disruptivo al establecer el concepto de “titular de datos”, entendiendo como tal a toda persona jurídica (pública o

19 En el Reglamento de Gobernanza de Datos, el concepto de interesado sí se corresponde con el previsto en el RGPD, y así lo establece el artículo 2.7 del Reglamento de Gobernanza de Datos.

20 Artículo 2.11 del Reglamento de Gobernanza de Datos, que contiene la definición de “*servicios de intermediación de datos*”.

privada) o persona física que no sea el interesado con respecto a los datos específicos en cuestión, que, de conformidad con el derecho de la UE o nacional aplicable, *"tenga derecho a conceder acceso a determinados datos personales o no personales o a compartirlos"*²¹. Se trata, por tanto, de un concepto que reconoce a esa persona física o jurídica determinadas facultades de decisión y explotación sobre los datos, abriendo así posibilidades —pero también algunas incertidumbres— sobre las facultades de disposición, o incluso sobre el reconocimiento de derechos relativos a la propiedad, de los datos.

Un marco de gobernanza generado por la UE debe tener como objetivo principal, como se destaca anteriormente, el de generar confianza entre los particulares y las empresas en relación con el acceso a los datos, su control, intercambio, utilización y reutilización. Para contribuir a aumentar la confianza en la figura de los prestadores de servicios de intercambio, el Reglamento de Gobernanza de Datos fija unos requisitos y obligaciones fiduciarias significativas para que estos prestadores puedan iniciar y desarrollar su actividad. Cuanto mayor sea la transparencia, seguridad y proporcionalidad en la actividad de estos intermediarios, la UE considera que se aumentará la confianza y se incrementará el mercado europeo y el propio intercambio de datos.

Entre los requisitos y condiciones que se exigen a los prestadores, se encuentra la obligación de identificarse y notificar su actividad a la autoridad competente que le corresponda, y otras condiciones rigurosas, entre las que destaca, sobre todo, la prohibición de que los intermediarios utilicen los datos en relación con los que prestan sus servicios para fines diferentes de su puesta a disposición de esos datos a terceros. No pueden, por tanto, explotar los datos a los que accedan con un fin propio distinto de la propia intermediación. También se les exige intercambiar los datos en el mismo formato en el que los reciban, permitiéndoles únicamente adaptarlos a formatos específicos con el fin de mejorar su interoperabilidad, con lo que se excluye la posibilidad de que los intermediarios ejecuten tareas complejas como la agregación o consultoría sobre los datos como parte de esta actividad.

Entre otros diversos requisitos que se imponen a estos prestadores se encuentra, por ejemplo, la exigencia de que el acceso a sus servicios y sus precios sean equitativos, transparentes y no discriminatorios, así como la obligación de que dispongan de procedimientos de detección de prácticas fraudulentas o abusivas. Además, el Reglamento de Gobernanza de Datos pretende reforzar la confianza al exigir a los Estados miembros que designen autoridades nacionales de supervisión de estos prestadores, con facultades de suspender o cesar la actividad de los prestadores de servicios de intermediación o incluso imponerles sanciones.

21 Artículo 2.8 del Reglamento de Gobernanza de Datos.

C. La creación de condiciones adecuadas para la cesión altruista de datos: un nuevo mercado

Como tercer gran aspecto del Reglamento, se regula el mercado de la cesión altruista de datos. Se configura como una medida específica para robustecer el mercado europeo de datos necesario para la investigación. El Reglamento de Gobernanza de Datos considera “cesión altruista” de datos el intercambio voluntario de datos basado en el consentimiento de los interesados para que se traten sus datos personales, o en el permiso de los titulares de datos para que se usen sus datos no personales, todo ello si se realiza y cuando se realice *“sin ánimo de obtener o recibir una gratificación que exceda de una compensación relativa a los costes en que incurran a la hora de facilitar sus datos”*²². Además, para que se considere que existe cesión altruista, el intercambio debe hacerse con objetivos de interés general, como por ejemplo *“la asistencia sanitaria, la lucha contra el cambio climático, la mejora de la movilidad, la facilitación del desarrollo, elaboración y difusión de estadísticas oficiales, la mejora de la prestación de servicios públicos, la elaboración de políticas públicas o la investigación científica de interés general”*²³.

Para este tipo concreto de intercambio de datos, el Reglamento de Gobernanza de Datos replica un esquema similar al que establece para el intercambio no altruista y que se resume en el apartado (ii) anterior, con algunos ajustes y requisitos adicionales dadas las características de estos intercambios. Para ello, por ejemplo, señala que cada Estado miembro, a través de las autoridades que designe al efecto, llevará un registro de las “organizaciones de gestión de datos con fines altruistas” sobre las que tenga competencia y actualizará periódicamente un registro público nacional de organizaciones reconocidas de gestión de datos con fines altruistas.

Estas organizaciones de gestión de datos con fines altruistas se sujetan a algunos requisitos aún más estrictos que los impuestos a los prestadores de servicios de intercambio de datos, como por ejemplo ser una entidad jurídica constituida con arreglo al derecho nacional aplicable para cumplir objetivos de interés general, así como ejercer su actividad sin ánimo de lucro y ser jurídicamente independiente de cualquier entidad que ejerza su actividad con fines lucrativos.

Se busca generar así un mercado de datos similar y paralelo al comercial, que igualmente promueva la digitalización europea y, más en particular, la investigación y otros fines de interés general y no comerciales. Sin embargo, para este mercado, el Reglamento otorga a los Estados miembros margen de actuación nacional, al establecer que los Estados podrán establecer disposiciones organizativas, técnicas o de ambos tipos para facilitar la cesión altruista de datos, así como elaborar políticas nacionales en materia de cesión altruista de datos.

Para completar este análisis de las medidas para el establecimiento de un mercado europeo potente y seguro de datos altruistas, es relevante destacar la disposición del Reglamento

²² Artículo 2.16 del Reglamento de Gobernanza de Datos.

²³ Artículo 2.16 del Reglamento de Gobernanza de Datos.

por la que se creará un formulario europeo de consentimiento para la cesión altruista de datos. De nuevo con el fin de reforzar la confianza de las personas para ceder sus datos en este mercado y con estos fines, se prevé que la Comisión Europea deberá, mediante actos de ejecución del Reglamento, elaborar un formulario europeo de consentimiento para tal cesión, que se diseñará de forma modular para permitir ajustarlo a los distintos sectores de actividad en los que se utilizará.

En resumen, un Reglamento de Gobernanza de Datos en línea con los valores y principios de la UE busca traer beneficios significativos para los ciudadanos y las empresas de la UE, mediante el fomento y la promoción de espacios reglados y seguros para el intercambio de datos. Algunas voces plantean si el régimen establecido para los prestadores de intercambio de datos es lo suficientemente atractivo para fomentar el crecimiento e impulso a esta actividad. Con todo, la Comisión Europea espera que el Reglamento sea un potente motor de innovación y nuevos puestos de trabajo y que ayude a la UE a asegurarse de estar a la vanguardia de la ola de innovación basada en los datos, la actual economía dirigida por los datos (*data driven economy*). El Reglamento de Gobernanza de Datos entró en vigor el 23 de junio de 2022 y, tras un periodo de carencia de 15 meses, será aplicable a partir de septiembre de 2023.

5.2. La Ley de Datos

La segunda gran apuesta y propuesta legislativa de la Estrategia Europea de Datos es la propuesta de Reglamento (UE), conocida como Ley de Datos²⁴. Este Reglamento (UE) sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización se propuso en febrero de 2022 y, a la fecha de este artículo, está aún pendiente de aprobación.

Así como el Reglamento de Gobernanza de Datos tiene como finalidad principal establecer las condiciones para crear un mercado europeo de datos, con la propuesta de la Ley de Datos la intención de la Comisión Europea es ofrecer una mayor cantidad de datos al mercado europeo y establecer determinadas normas sobre quién puede acceder a qué datos y para qué fines puede utilizarlos. La existencia de un mercado con reglas adecuadas no parece suficiente para fomentar de forma eficaz la digitalización de la sociedad y economía europeas si ese mercado no accede a, y mueve, una cantidad suficiente de datos de calidad que puedan nutrir las tecnologías e innovación.

La norma parte de la premisa de que los consumidores y las empresas generan una gran cantidad de datos al utilizar productos y servicios, y esos datos (sean personales o no personales) generados por el uso tienen un gran valor y potencial de generar crecimiento en Europa. El hecho, además, de que muchos de los productos cuenten con conectividad, dada la proliferación de productos conectados a la Internet de las cosas (IoT), facilita que los datos que genere el uso del producto puedan ser más accesibles y comunicables. El mismo conjunto de datos, además, puede utilizarse y reutilizarse para diversos fines y de modo ilimitado, sin pérdida de calidad o cantidad.

24 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (Ley de Datos).

En la medida que los productos utilizados por un usuario, sea consumidor o empresa, sean productos conectados, la Ley de Datos propone establecer la obligación para los titulares de los datos que se hayan generado con el uso de poner esos datos a disposición del usuario del producto o de quien este designe.

La propuesta de la Ley de Datos es que se apliquen sus reglas y, por tanto, estén sujetos a esta obligación de puesta a disposición de datos, los “productos”, entendidos como los bienes muebles tangibles, incluso incorporados en un bien inmueble, que “*obtienen, generan o recogen datos relativos a su uso o entorno*”²⁵ y que, además, estén conectados, esto es, que puedan comunicar datos a través de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público, excluyendo del alcance aquellos cuya función primaria es el almacenamiento o el tratamiento de datos. Algunos de los ejemplos que utiliza la Comisión Europea para explicar el alcance de esta norma serían, por ejemplo, la notificación en tiempo real a los usuarios de retraso en los trenes o motores de reacción dotados de miles de sensores que recogen y transmiten datos para garantizar un funcionamiento eficiente. Más aún, la propuesta plantea aplicarse también a lo que denomina “servicios relacionados” con los productos, esto es, los servicios digitales, incluido el *software*, que estén incorporados en un producto o interconectado con él “*de tal manera que su ausencia impediría al producto realizar una de sus funciones*”²⁶.

Una de las reglas más potentes de la Ley de Datos es la que establece obligaciones de diseño de estos productos. Así, se propone hacer obligatorio que los productos se diseñen y fabriquen —y que los servicios relacionados se presten— de forma que los datos generados por su uso sean, por defecto, accesibles para el usuario con facilidad, con seguridad y, cuando sea pertinente y proceda, directamente. Otra de las normas en esta misma línea es la que obliga a que los usuarios, antes de celebrar un contrato de compra, alquiler o arrendamiento de un producto o de un servicio relacionado, dispongan de información clara y detallada sobre la posibilidad de acceder a los datos. Si los datos no fueran accesibles por el usuario directamente, entonces la Ley de Datos fija una serie de obligaciones de puesta a disposición de los datos a solicitud del usuario, en condiciones muy favorables para él, esto es, sin demora indebida, gratuitamente y, cuando proceda, de forma continua y en tiempo real.

Más aún, las reglas incluyen la posibilidad de que el usuario solicite al titular que los datos se pongan a disposición directamente del tercero que el usuario designe, con algunas excepciones. Se espera que ese acceso por parte de terceros autorizados por el usuario del producto facilite, por ejemplo, la creación de nuevos servicios digitales de valor añadido con esos datos o mejore las condiciones de los servicios que ese tercero pueda dar de postventa o reparación del producto. Esa puesta a disposición de los datos en favor del tercero está regulada en detalle, estableciéndose en la Ley de Datos cuestiones como la necesidad de que la compensación acordada entre un titular de datos y un destinatario de datos por la puesta a disposición de los datos deba ser razonable.

En cuanto al alcance subjetivo de la norma, la propuesta de Ley de Datos considera “titular” de los datos y, por tanto, sujeto obligado a la puesta a disposición, a la persona física o jurídica que

25 Artículo 2.2. de la propuesta de Ley de Datos.

26 Artículo 2.3. de la propuesta de Ley de Datos.

tiene el derecho o la obligación —conforme a la Ley de Datos u otro derecho de la Unión o Estado miembro aplicable— de poner determinados datos a disposición del usuario (o el tercero designado por este), o aquel que, en el caso de los datos no personales y a través del control del diseño técnico del producto o servicio relacionado, tiene la capacidad de poner a disposición determinados datos.

Si bien la Comisión Europea es clara al declarar que uno de los objetivos de la norma es incrementar la cantidad y calidad de servicios posventa y reparación, así como de nuevos servicios de valor añadido sobre los productos, también se ha identificado como uno de los principales riesgos de la norma los riesgos sobre la propiedad intelectual e industrial, secretos comerciales y confidencialidad de los fabricantes y titulares de los datos, precisamente, al poner esa cantidad de datos del producto a disposición de terceros.

Se reconoce que el derecho de acceso de terceros a los datos generados por los productos a petición del usuario es susceptible de limitar la libertad de empresa y la libertad contractual del fabricante o diseñador de un producto o servicio relacionado. Sin embargo, la UE justifica esta limitación al considerar que prevalece el refuerzo que estas reglas dan a la protección de los consumidores, en especial al promover sus intereses económicos. La propuesta de Ley de Datos se plantea porque se considera que el fabricante o diseñador de un producto o servicio relacionado tiene el control exclusivo del uso de los datos generados por el uso de un producto o servicio relacionado y que ello contribuye a generar dependencia y obstaculizar la entrada en el mercado de nuevos actores que pueden ofrecer servicios nuevos o mejorar los servicios posventa.

Sin embargo, la propuesta de Ley de Datos sí incluye determinadas reglas para intentar que los derechos de los fabricantes, tales como los de propiedad intelectual o industrial, gocen de determinada protección. Para contrarrestar estos riesgos en particular, por ejemplo, se establece que los secretos comerciales solo se desvelarán a condición de que se adopten todas las medidas específicas necesarias para preservar la confidencialidad, pudiendo acordar medidas para preservar la confidencialidad de los datos compartidos. También se pone como límite al uso de los datos obtenidos como consecuencia de la aplicación de la Ley de Datos la prohibición al usuario de utilizar los datos que haya solicitado para desarrollar un producto que compita con el producto del que proceden los datos. Otra de las referencias habituales en la propuesta de Ley de Datos como límite a algunas de sus reglas de compartición es la normativa de protección de datos, que exige, por ejemplo, que se den determinadas condiciones, como la existencia de una base de legitimación adecuada conforme al RGPD si los datos a los que se solicita acceso contienen datos personales de terceros distintos del usuario.

Con estas medidas, a través de la Ley de Datos, la UE pretende que los ciudadanos y empresas obtengan diversos beneficios, entre los que se incluyen la posibilidad de obtener precios más baratos de los servicios posventa y reparación de sus objetos conectados, que se generen nuevas oportunidades para utilizar servicios basados en el acceso a estos datos, así como un mejor acceso a los datos recogidos o producidos por un dispositivo.

Esta puesta a disposición de los datos generados por los usuarios, si bien es la medida más relevante de las incluidas en la propuesta de Ley de Datos, no es la única. La Ley de Datos contiene una batería de medidas legislativas con un potencial gran impacto en el uso de los datos digitales

en la UE. Entre las otras medidas propuestas están, por ejemplo, las destinadas a impedir el uso de cláusulas contractuales abusivas relativas al uso y acceso a datos que hayan sido impuestas unilateralmente a microempresas, pequeñas o medianas empresas. Otras medidas de la Ley de Datos son las que permiten a los organismos del sector público de la UE solicitar que se pongan a su disposición datos en casos y por razón de una necesidad excepcional.

También son relevantes, por ejemplo, las reglas que se incluyen respecto a la portabilidad de un proveedor de servicios de tratamiento de datos, que buscan eliminar obstáculos que existen a la hora de solicitar un cambio efectivo de proveedor de este tipo de servicios. Por último, destacaría como de especial novedad la medida propuesta en la Ley de Datos respecto a transferencias internacionales de datos no personales. Sin alcanzar las restricciones que impone el RGPD a la realización de transferencias internacionales de datos personales, la Ley de Datos establece en su propuesta que los proveedores de servicios de tratamiento de datos personales adopten *“todas las medidas técnicas, jurídicas y organizativas razonables, lo que incluye la celebración de acuerdos contractuales”*²⁷ con el fin de impedir transferencias internacionales de datos no personales conservados en la UE —o el acceso de gobiernos de terceros países a tales datos— si la transferencia o el acceso entraran en conflicto con el derecho de la UE o el nacional de los Estados miembros.

Se trata, por tanto, de una propuesta legislativa de gran calado y alcance, que aborda muy diversos ámbitos del tratamiento de los datos digitales por empresas, usuarios y sector público. Su compatibilidad con otras normas europeas de datos, en particular con algunos aspectos del RGPD como son el derecho de acceso y de portabilidad ahí reconocidos, está siendo algo cuestionado. Con todo, la Comisión Europea considera esta propuesta legislativa como el complemento adecuado al Reglamento de Gobernanza de Datos, puesto que, mientras el Reglamento de Gobernanza de Datos crea los procesos y estructuras para facilitar el mercado de los datos, esta propuesta de Ley de Datos tiene el potencial de aportar gran cantidad de datos y aclara quién puede crear valor a partir de los datos y bajo qué condiciones.

5.3. Los espacios europeos de datos

Como tercer gran eje de actuación de la Estrategia Europea de Datos, la Comisión Europea ha propuesto la creación de espacios comunes europeos de datos, que se están desarrollando ya en diversos ámbitos. Bajo el concepto de “espacios comunes europeos” la Comisión Europea engloba las infraestructuras de datos pertinentes y los marcos de gobernanza necesarios para facilitar la puesta en común y el intercambio de datos en un sector de actividad.

La Estrategia Europea de Datos ya anunció en febrero de 2020 la creación de espacios de datos en diez ámbitos estratégicos, que son en concreto la salud, agricultura, industria manufacturera, energía, movilidad, finanzas, Administración pública, capacidades, la nube europea de la ciencia abierta y la prioridad clave transversal de la consecución de los objetivos del Pacto Verde. Sin embargo, este listado no es taxativo y, desde ese anuncio, se han ido dibujando y apuntando espacios de datos también en otros ámbitos relevantes, como por ejemplo los medios de comunicación o el patrimonio cultural. El objetivo final es que, una vez creados, la pluralidad de espacios de datos se

²⁷ Artículo 27 de la propuesta de Ley de Datos.

interconecten y formen un espacio único europeo de datos, esto es, un auténtico mercado único de datos.

Como el resto de las líneas de trabajo de la estrategia digital europea, y más en particular la Estrategia Europea de Datos, la creación de los espacios europeos exige la confluencia de políticas, inversiones y acción legislativa adecuada para su creación y desarrollo. En esta línea de trabajo, la principal propuesta normativa hasta la fecha ha sido la propuesta Reglamento (UE) sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios²⁸. La elección del sector de la salud como la primera iniciativa a abordar no es casual, sino que surge del reconocimiento de que durante la crisis del COVID-19 un espacio común de datos interoperables y disponibles hubiera sido esencial en la gestión de la crisis. Sin embargo, no me detendré en el análisis de esta propuesta normativa, dado que uno de los artículos de la presente publicación ya aborda este tema en concreto.

Sí se identificarán y analizarán brevemente a continuación las principales características comunes a todos estos espacios europeos de datos, que son fundamentalmente, según el resumen²⁹ publicado en 2022 por la Comisión Europea sobre el estado de los espacios comunes, las siguientes:

- i. El despliegue de herramientas técnicas y servicios de intercambio de datos para su puesta en común, el tratamiento y el intercambio de datos por un número abierto de organizaciones, así como para federar capacidades en la nube fiables y eficientes desde el punto de vista energético y servicios conexos.
- ii. La generación en todos estos espacios de estructuras de gobernanza de los datos con el objetivo de que esas estructuras de gobernanza determinen, de forma transparente y justa, los derechos de acceso a los datos y de tratamiento de los mismos.
- iii. La mejora de la disponibilidad, la calidad y la interoperabilidad de los datos, tanto en contextos específicos de ámbitos específicos como entre sectores.

Para el correcto funcionamiento de estos espacios se requieren una serie de condiciones técnicas y operativas, como por ejemplo la interoperabilidad de los datos y sistemas no solamente dentro del mismo sector, sino también entre sectores. Se espera que los espacios comunes europeos de datos mejoren el desarrollo de nuevos productos y servicios basados en datos en la UE y que creen, en consecuencia, una economía digital europea y de los datos interconectada y competitiva.

En resumen, con el fin de aprovechar el valor de los datos en beneficio de la economía y la sociedad europeas, la Comisión Europea está apoyando activamente, a través de su Estrategia Europea de Datos, el desarrollo de espacios comunes europeos de datos en sectores económicos estratégicos y ámbitos de interés público.

28 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios.

29 Disponible en https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2022/Febrero/Noticia-2022-02-28-La-Comision-Europea-publica-un-resumen-de-la-situacion-de-los-espacios-comunes-europeos-de-datos.html.

6. Conclusiones y perspectivas: los retos de este nuevo enfoque de la regulación europea de los datos

Pese a que este artículo se centra en analizar los tres ejes normativos principales de desarrollo de la Estrategia Europea de Datos, esta Estrategia implica un gran número adicional de iniciativas de la UE en aras de la consecución de un objetivo primordial: convertir a la Unión en líder de una sociedad dirigida por los datos, mediante la creación de un mercado único de datos que permita que estos fluyan libremente por la UE y entre sectores, en beneficio de las empresas, los investigadores y las Administraciones públicas. Las nuevas normas sobre datos promovidas por la UE proponen un cambio de enfoque, por tanto, en lo que era la regulación europea de datos en la UE en las últimas décadas.

Así, de forma compatible con el mantenimiento de una protección sólida de los derechos y libertades de los ciudadanos europeos, las nuevas propuestas legislativas en materia de datos digitales son más comprensivas (p. ej., regulan el dato como activo digital, tanto si tiene carácter de personal como si no) y se enfocan en promover la generación e intercambio de datos. Sin embargo, las tres áreas normativas europeas de nuevo cuño analizadas no son las únicas con un impacto alto en los datos y, en general, toda la normativa digital de la EU de fechas recientes o pendiente de aprobación va a tener impacto sobre el uso y protección de los datos en Europa. Este es el caso, por ejemplo, de la normativa de inteligencia artificial o las nuevas normas en materia de ciberseguridad.

Esta vorágine reguladora de la UE en materia digital, si bien necesaria, también genera retos jurídicos relevantes. De hecho, se empiezan a identificar algunas posibles incompatibilidades o incoherencias entre las diversas normas, que pueden causar precisamente el efecto jurídico contrario al buscado: esto es, cierta inseguridad jurídica. De hecho, algunas de estas posibles incoherencias han sido puestas de manifiesto, precisamente, por algunos órganos e instituciones europeas. Este es el caso, por ejemplo, de lo que ocurre entre el RGPD y la propuesta de Reglamento sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios. El Comité Europeo de Protección de Datos ya ha manifestado que el concepto de “uso secundario” de los datos sanitarios que utiliza el Reglamento sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios guarda grandes similitudes, pero su regulación podría no ser coherente con el concepto de “uso posterior” de los datos personales acuñado por el RGPD hace años. Otro de los posibles riesgos de incoherencias es el antes referido de las reglas de acceso a y portabilidad de los datos contenidos en la propuesta de Ley de Datos y las reglas al respecto del RGPD.

Con todo, nos encontramos con un panorama legislativo en materia digital para los próximos meses y años con grandes oportunidades para la UE y también grandes retos. La ausencia de una normativa consolidada y de referencia para muchas de estas tecnologías en otras regiones del mundo puede permitir a la UE generar unos instrumentos legislativos innovadores y de referencia mundial, en términos similares a lo que ha ocurrido con el RGPD en materia de protección de datos personales.

CONSULTORIA PARA INVESTIMENTO VS. RECEPÇÃO E EXECUÇÃO DE ORDENS: EM ESPECIAL, A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

Raquel Cardoso Nunes

Advogada da Área de Contencioso e Arbitragem da Uría Menéndez-Proença de Carvalho (Lisboa)

Consultoria para Investimento vs. Recepção e Execução de Ordens: em especial, a Responsabilidade Civil das Instituições Bancárias

Neste texto pretendemos contribuir para a delimitação dogmática do conceito de consultoria para investimento e, em especial, para a sua distinção da figura da recepção e execução de ordens de investimento. Procuraremos apresentar de forma sumária o regime aplicável a um e outro serviço de investimento, sobretudo na perspectiva dos deveres que devem nortear cada uma destas situações e, em especial, as suas implicações nos regimes de responsabilidade civil aplicáveis. A final, tomaremos por referência a experiência das instituições bancárias que actuam como intermediários financeiros nas relações que estabelecem com os seus clientes e concluiremos pela delimitação daquela que entendemos ser a responsabilidade civil a que as mesmas se encontram sujeitas no desenvolvimento dessa actividade.

PALAVRAS CHAVE:

CONSULTORIA PARA INVESTIMENTO, RECEPÇÃO E EXECUÇÃO DE ORDENS, RESPONSABILIDADE CIVIL, INTERMEDIÁRIO FINANCEIRO.

Investment consulting vs receipt and execution of orders. Civil liability of banking institutions

In this article, we contribute to the debate around the definition of investment consulting and, in particular, to its distinction from the concept of receipt and execution of orders. A summary will be provided of the regime applicable to each of these two investment services, with a focus on the duties that both activities entail and

the corresponding consequences in terms of civil liability. To conclude, we will use the experience of financial institutions acting as financial intermediaries for their clients as a reference and analyse the civil liability regime that in our view should apply to those cases.

KEYWORDS:

INVESTMENT CONSULTING, RECEIPT AND EXECUTION OF ORDERS, CIVIL LIABILITY, FINANCIAL INTERMEDIARY.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023

Cardoso Nunes, Raquel (2023). Consultoria para Investimento vs. Recepção e Execução de Ordens: em especial, a Responsabilidade Civil das Instituições Bancárias. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 72-90 (ISSN: 1578-956X).

1. Introdução

O desenvolvimento progressivo do mercado financeiro e dos produtos transaccionados trouxeram consigo a necessidade de reforçar a eficiência e a confiança no seu funcionamento. A diversificação dos produtos financeiros e a proliferação de intermediários, associadas à potencial perda da paridade informativa num contexto cada vez mais complexo, tem levado o legislador (comunitário e nacional) a regular de forma veemente as operações que são realizadas e a segurança que é oferecida aos investidores.

Nesse sentido, tem sido dedicada especial atenção à protecção dos investidores, em particular no que respeita ao nível e à qualidade da informação que lhes deve ser prestada directa e expressamente pelos intermediários financeiros, e à segurança que lhes é oferecida pelo funcionamento do próprio mercado.

A falta de eficácia do sistema regulatório de outros tempos deu lugar a uma actividade legislativa sem precedentes e, nesse contexto, a consultoria para investimento tem ganho um papel de destaque no mercado dos valores mobiliários. Desde logo, o alargamento dos serviços de investimento de 2004¹ e de 2007² elevou a consultoria para investimento da categoria de *serviço auxiliar* para a categoria de *serviço de investimento*³ e sujeitou-a ao cumprimento de deveres de informação “qualificados”, nomeadamente no que respeita à análise da adequação da transacção que é recomendada ao investidor. Mais recentemente, com a DMIF II⁴, o legislador voltou a reconhecer a importância da consultoria para investimento e regulou de forma ainda mais detalhada a organização e a actuação dos consultores para investimento — as maiores exigências de verificação

1 Com a DMIF, a Directiva 2004/39/CE, de 21 de Abril de 2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos mercados de instrumentos financeiros (JOUE de 30 de Abril de 2004, L 145).

2 Em Portugal, a transposição da DMIF foi efectuada pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro de 2007. O preâmbulo do CVM é claro a respeito relevância crescente que foi sendo reconhecida à figura da consultoria para investimento.

3 Matéria então regulada no artigo 4.º e Secção C do Anexo I da DMIF e na redacção do artigo 290.º do CVM resultante da alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro de 2007. Sobre a alteração de categoria da consultoria para investimento resultante da DMIF, v. CABRITA, Carla, “A Directiva Relativa a Mercados de Instrumentos Financeiros: A Consultoria para Investimento como Serviço de Investimento”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, vol. 27, 2007, pp. 120 e seguintes.

4 Directiva 2014/65/UE, de 15 de Maio de 2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos mercados de instrumentos financeiros (JOUE de 12 de Junho de 2014, L 173).

da adequação dos investimentos e a densificação do *know your client* e do *know your product* são exemplos disso.

O investidor — em especial e para o que aqui releva, o investidor aconselhado a investir — beneficia hoje de uma protecção legislativa ímpar. Porém, a realidade é sempre mais rica do que as previsões normativas que a pretendem enquadrar e a pedra de toque desta intensa regulação é agora a definição das condições que, na prática, permitem o accionamento dos mecanismos de protecção conferidos aos investidores a quem foram prestados serviços de consultoria para investimento.

Nos últimos anos temos assistido a um crescente número de litígios judiciais em Portugal em que os investidores reclamam dos intermediários financeiros a compensação por investimentos malogrados. Muitos desses litígios resultam de situações de insolvência ou de dissolução dos emitentes ou dos garantes dos produtos transaccionados, que tornaram inviável o seu reembolso na data da maturidade. Os investidores, inconformados, alegam que desconheciam as características dos produtos, que não pretendiam subscrever esse tipo de produtos e que se limitaram a dar cumprimento às recomendações de investimento que receberam.

Os tribunais têm sido chamados a definir, a cada momento e em cada caso, qual o tipo de relação que se estabeleceu entre o intermediário financeiro e o investidor e qual o nível de protecção que é conferido a cada um desses tipos de relação. Em particular, tem sido recorrente a necessidade de distinguir a consultoria para investimento da mera recepção e execução de ordens, especialmente quando praticada por instituições bancárias que actuam como intermediários financeiros e por referência a clientes que, independentemente da transacção em causa, já eram clientes bancários da instituição. A distinção não é teórica e tem implicações ao nível dos deveres que recaem sobre os intermediários financeiros e, sobretudo, ao nível da sua responsabilidade para com os investidores.

Por exemplo, questiona-se se a divulgação generalizada das características dos produtos financeiros que compõem o portfólio de uma instituição bancária deve consubstanciar um caso de consultoria para investimento, ou se, pelo contrário, a prestação desse tipo de informações pode ser entendida como complementar à actividade de recepção e execução de ordens que é praticada pelas instituições bancárias. Questiona-se, também, se os termos em que ocorreu essa divulgação podem determinar uma diferente classificação dos serviços, se é relevante saber de que forma foi partilhada a informação e se foi o cliente que procurou a informação junto do banco ou se, pelo contrário, foi o banco que procurou determinado cliente para lhe apresentar certos produtos financeiros⁵. A resposta a cada uma destas questões depende necessariamente do enquadramento do caso concreto e do tipo de relação que tiver sido estabelecida entre a instituição bancária/intermediário financeiro e o cliente/investidor.

⁵ Sobre estas e outras situações em se questionam os limites do conceito de consultoria para investimento, v. nota de rodapé n.º 9 de OLIVEIRA, Ana Perestrelo de (2017). "DMIF II e consultoria para investimento: da compliance à revisão de modelos de negócio", *O Novo Direito dos Valores Mobiliários — I Congresso sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros*, Lisboa: Almedina, p. 220.

2. Conceito e figuras afins

O artigo 4.º da DMIF II define a consultoria para investimento como “a prestação de um aconselhamento personalizado a um cliente, quer a pedido deste, quer por iniciativa da empresa de investimento, relativamente a uma ou mais transacções respeitantes a instrumentos financeiros.”. Por sua vez, o artigo 9.º do Regulamento Delegado da DMIF II⁶, acrescenta que “entende-se por aconselhamento personalizado uma recomendação feita a uma pessoa na sua qualidade de investidor efectivo ou potencial ou na sua qualidade de agente de investidor efectivo ou potencial” e que essa recomendação, além de dever ser adequada, deve visar (i) a compra, venda, subscrição, troca, resgate, detenção ou tomada firme de um instrumento financeiro específico ou (ii) o exercício ou não de qualquer direito associado ao instrumento financeiro específico.

No panorama nacional, o artigo 294.º, n.º 1, do CVM define a consultoria para investimento como “a prestação de um aconselhamento personalizado a um cliente, na sua qualidade de investidor efectivo ou potencial, quer a pedido deste quer por iniciativa do intermediário financeiro ou consultor para investimento autónomo relativamente a transacções respeitantes a valores mobiliários ou a outros instrumentos financeiros.” Já o n.º 2 deste preceito acrescenta que “existe aconselhamento personalizado quando é feita uma recomendação a uma pessoa, na sua qualidade de investidor efetivo ou potencial, que seja apresentada como sendo adequada para essa pessoa ou baseada na ponderação das circunstâncias relativas a essa pessoa, com vista à tomada de uma decisão de investimento”.⁷

São, assim, três as características fundamentais da noção de consultoria para investimento: (i) a prestação de um conselho ou recomendação personalizado, (ii) que versa sobre instrumentos financeiros, (iii) dirigida a um ou mais investidores determinados.

Para começar, está em causa um aconselhamento e o objecto desse aconselhamento são investimentos em instrumentos financeiros. Isto significa que, para que seja qualificada de consultoria para investimento, a actividade do intermediário financeiro (i) deve concluir, necessariamente, por uma proposta de actuação e deve sugerir ao investidor uma tomada de decisão num determinado sentido e (ii) essa recomendação tem necessariamente por objecto formas de investimento em instrumentos financeiros. A mera prestação de informações por parte do intermediário financeiro, de forma isenta e objectiva, desacompanhada de uma sugestão de actuação, não constitui um caso de consultoria para investimento, já que não existe nessas circunstâncias uma intenção de influenciar a vontade do destinatário da informação. Tal como explica ENGRÁCIA ANTUNES, “o contrato de consultoria corresponderá a um verdadeiro contrato de aconselhamento, pelo qual o intermediário se obriga a propor ao seu cliente aquilo que ele deve fazer ou não deve fazer em matéria de operações de investimento no mercado de capitais.”⁸

6 Regulamento Delegado (UE) 2017/565 da Comissão, de 25 de Abril de 2016 (JOUE de 31 de Março de 2017, L 87).

7 Sobre a evolução da consagração legal da consultoria para investimento nos instrumentos comunitários e nacionais ao longo do tempo, v. LUCENA E VALE, Alexandre (2004). “Consultoria para investimento em valores mobiliários”, *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. V, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 350 e seguintes.

8 ANTUNES, Engrácia (2009). *Direito dos Contratos Comerciais*, Lisboa: Almedina, p. 592.

A necessidade de ser formulada uma recomendação de investimento é o cerne da distinção entre a consultoria para investimento e a recepção, transmissão e execução de ordens. A consultoria para investimento assenta na prestação de um conselho, mas não obriga o investidor a efectuar qualquer investimento. A recepção, transmissão e execução de ordens consiste noutra serviço de investimento e, tal como resulta do nomen iuris, refere-se ao recebimento por parte do intermediário financeiro de uma ordem de investimento sobre instrumentos financeiros (que pode ser de compra, venda ou outro) e aos procedimentos subsequentes que são desencadeados para dar cumprimento a essa ordem. A DMIF II define-a como a “execução de ordens em nome de clientes”, nos seguintes termos: “a atuação com vista à celebração de contratos de compra ou venda de um ou mais instrumentos financeiros em nome de clientes e inclui a conclusão de acordos de venda de instrumentos financeiros emitidos por uma empresa de investimento ou uma instituição de crédito no momento da sua emissão” (cfr. artigo 4.º, n.º 1, ponto 5).

A recepção e execução de ordens situa-se assim num momento posterior ao da consultoria para investimento. No momento da recepção e execução de ordens, o investidor, por definição, já formou a sua vontade, já decidiu o sentido da sua actuação e recorre ao intermediário financeiro apenas para dar execução ao investimento. Ainda que tanto num como noutra caso o intermediário financeiro analise e transmita ao investidor a informação relativa ao instrumento financeiro em apreço, a consultoria para investimento tem subjacente uma recomendação de actuação que não existe na recepção e execução de ordens.

A recepção e execução de ordens é uma actividade objectiva, ao passo que a consultoria para investimento consiste numa actividade com carácter subjectivo. Isto não significa que a primeira não tenha subjacente a prestação de informações ao investidor. O que acontece é que as informações prestadas pelo intermediário financeiro ao investidor no âmbito da actividade de recepção e execução de ordens não constituem o objecto imediato da prestação e configuram apenas deveres colaterais de actuação. É o caso, por exemplo, da prestação de informação por parte do intermediário financeiro sobre o exercício do dever de recusa previsto no artigo 326.º do CVM.

Voltando à consultoria para investimento, referimos ainda que o aconselhamento deve ser prestado de forma personalizada e deve dirigir-se a investidores determinados. Tal como resulta do Considerando 14 do Regulamento Delegado da DMIF II, “o aconselhamento sobre instrumentos financeiros dirigido ao público em geral não deve ser considerado um aconselhamento personalizado para efeitos da definição de “consultoria para investimento” prevista na Diretiva 2014/65/UE”. No mesmo sentido, o n.º 3 do artigo 294.º do CVM refere que “uma recomendação não constitui um aconselhamento personalizado, caso seja emitida exclusivamente ao público”.

Este aspecto permite distinguir a consultoria para investimento das recomendações de investimento (ou actividade de research ou análise financeira). A prestação de recomendações de investimento é um serviço auxiliar dos serviços e actividades de investimento e vem definida no artigo 291.º, alínea c), do CVM como “a elaboração de estudos de investimento, análise financeira ou outras recomendações genéricas relacionadas com operações em instrumentos financeiros.”.

Pese embora ambas as actividades consistam na prestação de um conselho com vista à tomada de determinada decisão sobre investimentos em instrumentos financeiros e pese embora em ambos os casos o intermediário financeiro se encontre sujeito aos mesmos requisitos no que respeita à

qualidade da informação a divulgar (artigo 7.º, n.º 1, do CVM), as recomendações de investimento são conselhos e recomendações genéricas acerca de um produto ou de um emitente, que se destinam, por definição, ao público em geral⁹. Por sua vez, a consultoria para investimento é um serviço *tailor made*, que é prestado a um investidor determinado e é definido em função das suas características. O critério que distingue as duas figuras é, por isso, o núcleo de investidores que recebe a informação em causa que, no caso da consultoria para investimento, é um núcleo determinado (composto, normalmente, apenas pelo investidor que contratou os serviços de consultoria para investimento) que personaliza o serviço e, no segundo caso, é um núcleo indeterminado de sujeitos cujas características não são atendidas para a formulação da recomendação¹⁰.

Note-se que, ainda assim, as recomendações de investimento destinadas ao público em geral não se confundem com a figura da prospecção de investidores. A prospecção de investidores não é um serviço de investimento, nem sequer um serviço auxiliar de investimento, e nela o prospector obriga-se apenas a captar clientes para celebrar contratos de intermediação financeira. Ainda que a sua actividade possa incluir a transmissão de alguma informação ou a apresentação de determinados produtos ou emitentes ao público em geral, o prospector age no interesse do intermediário financeiro e não no interesse do investidor.

Por fim, uma breve nota para referir que a actividade de consultoria para investimento pode incluir a necessidade de o consultor rever e actualizar, com maior ou menor frequência, a recomendação efectuada e, bem assim, informar o investidor acerca da evolução do instrumento financeiro em causa. Nestes casos, importa não confundir a actividade de consultoria para investimento com a figura da gestão de carteiras. A gestão de carteiras é um serviço de investimento (artigo 290.º, n.º 1, alínea c) do CVM) e corresponde ao contrato pelo qual o intermediário financeiro se obriga a gerir, por conta e no interesse do investidor, um conjunto de instrumentos financeiros por si titulados, de forma a maximizar a sua rentabilidade. Ora, a consultoria para investimento, ainda que possa incluir a avaliação periódica dos instrumentos financeiros que foram recomendados e, eventualmente, a elaboração de novas recomendações, não inclui a realização dos actos de execução dessas recomendações (ou de quaisquer outras). Isto é, ainda que o consultor se possa ver na necessidade de rever o conselho prestado ao investidor e, na sequência dessa revisão, emitir uma nova recomendação de investimento, o seu papel não passa pela execução do próprio investimento.

Em síntese, temos que a consultoria para investimento é o contrato através do qual o intermediário financeiro se obriga a prestar um conselho personalizado a um investidor determinado, o qual tem por objecto o investimento em instrumentos financeiros. Por outro lado, a recepção e execução de ordens de investimento consiste no recebimento pelo intermediário financeiro de uma ordem específica do investidor e na realização da operação correspondente a essa ordem, sobre um determinado instrumento financeiro.

9 Cfr. Recomendações da CMVM Sobre Relatórios de Análise Financeira (Research), de 1 de Dezembro de 2001.

10 Sobre este tema, v., em especial, os esclarecimentos constantes do Considerando 14. do Regulamento de Execução da DMIF II.

3. Regimes aplicáveis

Aqui chegados, cumpre analisar os regimes a que se encontram sujeitas as actividades de consultoria para investimento e de recepção e execução de ordens, nomeadamente no que respeita aos deveres legais que recaem sobre os intermediários financeiros a propósito da prática de cada uma dessas actividades de investimento. No entanto, dado o aprofundado tratamento dogmático que o tema dos deveres dos intermediários financeiros tem merecido ao longo do tempo — em especial, o dever de informação e a qualidade dessa informação —, entendemos não ser de reproduzir aqui o estudo dos vários deveres gerais que impendem sobre os intermediários financeiros (em qualquer um dos serviços de investimento que possam prestar).

Tomamos, assim, como boas as análises aos deveres do intermediário financeiro que se encontram já generalizadas na doutrina e que, salvo pontuais acertos de nomenclatura, distinguem os deveres decorrentes de relações contratuais ou pré-contratuais com os clientes (os deveres relacionados com o princípio da protecção dos interesses dos clientes, o *know your client*, o sigilo profissional e os deveres de informação), os deveres decorrentes das relações com qualquer dos intervenientes no mercado, nos quais se incluindo os clientes (a boa fé, a diligência, a lealdade e a transparência), os deveres gerais (protecção da eficiência do mercado e defesa do mercado) e os deveres organizativos (aptidão profissional, conservação de documentos, *chinese walls* e segregação patrimonial). E, a partir daqui, apresentamos uma análise mais cuidada do normativo nacional e comunitário que se encontra especificamente pensado para a consultoria para investimento e para a recepção e execução de ordens.

3.1. A consultoria para investimento

As principais alterações introduzidas pela DMIF II no regime da consultoria para investimento têm subjacente uma pretensão do legislador comunitário de, por um lado, aumentar a transparência do mercado e a qualidade do serviço prestado (em particular no que se refere aos investidores não profissionais) e, por outro lado, diminuir os conflitos de interesses, efectivos ou potenciais. Nesse sentido, o regime da consultoria para investimento assenta hoje numa divisão profunda entre a consultoria independente e a consultoria não independente. O objectivo desta distinção é o de que o investidor possa tomar conhecimento, a cada momento, da isenção dos serviços que lhe são prestados e possa conferir-lhe a credibilidade que julgar conveniente em função dessa isenção.

O Código dos Valores Mobiliários remete para a DMIF II os deveres ou actuações específicas do intermediário financeiro que actua como consultor para investimento (artigo 312.º-H, n.º 1, pró-mio, do CVM). Ainda assim, por uma razão de coerência cronológica, a primeira obrigação do consultor para investimento não pode deixar de ser a de informar o investidor sobre se a consultoria é prestada numa base independente ou não (artigo 24.º, n.º 4, alínea *a*), da DMIF II e artigo 312.º-H, n.º 1, alínea *a*), do CVM). De resto, a preocupação (comunitária e nacional) em assegurar uma efectiva segregação dos serviços de consultoria para investimento em base independente daqueles que são prestados em base não independente é tal que, ainda que o intermediário fi-

nanceiro possa cumular os dois tipos de consultoria, está estabelecido que deve fazê-lo através de instalações físicas e estruturas funcionais e hierárquicas diferentes (artigo 294.º, n.º 8, do CVM).

Para que a consultoria para investimento possa ser considerada como de base independente, o intermediário financeiro deve sujeitar-se ao cumprimento dos seguintes deveres, aquando da prestação dos serviços contratados: (i) avaliar uma gama suficientemente diversificada de produtos financeiros disponíveis no mercado, (ii) encontrar-se disponível para, no âmbito das recomendações de investimento que realiza, incluir quer os instrumentos financeiros que são emitidos e/ou comercializados por si ou por entidades com quem tenha relações estreitas, quer os que são emitidos e/ou comercializados por entidades terceiras, e (iii) não aceitar ou receber qualquer remuneração comissão ou benefício, pago ou concedido por entidade terceira, com exceção dos benefícios não pecuniários de montante não significativo (artigo 24.º, n.º 4, alínea a), ii) e n.º 7, da DMIF II e artigo 294.º, n.º 7, do CVM).

O contrato de consultoria para investimento é, habitualmente, um contrato remunerado. O investidor pagará ao intermediário financeiro a remuneração acordada para o serviço que foi contratado¹¹. E não poderia ser de outra forma, já que o intermediário financeiro que pretenda prestar serviços de consultoria para investimento em base independente não poderá aceitar qualquer remuneração concedida por entidades terceiras, incluindo (em especial) pelos emitentes dos produtos, sob pena de ter que devolver os montantes em causa e informar o investidor (artigo 313.º-B do CVM). Como veremos a final, a circunstância de a consultoria para investimento ser um serviço remunerado pode contribuir para que a expectativa de aconselhamento criada pelo investidor seja legítima, permitindo-lhe, entre outros, exigir a responsabilidade do intermediário financeiro no pós-serviço.

O consultor para investimento deve ainda informar o investidor sobre se os seus serviços incluem, ou não, uma avaliação periódica da adequação dos instrumentos financeiros que venham a ser recomendados (artigo 24.º, n.º 4, alínea a), iii) da DMIF II e artigo 312.º-H, n.º 1, alínea c) do CVM), e deve, em todo o caso, entregar ao investidor um relatório, em suporte duradouro, sobre a adequação do serviço prestado (artigo 25.º, n.º 6 da DMIF II e artigos 312.º-H, n.º 2, e 323.º do CVM,). Esta obrigação não é dispensada nos casos em que os serviços de consultoria para investimento em causa correspondem apenas a uma recomendação inicial e não incluem a avaliação periódica da adequação dos instrumentos financeiros inicialmente recomendados, nem nos casos em que o investidor não acolheu a recomendação feita pelo intermediário financeiro. Note-se, a este respeito, que também a *European Securities and Markets Authority* (ESMA) já confirmou que o relatório de adequação tem que ser entregue ao investidor sempre que tenha havido recomendações de investimento, independentemente de estas terem culminado (ou não) numa operação ou subscrição de instrumento financeiro¹². Ou seja, na medida em que a prestação de serviços de consultoria para investimento não obriga o investidor a realizar os investimentos recomendados,

11 A comunicação clara dos custos associados ao serviço de consultoria para investimento é outro dos deveres que recaem especificamente sobre o intermediário financeiro que presta esse tipo de serviços (considerando 72 e artigo 24.º, n.º 4, alínea c), da DMIF II).

12 "Questions and Answers on MiFID II and MiFIR investor protection and intermediaries topics", questão 1 do parágrafo 2, atualizadas à data de 18 de Fevereiro de 2020, disponíveis em www.esma.europa.eu.

a entrega do relatório de adequação depende da prestação dos serviços de consultoria e não das concretas operações de investimento que possam vir a ocorrer no seu seguimento.

Ainda quanto ao regime aplicável à consultoria para investimento, o artigo 25.º, n.º 1 da DMIF II acrescenta que deve ser exigido às empresas de investimento que assegurem que as pessoas singulares que prestam os serviços de consultoria para investimento possuem os conhecimentos e as competências necessárias ao desempenho das suas funções (incluindo dos deveres a que estão adstritas). Em particular, o Considerando 71 da DMIF II refere que *“as empresas de investimento deverão, desde logo, compreender os elementos de identificação dos instrumentos financeiros propostos ou recomendados e estabelecer ou rever políticas e modalidades eficazes para determinar a categoria de clientes aos quais os produtos e os serviços são fornecidos”*. No plano nacional, esta obrigação dos intermediários financeiros encontra-se plasmada no artigo 305.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2, do CVM.

Por fim e sem prejuízo do que se analisará no capítulo seguinte, o artigo 25.º, n.º 2, da DMIF II consagra ainda a obrigação de os prestadores de serviços de consultoria para investimento *“ao prestar serviços de consultoria para investimento ou de gestão de carteiras, a empresa de investimento deve obter as informações necessárias relativas aos conhecimentos e experiência do cliente ou cliente potencial em matéria de investimento no que respeita ao tipo específico de produto ou serviço em questão, bem como as relativas à sua situação financeira, incluindo a sua capacidade para suportar perdas, e aos seus objetivos de investimento, incluindo a sua tolerância ao risco, de modo a permitir à empresa de investimento recomendar ao cliente ou cliente potencial os serviços de investimento e os instrumentos financeiros que lhe são mais adequados e, em particular, mais consentâneos com o seu nível de tolerância ao risco e a sua capacidade para suportar perdas.”*, o que significa que a sua actuação deverá ainda ser pautada também por este parâmetro. Esta regra vem prevista no artigo 304.º, n.º 3, do CVM a respeito da actuação, em geral, dos intermediários financeiros (e não apenas dos consultores para investimento), nos seguintes termos: *“Na medida do necessário para o cumprimento dos seus deveres na prestação do serviço, o intermediário financeiro deve informar-se junto do cliente sobre os seus conhecimentos e experiência no que respeita ao tipo específico de instrumento financeiro ou serviço oferecido ou procurado, bem como, se aplicável, sobre a situação financeira e os objetivos de investimento do cliente.”* Tal como explica Alexandre Lucena e Vale, esta regra assume particular preponderância no âmbito da consultoria para investimento, na medida em que o núcleo central da relação jurídica estabelecida entre o intermediário financeiro e o investidor é o da prestação de um conselho personalizado¹³. Voltaremos a ela no capítulo seguinte.

3.2. A recepção e execução de ordens

A recepção e execução de ordens é um dos serviços de investimento a respeito dos quais o legislador nacional mais se deteve (tendo-lhe dedicado uma secção inteira no Código dos Valores Mobiliários, hoje composta por 8 artigos, inserida no capítulo relativo aos contratos de intermediação). A pretensão do legislador foi a de, à luz da DMIF II, assegurar que a menor exigência dos deveres

13 LUCENA E VALE, Alexandre (2004). “Consultoria para investimento em valores mobiliários”, *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. V, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 385 e seguintes.

de informação que recaem sobre os intermediários financeiros aquando da prestação de serviços de recepção e execução de ordens não redundam numa menor protecção do investidor ou numa menor eficiência do mercado¹⁴.

O regime da recepção e execução de ordens divide-se, fundamentalmente, nos dois grandes momentos que se encontram associados à prestação deste serviço de investimento: a recepção da ordem emitida pelo investidor e a execução dessa ordem pelo intermediário financeiro.

No momento do recebimento da ordem que lhe seja dirigida pelo investidor, o intermediário financeiro deve, desde logo, verificar a legitimidade do investidor (artigo 325.º do CVM) e, bem assim, verificar se existe alguma causa que determine a recusa da ordem à luz do artigo 326.º CVM. Do elenco de razões que podem determinar o intermediário financeiro a recusar a ordem de investimento recebida, destacamos (i) o dever de recusar a ordem caso seja evidente que a mesma contraria os interesses do investidor, salvo se este a confirmar por escrito e (ii) o dever de recusar a ordem quando o intermediário financeiro reconheça não estar em condições de prestar ao investidor toda a informação exigida para a realização da ordem.

Quanto ao dever do intermediário financeiro de recusar a ordem quando seja evidente que a mesma contraria os interesses do investidor (artigo 326.º, n.º 1, alínea b), do CVM), não temos dúvidas em afirmar que se alude aqui à obrigação de conhecimento dos clientes (*know your client*) que impende sobre os intermediários financeiros, em especial para aferir quais poderão ser os interesses em jogo em cada ordem de investimento (artigo 304.º, n.º 2, do CVM). Sucede que o dever de recusa consagrado no artigo 326.º, n.º 1, alínea b), do CVM deve ser enquadrado à luz do dever de informação que recai sobre o intermediário financeiro em cada caso. Ora, nos casos do artigo 25.º, n.º 4 (que remete para o n.º 3) da DMIF II ou do artigo 314.º-D, n.º 1, do CVM (são os casos de aplicação do regime *execution-only*) os intermediários financeiros que se limitem a prestar serviços de recepção e execução de ordens estão autorizados a prestar esses serviços de investimento aos seus clientes sem necessidade de obter as informações ou efetuar a determinação da adequação do investimento que deveriam efectuar em condições normais. De onde, em consequência, a análise da eventual contrariedade do investimento para com os interesses do investidor (para determinação do dever de recusa, à luz do artigo 326.º, n.º 1, alínea b), do CVM), a existir, será necessariamente menos exigente do que seria em circunstâncias normais de recepção e execução de ordens.

Por sua vez, quanto ao dever do intermediário financeiro de recusar a ordem quando reconheça não estar em condições de prestar ao investidor toda a informação exigida para a sua realização, não podem deixar de se fazer as seguintes duas breves notas. A primeira, para referir que esta norma espelha uma evidente pretensão do legislador de prever a consequência do incumprimento (antecipável) do dever de informação do intermediário financeiro, ao invés de o remeter para a aplicação do regime de responsabilidade civil, penal ou contraordenacional que no caso lhe coubesse. A forma de o intermediário financeiro responder pelo incumprimento (antecipável) do dever de informação é assacar-lhe a possibilidade de realizar a ordem de investimento em causa. Por outro lado, a segunda nota para referir que, a par do que acontece com o cumprimento do

14 O que resulta claro, desde logo, do Considerando 80 da DMIF II.

dever de informação no âmbito da prestação de serviços de consultoria para investimento, também aqui a concreta informação que deva ser prestada ao investidor variará em cada caso, em função das características do investidor e do produto que estejam em causa. Exemplo disso é não apenas o que se acaba de referir a respeito da compatibilização do regime de *execution-only* com o regime do dever de recusa, mas também as obrigações de informação que devem ser prestadas em especial aos investidores não qualificados e de que é exemplo o artigo 328.º, n.º 4, alínea *b*) do CVM.

Ainda quanto ao regime específico dos serviços de recepção e execução de ordens e à actuação do intermediário financeiro no momento do recebimento da ordem que lhe é dirigida pelo investidor, temos que o intermediário financeiro deve definir o prazo de validade da ordem (artigo 327.º-A do CVM), deve transmiti-la a outro intermediário caso não a possa executar (artigo 328.º, n.º 1, do CVM) e deve obedecer a regras específicas de registo (artigo 328.º, n.º 3 e n.º 4, alínea *a*) do CVM).

Por sua vez, no que respeita ao regime dos serviços de recepção e execução de ordens e à actuação do intermediário financeiro no momento da execução das ordens que lhe sejam dirigidas pelo investidor, à falta de acordo em contrário, o intermediário financeiro deve executá-las nas melhores condições e deve empregar na execução das ordens todos os esforços razoáveis para obter o melhor resultado possível para o investidor (artigo 330.º, n.º 2, do CVM). Esta norma corresponde a uma consagração evidente, no âmbito dos serviços de recepção e execução de ordens de investimento, do princípio da protecção dos legítimos interesses dos investidores. Ainda assim, a razoabilidade dos esforços a empregar pelo intermediário financeiro deve ser aferida por respeito às ordens de investimento quando consideradas de forma consistente. É, por isso, admissível que, ocasionalmente, a execução de uma determinada ordem possa mostrar-se menos rentável, sem que isso corresponda à violação de qualquer dever por parte do intermediário financeiro¹⁵. No que respeita a investidores não profissionais, presume-se que as melhores condições são representadas pela contrapartida pecuniária global auferida pelo investidor (artigo 330.º, n.º 11, do CVM).

Além disso, o intermediário financeiro que preste serviços de recepção e execução de ordens deve adoptar uma política de execução que permita obter o melhor resultado possível e inclua, no mínimo, as formas organizadas de negociação que permitam obter, de forma reiterada, aquele resultado e que, em relação a cada tipo de instrumento financeiro, inclua informações sobre as diferentes formas organizadas de negociação e os fatores determinantes da sua escolha (artigo 330.º, n.º 4, do CVM). A política de execução deve ser comunicada ao investidor, incluindo as suas alterações (artigo 330.º, n.ºs 5 e 6, do CVM) e deve ser periodicamente avaliada pelo intermediário financeiro (artigo 330.º, n.º 9, do CVM).

Por fim, o intermediário financeiro que preste serviços de recepção e execução de ordens deve abster-se de receber qualquer pagamento, desconto ou prestação não pecuniária pela execução de ordens que possa contender com as normas sobre conflitos de interesses (artigo 330.º, n.º 13, do CVM). Entendemos que este dever corresponde a um corolário do dever de reduzir a ocor-

15 Neste sentido, APOLÓNIA, Rui (2019). *Deveres de Informação dos Intermediários Financeiros*, Lisboa: Almedina, p. 115.

rência de conflitos de interesses que vigora em todas as actividades de intermediação financeira (artigo 309.º, n.º 1, CVM) e, como tal, deve estar espelhado na política em matéria de conflitos de interesses do intermediário financeiro (artigo 309.º-A do CVM) e deve ser comunicado ao investidor (artigo 312.º-C do CVM).

Por fim, o legislador nacional estabeleceu ainda de forma específica a responsabilidade dos intermediários financeiros que prestem serviços de recepção e execução de ordens (artigo 334.º do CVM). Ao contrário do que a epígrafe do artigo poderia sugerir, esta norma não trata da consagração de um regime de responsabilidade (civil, penal ou contraordenacional) a que os intermediários financeiros que prestem este tipo de serviços possam estar sujeitos. Do que se trata é de identificar quais são exactamente os actos (em sentido amplo) cuja violação pode fazer desencadear a responsabilidade do intermediário financeiro no contexto da prestação de serviços de recepção e execução de ordens de investimento. Quanto a isso, os receptores e executores de ordens são responsáveis perante o investidor *(i)* pela entrega dos instrumentos financeiros adquiridos e pelo pagamento do preço dos instrumentos financeiros alienados, *(ii)* pela autenticidade, validade e regularidade dos instrumentos financeiros adquiridos e *(iii)* pela inexistência de quaisquer vícios ou situações jurídicas que onerem os instrumentos financeiros adquiridos. Como se verá, este elenco afigura-se fundamental para a conclusão a que chegaremos adiante.

4. A suitability e a appropriateness

Iniciámos este texto antecipando desde logo aquela foi a grande diferença trazida pela elevação da consultoria para investimento à categoria de serviço de investimento — o grau de informação “qualificado” sobre o investidor que deve ser obtido pelos intermediários financeiros na prestação desse serviço, no caso e em particular, quando comparado com o grau de informação “simples” que deve ser obtido aquando da prestação de serviços de recepção e execução de ordens de investimento e que dita, num e noutro caso, diferentes responsabilidades perante o investidor.

No que se refere ao grau de conhecimento dos investidores, a DMIF II acolheu o princípio *know your client* (KYC) que já vigorava e que já era conhecido no mercado. De acordo com este princípio, o intermediário financeiro deve solicitar ao investidor, em termos gerais, a informação relativa aos seus conhecimentos, experiência e situação financeira em matéria de investimento, nomeadamente no que respeita ao tipo, volume e natureza de serviços, operações e instrumentos financeiros com que se encontra familiarizado e, bem assim, às suas habilitações académicas.

Porém, como também já tivemos oportunidade de referir, um dos grandes vectores associados à DMIF II foi o desenvolvimento da protecção e salvaguarda dos interesses dos investidores, nomeadamente no que se refere à segurança (leia-se: à informação) que lhes é oferecida pelo mercado. Nessa medida, a DMIF II traçou uma distinção clara entre serviços como a simples recepção, transmissão e execução de ordens e outros serviços de investimento financeiro, em particular a consultoria para investimento.

O intermediário financeiro deve dar cumprimento ao *know your client* nos termos acima referidos em todos os serviços de investimento que possam ser realizados (à excepção, naturalmente, dos casos em que os serviços de recepção e execução de ordens podem ser prestados em regime de

execution only e que se encontram listados no artigo 314.º-D do CVM). Esta obrigação encontra-se consagrada na nossa ordem jurídica no artigo 314.º, n.º 1, do CVM. O exacto conteúdo da informação a prestar dependerá apenas da natureza do investidor em causa (não qualificado ou qualificado), no que se tem designado de forma simplista como regra da proporcionalidade inversa: quanto menos qualificado for o investidor, mais e melhor informação haverá a prestar¹⁶.

No entanto, em determinados casos de serviços de investimento que não a recepção e execução de ordens, essa obrigação materializa-se em algo mais do que o dever de obter apenas as informações atrás identificadas. É a essa diferença que alude o artigo 304.º, n.º 3, do CVM quando refere que, “*se aplicável*”, o intermediário financeiro deve procurar obter mais informação do investidor do que apenas a informação relativa à sua experiência e conhecimentos. Nesses casos — nos quais se insere, para o que aqui releva, a consultoria para investimento — os intermediários financeiros são obrigados a ir mais longe do que a mera avaliação de conhecimentos e experiências do investidor e devem recolher informação também acerca dos objectivos de investimento do cliente, de forma a poderem analisar a adequação da transacção e dos produtos financeiros em causa a esses objectivos. Esta distinção foi expressamente adoptada pelo legislador nacional e resulta particularmente clara da comparação do artigo 314.º, n.º 1, do CVM (sob a epígrafe “*Princípio geral*”) com o artigo 314.º-A, n.º 1, do CVM (sob a epígrafe “*Consultoria para investimento e gestão de carteiras*”).

Assim, com a elevação da consultoria para investimento da categoria de serviço auxiliar para a categoria de serviço de investimento, os intermediários financeiros que actuem como consultores para investimento ficaram incumbidos de dar cumprimento a um *know your client* “qualificado”, que se situa para além do que seria o *know your client* “simples”, associado à recepção e execução de ordens, e que leva o consultor a responder perante o investidor pela adequação do produto aos seus objectivos.

A diferença entre um e outro grau de informação a obter (e a prestar) pelos intermediários financeiros em cada um daqueles serviços tem sido distinguida na doutrina como “*suitability*”, no caso da consultoria para investimento, e “*appropriateness*”, no caso da recepção e execução de ordens. A *suitability*, própria da consultoria para investimento, inclui a análise, pelo intermediário financeiro, do instrumento financeiro individualmente considerado, mas também e além disso, da adequação da transacção aos objectivos do investidor em causa. Por sua vez, a *appropriateness*, própria da recepção e execução de ordens, queda-se apenas pela análise do instrumento financeiro individualmente considerado¹⁷. O intermediário financeiro encontra-se obrigado a partilhar com o investidor as conclusões a que chegou tanto no “*suitability test*”, como no “*appropriateness test*”, consoante o caso.

Quanto ao acesso, ou não, à informação acerca do cliente, também existem diferenças assinaláveis num e noutro caso. Enquanto que a não obtenção por parte do intermediário financeiro da

16 Assim, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Cabral Tavares), de 6 de Novembro de 2018, processo n.º 2468/16.4T8LSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

17 Nesse sentido, v. as Perguntas e Respostas sobre novas regras para os mercados e instrumentos financeiros (DMIF II), publicadas pela CMVM em 1 de Agosto de 2018, as Perguntas e respostas sobre princípios básicos de investimento, publicadas pela CMVM em 4 de Janeiro de 2019 e as Orientações relativas a determinados aspectos dos requisitos da DMIF II em matéria de adequação, publicadas pela ESMA em 6 de Novembro de 2018.

informação necessária ao *suitability test* impede-o de prosseguir com a prestação da consultoria para investimento (artigo 314.º-A, n.º 3, do CVM), a não obtenção da informação necessária ao *appropriateness test* não o impede de prosseguir com a transmissão ou a execução da ordem de investimento (desde que o investidor tenha sido informado nos termos do artigo 314.º, n.º 3, do CVM, e desde que salvaguardados os casos em que o intermediário financeiro deve recusar a ordem, nos termos do artigo 326.º do CVM)¹⁸.

Diferenças que, de resto, são igualmente válidas para os casos em que a informação obtida desaconselha a operação. Ou seja, se o *suitability test* indicar que a transacção ou o instrumento financeiro em causa não são adequados para aquele investidor, o consultor para investimento deve abster-se de realizar a recomendação (artigo 314.º-A, n.º 3, do CVM), ao passo que se o *appropriateness test* indicar que a ordem de investimento não é apropriada, o intermediário pode, ainda assim, prosseguir com a sua transmissão ou execução (desde que o investidor confirme que foi disso informado, nos termos do artigo 314.º, n.º 2, do CVM e salvo os casos em que a desadequação é manifesta, nos termos do artigo 326.º do CVM).

A tutela dos interesses do investidor e o tipo e a intensidade dos deveres que recaem sobre os intermediários financeiros num e noutro caso — e que determinam a responsabilidade que lhes pode ser assacada pelos investidores — são, como se denota, substancialmente diferentes.

5. A responsabilidade civil dos intermediários financeiros pela informação e execução da operação

Neste texto pretendemos apurar em que medida as instituições bancárias que, actuando como intermediárias financeiras, prestam informações e recebem e executam ordens de investimento dos seus clientes, respondem perante esses mesmos clientes. Para aí chegar, importa começar por analisar o regime geral de responsabilidade civil a que se encontram sujeitos os intermediários financeiros, aquando da prestação de serviços de investimento, qualquer que seja o serviço concretamente em causa.

Em termos gerais, o incumprimento ilícito pelos intermediários financeiros dos deveres a que se encontram sujeitos é susceptível de desencadear a sua responsabilidade penal, contra-ordenacional e/ou civil. Concentremo-nos, para o que ora releva, apenas no regime de responsabilidade civil, já que é ao abrigo deste que o intermediário financeiro pode vir a responder especificamente perante o investidor lesado (e não perante o mercado ou perante a ordem jurídica, como acontece nas disciplinas contra-ordenacionais e penais, reguladas nos artigos 378.º e seguintes do CVM¹⁹).

A propósito da responsabilidade civil dos intermediários financeiros, o artigo 304.º-A, n.º 1, do CVM consagra a obrigação de os intermediários financeiros indemnizarem qualquer pessoa pelos

¹⁸ Assim, FAZENDA MARTINS (2000). "Deveres dos Intermediários Financeiros. Em especial, os Deveres para com os Clientes e o Mercado", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, p. 344. O Autor conclui mesmo no sentido de que, a não ser assim, estar-se-ia a "fazer recair sobre o intermediário um dever de impossível cumprimento, que prejudicaria gravemente a actividade."

¹⁹ Sobre estes dois regimes, v. APOLÓNIA, Rui (2019). *Deveres de Informação dos Intermediários Financeiros*, Lisboa: Almedina, pp. 222 e seguintes.

danos causados em consequência da violação de deveres, legais ou regulamentares, que recaiam sobre si e que respeitem à sua organização ou exercício da sua actividade. Mais acrescenta o n.º 2 daquela norma que, quanto a danos causados no âmbito de relações contratuais ou pré-contratuais e no que respeita à violação de deveres de informação, presume-se a culpa do intermediário financeiro.

O regime de responsabilidade civil previsto no Código dos Valores Mobiliários exige, assim, a verificação dos mesmos cinco requisitos que são exigidos no regime geral de responsabilidade civil, previsto no Código Civil: (i) uma actuação voluntária, (ii) a ilicitude dessa actuação, (iii) a existência de culpa, (iv) a ocorrência de um dano e (v) o nexo de causalidade entre a actuação e a ocorrência do dano.

Exige-se, porém, neste campo uma *ilicitude especial*: deve estar em causa a violação de deveres sobre a organização ou sobre o exercício da actividade dos intermediários financeiros²⁰. Como explica Rui Apolónia, o cerne da ilicitude encontra-se na esfera dos próprios intermediários financeiros, dizendo respeito a deveres que impendem sobre si, e não na esfera do lesado (titular de um direito que eventualmente pudesse ser lesado)²¹. Ainda que este regime pareça poder aproximar-se da figura da responsabilidade civil por violação de normas de protecção de interesses alheios, aqui o legislador terá querido acentuar o peso do incumprimento dos deveres com que são incumbidos os intermediários financeiros, remetendo expressamente para o facto de estarem em causa normas que lhes impõem deveres de actuação.

O que acima se referiu a propósito dos diferentes conceitos e âmbitos de aplicação da *suitability* e da *appropriateness* assume particular relevância na responsabilidade civil dos intermediários financeiros. A definição exacta dos deveres — no caso, dos deveres de informação — a que os intermediários financeiros se encontram sujeitos a respeito da prestação de cada um dos diferentes serviços de investimento é absolutamente determinante para poder apurar, a respeito de cada um desses serviços, se está ou não em causa uma violação desses deveres. O facto de incidirem sobre o consultor para investimento mais deveres de informação e mais densos (*suitability*) do que aqueles que incidem sobre o receptor e executor de ordens (*appropriateness*) implica que o primeiro responda pela não prestação, ou pela prestação defeituosa, de informações que o segundo não se encontra sequer obrigado a prestar²².

20 Sobre os requisitos gerais da responsabilidade civil do intermediário financeiro ao abrigo do regime do artigo 304.º-A do CVM, v. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (Laurinda Gemas), de 11 de Julho de 2019, processo n.º 14285/18.2T8LSB.L1-2, disponível em www.dgsi.pt. Por sua vez, sobre a *ilicitude especial*, v. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães (José Flores), de 18 de Dezembro de 2017, processo n.º 2926/16.0T8BRG.G1, disponível em www.dgsi.pt.

21 APOLÓNIA, Rui (2019). *Deveres de Informação dos Intermediários Financeiros*, Lisboa: Almedina, pp. 230-231.

22 Sobre o facto de a relação de confiança existente entre o intermediário financeiro e o investidor poder fazer recair sobre o primeiro a prestação de informações que, à partida, não seriam obrigatórias, v. FAZENDA MARTINS (2000). "Deveres dos Intermediários Financeiros. Em especial, os Deveres para com os Clientes e o Mercado", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, p. 335. O Autor entende que a relação de confiança que se estabelece entre o intermediário financeiro e o investidor (qualificado ou não qualificado) pode determinar que o primeiro deva indemnizar o segundo pela ocorrência de danos resultantes da falta de informação que, não sendo obrigatório prestar, a relação de confiança existente entre ambos exigia que tivesse sido prestada. Conclui, por isso, que o regime da prestação de informação consagrado no artigo 314.º do CVM se destina a delimitar a presunção de culpa do artigo 304.º-A, n.º 2, mas não impede o que se acaba de referir. A posição deste Autor parece consentânea com o seu entendimento de que o princípio *know your client* deve ser conjugado com o princípio da protecção dos interesses do investidor e com o princípio da boa fé, assim se conferindo um sentido mais amplo à noção de conhecimento do cliente, que, no seu entendimento, deve fazer recair sobre o intermediário financeiro uma verdadeira obrigação no sentido de impedir que os clientes entrem em transacções ruins, mesmo que ordenadas por si (*ob cit.*, p. 344).

Haverá ainda casos em que a culpa do intermediário financeiro pode ser presumida. Quanto a esses, operará uma inversão do ónus da prova e caberá ao intermediário financeiro demonstrar que actuou sem culpa²³. Note-se que, no entanto, ao contrário do que sucede no regime geral da responsabilidade civil contratual (artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil), a presunção de culpa do intermediário financeiro e consequente inversão do ónus da prova não se limita às relações contratuais ou pré-contratuais. Ao prever que a presunção de culpa opera também quando o dano seja causado pela violação de deveres de informação (artigo 304.º-A, n.º 2, *in fine*), o legislador deliberadamente pretendeu fazer operar esta presunção também no âmbito da responsabilidade extracontratual (isto é, extra responsabilidade contratual e extra responsabilidade pré-contratual).

Por fim, uma última nota para destacar que, sendo o regime de responsabilidade civil previsto no Código dos Valores Mobiliários um regime especial face ao regime geral previsto no Código Civil, deve o mesmo ser complementado por tudo o que não se encontra aí especificamente regulado. Nesse sentido, se o investidor não presta colaboração, se dispensa ou se ignora as informações prestadas pelo intermediário financeiro, dependendo do caso concreto, poderá ser de fazer operar o instituto da culpa do lesado e excluir a responsabilidade do intermediário financeiro (artigo 570.º, n.º 1, e, em especial, n.º 2, do Código Civil)²⁴.

6. Em especial, a responsabilidade civil da instituição bancária que actuou como intermediária financeira

Aqui chegados, resulta evidente a colocação do problema que pretendemos tratar. Referimo-nos aos casos em que as instituições bancárias receberam e executaram ordens de investimento dos seus clientes e, no momento anterior à recepção e execução da ordem, prestaram informações acerca dos produtos financeiros em causa.

A questão que se coloca é a de saber se essa prestação de informações pode ou deve ser entendida como um caso de consultoria para investimento ou se, pelo contrário, é uma prestação complementar à própria actividade de recepção e execução de ordens.

A resposta à questão que deixamos colocada é, evidentemente, decisiva. Se a actuação da instituição bancária for entendida como consultoria para investimento (seguida de uma execução de ordem), então no caso de insucesso da operação, o banco poderá vir a responder perante o investidor por não ter cumprido os deveres de informação em toda a sua extensão e por não ter

23 Sobre a inversão do ónus da prova a respeito da ilicitude do intermediário financeiro não dispensar o investidor da prova do dano e do nexo de causalidade, v. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), de 30 de Abril de 2019, processo n.º 2632/16.6T8LRA.L1.S1 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Ilídio Sacarrão Martins), de 21 de Fevereiro de 2019, processo n.º 2340/16.8T8LRA.C2.S1, ambos disponíveis em www.dgsi.pt. Também o já citado Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães (José Flores), de 18 de Dezembro de 2017, processo n.º 2926/16.0T8BRG.G1, disponível em www.dgsi.pt, defende a inversão do ónus da prova apenas quanto à culpa do intermediário financeiro (e já não quanto à ilicitude ou quanto ao nexo de causalidade). Ambos concluem no sentido de que, ainda que sendo de admitir a verificação de ilicitude e a presunção de culpa, não há lugar a indemnização por não ter resultado demonstrado pelo investidor (autor na acção) a verificação do nexo de causalidade.

24 Sobre a ponderação deste instituto na responsabilidade civil dos intermediários financeiros, v. os dois votos de vencido do Conselheiro Nuno Manuel Pinto Oliveira nos já citados Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), de 30 de Abril de 2019, processo n.º 2632/16.6T8LRA.L1.S1 e (Ilídio Sacarrão Martins), de 21 de Fevereiro de 2019, processo n.º 2340/16.8T8LRA.C2.S1, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

informado o cliente sobre adequação da transacção aos seus objectivos (*suitability test*). Por outro lado, se a actuação da instituição financeira for entendida como recepção e execução de ordens de investimento (ainda que acompanhada por informações prestadas de forma complementar), a sua responsabilidade ficará limitada à falta de informação ou falta de correcção da informação relativa ao instrumento transaccionado (*appropriateness test*).

A responsabilidade civil da instituição bancária que actuou como intermediária financeira dependerá, em síntese, da natureza que se atribua a essa actividade. Apenas a definição dessa actividade como consultoria para investimento, acompanhada de recepção e execução de ordens de investimento, ou, em alternativa, como recepção e execução de ordens de investimento, acompanhada dos respectivos serviços auxiliares/informações complementares, permite delimitar o âmbito dos deveres de informação que impendiam sobre a instituição bancária e a respectiva responsabilidade pelo seu incumprimento (não existindo um dever de prestar que tenha sido violado, não existe, por maioria de razão, ilicitude ou responsabilidade).

Adiante-se, desde já, o seguinte: não existe na lei nacional ou comunitária uma resposta clara a esta questão. Ainda assim, parece-nos que existem elementos suficientemente fortes para concluir que as informações prestadas pelas instituições bancárias no termos a que aqui aludimos devem ser tomadas como complementares do serviço de recepção e execução de ordens de investimento e não como um serviço autónomo de consultoria para investimento.

Os casos a que nos referimos não se reportam a situações em que o banco e o respectivo cliente entenderam formalizar um acordo através do qual o primeiro se obriga a analisar as ofertas disponíveis no mercado e, tendo em conta a situação financeira, experiência e conhecimentos do segundo, a aconselhá-lo com uma determinada decisão de investimento. Admitimos a existência desses casos, sobretudo no designado segmento *private* das instituições financeiras, mas não é a eles que nos referimos.

Do que aqui tratamos é da situação mais recorrente em que o cliente bancário pretende rentabilizar os seus depósitos bancários e, nesse sentido, procura junto do banco (muitas vezes, logo ao balcão) informações acerca de produtos financeiros que aí se encontram disponíveis para investimento. Neste tipo de situações, que frequentemente ocorrem quando se vence um determinado investimento anteriormente realizado, o cliente já decidiu o sentido da sua actuação e pretende tão-só que lhe sejam apresentados os produtos financeiros de que o banco dispõe (isto é, que pode executar) e nos quais poderá investir as suas poupanças.

Ora, nesses casos, existe um nexo de acessoriedade entre a prestação pretendida pelo cliente a título principal (a execução da ordem, o investimento das poupanças) e as informações que são prestadas e a recomendação que eventualmente possa ser feita. E é esse nexo de acessoriedade que determina, no nosso entendimento, o carácter meramente complementar da prestação de informações pela instituição bancária, a qual é insuficiente para que possa ser entendido como uma recomendação personalizada de investimento ou como um conselho personalizado sobre um sentido de actuação.

Em casos como os aqui descritos, o cliente só se dirige ao banco para obter a informação porque sabe que a actividade do banco inclui a execução de ordens de investimento e pretende que

seja o banco a executar a sua ordem. Mais, a própria relação que se estabelece com o cliente aquando da prestação de informação também demonstra que o cliente não contrata serviços de aconselhamento e nem sequer remunera o banco, através do pagamento de qualquer comissão, pela prestação daquela informação. Ora, qualquer cliente reconhece que a actividade bancária é remunerada e, mesmo no âmbito da sua actuação como intermediários financeiros, as instituições bancárias fazem-se pagar pelos serviços prestados. É o carácter remunerado dos seus serviços que permite aos clientes assacarem responsabilidade às instituições bancárias no âmbito da sua actividade e no pós-serviço. Porém, nos contactos que aqui descrevemos, não se estabelece um vínculo suficientemente forte entre o banco e o cliente que permita que este crie uma expectativa legítima de que está a ser aconselhado de forma personalizada e que poderá cobrar ao banco a eventual desadequação da recomendação. Nestes casos, a informação prestada visa apenas apresentar o produto, cabendo ao investidor julgá-lo adequado, ou não.

Sem prejuízo da análise de cada caso concreto, a identificação daquela que é comumente a vontade real do cliente e a razoabilidade dos juízos de experiência comum apontam no sentido de que, nestas circunstâncias, os bancos não prestam serviços de consultoria para investimento, mas antes se limitam a prestar informações complementares aos serviços de recepção e execução de ordens que realizam e que constituem a prestação pretendida pelo cliente a título principal.

É exactamente nesse sentido que o Considerando 16 do Regulamento Delegado da DMIF II esclarece que os actos preparatórios à prestação de um serviço de investimento integram esse próprio serviço de investimento, ainda que os mesmos consistam na *"prestação por uma empresa de investimento de consultoria genérica a clientes ou clientes potenciais, antes da prestação da consultoria para investimento ou de qualquer outro serviço"*. Se assim é, então, por maioria de razão, as informações que sejam prestadas de forma complementar aos serviços de recepção e execução de ordens de investimento integram, para este efeito, o próprio serviço de recepção e execução de ordens de investimento (que é um serviço de investimento).

Também assim, o Considerando 17 do Regulamento Delegado da DMIF II esclarece que *"a apresentação de uma recomendação geral sobre uma transação num instrumento financeiro ou num tipo de instrumento financeiro constitui uma prestação de um serviço auxiliar"*. De onde, mais uma vez, as informações apresentadas pelo banco ao seu cliente, ainda que pudessem traduzir uma recomendação geral de investimento, configuram um serviço auxiliar da actividade de recepção, transmissão e execução de ordens.

Por sua vez, o artigo 291.^o, alínea c), do CVM define como serviço auxiliar de investimento a elaboração de recomendações genéricas relacionadas com operações em instrumentos financeiros. Ainda que não seja directamente aplicável ao caso que analisamos, esta norma permite inferir que o legislador admite que a prestação de informações acerca de produtos financeiros e subsequente recomendação de investimento possa configurar, em determinados casos, um serviço auxiliar de investimento e não necessariamente um serviço de consultoria para investimento.

Tudo visto, não podemos deixar de reconhecer que a conformação de cada situação dependerá, em larga medida, das circunstâncias do caso concreto. Ainda assim, e tendo em conta aquela que é a nossa experiência a respeito dos cada vez mais recorrentes litígios relativos à responsabilidade civil dos intermediários financeiros, somos a entender que na generalidade das situações em

que as instituições bancárias receberam e executaram ordens de investimento dos seus clientes e que, no momento anterior à recepção e execução da ordem, prestaram informações acerca dos produtos financeiros em causa, não foi prestado um serviço de consultoria financeira. Nestes casos, a eventual responsabilidade civil da instituição bancária deverá ficar limitada à obrigação de apresentação do produto, das suas características e do respectivo nível de risco (*appropriateness*).

É certo que se fará operar a cláusula de presunção de culpa constante do artigo 304.º-A, n.º 2. No entanto, como acima se deixou evidenciado, esta presunção não dispensa o lesado de demonstrar os demais requisitos daquela norma e, em particular, a ilicitude (em harmonia com o que estabelece o artigo 334.º do CVM) e o nexo de causalidade, que, julgamos, não se verificarão na maioria dos casos.

A prova do nexo de causalidade é, de acordo com a nossa experiência, a pedra de toque da efetivação da responsabilidade dos intermediários financeiros. Com efeito, mesmo existindo apenas um dever de *appropriateness* e não de *suitability*, o lesado não é dispensado de demonstrar que foi a falta de prestação ou a prestação defeituosa da informação que deu causa aos danos. E, para o efeito, não bastará evidentemente alegar que desconhecia que a superveniência de um ou outro acontecimento poderia influir no sucesso ou insucesso da operação. De resto, os casos em que os investidores pretendem apenas assacar dos intermediários financeiros a compensação pela ocorrência de eventos que são normais no mercado e pela ocorrência de factos que, sendo imprevisíveis, não foram previstos (nomeadamente, a crise de 2008-2011 e a respectiva volatilidade dos mercados ou insolvência de emitentes e garantes) têm sido genericamente rejeitados pela jurisprudência nacional por (i) não consubstanciarem, na maioria das vezes, circunstâncias que devessem ser previstas ou comunicadas e (ii) por não constituírem um nexo de causalidade *adequada* entre os danos e a conduta ilícita (quando existente). Começa assim a existir uma tendência jurisprudencial relativamente sólida no sentido de reconhecer a inexistência de investimentos absolutamente seguros e a impossibilidade de imputar aos intermediários financeiros a responsabilidade pela desvalorização ou pela perda de investimentos, sobretudo quando nada se reclamou durante o seu sucesso.



Foro de
Actualidad

Foro de Actualidad

España

NOVEDADES EN MATERIA DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL SECTOR FARMACÉUTICO: MERCK Y LEADIANT

Alfonso Gutiérrez Hernández y Alberto Pérez Hernández
Abogados del Área de Competencia y Derecho de la UE de Uría Menéndez (Madrid)

Novedades en materia de abuso de posición de dominio en el sector farmacéutico: Merck y Leadiant

Este foro resume las resoluciones recientes en materia de abuso de posición de dominio publicadas por la CNMC en el sector farmacéutico. Aunque son infracciones infrecuentes, integran la especial responsabilidad de una empresa farmacéutica dominante en un momento clave para el derecho de la Competencia: cuando se aproxima la caducidad de su derecho de exclusiva sobre la patente o el medicamento huérfano.

PALABRAS CLAVE:

LITIGACIÓN ABUSIVA, ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO, PRECIOS EXCESIVOS, EXCLUSIVIDAD, OBLIGACIÓN DE COMPORTAMIENTO.

Recent decisions published by the Spanish Competition Authority regarding abuse of dominant position in the pharmaceutical sector: the Merck y Leadiant case

This article summarises the recent decisions published by the Spanish Competition Authority regarding abuse of dominant position in the pharmaceutical sector. Even though these are rare infringements, they result from the special responsibility of a dominant pharmaceutical company in a key moment for competition law: when its exclusive right over the patent or the orphan drug is coming to a close.

KEYWORDS:

SHAM LITIGATION, ABUSE OF DOMINANT POSITION, EXCESSIVE PRICING, EXCLUSIVITY, BEHAVIOURAL OBLIGATIONS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023

Gutiérrez Hernández, Alfonso; Pérez Hernández, Alberto (2023). Novedades en materia de abuso de posición de dominio en el sector farmacéutico: *Merck y Leadiant*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 93-100 (ISSN: 1578-956X).

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha adoptado recientemente dos Resoluciones de interés en materia de abuso de posición de dominio en el sector farmacéutico, de fecha 21 de octubre de 2022 (expediente S/0026/19, *Merck Sharp Dohme*) y 10 de noviembre de 2022 (expediente S/0028/20 *Leadiant*) En la primera, la CNMC impuso una multa de 39 millones de euros a Merck Sharp and Dohme ("MSD") por acciones judiciales injustificadas (*sham litigation*) contra un potencial competidor, además de remitir el expediente a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para que declare el alcance y duración de la prohibición de contratar. En la segunda, multó a Leadiant con 10,25 millones de euros por vender a un precio excesivo e inequitativo un medicamento huérfano y ejecutar una estrategia de cierre de mercado, además de ordenar al laboratorio determinadas medidas de comportamiento.

Si bien las conductas en cuestión (i. e., precios excesivos, *sham litigation*) no son frecuentes en la práctica de los abusos de posición dominante, las Resoluciones que se analizan contienen aportaciones de interés para determinar los contornos de las infracciones del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con la definición de mercados relevantes en el sector farmacéutico, la competencia por méritos y la propia noción de abuso de posición dominante.

1. Precios excesivos e inequitativos y estrategia de exclusión

El 10 de noviembre de 2022, la CNMC declaró la existencia de una infracción única y continuada de los artículos 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia ("LDC") y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") cometida por Leadiant y varias sociedades de su grupo. El abuso de posición de dominio se produjo en el mercado español de la comercialización del medicamento huérfano CDCA-Leadiant desde el 23 de junio de 2017 (fecha en que Leadiant comenzó la comercialización). Las conductas sancionadas consistieron en:

- i. Un abuso explotativo por la imposición de precios excesivos e inequitativos al Sistema Nacional de Salud español para la adquisición del medicamento, sometido a financiación pública.
- ii. Un abuso exclusionario por el mantenimiento desde el 23 de junio de 2017 de una estrategia anterior de exclusión de competidores y, en particular, la aplicación por Leadiant de acuerdos de exclusividad (con el único proveedor del principio activo necesario para la fabricación del medicamento y con ciertos centros de investigación científica).

Merece especial comentario el análisis de la CNMC en lo que se refiere a la definición del mercado relevante, el análisis de los requisitos para la apreciación de tales abusos y las medidas correctivas recogidas en la parte dispositiva de la Resolución.

1.1. Definición del mercado relevante

La Resolución parte como es habitual de la clasificación Anatómico-Terapéutico-Química ("ATC"), basada en la metodología establecida por la European Pharmaceutical Market Research Association (EphMRA) y del criterio básico de la sustituibilidad terapéutica del fármaco en cuestión a partir del nivel ATC3. El producto CDCA-Leadiant se clasifica como medicamento para el tratamiento de las enfermedades biliares (ATC3: A05A), en la categoría de los ácidos biliares y derivados (ATC4: A05AA) y basado en la molécula del ácido quenodesoxicólico ("CDCA") (ATC5: A05AA01).

La Resolución aplica, como criterios básicos para definir el mercado al que pertenece el producto, (i) la práctica clínica efectiva, con especial importancia de la opinión de los médicos como prescriptores y creadores de la demanda (p. ej., guías clínicas publicadas y *surveys* a médicos) y del grado de eficacia de fármacos similares, y (ii) las opiniones de las autoridades sanitarias españolas (consideradas la "*principal evidencia*"). Resulta de interés la existencia de efectos secundarios y contraindicaciones del producto en ciertos pacientes, pues ello sugiere que los productos alternativos prescritos a este grupo no pertenecen al mismo mercado que el producto analizado. También se examinan las barreras de entrada (protección regulatoria, aspectos comerciales como exclusivas con terceros, acceso a expediente del fármaco antecesor, etc.) afrontadas por productos alternativos.

Sobre esta base, la CNMC adopta una definición de mercado estrecha (nivel ATC 5: principio activo) y consistente en la comercialización de medicamentos basados en CDCA. Observa igualmente que el producto CDCA-Leadiant era el único medicamento que se prescribía en España para el tratamiento de la enfermedad metabólica ultrarrara denominada xantomatosis cerebrotendinosa ("XCT").

En cuanto a la posición de dominio de Leadiant, se deduce no solo del hecho de que el producto es el único fármaco actualmente utilizado en España para tratar la XCT, sino también (i) del mantenimiento de la designación de medicamento huérfano ("ODD") del CDCA-Leadiant, lo que le confiere la exclusividad de su comercialización en el mercado interior durante 10 años salvo que aparezca un medicamento alternativo que aporte un beneficio significativo, lo que se considera improbable debido a la muy baja prevalencia de esta enfermedad y a los acuerdos de cooperación exclusiva con los centros de investigación; (ii) y del acuerdo de suministro exclusivo con el principal proveedor del principio activo (el bloqueo de insumos impidió a las oficinas de farmacia elaborar fórmulas magistrales de CDCA).

Estas circunstancias habrían permitido a Leadiant comportarse con independencia de presiones por parte de la oferta y la demanda, lo que acredita su dominancia. Nótese en este punto que la CNMC rechazó el tradicional argumento del poder compensatorio de la demanda del Sistema Nacional de Salud (el "SNS"), dado que no puede obligar al laboratorio a comercializar el fármaco en España y por su obligación legal de garantizar el derecho a la protección de la salud de los

pacientes de la XCT; ello forzó al SNS, ante la ausencia de alternativas terapéuticas, a adquirir el CDCA-Leadiant por la única vía disponible, esto es, mediante la vía de la importación de medicación extranjera al precio determinado por Leadiant.

1.2. Abuso por precios excesivos e inequitativos

Los precedentes de abuso por precios excesivos e inequitativos son infrecuentes por la dificultad en su acreditación y la reticencia de las autoridades de competencia a convertirse en reguladoras de precios. Por ello, el precedente que supone la Resolución Leadiant adquiere un especial valor que trasciende el ámbito farmacéutico.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la práctica decisoria de la Comisión Europea han establecido dos requisitos acumulativos para apreciar precios abusivos por excesivos e inequitativos.

El primero (precios excesivos) se refiere al análisis de los beneficios o márgenes obtenidos por la empresa dominante. La Resolución emplea dos métodos complementarios para determinarlo: uno *ex post*, sobre los ingresos y costes realmente incurridos (Cost-Plus); y otro *ex ante*, sobre la expectativa de rentabilidad y flujos futuros en el momento de invertir en el medicamento (TIR/WACC). En ambos alcanza la conclusión de que el beneficio es excesivo tomando como punto de comparación los márgenes medios del sector.

Los puntos fundamentales de discrepancia entre Leadiant y la CNMC residen en las partidas de costes a considerar y la valoración de los riesgos del proyecto. CDCA-Leadiant era una reformulación de un producto anterior (Xenbilox), basado en el mismo principio activo (CDCA) que ya era comercializado por Leadiant fuera de indicación para tratar la XCT. Por lo tanto, ni los costes en I+D ("*prácticamente nulos*", según la CNMC) ni los riesgos aparejados por la inversión en el proyecto de comercializar CDCA-Leadiant (al amparo ahora de una ODD) eran de la misma magnitud que los de invertir en el desarrollo inicial de un medicamento innovador. La CNMC excluye del cálculo los costes del personal dedicados a diseñar e implementar la supuesta estrategia exclusiva, así como los cánones intragrupo o determinados costes de asesoría jurídica.

El segundo requisito (precios inequitativos) se examina, bien en comparación con el valor económico del producto o servicio (precio inequitativo en sí mismo), bien con respecto a otros mercados u otros productos (precio inequitativo por comparación). La CNMC recuerda el escaso valor añadido terapéutico que suponía el nuevo producto en comparación con Xenbilox, lo que suponía que el precio era inequitativo en sí mismo, pues no podía justificarse que el CDCA-Leadiant se vendiese en 2017 a un precio 14 veces superior que el Xenbilox en 2010 en España. En cuanto a la comparación con otros mercados o productos, la CNMC considera que no cabe la comparación del precio español con los aplicados en otros países (un método comparativo habitual en casos anteriores de precios excesivos) debido a las peculiaridades de los respectivos sistemas nacionales de salud, que hace que no sean mercados comparables a estos efectos.

1.3. Abuso por el mantenimiento de acuerdos de exclusividad

La CNMC declara la existencia de un abuso de posición de dominio también por el mantenimiento desde 2017 de los acuerdos en exclusiva que permitieron el cierre del mercado a competidores. La Resolución, citando los nuevos precedentes europeos en materia de contratos de exclusiva (p. ej., el conocido asunto *INTEL*), considera que los contratos de exclusiva con proveedores celebrados por Leadiant constituían un abuso de posición dominante al integrarse en una estrategia basada en una clara intencionalidad de cierre de mercado y exclusión de competidores, tener la aptitud de restringir la competencia y expulsar a los competidores y no ser competencia basada en los méritos.

1.4. Remedios impuestos por la CNMC

La Resolución Leadiant no ha supuesto tan solo la imposición de una multa de 10,25 millones de euros, sino que, de forma novedosa, la CNMC ha aplicado el artículo 53.2 de la LDC y ha impuesto a la empresa sancionada obligaciones de comportamiento futuro: el levantamiento de la exclusiva contractual impuesta a su proveedor del principio activo y la obligación de proceder a la comercialización directa en España del medicamento y no su importación como medicamento extranjero. No activa, por el contrario, la prohibición de contratar ante la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, dado que dicha prohibición impediría en buena medida la necesaria provisión de este medicamento huérfano.

2. Acciones judiciales injustificadas (*sham litigation*)

Como ya se ha señalado, el 21 de octubre de 2022 la CNMC declaró la existencia de una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE cometida por varias sociedades que componen el grupo MSD. El abuso de posición de dominio se produjo en el mercado de fabricación y comercialización en España de anticonceptivos hormonales combinados de tipo anillo entre junio de 2017 y abril de 2018. La conducta abusiva consistió en el ejercicio de acciones judiciales infundadas con el propósito de hostigar a un competidor.

2.1. Definición de mercado en medicamentos de uso electivo

De acuerdo con este sistema de clasificación, en la categoría G3A a nivel ATC 3 se englobarían los "*Anticonceptivos hormonales sistémicos*" y, dentro de este, se localizarían otros subgrupos para los distintos anticonceptivos orales: píldoras, anillos vaginales y anticonceptivos de emergencia. Específicamente, estarían ubicados en el Grupo G03A9 a nivel ATC4, bajo el título "*Otros Anticonceptivos hormonales sistémicos*", los anillos vaginales hormonales, junto con otro tipo de métodos anticonceptivos, como los inyectables, los implantes, los dispositivos intrauterinos o DIU que contienen hormonas y los parches transdérmicos, métodos con características muy diferentes a las del anillo.

En este caso, MSD alegó que el mercado relevante debería englobar todos los métodos anticonceptivos hormonales combinados ("AHC"), incluidas las píldoras, los parches, los implantes o los anticonceptivos hormonales combinados inyectables. Argumentaba que la práctica clínica efectiva demuestra que el anillo vaginal tiene *"el mismo uso que otros métodos anticonceptivos, ya que los principales elementos de prescripción recogidos en las fichas técnicas de los anillos anticonceptivos son comunes al conjunto de AHCs"*.

A diferencia de lo que ocurrió en el asunto *Leadiant*, la CNMC no se limita a analizar la sustituibilidad terapéutica o práctica clínica efectiva. Señala que, en aquellos medicamentos que suponen un tratamiento electivo (porque la persona no está enferma), toma protagonismo las preferencias del usuario en la elección del método basadas, entre otros, en sus distintos modos de aplicación, carácter más o menos invasivo o la efectividad de cada método. Además, la CNMC se basa en la evidencia de la propia MSD de que las ventas de su anillo Nuvaring tuvieron un significativo descenso causado por la aparición de otros anillos genéricos competidores, sin mencionar otros AHC.

2.2. Posición de dominio

En lo que respecta a la posición de dominio, la CNMC hace alusión a que MSD era titular de la patente sobre Nuvaring, lo que le concedía el derecho exclusivo para fabricar, importar, promocionar y comercializarlo en España hasta el 9 de abril 2018. Aunque la mera existencia de derechos de propiedad industrial no conlleva en sí misma la existencia de una posición de dominio, la combinación de este derecho con una definición de mercado de producto restringida a este producto patentado le llevó a apreciar una situación de monopolio no expugnable.

2.3. El ejercicio de acciones judiciales infundadas como abuso de posición de dominio

Como es sabido, los artículos 2 y 102 no contienen una relación cerrada de conductas abusivas, sino un listado ejemplificativo. El ejercicio de acciones judiciales infundadas (o *sham litigation*) no está expresamente mencionado en los preceptos, pero sí ha sido identificado en algunos precedentes como un supuesto "atípico" de abuso. El entonces Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas enunció el test legal aplicable a este tipo de abuso:

"El primero de los dos criterios significa, según la Comisión, que la acción judicial debe carecer manifiestamente de todo fundamento desde un punto de vista objetivo. El segundo, indica, por su parte, que la acción judicial debe tener por objeto la eliminación de la competencia. Ambos criterios deben reunirse para que se demuestre la existencia de un abuso. El hecho de ejercitar una acción judicial improcedente no puede por sí mismo constituir una infracción del artículo 86 del Tratado, a menos que dicha acción persiga una finalidad contraria a la competencia. Análogamente, si se puede considerar razonablemente que una acción judicial representa un intento de hacer valer derechos frente a competidores, no podrá constituir un abuso, independientemente de que pueda inscribirse en un plan destinado a eliminar la competencia" (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de julio de 1998, T-111/96, *ITT Promedia NV c. Comisión*, párrafo 56).

En este caso, la CNMC evaluó las acciones judiciales emprendidas por MSD por la supuesta infracción de su derecho de patente contra Insud Pharma, que en junio de 2017 recibió la autorización de la AEMPS para comercializar el anillo Ornibel. Estas acciones consistieron en una diligencia de comprobación de hechos y una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* contra Insud Pharma.

El 27 de junio de 2017, MSD presentó ante el juzgado una solicitud de diligencias de comprobación de hechos contra Insud Pharma, en la que pedía el auxilio judicial para verificar las características técnicas y el proceso de fabricación del anillo Ornibel. Sin embargo, la CNMC considera que no se daban los requisitos mínimos para ello. En primer lugar, la CNMC afirma que era erróneo que —como alegaba MSD— Insud Pharma se hubiera negado a facilitar la documentación necesaria para confirmar o no la infracción. En segundo lugar, la CNMC señala que la inexistencia de la infracción era evidente a partir de la información públicamente disponible sobre el anillo de Ornibel, que señalaba un grado de saturación del polímero diferente al de Nuvaring. A juicio de la CNMC, la diferente saturación de los polímeros de ambos anillos “*ya apuntaba a la no infracción de la patente*” y que este modo de proceder solo podía responder a una intención instrumental (i. e., no genuina) para fundamentar la posterior solicitud de medidas cautelares.

El 11 de septiembre de 2017, MSD presentó ante el mismo juzgado una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte*, sin esperar al resultado del informe pericial ordenado durante las diligencias de comprobación de hechos. Uno de los argumentos alegados por MSD era el de la bioequivalencia de ambos productos, lo cual a juicio de la CNMC era un argumento manifiestamente improcedente porque la infracción del derecho de patente tenía que ver con el mencionado grado de saturación. Además, la CNMC reprochó que MSD dejase caducar el proceso principal, lo cual evidenciaba que solo buscaba obtener las medidas cautelares. No es óbice para ello que el órgano jurisdiccional no apreciase temeridad procesal en la conducta de MSD.

Las medidas solicitadas habrían impedido temporalmente la entrada de Insud Pharma como competidor en el mercado de anillos vaginales, lo cual cumpliría con el segundo requisito de la Sentencia *ITT*. Así, los datos facilitados por IQVIA sobre la venta de anillos anticonceptivos indican cómo las ventas de Nuvaring se vieron protegidas hasta marzo de 2018 de la competencia de Insud Pharma.

En conclusión, la CNMC considera acreditado que hubo una intención (y efecto) de hostigar judicialmente a un competidor para obstaculizar su entrada al mercado. Por ello, impone una multa de casi 39 millones de euros a MSD y acuerda la remisión de la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para la valoración del alcance y la duración de la prohibición de contratar.

3. Conclusiones

La práctica decisoria reciente de la CNMC refleja la ya anunciada prioridad de vigilar posibles prácticas anticompetitivas en el sector farmacéutico (véanse el Plan Estratégico 2021-2026 de la CNMC y la Estrategia farmacéutica para Europa (2020) de la Comisión Europea). También revelan

una cooperación estrecha entre las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros: la Resolución Ladiant se fundamentó en buena medida en datos e informaciones sobre las investigaciones realizadas por las autoridades italiana y holandesa de la competencia, al amparo del artículo 12 del Reglamento 1/2003.

La CNMC reitera la especial responsabilidad que incumbe a las empresas que poseen una posición de dominio. También se adoptan definiciones de mercado en principio basadas en la sustituibilidad terapéutica (y en las preferencias de los consumidores en caso de tratamientos electivos), compatibles con un examen a nivel de principio activo o ATC 5, a la vista entre otros factores de la tenencia de derechos de exclusiva en la explotación comercial del fármaco.

La CNMC reitera que las empresas farmacéuticas disponen de un derecho exclusivo, pero no absoluto, a comercializar medicamentos innovadores (bajo el derecho de patentes) o medicamentos huérfanos (bajo una designación administrativa a tal efecto). Sin embargo, su "especial responsabilidad" les obliga a evitar incurrir en prácticas explotativas (precios excesivos sobre un medicamento reformulado), de cierre de mercado (cierre de insumos) o únicamente tendentes a retrasar artificialmente la entrada de genéricos cuando la patente expira (e. g., hostigamiento judicial).

Por último, los precedentes examinados recuerdan que las consecuencias de la infracción exceden a la imposición de una elevada multa. Hemos podido ver que las resoluciones de la CNMC analizadas se refieren también a la prohibición de contratar y a la imposición de remedios de comportamiento. No cabe olvidar tampoco las conocidas consecuencias civiles en términos de resarcimiento de potenciales daños causados a los perjudicados.

No obstante, cabe insistir en que los precedentes descritos son raros en la práctica. El límite entre el legítimo ejercicio de un derecho o la determinación de un precio y el abuso de posición de dominio exige que haya pruebas contundentes de la naturaleza injustificada y anticompetitiva de la conducta. Además, debe recordarse que estas resoluciones de la CNMC están sujetas a su potencial revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que habrá que estar a lo que pueda considerar la Audiencia Nacional y, en su caso, el Tribunal Supremo.

Foro de Actualidad

España

REQUISITOS DE ACCESO AL SERVICIO DE ARRENDAMIENTO DE VEHÍCULOS CON CONDUCTOR

Nicolás Nägele García de Fuentes y Diego José Pérez Rodríguez
Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

Requisitos de acceso al servicio de arrendamiento de vehículos con conductor

El arrendamiento de vehículos con conductor (o servicio VTC) ha vivido una transformación en los últimos diez años tras la irrupción de los servicios de la sociedad de la información. Esta evolución tecnológica ha planteado un conjunto de retos económicos, medioambientales y sociales que explican, en parte, las constantes adaptaciones del régimen jurídico aplicable. A propósito de estos cambios legislativos, este foro realiza una labor de análisis y síntesis de los requisitos de acceso al servicio de VTC en la normativa nacional, así como en las comunidades autónomas de Andalucía, Cataluña y Madrid.

PALABRAS CLAVE:

ARRENDAMIENTO DE VEHÍCULO CON CONDUCTOR, AUTORIZACIÓN VTC, MOVILIDAD URBANA.

Access requirements to VTC service

The chauffeur-driven vehicle service ("VTC service") has undergone significant changes over the last ten years since the emergence of information society services. This technological development has raised a series of economic, environmental and social challenges that partly explain the constant adjustments to the applicable law. This article summarises the requirements to access VTC services in Spain, as well as the specific rules applicable in the Autonomous Regions of Andalusia, Catalonia and Madrid.

KEYWORDS:

CHAUFFEUR-DRIVEN VEHICLE SERVICE, VTC LICENSE, URBAN MOBILITY.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023

Nägele García de Fuentes, Nicolás; Pérez Rodríguez, Diego José (2023). Requisitos de acceso al servicio de arrendamiento de vehículos con conductor. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 101-109 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La irrupción de los servicios de la sociedad de la información ha supuesto un cambio sin precedentes en el último siglo en la forma de contratar y prestar los servicios.

La movilidad urbana no ha sido ajena a esta transformación. En la última década, hemos podido observar el desarrollo de una amplia gama de actividades en el ámbito del transporte, entre las que se encuentra el arrendamiento de vehículos con conductor, también conocido como “servicio VTC”.

Esta evolución tecnológica ha planteado un conjunto de retos económicos, medioambientales y sociales que explican, en parte, las constantes adaptaciones del régimen jurídico aplicable. A título de ejemplo, en el último lustro, se ha modificado hasta en seis ocasiones la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (la “LOTT”), y quince comunidades autónomas han aprobado su propia normativa.

A propósito de estos cambios legislativos, este foro realiza una labor de análisis y síntesis de los requisitos de acceso al servicio de VTC en la normativa nacional, así como en las comunidades autónomas de Andalucía, Cataluña y Madrid. Por razones de extensión, nuestra revisión se limita a estas tres comunidades autónomas al concentrar estas en torno al 85 % de las autorizaciones VTC vigentes en España y representar tres modelos de ordenación del transporte terrestre.

2. Características del servicio VTC: evolución en torno al taxi

La regulación aplicable al servicio VTC viene definida no solo por la propia naturaleza de sus prestaciones, sino también por la decisión de política legislativa de diferenciarlo de una actividad afín como es el transporte de viajeros en vehículos de turismo, esto es, el servicio de taxi.

Ambos comparten una serie de características comunes, al ser calificadas por la LOTT como un servicio de:

- i. Transporte por carretera: en vehículos que circulen sin camino de rodadura fijo y sin medios fijos de captación de energía por vía terrestre (art.1.1 LOTT).
- ii. Público: por cuenta ajena mediante retribución económica (art. 62.2 LOTT).

- iii. Discrecional: sin sujeción a itinerario, calendario ni horario preestablecido (art. 64.1 LOTT).
- iv. Viajeros: desplazando personas y sus equipajes (art. 63.1.a LOTT).
- v. En turismo: vehículos contruidos y acondicionados para el transporte de personas con, al menos, cuatro ruedas y un máximo de nueve plazas incluyendo al conductor (Anexo I del Real Decreto Legislativo 6/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).
- vi. Liberalizado: en régimen de economía de mercado y bajo el principio de libertad de contratación (arts. 12 y 94 LOTT).
- vii. Regulado. Como sucede en otros sectores liberalizados, sujeto a unos requisitos mínimos de acceso, que es necesario acreditar para obtener la correspondiente autorización o licencia, y de prestación del servicio.

Es en estas condiciones de acceso y prestación donde surgen las principales diferencias entre el servicio de taxi y VTC, que tendrían una doble justificación.

En primer lugar, la regulación diferenciada se explica por el mayor control que pueden ejercer los usuarios en los servicios precontratados. En palabras del abogado general de la Unión Europea, la precontratación concede a los clientes *"un mayor control sobre cómo, dónde y a qué precio se les transporta"* (conclusiones del abogado general Sr. Maciej Szpunar de 15 de diciembre de 2022 —C-50/21—). El hecho de que los prestadores de servicios VTC tengan vedada la posibilidad de contratar a pie de calle explicaría, en parte, la mayor libertad en su regulación.

En segundo lugar, según el Tribunal Supremo, existe un interés legítimo de los poderes públicos en mantener un transporte urbano adecuado, lo cual puede considerarse una razón imperiosa de interés general que justificaría la toma de medidas legislativas ordenando al propio servicio de taxi y a otros análogos en el mismo segmento del mercado (STS de 4 de junio de 2018 núm. 921).

Nuestro ordenamiento jurídico reserva al sector del taxi tres importantes prerrogativas: monopolio en la contratación directa del servicio a pie de calle, uso exclusivo de carriles especiales y estacionamientos en zonas de especial protección (infraestructuras de transporte, centros hospitalarios, establecimientos hoteleros, lugares concurridos...) y control de la oferta mediante una doble limitación: por un lado, del número de licencias de taxi y, por otro, de autorizaciones VTC mediante la conocida regla 1/30 (ver sección 4).

En cambio, la normativa autonómica y la local prevén un número significativo de requisitos de acceso y prestación que comprenden aspectos tales como las características del vehículo, vestimenta, horarios, estructura tarifaria fija o la obligación de prestación universal, entre otros.

Dicho esto, conforme una y otra actividad se han ido asemejando, el legislador ha entendido oportuno acercar su régimen jurídico, lo que explica las últimas novedades aplicables a los servicios VTC que veremos en los siguientes apartados.

3. El RDL 13/2018

El cambio más relevante en los últimos años fue incorporado por el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor (“RDL 13/2018”).

Este Real Decreto-ley modifica el alcance territorial de las autorizaciones VTC existentes a su entrada en vigor y, con ello, el régimen competencial de comunidades autónomas y entidades locales.

Con anterioridad a la aprobación del RDL 13/2018, la prestación del servicio VTC requería de una autorización única y válida para todo el territorio nacional. Su regulación se contenía, en esencia, en la LOTT y el Real Decreto 1211/1990 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (“ROTT”).

El RDL 13/2018 limitó el ámbito territorial de estas autorizaciones “nacionales” a los servicios de carácter interurbano, excluyendo así los urbanos. A estos efectos, se considera interurbano todo transporte cuyo recorrido exceda el territorio de un único término municipal o zona de prestación conjunta (art. 91.1 LOTT).

En coherencia con lo anterior, la regulación aplicable al servicio VTC varía en función de si estamos ante un transporte urbano, interurbano dentro de una única comunidad autónoma, o interurbano entre dos o más comunidades autónomas. Así, el esquema competencial resultante del RDL13/2018 puede resumirse como sigue:

- i. Interurbano entre comunidades autónomas. Queda regulado por la LOTT y el ROTT, así como la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, si bien esta Orden se encuentra en gran parte derogada.
- ii. Interurbano en una única comunidad autónoma. Adicionalmente a la normativa citada en el apartado A, la disposición adicional primera del RDL 13/2018 habilita a las comunidades autónomas que por delegación del Estado sean competentes para otorgar autorizaciones VTC de ámbito nacional para modificar las condiciones de explotación previstas en el artículo 182.1 de la ROTT, en los términos siguientes: a) la modificación solo podrá afectar a los servicios cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en su respectivo ámbito territorial; b) solo podrá referirse a condiciones de precontratación, solicitud de servicios, captación de clientes, recorridos mínimos y máximos, servicios u horarios obligatorios y especificaciones técnicas del vehículo; y c) la modificación deberá estar orientada a mejorar la gestión de la movilidad interior de viajeros o a garantizar el efectivo control de las condiciones de prestación de los servicios, respetando los criterios de proporcionalidad establecidos en la normativa vigente.

A sensu contrario, las comunidades autónomas no pueden incorporar requisitos adicionales de acceso a la autorización de transporte interurbano.

- iii. Transporte exclusivamente urbano. Los órganos con competencias en materia de transporte urbano están facultados para determinar las condiciones de acceso (*e. g.*, autorización) y prestación en este ámbito.

En definitiva, el RDL 13/2018 no exige que las comunidades autónomas y entidades locales aprueben una normativa y régimen de autorización específico para esta actividad, sino que les habilita para hacerlo en función de las necesidades de cada región (conforme a su exposición de motivos, “*se permite*”). Por tanto, tras la aprobación del RDL 13/2018 resulta preciso ser titular de una autorización VTC nacional para los transportes interurbanos y, además, las comunidades autónomas y/o entidades locales podrán incorporar un nuevo permiso para los trayectos urbanos.

4. Transporte interurbano

Sentado lo anterior, cabe revisar el marco jurídico aplicable al transporte VTC interurbano. Como hemos anticipado, su prestación requiere de la obtención previa de la correspondiente autorización —las conocidas “autorizaciones VTC”— (arts. 99.4 LOTT y 180 ROTT).

Estamos ante una autorización de carácter reglado y por vehículo —no por empresa—, por lo que su titular solo podrá prestar servicios VTC con el vehículo concreto vinculado a la autorización. Asimismo, el ROTT distingue con claridad entre los requisitos de acceso en el artículo 181 del ROTT (objeto de este foro de actualidad) y los de prestación del servicio en su artículo 182.

Así, conforme al artículo 181, el otorgamiento de la autorización VTC se encuentra condicionado a una lista cerrada de condiciones:

- i. Los requisitos generales exigidos para la obtención de una autorización de transporte público enumerados en el artículo 43.1 LOTT (art. 181.1 ROTT).
- ii. Los siguientes requisitos respecto del vehículo vinculado a la autorización VTC: (a) capacidad no superior a 9 plazas incluyendo el conductor; (b) motor con una potencia igual o superior a 12 caballos de vapor fiscales (CVF) y longitud mínima exterior igual o superior a 4,60 metros; o bien que utilicen como fuente de energía la electricidad, el hidrógeno, los biocarburantes, los combustibles sintéticos y parafínicos, el gas natural, el gas licuado del petróleo o cualquier otra que así se señale expresamente por resultar alternativa a los combustibles fósiles clásicos; y (c) tener menos de 10 años de antigüedad desde su primera matriculación (a excepción de vehículos históricos o con potencia igual o superior a 28 CVF) (art. 181.2 LOTT).

Hay que recordar que, en su sentencia de 4 de junio de 2018 núm. 921, el Tribunal Supremo anuló los párrafos del artículo 181 ROTT que imponían disponer en todo momento, en propiedad o arrendamiento financiero, de al menos siete vehículos dedicados a esa actividad, sobre la base de que no existía una razón de interés general que justificase tal restricción.

- iii. El ratio 1/30. Posiblemente, esta ha sido la barrera de entrada que ha dado lugar a una mayor litigiosidad y controversia en los últimos años.

Conforme a esta regla, no pueden concederse nuevas autorizaciones VTC cuando la proporción entre el número de las existentes y el de las de taxi domiciliadas en el mismo territorio de una comunidad autónoma sea superior a una de aquellas por cada treinta de estas (art. 48.3 LOTT). Este ratio 1/30 puede ser modulado por las comunidades autónomas con competencias en la materia para hacerlo más restrictivo.

La conformidad de este ratio 1/30 con la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, ya fue confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de junio de 2018 núm. 921. En esencia, el Tribunal Supremo no consideró esta barrera de entrada contraria a la citada norma al considerar lícito que el Estado imponga restricciones a la competencia, al ser el taxi un servicio de interés general y por considerar que las partes no habían ofrecido una posible alternativa menos restrictiva para mantener esa competencia equilibrada entre las dos modalidades de transporte urbano.

Sin embargo, este ratio ha vuelto a ser objeto de recurso con ocasión de la aprobación del Reglamento de ordenación del servicio de VTC en el Área Metropolitana de Barcelona, recurso que en la actualidad está siendo conocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el marco de este segundo procedimiento, el abogado general Szpunar (Asunto C-50/21 Prestige & Limousine S.L.) ha mantenido que este ratio 1/30 no resulta una medida idónea para la consecución de una gestión adecuada del transporte local, el tráfico y el uso del espacio público, ni para proteger el medio ambiente y, por lo tanto, constituye una restricción desproporcionada a la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 49 TFUE.

Dicho lo anterior, las conclusiones del abogado general no son vinculantes, sino que representan una propuesta de solución jurídica, por lo que habrá que esperar al fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

5. El transporte urbano en las comunidades autónomas de Andalucía, Cataluña y Madrid

Tras la aprobación del RDL13/2018, el sector se ha enfrentado a una situación de especial incertidumbre jurídica. Con carácter temporal, el RDL 13/2018 permitía a las autorizaciones “preexistentes” seguir prestando tanto servicios de transporte urbano como interurbanos durante un plazo de cuatro años, que finalizó el 30 de septiembre de 2022.

Tras este periodo transitorio, se abrieron numerosos interrogantes en torno al modo de prestación de los servicios urbanos en aquellas comunidades autónomas sin una legislación propia en la materia. Hubo que esperar hasta la práctica finalización de los citados cuatro años para ver aprobada, a lo largo de 2022, la normativa aplicable en las comunidades autónomas de Madrid, Cataluña y Andalucía, signo claro de las dificultades jurídicas, políticas y sociales que lo rodeaban.

A continuación, sintetizamos los requisitos de acceso de estas tres regiones. Se trata de una “foto fija” del momento actual, dado que existen numerosos recursos y propuestas legislativas en curso. No estamos, pues, ante una cuestión cerrada, sino que, por el contrario, habrá de estarse a las novedades judiciales y legislativas que se dicten y publiquen en el corto y medio plazo.

En todo caso y con los datos oficiales a 2 de febrero de 2023, la emisión de nuevas autorizaciones VTC nacionales deberá esperar algunos años en estas tres comunidades mientras persista el ratio 1/30 al haberse superado ampliamente. En concreto, Andalucía, Cataluña y Madrid cuentan, respectivamente, con 8.504, 11.204 y 14.735 autorizaciones de taxi nacionales, frente a 3.293, 2.911 y 8.724 autorizaciones de VTC nacionales.

5.1. Comunidad de Madrid

La primera norma fue aprobada por la Comunidad de Madrid a través de Ley 5/2022, de 9 de junio, por la que se modifica la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid (la “Ley 5/2022”). Dicho esto, también es cierto que se trata de una regulación parcial que deberá ser desarrollada casi en su integridad.

Se distingue entre las autorizaciones VTC de ámbito nacional domiciliadas en la Comunidad de Madrid otorgadas antes y después de la entrada en vigor de la norma.

A. Autorizaciones VTC preexistentes

Las autorizaciones “nacionales” domiciliadas en la Comunidad de Madrid con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2022 seguirán habilitando para la prestación de servicios urbanos e interurbanos (disposición adicional cuarta aprobada por la Ley 5/2022). Para ello, sus titulares deberán cumplir tanto con las obligaciones previstas en la normativa nacional como con las que se aprueben en la Comunidad de Madrid.

En otras palabras, los operadores deberán esperar al ulterior desarrollo reglamentario para conocer los requisitos a los que estará sometido el arrendamiento de vehículos con conductor en trayectos urbanos en la región. Entretanto, los titulares podrán continuar su actividad, siempre que cumplan con las condiciones previstas en la LOTT y su normativa de desarrollo.

B. Nuevas autorizaciones

A futuro, la Ley 5/2022 incorpora una nueva autorización “autonómica” para los servicios urbanos. Por tanto, de no contar con una “autorización preexistente”, toda persona interesada en comentar a prestar servicios VTC deberá obtener una doble habilitación: (i) nacional para los trayectos interurbanos, conforme a la normativa nacional, esto es, la LOTT y su normativa de desarrollo; y (ii) autonómica para los trayectos urbanos condicionada al cumplimiento de los requisitos que la Comunidad de Madrid determine reglamentariamente (y que a fecha de hoy continúan pendientes de aprobación).

Si bien la Ley 5/2022 no lo aclara expresamente, los trabajos e informes emitidos en su tramitación indican que los ayuntamientos serán el órgano competente para su otorgamiento. En todo caso, en línea con la normativa nacional, podrá denegarse toda solicitud de nuevas autorizaciones VTC cuando, a la vista de las ya existentes (incluidas las estatales habilitadas para prestar servicios urbanos), su otorgamiento implique la alteración del citado ratio 1/30.

5.2. Cataluña

Por su parte, la Generalitat de Cataluña ha optado por un modelo distinto en el Decreto Ley 9/2022, de 5 de julio, de medidas urgentes en materia de alquiler de vehículos con conductor (el "Decreto Ley 9/2022").

Las autorizaciones VTC domiciliadas en Cataluña existentes con anterioridad al Decreto Ley 9/2022 únicamente habilitan para prestar servicios interurbanos. En los urbanos, se crea una nueva modalidad de autorización VTC cuyo otorgamiento corresponde a los ayuntamientos o entes metropolitanos legalmente constituidos (art. 3 Decreto Ley 9/2022).

Asimismo, se limita su plazo de vigencia a dos años, prorrogable por una sola vez por otros dos adicionales si, en ese momento, no hubiera sido aprobada una ley que regule de forma integral los servicios de taxi y VTC (art. 6 Decreto Ley 9/2022).

El Decreto Ley 9/2022 también ha incorporado los siguientes requisitos para obtener la autorización VTC de carácter urbano: (i) ser titular de una autorización de VTC "de ámbito estatal" domiciliada en Cataluña, con un vehículo que haya sido adscrito permanentemente como mínimo durante el último año a contar desde el Decreto Ley 9/2022; (ii) haber prestado más de 100 servicios VTC durante el último año con cada autorización de ámbito nacional; (iii) disponer de un seguro de responsabilidad civil por un importe mínimo de 50 millones de euros; (iv) contar con conductores en posesión del permiso de conducción de la clase B o superior con al menos dos años de antigüedad; (v) disponer de un vehículo (a) en régimen de propiedad o arrendamiento financiero con un permiso de circulación destinado a la prestación del servicio VTC, (b) con una longitud mínima de 4,90 metros y (c) con una clasificación ambiental de etiqueta O o ECO (excepcionalmente podrán tener etiqueta C si se acredita que el vehículo en cuestión estaba adscrito en los términos previstos en el primer apartado); y (vi) no haber sido sancionados por la comisión de infracciones muy graves en la normativa reguladora de la actividad VTC.

El Decreto Ley 9/2022 no ha recogido de forma expresa el ratio 1/30. Sin embargo, el Área Metropolitana de Barcelona ha incorporado este límite en el Reglamento de ordenación de la actividad VTC, que ha sido objeto de recurso como hemos visto en la Sección 4).

5.3. Andalucía

En los días previos a la finalización del periodo transitorio, la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó el Decreto-ley 8/2022, de 27 de septiembre, por el que se modifica la Ley 2/2003, de 12

de mayo, de Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía (el “Decreto Ley 8/2022”).

Siguiendo los términos de la normativa dictada por la Comunidad de Madrid, diferencia entre autorizaciones vigentes o a otorgar tras la entrada en vigor del Decreto-Ley 8/2022.

A. Autorizaciones VTC preexistentes

Conforme al nuevo artículo 18 bis, las autorizaciones VTC “nacionales” domiciliadas en la Comunidad de Andalucía preexistentes seguirán habilitando para desarrollar servicios urbanos e interurbanos.

El Decreto-Ley 8/2022 no ha incorporado requisitos adicionales de acceso. Sin embargo, sus titulares deberán cumplir con las obligaciones de prestación del servicio previstas en la Ley 2/2003 y las que la Comunidad de Andalucía determine reglamentariamente a estos efectos.

B. Nuevas autorizaciones

A futuro, todo interesado en empezar a prestar servicios VTC urbanos e interurbanos en Andalucía deberá obtener una autorización VTC. En otras palabras, una misma autorización habilitará para prestar tanto el servicio de transporte urbano como el interurbano.

Por tanto, el arrendamiento de vehículos con conductor requerirá la observancia de una doble vertiente de requisitos para la obtención de un único título: (i) nacional, para los trayectos interurbanos, conforme a la normativa nacional, esto es, la LOTT y su normativa de desarrollo; y (ii) autonómica, para los trayectos urbanos, condicionada al cumplimiento de los requisitos que la Comunidad de Andalucía determine reglamentariamente. En todo caso, el Decreto-Ley 8/2022 no ha incorporado, por el momento, ninguna condición de acceso adicional a las previstas en la LOTT y el ROTT.

España

OBLIGACIONES DE REPORTE AL MINISTERIO FISCAL EN LA NUEVA LEY DE PROTECCIÓN DE *WHISTLEBLOWERS*

Marta Barceló Moyano

Abogada del Área de Derecho Penal de los Negocios e Investigaciones Internas de Uría Menéndez (Barcelona)

Obligaciones de reporte al Ministerio Fiscal en la nueva ley de protección de *whistleblowers*

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que transpone al ordenamiento español la llamada Directiva de *whistleblowers*, introduce una obligación de denunciar hechos delictivos al Ministerio Fiscal en el marco de los canales internos y externos de información. En este foro se analiza el origen de esa obligación, su alcance y las consecuencias que puede acarrear para las entidades del sector privado.

PALABRAS CLAVE:

LEY 2/2023, DIRECTIVA (UE) 2019/1937, *WHISTLEBLOWERS*, DENUNCIANTES, AUTODENUNCIA, MINISTERIO FISCAL, CANAL INTERNO, DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE.

Reporting obligations to the Public Prosecutor in the new whistleblower protection law

Law 2/2023 of 20 February on protecting persons who report statutory infringements and on the fight against corruption, which transposes the Whistleblower Directive into Spanish law, has introduced an obligation to report criminal offences to the Public Prosecutor's Office that come to light in the context of internal and external whistleblowing channels. This article analyses the background to that obligation, its scope and what it means for private-sector entities.

KEYWORDS:

LAW 2/2023, DIRECTIVE (EU) 2019/1937, WHISTLEBLOWERS, SELF-REPORTING, PUBLIC PROSECUTOR, INTERNAL CHANNEL, RIGHT NOT TO INCRIMINATE ONESELF.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023

Barceló Moyano, Marta (2023). Obligaciones de reporte al Ministerio Fiscal en la nueva ley de protección de *whistleblowers*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 110-117 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción: transposición de la directiva de *whistleblowers*

En noviembre de 2019 entró en vigor la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (la "Directiva"), que establece normas mínimas de protección para las personas que quieran denunciar infracciones del Derecho de la Unión en el contexto de sus actividades laborales tanto en el sector público como privado (los llamados *whistleblowers*).

Con el objetivo de fomentar la comunicación de esas infracciones, la Directiva articula un sistema de denuncias por tres cauces: denuncias internas ante los órganos competentes designados por las entidades de los sectores público y privado, denuncias externas ante las autoridades competentes designadas por los Estados miembros y revelación pública de información sobre infracciones.

El plazo para transponer la Directiva finalizaba el 17 de diciembre de 2021, ampliándose hasta el 17 de diciembre de 2023 respecto de la obligación de establecer un canal de denuncia interno para las entidades del sector privado que tengan entre 50 y 249 trabajadores. En España, sin embargo, la transposición no llegó hasta el pasado mes de febrero, con la aprobación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (la "Ley 2/2023").

Siendo la Directiva una norma de mínimos, los Estados miembros podían ampliar su ámbito de aplicación introduciendo disposiciones más favorables para los denunciantes. Así lo ha hecho la Ley española en lo que se refiere, por ejemplo, al ámbito de aplicación material de la norma, que no solo alcanza a las infracciones del Derecho de la Unión previstas en el artículo 2 de la Directiva, sino también, en general, a las infracciones penales y administrativas graves o muy graves. Lo mismo sucede con las obligaciones de reporte al Ministerio Fiscal que se fijan para los responsables de los canales internos y externos de información y, en particular, con las obligaciones para las entidades privadas que gestionen esos canales internos.

Este trabajo se centra en analizar cómo en este último aspecto la Ley 2/2023 se aparta de la Directiva e introduce una novedad de gran calado para las empresas, prevista en el artículo 9.2.j), que trae consigo un problema de constitucionalidad y que genera múltiples interrogantes en lo que respecta a su necesaria aplicación armonizada junto con la preexistente regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas corporativos de prevención de delitos.

2. Obligación de denunciar hechos delictivos al Ministerio Fiscal: equiparación de los canales internos y externos

Los procedimientos de denuncia y seguimiento de esas denuncias que establece la Directiva para los canales internos y externos guardan muchas similitudes. Entre otras, se fijan los mismos plazos para acusar recibo y dar respuesta al denunciante y se obliga a hacer seguimiento de la denuncia —ya sea interna o externa— de forma diligente. Sin embargo, una de las diferencias entre los procedimientos de denuncia interna y externa es que, en relación con estos últimos, el artículo 11.2.f) de la Directiva establece que los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes que se designen para recibir y hacer seguimiento de las denuncias externas *“transmitan en tiempo oportuno la información contenida en la denuncia a las instituciones, órganos u organismos competentes de la Unión, según corresponda, para que se siga investigando, cuando así esté previsto por el Derecho de la Unión o nacional”*. La Directiva no prevé una obligación similar en relación con las denuncias internas.

En cambio, la Ley 2/2023 ha incorporado esa obligación (traducida en una obligación de remisión no solo a las autoridades competentes, sino también al Ministerio Fiscal) tanto para el canal externo de información que gestiona la Autoridad Independiente de Protección del Informante (“AAI”, o, en su caso, las autoridades autonómicas competentes) como para los canales internos que gestionen las entidades de los sectores público y privado.

En cuanto al canal externo, el artículo 18.2.c) de la Ley 2/2023 establece que, una vez recibida y registrada la información o comunicación (como sinónimo del término *denuncia* al que se refiere la Directiva), la AAI deberá *“Remitir con carácter inmediato la información al Ministerio Fiscal cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito o a la Fiscalía Europea en el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea”*. Asimismo, el artículo 20.2.b) prevé que, tras finalizar las actuaciones de instrucción y haber redactado el informe final, la AAI adoptará alguna de las decisiones previstas en ese precepto, entre las que se encuentra la *“Remisión al Ministerio Fiscal si, pese a no apreciar inicialmente indicios de que los hechos pudieran revestir el carácter de delito, así resultase del curso de la instrucción. Si el delito afectase a los intereses financieros de la Unión Europea, lo remitirá a la Fiscalía Europea”*.

Con estas previsiones, la Ley 2/2023 mantiene la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para la investigación de hechos delictivos denunciados o comunicados por canales externos ante autoridades públicas, en línea con lo previsto en otras normas ya existentes que regulan el funcionamiento de los distintos organismos autonómicos de prevención y lucha contra corrupción. Ejemplo de ello es el artículo 21 de la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña, que establece que, si en el curso de las actuaciones de esa oficina se observan indicios de hechos delictivos, su director deberá comunicarlo de forma inmediata al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial. La Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana y la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, contienen

disposiciones prácticamente idénticas. Lo mismo sucede respecto de otros organismos públicos dotados de facultades de inspección o investigación y no necesariamente vinculados con la lucha contra la corrupción. Así, por ejemplo, la Agencia Tributaria está obligada, en el marco de su labor inspectora, a deducir el tanto de culpa al Ministerio Fiscal cuando aprecie la posible existencia de un delito (artículos 95.3 y 251 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), al igual que lo está la Inspección de Trabajo (artículo 17.3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

Pero la Ley 2/2023 va un paso más allá, pues el artículo 9.2, que regula el contenido mínimo y los principios a los que deberá responder el procedimiento de gestión de informaciones internas en los sectores público y privado, incluye en su letra j) la *“Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea”*.

El carácter obligatorio de esa remisión de información al Ministerio Fiscal se desprende tanto de la propia literalidad del artículo 9.2.j) de la Ley 2/2023 como de su análisis conjunto con el artículo 63.3.c) de la misma norma, que tipifica como infracción leve (castigada con hasta 100.000 euros de multa para las personas jurídicas) cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley que no esté tipificado como infracción grave o muy grave, lo que incluiría la inobservancia del contenido mínimo del procedimiento de gestión de informaciones. No parece que la falta de remisión de esa información al Ministerio Fiscal pueda encajar en alguna de las categorías de infracciones graves o muy graves previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 63.

Con ello, la Ley 2/2023 equipara en este punto los canales internos de información de los sectores público y privado con los canales externos, sin tener en cuenta las diferencias entre unos y otros ni las consecuencias de diversa índole que puede tener esta obligación para las entidades del sector privado (a las que nos referiremos en el siguiente apartado).

Con buen criterio, el Anteproyecto de Ley inicial que aprobó el Consejo de Ministros en marzo de 2022 solo preveía la obligación de denunciar al Ministerio Fiscal para la AAI en el marco de los canales externos de información (en los ya citados artículos 18.2.c y 20.2.b). Sin embargo, el Proyecto de Ley que se remitió al Congreso en septiembre de 2022 incorporó una nueva letra j) en el artículo 9.2, cuya redacción se mantuvo intacta en el texto final de la Ley aprobado por el Congreso en febrero de 2023.

El origen de este precepto —que, como se ha expuesto, equipara los canales internos y externos en este aspecto, apartándose con ello del texto de la Directiva— parece encontrarse en un pasaje del Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de 26 de marzo de 2022 sobre el Anteproyecto de Ley, que rezaba como sigue:

“86.- En definitiva, si bien la denuncia a través de los canales internos o externos es una opción que se proporciona al ciudadano que no resulta per se incompatible con la obligación de denunciar establecida en la LECrim, la consecución real del objetivo de fomento del empleo de estos canales de forma preferente —y en especial, del canal interno— para combatir los incumplimientos del Derecho de la Unión Europea y nacional que se enmarcan en su ámbito de aplicación sí resulta di-

fácilmente conciliable con dicha obligación legal, y ello sin perjuicio de la obligación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (canal externo creado ex novo por el prelegislador, y que es objeto de análisis en párrafos posteriores) de remitir al Ministerio Fiscal los hechos informados que pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito (artículo 18.2. c APL), obligación que, de otro lado, no se impone a los responsables del sistema interno de información (artículo 9 APL). [...] En todo caso, dada la competencia de los Juzgados y Tribunales para el conocimiento de las infracciones penales (artículo 23 LOPJ), las autoridades judiciales siempre serán autoridades competentes para la recepción de denuncias sobre las infracciones penales que constituyen el ámbito material del APL, con independencia de que la norma proyectada no los mencione y cree y diseñe un nuevo canal externo administrativo".

Esto es, el CGPJ se mostró crítico con el hecho de que la norma fomentara el empleo preferente de los canales de información (especialmente los internos) en detrimento de la denuncia policial, fiscal o judicial, calificando tal situación de *"difícilmente conciliable"* con la obligación legal de denunciar delitos cometidos por terceros de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (prevista en su artículo 259 y cuya infracción se castiga con una multa irrisoria, de 25 a 250 pesetas). En esta línea de razonamiento, el CGPJ señaló que la obligación de remisión al Ministerio Fiscal en el Anteproyecto únicamente recaía en la AAI que gestiona un canal externo y, por el contrario, *"no se impone a los responsables del sistema interno de información"*.

Sin embargo, el CGPJ ni sostuvo que la equiparación de los canales internos y externos en este punto fuese la solución óptima a sus objeciones ni mucho menos propuso que se impusiese una obligación de denuncia generalizada sobre todos los operadores de sistemas de información del sector privado, alcanzando con ello a hechos de los que la propia persona jurídica puede responder penalmente.

A pesar de lo anterior, en el trámite parlamentario se rechazó la única enmienda que, previendo los potenciales efectos indeseados del artículo 9.2.j), propuso la supresión del precepto. Se trata de la enmienda 141 del Grupo Parlamentario Plural en el Congreso, que justificó la necesidad de eliminar el artículo por los siguientes motivos:

"El artículo prevé que una entidad que a través de su canal interno conoce indiciariamente de un delito deba remitir toda la información a la fiscalía. Esta previsión afecta gravemente al derecho de defensa.

[...]

Por otra parte, el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (con rango de Ley Orgánica) ya prevé los supuestos y la sanción para cualquier persona por incumplir la obligación de denunciar la comisión de un delito cometido por tercero. Por tanto, la redacción de este precepto debe tener rango de ley orgánica y no puede sustituir un supuesto que ya se encuentra regulado en la normativa penal vigente en España, que es el lugar donde debe regularse.

La propia Directiva regula la remisión de hechos que pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito en respeto a las Constituciones de los Estados miembro, obligando a las autoridades, nunca a los responsables del canal".

3. Consecuencias de la obligación de denunciar al Ministerio Fiscal para las entidades privadas

El artículo 9.2.j) de la Ley 2/2023 es de aplicación a los procedimientos de gestión de informaciones internas tanto en el sector público como en el privado, siendo en este último ámbito donde esta obligación puede generar efectos distorsionadores, o incluso indeseados desde la perspectiva de los derechos y garantías aparejados a una potencial atribución de responsabilidad penal.

Tal y como establece el artículo 3.1.b), el ámbito de aplicación material de la nueva norma alcanza a las *"acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave"*, incluyendo, por tanto, los delitos que pueden generar responsabilidad penal de la persona jurídica cuando se cumplan los requisitos del artículo 31 bis del Código Penal.

Por ello, en aplicación del artículo 9.2.j), las empresas pueden verse obligadas a denunciar ante el Ministerio Fiscal hechos de los que pueda responder penalmente la propia entidad, con lo que se ve afectado su derecho constitucional a no autoincriminarse (previsto en los artículos 409 bis.1 y 118.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución española).

Tal y como ha establecido la Sala Segunda del Tribunal Supremo, los derechos y garantías constitucionales que amparan a las personas físicas investigadas o acusadas en un procedimiento penal también son de aplicación a las personas jurídicas que se encuentren en esa situación. Así lo afirmó en la STS n.º 221/2016, de 16 de marzo (Pte. Marchena Gómez): *"Es importante, además, destacar que el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo"*. En esta misma línea, véanse también las SSTS n.º 514/2015, de 2 de septiembre (Pte. Marchena Gómez), n.º 154/2016, de 29 de febrero (Pte. Maza Martín), y n.º. 234/2019, de 8 de mayo (Pte. de Porres Ortiz de Urbina).

El respeto al derecho constitucional a no autoincriminarse exige que la autodenuncia solo pueda realizarse de manera voluntaria. Precisamente por ello en nuestro sistema procesal penal solo existe un deber de denunciar los hechos delictivos cometidos por terceros (previsto en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y la confesión se configura como un premio, no como una obligación a cuyo incumplimiento se apareja un castigo.

Así, igual que sucede con la atenuante de confesión de las personas físicas del artículo 21.4 del Código Penal, el sistema de eximentes o atenuantes para la persona jurídica previsto en el Código Penal en forma de exención de la pena (artículo 31 bis 2 y 4) o de circunstancias de confesión y colaboración con la investigación (artículo 31 quater) parten de la premisa de su actuación voluntaria.

Al incorporar la autodenuncia como una obligación, el nuevo artículo 9.2.j) de la Ley provoca una disfunción sistemática respecto de la regulación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas prevista en los artículos 31 bis y siguientes del Código Penal. Es difícil imaginar

cómo la denuncia al Ministerio Fiscal va a operar de forma simultánea como una obligación que lleva aparejada una sanción y como una atenuante de la eventual responsabilidad penal de la persona jurídica.

Junto con el problema de constitucionalidad que lleva aparejado, la imprecisa redacción del artículo 9.2.j) afecta también a la necesaria seguridad jurídica con la que las empresas deberían poder desarrollar sus programas de prevención de delitos y sus canales internos de denuncia para beneficiarse de la exención de la pena prevista en el artículo 31 bis 2 y 4 del Código Penal. La Fiscalía General del Estado señaló en su Circular 1/2016 que *“la aportación al procedimiento de una investigación interna”* puede permitir a la empresa conseguir esa exención de responsabilidad penal al haber acreditado la eficacia de sus medidas preventivas internas, mientras que *“el retraso en la denuncia de la conducta delictiva”* operaría según la Fiscalía en sentido contrario.

Sin embargo, el artículo 9.2.j) no determina ni el contenido ni el alcance de la nueva obligación de denunciar, lo que genera múltiples incertidumbres: ¿qué significa que los hechos puedan ser indiciariamente constitutivos de delito en el contexto de esta norma?; ¿qué información debe remitirse exactamente al Ministerio Fiscal con carácter inmediato?; ¿solo la denuncia (como sinónimo de información) recibida a través del canal interno?; ¿qué ocurre si esos indicios de delito no se desprenden de la denuncia inicial, pero surgen a raíz de una investigación interna?; en ese caso, ¿debe remitirse al Ministerio Fiscal el contenido de esa investigación interna?; de ser así, ¿cuándo deberá remitirse, tan pronto como surjan los indicios aunque la investigación no esté finalizada o cuando se alcance el resultado final del proceso interno?

La indeterminación y vaguedad del artículo 9.2.j) en lo que se refiere a cuándo, cómo y qué denunciar al Ministerio Fiscal impedirá a las empresas operar con la deseable previsibilidad para conseguir esa exención. Y es que, en función del tipo de *“información”* y del momento en que esta se remita al Ministerio Fiscal, la actuación de la empresa podría considerarse insuficiente o tardía para beneficiarse de la exención.

4. Consideraciones finales

La Ley 2/2023 ha incorporado la obligación de denunciar al Ministerio Fiscal como contenido mínimo del procedimiento de gestión de informaciones internas, vinculando con ello a todos los responsables de sistemas de información internos tanto del sector público como privado y equiparando en este punto los canales internos y externos.

La nueva regulación se aparta de lo dispuesto en la Directiva y no tiene en cuenta las distintas consecuencias que puede tener esa obligación genérica de denunciar al Ministerio Fiscal en función de la naturaleza del sujeto obligado. A diferencia de lo que sucede con las empresas privadas obligadas por el artículo 9.2.j), las entidades del sector público que gestionen canales internos de información y la AAI u otras autoridades que gestionen los canales externos no están sujetas a responsabilidad penal (*ex* artículo 31 quinquies del Código Penal) y, por tanto, no incurrirán en el ejercicio de esa función pública de denuncia de hechos cometidos por terceros en un riesgo de au-

toincriminarse. Parece razonable entonces que la Directiva solo introdujera la obligación de transmitir la información a otras autoridades competentes para los responsables de canales externos.

El tratamiento en la Ley 2/2023 de las obligaciones de reporte al Ministerio Fiscal se aleja también de las normas adoptadas por otros países de la Unión Europea para transponer la Directiva, que, a diferencia de España, no han introducido una obligación de denuncia para las entidades del sector privado que gestionen los canales internos de información.

Aunque a fecha del presente trabajo aún hay algunos Estados miembros que no han transpuesto la Directiva a sus ordenamientos internos (como Alemania o Luxemburgo), las normas aprobadas por países como Francia (Ley n.º 2016-1691, modificada en marzo de 2022), Irlanda (Ley de revelaciones protegidas de 2014, modificada en julio de 2022), Bélgica (Ley de 28 de noviembre de 2022) o Italia (Decreto Legislativo de 10 de marzo de 2023, n.º 24) únicamente prevén una obligación general de las autoridades que gestionen el canal externo de denuncias de remitir la información recibida a las autoridades que sean competentes para investigar esas infracciones.

La Ley sueca 2021:890 va un paso más allá y establece una obligación de remitir la información a las autoridades competentes no solo en el marco de los canales externos, sino también para los canales internos del sector público (diferenciando, por tanto, las obligaciones previstas para los canales internos de los sectores público y privado). Por último, resulta de interés la solución adoptada por Portugal en su Ley 93/2021 de 20 de diciembre, pues, mientras que en el caso de los canales externos prevé la obligación de remitir la denuncia al Ministerio Público cuando los hechos sean constitutivos de delito, para los responsables de los canales internos esa denuncia al Ministerio Público es potestativa (tras la recepción de una denuncia interna, los sujetos obligados pueden abrir una investigación interna o notificar a la autoridad competente para que investigue la infracción).

Esta mirada a los países de nuestro entorno confirma que existen alternativas más respetuosas con los derechos y garantías constitucionales de las personas jurídicas que la adoptada por la Ley 2/2023 para transponer la Directiva, sin que por ello se descuide el deber general de los ciudadanos y las autoridades de denunciar delitos cometidos por terceros. Dado que parece poco probable que en el corto plazo se vaya a modificar la Ley para corregir o modular este aspecto, sería deseable que los operadores jurídicos aporten criterios interpretativos que permitan armonizar este precepto con la regulación y jurisprudencia existente sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hasta que no lleguen los primeros pronunciamientos jurisprudenciales, parece que es la Fiscalía General del Estado quien está en mejor posición para, a través de una circular o una instrucción, proponer una interpretación y aplicación del artículo 9.2.j) plenamente acorde a los derechos y garantías de las personas jurídicas que puedan ser penalmente responsables.

España

PROHIBICIÓN Y SANCIONES AL SOFTWARE DE DOBLE USO. OBLIGACIÓN DE USAR SOFTWARE ESTANDARIZADO EN LA FACTURACIÓN

Jesús López Tello

Abogado del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)

Prohibición y sanciones al software de doble uso. Obligación de usar software estandarizado en la facturación

La Ley 11/2021, de 9 de julio, introdujo en el sistema tributario español la obligación de que los sistemas y programas informáticos que soporten los procesos contables, de facturación o de gestión de quienes desarrollen actividades económicas, garanticen la integridad, conservación, accesibilidad, legibilidad, trazabilidad e inalterabilidad de los registros, sancionando el incumplimiento de esta obligación con elevadas multas. Este foro reflexiona sobre la adecuación a derecho de los tipos sancionadores introducidos y sobre algunos de los problemas jurídicos y prácticos que se pueden desencadenar como consecuencia del establecimiento de programas informáticos de facturación estandarizados y obligatorios.

PALABRAS CLAVE:

SOFTWARE DE DOBLE USO, PROGRAMA INFORMÁTICO DE FACTURACIÓN, SOFTWARE DE FACTURACIÓN.

Prohibition and penalties for dual-use software. Obligation to use standardized billing software

Law 11/2021, of July 9, introduced an obligation in the Spanish tax system. The hardware and software in the accounting, billing or management processes of those who carry out economic activities, must guarantee the integrity, conservation, accessibility, legibility, traceability and inalterability of the records. Failing to comply with this obligation is penalised with high fines. This article reflects on the lawfulness of these fines and on

some of the legal and practical problems that can be triggered as a consequence of standardising and making billing software mandatory.

KEYWORDS:

DUAL-USE SOFTWARE, BILLING SOFTWARE.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023

López Tello, Jesús (2023). Prohibición y sanciones al *software* de doble uso. Obligación de usar *software* estandarizado en la facturación. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 118-125 (ISSN: 1578-956X).

1. La medida

El preámbulo de la Ley (“Ley 11/2021”), de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, declara en su apartado XI —dedicado a los cambios que introduce en la Ley 58/2003, General Tributaria (“LGT”)— lo siguiente:

“Con el objetivo de no permitir la producción y tenencia de programas y sistemas informáticos que permitan la manipulación de los datos contables y de gestión, se establece la obligación de que los sistemas informáticos o electrónicos que soporten los procesos contables o de gestión empresarial se ajusten a ciertos requisitos que garanticen la integridad, conservación, accesibilidad, legibilidad, trazabilidad e inalterabilidad de los registros, requisitos cuya especificación técnica puede ser objeto de desarrollo reglamentario, incluyendo en este la posibilidad de someterlo a certificación.

Asimismo, en concordancia con dicha regulación, se establece un régimen sancionador específico, derivado de la mera producción de estos sistemas o programas, o la tenencia de los mismos sin la adecuada certificación”.

A tal efecto, se añadió una nueva letra j) en el apartado 2 del artículo 29 LGT —“*obligaciones tributarias formales*”—, del siguiente tenor:

“j) La obligación, por parte de los productores, comercializadores y usuarios, de que los sistemas y programas informáticos o electrónicos que soporten los procesos contables, de facturación o de gestión de quienes desarrollen actividades económicas, garanticen la integridad, conservación, accesibilidad, legibilidad, trazabilidad e inalterabilidad de los registros, sin interpolaciones, omisiones o alteraciones de las que no quede la debida anotación en los sistemas mismos. Reglamentariamente se podrán establecer especificaciones técnicas que deban reunir dichos sistemas y programas, así como la obligación de que los mismos estén debidamente certificados y utilicen formatos estándar para su legibilidad”.

Y *dos nuevas infracciones tributarias*, tipificadas en el artículo 201 bis LGT, con la siguiente redacción:

“1. Constituye infracción tributaria la fabricación, producción y comercialización de sistemas y programas informáticos o electrónicos que soporten los procesos contables, de facturación o de

gestión por parte de las personas o entidades que desarrollen actividades económicas, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) permitan llevar contabilidades distintas en los términos del artículo 200.1.d) de esta Ley («d) La llevanza de contabilidades distintas referidas a una misma actividad y ejercicio económico que dificulten el conocimiento de la verdadera situación del obligado tributario»);
- b) permitan no reflejar, total o parcialmente, la anotación de transacciones realizadas;
- c) permitan registrar transacciones distintas a las anotaciones realizadas;
- d) permitan alterar transacciones ya registradas incumpliendo la normativa aplicable;
- e) no cumplan con las especificaciones técnicas que garanticen la integridad, conservación, accesibilidad, legibilidad, trazabilidad e inalterabilidad de los registros, así como su legibilidad por parte de los órganos competentes de la Administración Tributaria, en los términos del artículo 29.2.j) de esta Ley;
- f) no se certifiquen, estando obligado a ello por disposición reglamentaria, los sistemas fabricados, producidos o comercializados.

2. Constituye infracción tributaria la tenencia de los sistemas o programas informáticos o electrónicos que no se ajusten a lo establecido en el artículo 29.2.j) de esta Ley, cuando los mismos no estén debidamente certificados teniendo que estarlo por disposición reglamentaria o cuando se hayan alterado o modificado los dispositivos certificados.

La misma persona o entidad que haya sido sancionada conforme al apartado anterior no podrá ser sancionada por lo dispuesto en este apartado.

3. Las infracciones previstas en este artículo serán graves.

4. La infracción señalada en el apartado 1 anterior se sancionará con multa pecuniaria fija de 150.000 euros, por cada ejercicio económico en el que se hayan producido ventas y por cada tipo distinto de sistema o programa informático o electrónico que sea objeto de la infracción. No obstante, las infracciones de la letra f) del apartado 1 de este artículo se sancionarán con multa pecuniaria fija de 1.000 euros por cada sistema o programa comercializado en el que se produzca la falta del certificado.

La infracción señalada en el apartado 2 anterior, se sancionará con multa pecuniaria fija de 50.000 euros por cada ejercicio, cuando se trate de la infracción por la tenencia de sistemas o programas informáticos o electrónicos que no estén debidamente certificados, teniendo que estarlo por disposición reglamentaria, o se hayan alterado o modificado los dispositivos certificados”.

Estas modificaciones entraron en vigor el 11 de octubre de 2021, esto es, transcurridos tres meses desde la entrada en vigor de la Ley 11/2021, según establece su disposición final 7.a).

2. Desarrollo de la medida

Las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2022 (aprobadas por la Resolución de 26 de enero de 2022 de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria) declararon, dentro del apartado dedicado a *"la investigación y las actuaciones de comprobación del fraude tributario y aduanero"*, que:

"El empleo de sistemas informáticos que permiten y facilitan la alteración de los registros contables de todo tipo, será en 2022 objeto aún de mayor atención y control si cabe que en ejercicios previos, extendiéndose estas labores de control a la fabricación, producción y comercialización de los mismos en el marco del desarrollo reglamentario de esta materia previsto tras la ley del fraude de 2021. El uso de este software de doble uso en beneficio del fraude ha conllevado una modificación normativa que tiene como finalidad erradicar estas prácticas fraudulentas (incorporación por Ley 11/2021 del apartado j) al artículo 29.2 de la LGT y nuevo artículo y 201.bis de la LGT). La comprobación de los sistemas para asegurar que reúnen los requisitos de integridad, conservación, trazabilidad y legibilidad de los registros tributarios, la interdicción de interpolaciones, omisiones o alteraciones ilegítimas de las que no quede la debida anotación en los sistemas, será una prioridad. En el contexto de una estrategia claramente preventiva, se tratará también de alcanzar esos objetivos trabajando conjuntamente con asociaciones de empresas especializadas en el desarrollo o comercialización de software de gestión, como forma de evitar que se desarrollen, difundan, comercialicen, descarguen o usen en el ámbito empresarial sistemas que permitan la supresión de ventas contraviniendo las disposiciones legales o reglamentarias tributarias".

Por su parte, en su comparecencia el 6 de abril de 2022 en la Comisión de Hacienda y Función Pública del Congreso de los Diputados, el entonces director general de la Agencia Estatal de Administración Tributaria dijo lo siguiente:

"En materia de lucha contra el fraude, quizá lo más significativo que tenemos entre manos en estos momentos es lo que nosotros llamamos proyecto de digitalización, que es un desarrollo reglamentario pendiente de la Ley 11/2021 de prevención y lucha contra el fraude en relación con la prohibición del software de doble uso. Ya hemos enviado información pública del correspondiente desarrollo reglamentario, estamos analizando las observaciones que nos han llegado de cara a continuar con la tramitación del texto y estamos hablando de ello con las organizaciones de autónomos y pymes. Partimos de la base de que la evolución de la tecnología es increíble y lo que hace unos años parecía inimaginable ahora es factible. Por ejemplo, ahora es posible que un desarrollador de software ofrezca al mercado un software digital integral que simplemente instalándolo en la TPV—el terminal de punto de venta del ordenador desde el que se factura— permite que se cumplan los mejores estándares que impiden la utilización de software de doble uso e incluso, si tienes conexión vía Internet, que la información se pueda remitir sin coste adicional alguno a la Administración tributaria o al órgano administrativo que corresponda. Si conseguimos poner eso en marcha, de forma voluntaria para el que quiera remitir la información, estaremos en condiciones de llevarle nosotros sus libros fiscales y de ofrecerle borradores de declaración sin necesidad de que tenga que presentar el suministro inmediato de información que exige desarrollos al margen de ese software integral".

El desarrollo reglamentario aludido se refiere a sistemas informáticos que soporten los procesos de facturación de empresarios y profesionales, en relación con los cuales el 21 de febrero de 2022 se publicó un proyecto de Real Decreto, que aprobará el Reglamento que establecerá los requisitos que deberán adoptar los sistemas y programas informáticos o electrónicos que soporten los procesos de facturación de empresarios y profesionales, y la estandarización de formatos de los registros de facturación. El trámite de información pública de ese proyecto finalizó el 14 de marzo de 2022, y a partir de ahí la siguiente noticia fiable de que se dispone es que el proyecto —modificado o no tras la información pública— ha entrado en el Consejo de Estado para dictamen el 10 de marzo de 2023. Esta información la ha proporcionado el propio Consejo de Estado, donde a su futuro dictamen se le ha asignado el número de registro 207/2023.

Así las cosas, las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2023 (aprobadas por la Resolución de 6 de febrero de 2023 de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria) declaran, dentro del apartado dedicado a *comprobaciones formales*, que:

“La normativa derivada de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude, pretende evitar la producción y tenencia de programas y sistemas informáticos que permitan la manipulación, alteración, omisión u ocultación de los datos de facturación y, además, contribuirá a medio plazo a mejorar la gestión tributaria, mejorando los procesos de facturación y asegurando su calidad y permitiendo ofrecer más servicios tributarios en la cumplimentación de autoliquidaciones. Ello redundará en una mayor eficiencia de los procesos de gestión empresarial, reduciendo a medio plazo los costes y contribuyendo a la digitalización de PYMES y autónomos, que constituyen pieza fundamental de la estructura económica de España.

En el marco de dicha normativa sobre prohibición del software de doble uso, se desarrollarán planes de visita específicos enfocados a la identificación de las herramientas de software de gestión y contabilidad utilizadas por los comercios y empresas objeto de la visita. Estas actuaciones incluirán la verificación del cumplimiento de los requisitos previstos en la norma tributaria en materia de facturación y emisión de tickets, así como la consistencia de los programas de software utilizados con la normativa de aplicación.

Se promoverá que los sistemas informáticos que soporten procesos de facturación tengan la capacidad de remitir registros de facturación a la Agencia Tributaria de una forma mecánica y automatizada”.

3. Valoración

3.1. Prohibición y sanciones al *software* de doble uso

Según el diccionario, software es el “conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora” (RAE, s.f.), de modo que “software de doble uso” no significa esencialmente nada distinto de que un programa informático es capaz de eje-

cutar al menos dos tareas. La expresión es, pues, inútil para tipificar una conducta jurídicamente sancionable.

Yendo al texto de la LGT —artículos 29.2.j) y 201 bis— parecería que se trata de *software* que soporta los procesos contables, de facturación o de gestión de empresarios o profesionales, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- A. permite llevar contabilidades distintas referidas a una misma actividad y ejercicio económico;
- B. permite no reflejar, total o parcialmente, la anotación de transacciones realizadas;
- C. permite registrar transacciones distintas a las anotaciones realizadas;
- D. permite alterar transacciones ya registradas incumpliendo la normativa aplicable;
- E. no cumple con las especificaciones técnicas que garanticen la integridad, conservación, accesibilidad, legibilidad, trazabilidad e inalterabilidad de los registros, así como su legibilidad por parte de los órganos competentes de la Administración Tributaria;
- F. no está certificado, estando obligado a ello por disposición reglamentaria.

Los apartados *e)* y *f)* anteriores se refieren a *software* que no cumpla las especificaciones técnicas que se establezcan (*e*) o que no se certifique estando obligado a ello (*f*). No se trata, por tanto, de lo que el *software* sea capaz de hacer, sino de que, con independencia de su uso potencial, no se ajusta a las especificaciones o a la certificación fijadas por las normas. La bondad de la prohibición y sanción de la fabricación, producción, comercialización o tenencia de este tipo de *software* solo podrá juzgarse a la luz de las normas de especificaciones y certificación. Esas normas no deberían generar restricciones en el mercado, favorecer a unos fabricantes sobre otros, retrasar o dificultar el desarrollo o la aplicación de tecnología, o, en general, suponer gravosos costes administrativos, de tiempo y de gestión.

Los apartados *a)*, *b)*, *c)*, y *d)* sí hacen referencia a usos prohibidos que permitiría el *software*.

El enunciado del apartado *a)* se entiende bien, aunque no tanto su significado práctico. En efecto, ese apartado prohíbe el *software* que permita llevar contabilidades distintas referidas a una misma actividad y ejercicio económico. En nuestra experiencia, todo programa contable permite llevar la contabilidad de más de una empresa, y eso carece de maldad. Por el contrario, es imprescindible para los grupos de sociedades o los profesionales de la gestión contable. Lo perverso ni siquiera estaría en que en el programa se crearan dos empresas para recoger la misma actividad, sin con ello solo se pretende comparación de magnitudes o proyección de datos. La falta de contribución al Tesoro tiene lugar con la declaración tributaria inexacta —que desencadena las correspondientes infracciones por falta de ingreso—, y el puro incumplimiento de obligaciones contables y registrales ya tiene su propia infracción y sanción en el artículo 200 LGT. Finalmente, muchas sociedades y empresas españolas forman parte de grupos multinacionales con sistemas contables y de registro comunes a todo el grupo, operando en multiplicidad de países, y el sistema contable

debe permitir llevar registros informáticos susceptibles de ser convertidos en asientos contables distintos para la misma actividad, para cumplir con distintas legalidades internacionales contables —del grupo, de la matriz, de las filiales— y monedas —diferentes moneda funcional contable y moneda de curso legal—. Conjuguar la prohibición *ex ante* con las necesidades del tráfico moderno se nos antoja un imposible, salvo con un coste seguramente desmesurado.

Los apartados *b)*, *c)*, y *d)* se refieren a que el programa no permita omisiones y alteraciones. En este caso, la definición de la conducta prohibida y sancionada —el tipo del injusto— es muy vaga y de difícil comprensión. Para empezar, los programas tienen que permitir la corrección de errores, y permitir la corrección de errores no puede ser confundido en vía de aplicación de los tributos con la alteración de registros. En efecto, los programas contables se alimentan con los datos que introduce un operador o que se toman de otro sistema o programa. Si en el registro en el programa de un dato o conjunto de datos se comete un error de hecho o de concepto contable, su corrección implica necesariamente eliminar o alterar el registro erróneo, y desde luego eso no puede ser *“alterar transacciones ya registradas”*. Por lo demás, la técnica legislativa de estos apartados es muy deficiente. No se entiende lo que quieren decir. Por ejemplo, ¿qué significa que el programa *“permita registrar transacciones distintas a las anotaciones realizadas”*? Podría entenderse que la conducta fraudulenta fuera la de que el programa tuviera un algoritmo —que pudiera utilizar el usuario a voluntad— que le llevara automáticamente a registrar ciertas transacciones efectivamente realizadas de una forma que contablemente se corresponda con otro tipo de operación, o por un valor distinto del que en la realidad se hizo la transacción. Pero la norma no dice esto, y está tipificando una conducta sancionable. La formulación de estos apartados es tan abierta por su amplitud, vaguedad e indefinición que, citando al Tribunal Constitucional, *su efectividad depende de una decisión prácticamente libre y arbitraria del aplicador* (STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2). Así las cosas, la norma vulnera a nuestro juicio el principio de taxatividad o *lex certa* que, conforme al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 Constitución española), exige que *los tipos sancionadores se contengan en normas concretas, precisas, claras e inteligibles* (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8).

3.2. Obligación de usar *software* estandarizado en la facturación

Ya se ha dicho que existe un proyecto de Real Decreto en esta materia, de cuyo texto conocemos el que fue sometido al trámite de información pública en febrero de 2022 y al que en adelante nos referiremos (el “Proyecto”). La memoria del análisis de impacto normativo del Proyecto define los *objetivos que se persiguen* del modo siguiente:

- “1) Regular las condiciones y requisitos que deben cumplir los sistemas informáticos que soporten los procesos de facturación de todos los empresarios que usen sistemas electrónicos para su facturación.
- 2) Asegurar que dichos sistemas, mediante sistemas informáticos de seguridad cumplan con las exigencias legales de la integridad, conservación, accesibilidad, legibilidad, trazabilidad e inalterabilidad de los registros.

- 3) Asegurar que los sistemas y programas, tengan la capacidad de remitir tales registros de una forma mecánica y automatizada. En particular definir la posibilidad de que, mediante el envío a la sede de la Agencia Tributaria, los sistemas informáticos cumplan los requisitos de la norma.
- 4) Permitir una pluralidad de desarrollos de aplicaciones en el mercado sin impedir la libre concurrencia siempre que se cumplan las condiciones, estructura de registro que exigen las normas.
- 5) Posibilitar que el público participe de la calidad del sistema de facturación de sus proveedores permitiendo contrastar las facturas en sede cuando estas se hayan remitido o comunicarlas cuando no se hayan remitido”.

Pues bien, por parte de los agentes sociales se hicieron llegar comentarios al Proyecto, que es de esperar que hayan sido tenidos en cuenta para garantizar que los objetivos que se persiguen se alcancen sin comprometer el correcto funcionamiento del tráfico de bienes y servicios. Así, y entre otros:

- i. El Proyecto prevé su entrada en funcionamiento el 1 de enero de 2024, por lo que fácilmente el plazo de adaptación para los operadores será, en el mejor de los casos, de unos meses. Es un plazo demasiado corto, por lo que, sin perjuicio de su aplicación voluntaria anticipada, se propone que la fecha de aplicación obligatoria se posponga, como mínimo, al 1 de enero de 2025.
- ii. El Proyecto excluye su aplicación a una serie de operaciones en las que no existe obligación de expedir factura (artículo 4 del Proyecto). Estas operaciones no agotan el ámbito de las operaciones que en el Reglamento que regula las obligaciones de facturación (aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre) pueden realizarse sin emitir factura o con factura emitida en condiciones especiales. El Proyecto y el Reglamento de facturación deberían estar bien coordinados.
- iii. El Proyecto establece (artículo 8.1.a) que por cada entrega de bienes o prestación de servicios el sistema informático deberá generar automáticamente, de forma simultánea o inmediatamente anterior a la expedición de la factura, un registro de facturación de alta. Sin embargo, el artículo 63.4 del Reglamento del IVA (aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre) permite que, en ciertos casos, la anotación individualizada de las facturas pueda sustituirse por la de asientos resúmenes. El Proyecto y el Reglamento del IVA deberían estar bien coordinados.
- iv. El Proyecto busca garantizar la *inalterabilidad de los registros*. Objetivo lógico de la regulación, pero que debe perseguirse tendencialmente y como marco que permita un fácil control *ex post*, y no con una inflexibilidad sancionadora incompatible con la realidad. Por ejemplo, algo tan sencillo y normal como la restauración del sistema por parte del usuario utilizando una copia de seguridad previa —herramienta imprescindible en cualquier sistema informático de negocios moderno— hace conceptualmente posible la eliminación de los registros introducidos en el sistema desde la fecha y hora de la copia de seguridad hasta la fecha y hora de la restauración.

España

REQUISITOS DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA ADMISIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS

Ignacio M. Nägele García de Fuentes y José Bosch Castel

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

Requisitos de los títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad y la admisión de documentos privados

En líneas generales, la legislación registral exige para la inscripción de cualquier título en el Registro de la Propiedad un doble requisito: uno material, consistente en que el documento tenga trascendencia real, y otro formal, consistente en que conste en documento público. No obstante, la legislación prevé específicamente excepciones a estos dos requisitos que pueden ser muy útiles en la práctica. En el presente artículo se analizan los requisitos generales mencionados de acceso al Registro de la Propiedad y las excepciones que permiten el acceso mediante documentos privados.

PALABRAS CLAVE:

DOCUMENTO PÚBLICO, DOCUMENTO PRIVADO, INSTANCIA, ASIENTO REGISTRAL, REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Legal requirements for the registration of documents under the Land Registry and the admission of private documents (*documentos privados*)

In general, registering documents in the Land Registry is subject to two requirements under the Spanish Mortgage Law: (i) a material requirement: the documents must relate to a mortgage matter and (ii) a formal requirement: it must be executed in a public instrument. However, there are legal exceptions to these requirements, which may prove very helpful in practice. This article analyses the general requirements for registration under the Land Registry and the exceptions that allow for access with private documents.

KEYWORDS:

PUBLIC DOCUMENT, PRIVATE DOCUMENT, PRIVATE REQUEST, REGISTRY ENTRY, LAND REGISTRY.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023**FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023**

Nägele García de Fuentes, Ignacio M.; Bosch Castel, José (2023). Requisitos de los títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad y la admisión de documentos privados. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 126-139 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Desde el siglo XVIII, el Registro de la Propiedad ha cumplido una función primordial en el ordenamiento jurídico español: dar publicidad oficial a las situaciones jurídicas de los bienes inmuebles para proporcionar seguridad jurídica. Gracias a ello, toda persona puede conocer la información depositada en el Registro respecto a una finca o inmueble en particular, de forma que todo aquello que no esté anotado no podría afectar a su derecho —art. 34 de la Ley Hipotecaria (la “LH”)—.

La importancia de esta función ha llevado al legislador a establecer una serie de requisitos exhaustivos para acceder al Registro de la Propiedad, que deberán ser analizados por el registrador competente, tal y como impone el principio de legalidad. Es comprensible que, en la medida en que se presume la exactitud y veracidad de todos los asientos practicados en el Registro de la Propiedad —conocido como el principio de fe pública registral (art. 1.3 LH)—, el legislador se haya preocupado en establecer un sistema de garantías para asegurarse de la exactitud y veracidad de los asientos practicados.

En este artículo, estudiamos los requisitos que exige la normativa registral y los motivos que la justifican, y asimismo analizamos una de sus excepciones: el acceso de documentos privados al Registro de la Propiedad.

2. Principio de legalidad: requisitos legales para acceder al registro de la propiedad

Como anticipábamos, el efecto de presunción de veracidad y exactitud *iuris tantum* que produce la inscripción de cualquier asiento en el Registro de la Propiedad ha impulsado al legislador a establecer unos requisitos exhaustivos para su acceso, que analizaremos a continuación, y una obligación a los registradores de la propiedad de realizar un examen previo de legalidad de todos los documentos presentados para comprobar, fundamentalmente, si cumplen con estos requisitos legales —conocido como el principio de legalidad—.

Así pues, para examinar esta cuestión hemos de acudir principalmente a los artículos 2 y 3 LH y a los artículos 7 y 33 del Reglamento Hipotecario (el “RH”), que establecen, por un lado, un requisito material (art. 2 LH y art. 7 RH) y, por otro lado, un requisito formal (art. 3 LH y art. 33 RH). Igualmente, cabe mencionar que todo título presentado a inscripción también deberá cumplir

con los requisitos específicos que exija la normativa para cada tipo de acto o negocio jurídico¹, así como los requisitos fiscales exigidos, habida cuenta de que el art. 254.1 LH establece que *"ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos (...)"*.

2.1. Requisito material

Por un lado, en el art. 2 LH y en el art. 7 RH se establece el requisito material, que consiste *grosso modo* en exigir que el título contenga un acto o negocio jurídico con trascendencia real inmobiliaria, es decir, que contenga un acto o negocio jurídico que afecte o pueda afectar a un derecho real (Díez-Picazo y Gullón, 2019: 230).

Esto se deduce claramente del art. 2 LH, que contiene una lista ejemplificativa de qué títulos son susceptibles de causar una inscripción en el Registro de la Propiedad², y del art. 7 RH, que establece que, además de los derechos reales reconocidos en esta lista ejemplificativa del art. 2 LH, también se inscribirán *"cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales"*.

En consecuencia, aquellos títulos con efectos únicamente obligacionales no podrían acceder al Registro de la Propiedad (art. 9 RH), si bien es preciso apuntar que hay ciertas excepciones a este requisito, como por ejemplo (i) los contratos de arrendamientos (art. 2 LH), (ii) los contratos de opción de compra que cumplan los requisitos del art. 14 RH; (iii) el derecho de retorno de aquellos arrendatarios que se vean obligados a abandonar el piso o local arrendado debido a la obligación de derribarlo (art. 15 del RH y DA 8.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos), (iv) los estatutos de los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal (art. 5 Ley sobre Propiedad Horizontal), o (v) la condición resolutoria explícita incluida en un contrato con trascendencia registral (p. ej., compraventa de un bien inmueble), que según la doctrina mayoritaria tiene carácter obligatorio (Azofra, 2020: 722).

2.2. Requisito formal

Por otro lado, la normativa registral exige un requisito formal que debe ser cumplido junto con el material. Así pues, el art. 3 LH exige que, *"para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos (...)"*.

La doctrina (Molina Illescas, 2021: 996) ha criticado la falta de precisión de este art. 3 al referirse específicamente a dos tipos concretos de documentos públicos —la escritura pública y la ejecutoria—, según la definición de *documento público* que expondremos a continuación, dejando al resto de documentos como *documentos auténticos*. No obstante, el art. 33 RH define de forma más precisa qué características formales debe reunir cada título para tener acceso al Registro de la

Propiedad. En particular, este art. 33 RH establece que, para ser considerado como *título* a efectos de su inscripción, deberá:

- i. ser considerado como documento público, que, según la definición legal del art. 1216 del Código Civil (el "CC"), son "*los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*";
- ii. contener directamente el acto o negocio jurídico susceptible de inscripción en favor de la persona a cuyo favor se haya de practicar la inscripción; y
- iii. dar fe del contenido que vaya a ser objeto de inscripción, ya sea por sí solo o mediante otros documentos complementarios.

2.3. Análisis del requisito formal y posible alternativa

De entre los requisitos mencionados, resulta de especial interés para nuestro artículo detenernos en los motivos que llevaron al legislador a establecer la exigencia de que el título sea *documento público*, que —como ya dijimos— encuentra su definición en el art. 1216 CC (aunque existan ciertas excepciones a esta regla general, como veremos más adelante).

Esta exigencia encuentra su justificación en cuatro motivos —que están relacionados con las características esenciales de los documentos públicos—:

- i. en la capacidad para identificar a las partes de una manera más segura para el tráfico jurídico, ya que la identificación y el estudio de capacidad de las partes realizado por el notario goza de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro (art. 17 bis Ley del Notariado);
- ii. en la fuerza ejecutoria que tienen los documentos públicos según el art. 517 Ley de Enjuiciamiento Civil (la "LEC");
- iii. en la eficacia en términos de prueba, ya que los documentos públicos son prueba plena del hecho, acto o estado de las cosas que documenten (art. 1218 CC y art. 319 LEC); y
- iv. en el control de legalidad de los documentos que realiza el notario o el empleado público competente, que sin duda filtra de alguna manera qué documentos son presentados en el Registro de la Propiedad.

Respecto a estos motivos, es cierto que justifican de alguna manera este requisito si la alternativa fuera que los documentos elaborados por particulares accedieran directamente al Registro de la Propiedad, sin ningún tipo de control. Sin embargo, cabría contemplar una opción intermedia en la que, en determinados supuestos, se prescindiera de este requisito formal permitiendo el acceso de documentos privados revisados por un profesional del derecho, como un abogado. Por ejemplo, algunos de estos supuestos podrían ser:

- i. la presentación de aquellos documentos privados con eficacia registral (punto 3 de este artículo) con las firmas legitimadas por un abogado, teniendo en cuenta que —como comprobaremos más adelante— la legitimación de las firmas en las instancias privadas es un requisito básico que exige la normativa; o
- ii. la presentación de documentos estandarizados (que ya hubieran superado el control de legalidad por haber sido publicados por el legislador) con la identificación y el juicio de capacidad que exige la normativa realizados por un abogado.

En estos supuestos se conseguiría, por un lado, agilizar y abaratar la inscripción de algunas operaciones sencillas —o estandarizadas— con trascendencia registral, evitando así los costes asociados a la protocolización de documentos, y, por otro lado, se obtendrían las mismas garantías que justificaban la exigencia de este requisito.

Esta vía intermedia de autenticación de documentos a través de los abogados no supone una novedad absoluta en los países de nuestro entorno. Por ejemplo, dentro de la Unión Europea (“UE”), la legislación de Portugal o la de República Checa recoge expresamente esta posibilidad³ de legitimación de documentos a través de los abogados.

Dicho esto, e independientemente de su conveniencia en España, el hecho de que algunos países de la UE prevean esta posibilidad y otros no la permitan nos plantea la cuestión jurídica de si un documento autenticado en un país miembro de la UE de esta forma sería válido y eficaz en un país miembro de la UE donde no existe esta posibilidad.

Precisamente esta cuestión ya fue resuelta por el Tribunal de Justicia de la UE (“TJUE”) en relación con una cuestión prejudicial que se planteó sobre si un documento legitimado por un abogado checo podía ser denegado por el Registro de la Propiedad de Austria conforme a su legislación nacional, que únicamente admite la legitimación notarial o judicial, o si su denegación era contraria al art. 56 del Tratado de Funcionamiento de la UE (“TFUE”). El TJUE resolvió esta cuestión en la Sentencia de 9 de marzo de 2017 sobre el asunto C-342/15, en la que dictaminó que se trataba de una denegación justificada al tratarse de una “razón imperiosa de interés general” debido a la importancia del Registro de la Propiedad para la seguridad jurídica y la administración de la justicia preventiva, que permite reservar la facultad de legitimación a los notarios o fedatarios públicos.

3. La admisión de documentos privados en el Registro de la Propiedad

Una vez que ya han sido expuestos los requisitos generales exigidos por nuestra normativa para causar cualquier tipo de asiento en el Registro de la Propiedad, procede tratar la excepción que nos proponemos analizar: la admisión de ciertos documentos privados en el Registro de la Propiedad. Como *documento privado* ha de entenderse todo aquel documento elaborado directamente entre particulares, sin la intervención de ningún notario o empleado público competente.

Para comenzar, cabe destacar que no existe ningún precepto legal que resuelva de forma directa esta cuestión. Es decir, no existe en la legislación registral un listado de qué documentos privados son admisibles en el Registro de la Propiedad.

Por lo tanto, hemos de elaborar nuestra propia lista de documentos privados que generan asientos registrales, analizando para cada tipo de asiento registral —presentación, inscripción, anotación preventiva, cancelación y nota marginal— qué documentos privados podrían tener acceso⁴, especificando en qué artículo concreto se encuentra previsto.

3.1. Asiento de presentación

Antes de analizar la posibilidad de extender el asiento de presentación mediante un documento privado, cabe resaltar su importancia debido al principio de prioridad registral (art. 17 LH). Según este, cualquier título presentado ante el Registro tiene preferencia registral ante cualquier otro título presentado con posterioridad, aunque sea de una fecha anterior. Por lo tanto, el asiento de presentación, pese a que sea un asiento provisional y accesorio, puede tener una gran trascendencia en la práctica.

Así pues, en el caso de documentos privados, el art. 420 RH establece que los registradores no extenderán asiento de presentación de este tipo de documentos, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral —dejando sin concretar este último inciso—. Sobre ello, entendemos que únicamente cabrían asientos de presentación sobre aquellos asientos que prevén expresamente la posibilidad de inscripción mediante un documento privado —que detallaremos a lo largo de este artículo—, dejando fuera el resto de supuestos.

Sin embargo, también se ha planteado (Juan de Castro, 2001: 5) una interpretación más amplia de este precepto, entendiendo que todos los documentos privados con trascendencia real inmobiliaria, independientemente de su forma, a menos que requieran la forma de documento público como forma *ad solemnitatem*, deberían causar el asiento de presentación en el Registro de la Propiedad. Esta concepción se asienta sobre el planteamiento de que la falta del requisito de forma del art. 3 LH es un requisito subsanable —por entender que solo en aquellos casos en que la legislación haya otorgado a la forma el carácter esencial o *ad solemnitatem* sería un defecto insubsanable— y que, como el art. 42.9 LH permite la anotación preventiva de un título cuya inscripción no pueda realizarse por un defecto subsanable, podría entenderse admitida la posibilidad de que un documento privado causase un asiento de presentación. Bajo este planteamiento, se conseguiría un mejor reflejo de la realidad en el Registro de la Propiedad, que, aunque sea de forma provisional, reflejaría todas las relaciones que pudieran afectar al inmueble de manera registral, y se evitarían posibles situaciones de indefensión debido al lapso de tiempo que transcurre desde que se firman los documentos privados hasta que se otorgan en escritura pública.

No obstante, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública Registral⁵ (la “DGSJFP”) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en multitud de ocasiones abogando por una interpretación más restrictiva y estableciendo que tan solo deberá extenderse el asiento de presentación en aquellos casos en los que la legislación registral haya previsto expresamente la posibilidad de su presentación en el Registro de la Propiedad.

3.2. Asiento de inscripción

Según la legislación registral, se pueden practicar los siguientes asientos de inscripción con base en documentos privados⁶:

- i. Foros, subforos y demás derechos reales de igual naturaleza. El art. 69 RH prevé que *“el dueño directo o el útil podrán obtener la inscripción de los foros, subforos y demás derechos reales de igual naturaleza, así como la de su dominio directo o útil respectivo, mediante la presentación (...) de los documentos privados, aprobados por convenio ante Notario, en los que se establezca o reconozca el foro o consten los deslindes, apeos y prorrateos extrajudiciales”*. Como se puede observar, se contemplan como opción para inscribir un derecho real de foro⁷ los documentos privados, aprobados por convenio ante notario, en los que se establezca o reconozca el foro.
- ii. Adquisición de bienes hereditarios en caso de heredero único. El art. 14.3 LH prevé la posibilidad de que el heredero único pueda solicitar mediante una instancia privada con la firma legitimada la inscripción de los bienes hereditarios a su favor. Para ello, según la misma literalidad del artículo citado sería necesario que el solicitante fuera el heredero único⁸ y que se presentase una instancia privada que aportara el título de sucesión según las opciones previstas en el art. 14.1 LH (p. ej., el testamento o el contrato sucesorio).

Puesto que el título de la sucesión estará documentado en documento público⁹, desaparece de alguna manera la posibilidad de que se realice una inscripción real mediante un documento privado de este tipo. En cambio, lo que sí supone una excepción en el ámbito sucesorio registral es la exigencia de los documentos acreditativos de la partición. En este caso, al existir un único heredero, no se exige la presentación en escritura pública o sentencia judicial de la división de la herencia. Por ello, gran parte de la doctrina (Molina Illescas, 2021: 1019) considera que este supuesto no es una auténtica excepción al requisito formal de documento público, ya que este requisito se cumpliría mediante la aportación del título de sucesión.

- iii. Distribución de la responsabilidad hipotecaria. El siguiente de los supuestos de esta lista es la instancia privada regulada en el art. 216 RH para la distribución de la responsabilidad hipotecaria que exige el art. 119 LH cuando un crédito se garantiza mediante hipoteca sobre varias fincas. Esta distribución se puede realizar, según el art. 216 RH, por convenio entre las partes o por mandato judicial. En caso de que fuera a través de un convenio entre las partes, el artículo mencionado prevé que podría hacerse constar en el mismo título inscribible, en otro documento público o en una instancia privada dirigida al Registro de la Propiedad firmada o ratificada ante este o con las firmas legitimadas.

Por último, cabe destacar que el art. 216 RH permite esta distribución de responsabilidad mediante documento privado únicamente en el momento inicial de su constitución, y no cubriría una eventual redistribución posterior pactada entre el deudor y el acreedor hipotecante¹⁰. Esto se debe, según la doctrina de la DGSJFP, a que en el momento inicial la distribución es un requisito obligatorio por el art. 119 LH, y el legislador ha querido facilitar este supuesto en concreto, a diferencia de la redistribución voluntaria, que no debería gozar de este privilegio por ser voluntaria.

Si bien, cabe remarcar que, en caso de que la redistribución de la responsabilidad hipotecaria se deba a una modificación de la finca hipotecada, como por ejemplo la división horizontal de la finca, sí que existe esta posibilidad de redistribución mediante una instancia privada, tal y como declaró la DGSJFP en su resolución de 7 de enero de 2004.

3.3. Asiento de anotación preventiva

Según la legislación registral, se pueden practicar los siguientes asientos de anotación preventiva con base en documentos privados:

- i. Anotación preventiva del derecho hereditario. El art. 46 LH prevé que el derecho hereditario —mientras no se realice la partición— pueda ser objeto de anotación preventiva mediante documento privado únicamente si los solicitantes son los herederos, legitimarios o aquellos que tengan derecho a promover el juicio de testamentaría. Para ello, será necesario¹¹, además de que sean estos solicitantes, que se acompañe el título sucesorio y que la instancia lleve las firmas legitimadas.
- ii. Anotación preventiva de legados en virtud de convenio. El art. 56 LH prevé, de forma parecida al supuesto anterior, que puede practicarse la anotación preventiva del derecho de un legatario mediante convenio entre las partes o por mandato judicial. En este caso, la LH diferencia si se trata de un legado de cosa determinada —art. 47 LH— y el legado de cosa genérica —art. 48 LH—, pudiendo en caso del legado de cosa determinada solicitarse la anotación preventiva en cualquier momento y, en el caso del legado de cosa genérica, dentro de los 180 días siguientes a la muerte del causante. Por último, al igual que en el caso anterior, también sería necesario el aportar el título sucesorio y la legitimación de las firmas de las partes¹².
- iii. Anotación preventiva de una adjudicación para pago de deuda en una herencia, concurso o quiebra. El art. 45.2 LH reconoce a los acreedores de una finca que se les hubiera adjudicado para pago de sus respectivos créditos la posibilidad de su anotación preventiva. La finalidad de esta opción es la de compensar de alguna manera la falta de garantía real que supone la adjudicación de una finca para pago de un crédito que, salvo que se haya estipulado específicamente en la escritura de adjudicación, no constituye un derecho real según el art. 45.1 LH. Para ello, el art. 172.2 RH establece que podrá practicarse su anotación preventiva mediante el convenio firmado entre el adjudicatario y el acreedor junto con los documentos públicos que acrediten la adjudicación.
- iv. Anotación preventiva a favor del acreedor refaccionario¹³. El art. 59 LH y el art. 155 RH prevén la posibilidad de la anotación preventiva del crédito refaccionario mediante un documento privado firmado por todos los interesados en presencia del registrador o mediante las firmas legitimadas. En este punto, es importante recalcar que, según el criterio de la DGSJFP, cuando las obras hubieran terminado mediante el acta de finalización de obras, no existiría la posibilidad de considerar un crédito como refaccionario y, por lo tanto, tampoco existiría este privilegio registral¹⁴.

3.4. Asiento de notas marginales

Según la legislación registral, las siguientes notas marginales pueden practicarse mediante documentos privados:

- (i) Nota marginal del derecho de retorno arrendaticio previsto en la disposición adicional octava de la LAU. El art. 15 RH prevé la posibilidad de que el arrendatario solicite la inscripción de una nota marginal sobre la finca arrendada mediante la solicitud privada, el contrato de arrendamiento y el título contractual judicial o administrativo del que resulte el derecho de retorno.
- (ii) Nota marginal de cumplimiento de condición suspensiva. El art. 238 RH prevé la posibilidad de que mediante una solicitud privada al Registro de la Propiedad —con las firmas legitimadas— se practique una nota marginal sobre otro asiento que se encuentre sujeto por una condición suspensiva o por una obligación futura.
- (iii) Nota marginal que exprese la calificación urbanística, medioambiental o administrativa. Según el art. 9 LH y el 51 RH es posible practicar la nota marginal de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa que, en ocasiones, exige la normativa¹⁵.

3.5. Asiento de cancelación

Según la legislación registral se pueden practicar los siguientes asientos de cancelación a través de documentos privados:

- i. Cancelación de cargas por transcurso del tiempo. El art. 210 LH prevé la posibilidad de cancelar cualquier carga que haya prescrito o caducado legalmente de dos formas: a través del expediente de liberación de cargas y gravámenes¹⁶, que se inicia con un documento privado, o directamente mediante una instancia privada y sin necesidad de seguir el expediente mencionado en los siguientes casos:
 - a) Como regla general, y si el plazo de ejecución de la carga estuviera definido, por el transcurso de cinco años desde el día en que venció el término en que, según el Registro, pudieron ejercitarse, siempre que no conste anotación preventiva de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial¹⁷.
 - b) Si se tratase de hipotecas, condiciones resolutorias u otras formas de garantía cuyo plazo de ejecución no estuviera definido ni tampoco lo estuviera el plazo de cumplimiento de la obligación garantizada, por el transcurso de veinte años desde la última reclamación de la obligación, o de cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía¹⁸.
 - c) Si se tratase de censos, foros y derechos análogos, por el transcurso de sesenta años desde la extensión del asiento.

- ii. Cancelación de anotaciones preventivas por caducidad. El art. 86 LH prevé la posibilidad de cancelar a instancia del propietario del inmueble o del derecho real afectado una anotación preventiva que hubiera caducado por el transcurso de cuatro años, o por el transcurso del plazo que señale específicamente la ley.
- iii. Cancelación de hipotecas en garantía de títulos endosables al portador. El art. 156 LH prevé la posibilidad de cancelar una hipoteca constituida en garantía de títulos endosables mediante una solicitud firmada por dichos interesados y por el deudor.
- iv. Cancelación de hipotecas por cumplimiento de condición resolutoria. El art. 239 RH prevé la posibilidad de cancelar una hipoteca sujeta a condición mediante la presentación de una solicitud con las firmas legitimadas.
- v. Cancelación de anotaciones preventivas por renuncia. El art. 206.12 y el art. 208 RH reconocen la posibilidad de cancelar una anotación preventiva mediante la renuncia formalizada mediante una instancia privada si previamente esta anotación preventiva se constituyó mediante otra instancia privada, como por ejemplo con los casos expuestos en el punto 3.3 de este artículo.
- vi. Cancelación de un usufructo por su extinción. El art. 192 RH en relación con el art. 193.4 RH prevé la posibilidad de cancelar un usufructo que legalmente se haya extinguido según las causas del art. 513 CC mediante una instancia privada ratificada ante el registrador o con las firmas legitimadas. De modo particular, la página web de los Registradores de España especifica esta posibilidad en caso de fallecimiento del usufructuario, en cuyo caso será necesario presentar el certificado de defunción, la instancia privada y la acreditación de la liquidación y pago de los impuestos¹⁹.

3.6. Otros

Aparte de los asientos descritos, existen otras actuaciones registrales con base en documentos privados que pueden ser igual de útiles que los anteriores. Nos referimos principalmente a actuaciones complementarias, como la subsanación de faltas subsanables o las comunicaciones al Registro de la Propiedad para ajustarlo a la realidad. En particular, las actuaciones que podríamos efectuar con documentos privados serían las siguientes:

- i. Subsanción de faltas subsanables. Según el art. 110 RH, las faltas subsanables, independientemente de su procedencia, pueden ser subsanadas mediante una instancia privada presentada por los interesados, siempre que no precise un documento público. En este sentido, la legislación registral no determina de forma clara qué defectos son subsanables y cuáles son insubsanables, ya que el art. 65 LH dice que el registrador "*atenderá (...) tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del Registro con él relacionados*". Por lo tanto, habría que analizar el supuesto concreto para saber si nos encontramos ante una falta subsanable, que podría subsanarse mediante una instancia privada.

- ii. Rectificación de errores. Según el art. 40 LH podrá solicitarse mediante instancia privada la rectificación de un asiento inscrito cuando su inexactitud provenga de un error (letra c del artículo mencionado). En este sentido, existen dos tipos de errores: el error material²⁰, que podrá ser rectificado directamente por el propio registrador bajo su propia responsabilidad²¹, y el error de concepto²², que requerirá según el art. 217 LH el acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador o, en su defecto, una providencia judicial que lo ordene.
- iii. Delimitación gráfica de una finca. Según el art. 199 LH, el titular registral de cualquier derecho real sobre una finca puede adaptar los datos contenidos en el Registro de la Propiedad a la realidad física de la finca mediante una instancia privada, aportando una certificación catastral descriptiva y gráfica —en caso de que la descripción del Catastro se corresponda con la realidad— o una representación gráfica georreferenciada alternativa —en caso de que la descripción catastral no se corresponda con la realidad física de la finca—. En este caso, si la certificación catastral descriptiva o la representación gráfica georreferenciada alternativa coinciden en todo o en parte con otra base gráfica inscrita, el registrador denegará la identificación gráfica de la finca por esta vía, ya que se debería seguir el cauce del expediente de deslinde de fincas inscritas previsto en el art. 200 LH.
- iv. Modificación de datos identificativos de la finca. Según el art. 201.2 LH, el titular registral de cualquier derecho real sobre una finca puede adaptar los datos identificativos de la finca (p. ej., nombre por el que fue conocida la finca, el número o la denominación de la calle en que se encuentre) mediante una instancia privada con la firma legitimada.
- v. Rectificación de diferencias de cabida. Según el mismo art. 201.3 LH, el titular registral de cualquier derecho real sobre una finca puede rectificar la superficie inscrita en el Registro de la Propiedad mediante una instancia privada con la firma legitimada, siempre que la diferencia alegada no exceda del 5 % de la superficie inscrita o del 10 % si se acredita mediante una certificación descriptiva y gráfica.
- vi. Solicitud de rectificación de un supuesto de doble inmatriculación. El art. 209 LH permite al titular registral de una finca solicitar al registrador el expediente para subsanar un supuesto de doble inmatriculación o, en general, múltiple inmatriculación mediante una instancia privada con la firma legitimada.
- vii. Solicitud de inclusión de datos de contacto. El art. 9 LH permite al titular inscrito instar mediante una instancia privada con la firma legitimada al registrador de la propiedad que haga constar por nota marginal un domicilio o una dirección electrónica a los efectos de recibir comunicaciones y notificaciones electrónicas en relación con el derecho inscrito.
- viii. Solicitud de una conciliación por controversia inmobiliaria, urbanística o mercantil. El art. 103 bis LH prevé la posibilidad de solicitar mediante una instancia privada con firma legitimada la conciliación de una controversia sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil que verse sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad.

4. Conclusiones

Como se ha expuesto en el presente artículo, la normativa registral exige de forma general la concurrencia de dos requisitos: un requisito material, (art. 2 LH y art. 7 RH), que exige que el título presentado ante el Registro de la Propiedad tenga trascendencia real inmobiliaria, y un requisito formal (art. 3 LH y art. 33 RH), que exige que todo título presentado a inscripción conste en documento público. No obstante, la legislación registral ha previsto ciertas excepciones tanto para el requisito material, como por ejemplo el contrato de opción de compra cumpliendo con los requisitos del art. 14 RH, como para el requisito formal, como por ejemplo todos los supuestos que hemos recopilado en este artículo.

Dejando de lado el requisito material, hemos comprobado a lo largo de este artículo que existen diversos supuestos en que documentos privados pueden causar algún tipo de asiento en el Registro de la Propiedad, ya sean de inscripción, anotación preventiva, cancelación, nota marginal o de cualquier otro tipo, que pueden ser enormemente útiles en la práctica y que pueden agilizar y abaratar los procedimientos registrales. Sobre estos supuestos, cabe destacar que, como único requisito general, el legislador ha exigido que, como mínimo, las firmas se encuentren legitimadas²³ o que se ratifiquen ante el registrador de la propiedad.

Por último, también hemos valorado que existe una alternativa intermedia al sistema actual de legitimación y presentación de documentos a través del fedatario público, como por ejemplo la presentación de documentos privados con eficacia registral con la firma legitimada por un abogado o la presentación de documentos estandarizados con la identificación y el juicio de capacidad realizado por un abogado. En nuestra opinión, teniendo en cuenta las ventajas expuestas (i. e., agilizar y abaratar estos procedimientos) y la garantía que supondría la asunción de responsabilidad por un profesional del derecho, como un abogado, consideramos que el legislador podría incluir estas facultades entre las facultades de la profesión.

Notas

- 1 Por ejemplo, en el caso de una donación de un bien inmueble, esta debe efectuarse en escritura pública y debe constar expresamente su aceptación (art. 633 CC).
- 2 Se incluyen, por ejemplo, los títulos traslativos o declarativos del dominio de bienes inmuebles, los títulos en que se constituyan, transmitan o modifiquen cualesquiera derechos reales —p. ej., el art. 2 LH menciona el derecho de usufructo o el de habitación— y los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles.
- 3 Consultado a través del portal de la UE sobre los Registros de la Propiedad en los países de la UE, accesible en https://e-justice.europa.eu/108/ES/land_registers__eu_level.
- 4 La página web de los Registradores de España incluye un listado de instancias —que es lo que técnicamente hemos denominado *documento privado* en este artículo— accesible a través del siguiente enlace: <https://www.registradores.org/instancias-de-presentacion>. No obstante, este no es un listado completo, ya que no aparecen todos los supuestos previstos en la legislación registral, que sí hemos tratado de incluir en este artículo.
- 5 Por todas, la Resolución de 28 de febrero de 2020, en la que se establecen las bases interpretativas del art. 420 RH.
- 6 En este artículo no hemos incluido el supuesto de la adjudicación de bienes hereditarios a través del cuaderno particional protocolizado (art. 80.1 a) RH)—que tradicionalmente se ha incluido como un supuesto más de admisión de documentos privados—, ya que, pese a tratarse de un acta y no de una escritura pública, sigue teniendo la consideración de *documento público* según la definición comentada del art. 1216 CC.
- 7 El derecho real de foro, también conocido como *censo a primeras cepas*, es una modalidad del censo enfiteúutico definido en el art. 1656 CC como el “*contrato en cuya virtud el dueño del suelo cede su uso para plantar viñas por el tiempo en que vivieren las cepas, pagándole el cesionario una renta o pensión anual en frutos o en dinero*”.
- 8 La Resolución de la DGSJFP de 19 de noviembre de 2018 determinó que, para un caso en el que el causante instituyó un único heredero existiendo el cónyuge viudo como usufructuario, no se cumplía este requisito.
- 9 Véase la Resolución de la DGSJFP de 10 de septiembre de 2018, en la que se dictaminó que la copia simple de testamento no es suficiente y es necesario aportar la copia autorizada.
- 10 Así se interpretó el art. 216 RH en la Resolución de la DGSJFP de 27 de julio de 2018.
- 11 Según se dictaminó en la Resolución de la DGSJFP de 15 de octubre de 2008.
- 12 La DGSJFP dictaminó en la Resolución de 5 de marzo de 2013 que, para el caso de una solicitud de anotación preventiva de legado con base en una instancia privada que aportaba el testimonio notarial en lugar de la copia autorizada del testamento, no se cumplía el requisito de aportar el título sucesorio.
- 13 El crédito refaccionario es aquel que surge de un contrato mediante el cual una persona entrega a otra una cantidad determinada de dinero o materiales para que lo invierta en la construcción o reparación de un inmueble. Nuestro ordenamiento jurídico ha otorgado una protección especial al crédito refaccionario, como por ejemplo una preferencia legal en el orden de clasificación de créditos del art. 1923 CC o la posibilidad de su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.
- 14 En la Resolución de la DGSJFP de 20 de noviembre de 2020 se cuestionaba si, pese a que se hubiera otorgado el acta de final de obras, se podía continuar anotando este crédito sobre la finca refaccionada. Finalmente, la DGSJFP estableció que, habiendo otorgado el acta de fin obras, no se cumplía con el requisito de que las obras estén en curso.
- 15 Por ejemplo, a través del Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025, que exige que deberá constar su destino mediante una nota marginal.
- 16 Según este, el procedimiento se iniciará con la solicitud del titular registral, quien declarará bajo su responsabilidad que la carga en cuestión ha prescrito. Una vez presentado, el registrador debe citar a los titulares de las cargas para que aleguen lo que estimen conveniente.
- 17 Debe tenerse en cuenta que se trata de una previsión general, por lo que en aquellas cargas en que exista regulación especial para su cancelación esta debe prevalecer, como por ejemplo en materia de cancelación de hipotecas, que se regula en el art. 82.5 y el 210.8.º párrafo 2.º LH.
- 18 Si el plazo de ejecución de la garantía se hubiera pactado expresamente, podrá cancelarse al término del mismo según el art. 82 párrafo 2.º —lo que se conoce como *caducidad convencional*—, y si no se hubiera pactado el plazo de ejecución de la garantía, pero sí el plazo en que debió producirse la obligación garantizada, podrá cancelarse en el plazo de 21 años desde la fecha del vencimiento de la obligación garantizada *ex art. 82 párrafo 5 LH*. Véase la Resolución de la DGSJFP de 22 de marzo de 2022 en la que se denegó la cancelación de una hipoteca mediante instancia privada por no haber transcurrido el plazo de 21 años.
- 19 Accesible en <https://www.registradores.org/-/C2%BFco-mo-se-cancela-un-usufructo-vitalicio->.
- 20 Según el art. 212 LH, “*se entenderá que se comete error material cuando sin intención conocida se escriban unas palabras por otras, se omita la expresión de alguna circunstancia formal de los asientos o se equivoquen los nombres propios o las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por ello el sentido general de la inscripción o asiento de que se trate, ni el de ninguno de sus conceptos*”.
- 21 Debe tenerse en cuenta que, fuera de los casos previstos en el art. 213 LH (i. e., que el título conste en el Registro de la Propiedad o que exista una inscripción principal de la que pueda comprobarse el error), será necesario según el art. 214 LH el consentimiento del interesado que posea el título inscrito o, supletoriamente, una providencia judicial. Véase la Resolución de la DGSJFP de 18 de julio de 2017, en la que se estimó la rectificación de un error material consistente en una equivocación del segundo apellido del titular registral.
- 22 Según el art. 216 LH, “*se entenderá que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido*”.
- 23 Según la Resolución de la DGSJFP de 23 de mayo de 2022 pueden legitimarse a través de medios telemáticos, como la firma electrónica avanzada o cualificada, siempre que se presenten los documentos por vías telemáticas, o a través del notario o el registrador si se presentan en soporte papel.

Bibliografía

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio (2019). *Sistema de derecho civil*. Madrid: Editorial Tecnos, vol. III, t. I (10.^a ed.).

AZOFRA VEGAS, Fernando (2020). La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 178, pp. 717-780.

MOLINA ILLESCAS, Santiago (2021). Documentos inscribibles. En M. del REY BARBA y M. ESPEJO LERGO DE TEJADA (dirs.), *Tratado de derecho inmobiliario registral*. Valencia: Tirant lo Blanch, vol. 1, pp. 992-1035.

JUAN DE CASTRO, Rafael de (2001). El Registro de la Propiedad como institución abierta a la representación de toda clase de documentos, públicos y privados. *Diario La Ley*, n.º 5, pp. 1767-1770.

España

LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 1648/2022 DE 14 DE DICIEMBRE

Eduardo Ayala González

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

La adhesión a la apelación en el orden contencioso-administrativo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1648/2022 de 14 de diciembre

La adhesión a la apelación en el orden contencioso-administrativo es una figura que genera dudas en su aplicación. Incluso a día de hoy, los tribunales de lo contencioso-administrativo siguen perfilando la interpretación de la adhesión. Sin ir más lejos, en diciembre de 2022, el Tribunal Supremo ha fijado nuevos criterios para la interpretación de esta figura. En concreto, mediante la Sentencia n.º 1648/2022 de 14 de diciembre, el Tribunal Supremo ha declarado que es necesario que el recurrente en primera instancia se adhiera al recurso de apelación para el caso de que haya obtenido una sentencia estimatoria, pero que haya dejado imprejuizado alguno de los motivos de impugnación al acto recurrido, para que estos puedan ser examinados.

PALABRAS CLAVE:

RECURSO DE APELACIÓN, ADHESIÓN A LA APELACIÓN, MOTIVO IMPREJUZGADO, RECURSO AUTÓNOMO.

Cross-appeal in contentious-administrative proceedings. Spanish Supreme Court judgment 1648/2022 of 14 December

Cross-appeals in the field of contentious-administrative proceedings have been subject to some confusion, with contentious-administrative courts continuing even today to shape their evolving interpretation and application. In brief, in December 2022, Spanish Supreme Court established new criteria for the interpretation of the concept. Specifically, in judgment 1648/2022 of 14 December the Spanish Supreme Court held that it is necessary for the claimant to file a cross-appeal in the event that the claimant obtained an upheld judgment that failed to address specific grounds stated in the appeal in order for those grounds to be examined.

KEYWORDS:

MOTION TO APPEAL, CROSS-APPEAL, UNADDRESSED GROUNDS, INDEPENDENT APPEAL.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023

Ayala González, Eduardo (2023). La adhesión a la apelación en el orden contencioso-administrativo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1648/2022 de 14 de diciembre. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 140-147 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La adhesión al recurso de apelación se recoge en el artículo 85.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ("LJCA"), en donde se indica que el apelado podrá en el escrito de oposición "*adherirse a la apelación, razonando los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia, y en este caso el Secretario dará traslado al apelante del escrito de oposición por plazo de diez días, al solo efecto de que pueda oponerse a la adhesión*".

El artículo 85.4 de la LJCA ha generado numerosas dudas sobre su alcance, naturaleza y límites, y ha obligado a los tribunales de lo contencioso-administrativo a pronunciarse para solventarlas. Una de las cuestiones que se han planteado consiste en si es necesario adherirse al recurso de apelación en aquellos casos en los que la sentencia es totalmente estimatoria, pero ha dejado imprejuizado algún motivo de impugnación frente al acto recurrido para que tal motivo sea examinado en la sentencia que conozca del recurso de apelación. El Tribunal Supremo, en su Sentencia n.º 1648/2022 de 14 de diciembre, ha respondido de manera afirmativa.

A continuación, nos adentraremos en conocer las particularidades que presenta esta "extraña" figura de la adhesión a la apelación con el objeto de realizar un mejor análisis del pronunciamiento del Tribunal Supremo.

2. Breve referencia a la tramitación del recurso de apelación en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

En el orden contencioso-administrativo el recurso ordinario de apelación se encuentra regulado en los artículos 81 a 85 de la LJCA. Esto es, en la sección 2.^a del capítulo III del título IV de la Ley.

El recurso tiene por objeto las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, salvo aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros, así como los relativos a materia electoral contenidos en el artículo 8 de la LJCA. No obstante, de acuerdo con el artículo 81.2 de la LJCA, siempre serán susceptibles de recurso aquellas sentencias que (i) declaren la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en el caso de que la cuantía del procedimiento no exceda de 30.000 euros; (ii) las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona; (iii) las que resuelvan litigios entre Administraciones públicas; y (iv) las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales. También serán susceptibles de apelación los autos de los Juzgados y Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo recogidos en el artículo 80 de la LJCA, remitiéndose a la referida sección 2.^a del capítulo en cuanto a su tramitación.

El recurso de apelación se interpondrá ante el Juzgado que hubiese dictado la sentencia dentro del plazo de quince días desde su notificación. En el caso de que el letrado de la Administración de Justicia entendiese que el escrito presentado cumple con los requisitos para su admisión, mediante resolución, lo admitirá y dará traslado a las demás partes para que puedan formular su oposición en el plazo de quince días. En caso contrario, lo pondrá en conocimiento del juez para que, si lo estima oportuno, inadmita el recurso por medio de auto contra el que se puede interponer recurso de queja.

Si la parte apelada entiende que el recurso de apelación ha sido indebidamente admitido, lo hará constar en el escrito de oposición. En ese caso, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado a quien interpuso recurso para que alegue frente a tal manifestación en el plazo de cinco días.

Igualmente, el artículo 85.4 de la LJCA permite al apelado en el escrito de oposición "*adherirse a la apelación, razonando los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia*". En caso de adherirse a la apelación, se dará de nuevo traslado a quien interpuso el recurso para que pueda oponerse a la adhesión del recurso de contrario.

En el recurso de apelación y en la oposición se podrá pedir el recibimiento a prueba del recurso para la práctica de aquellas que hubieran sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en primera instancia por causas no imputables a las partes. También se podrá solicitar la celebración de una vista, de trámite de conclusiones o que el pleito quede, sin más trámite, visto para sentencia.

Transcurridos los plazos de los traslados descritos, el Juzgado elevará los autos y el expediente administrativo, junto con los escritos, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo que conocerá del recurso, emplazando a las partes para que comparezcan en el plazo de treinta días ante esta. Será la Sala *ad quem* quien, en su caso, resolverá sobre la indebida admisión planteada, así como sobre el recibimiento a prueba del recurso.

3. Las características de la adhesión al recurso de apelación

Como ya se ha adelantado, la adhesión al recurso de apelación tiene su acomodo en el artículo 85.4 de la LJCA. De acuerdo con la literalidad de la Ley, la adhesión se formulará en la oposición del recurso y se tendrá que formular frente aquella parte de la sentencia en la que la parte apelada considera que se ha visto perjudicada.

De una manera más concreta, la adhesión a la apelación puede definirse como la *"oportunidad que se brinda al beneficiado en parte por una sentencia, que en principio decide aquietarse a lo en ella dispuesto, para impugnarla cuando la parte contraria interpone un recurso de apelación"* (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 691/2018, de 18 de julio).

La adhesión se entiende como un instrumento para la parte beneficiada por una sentencia para recurrir aquel punto que considera perjudicial. En ese sentido, se excluye la utilización de la adhesión para aquella parte que ha visto desestimadas todas sus pretensiones, pues, si su intención era recurrir, debió haber interpuesto recurso en plazo. En palabras de la Audiencia Nacional, la adhesión *"no coadyuva a los resultados que pretende obtener el apelante principal, sino que contradice la sentencia en lo que se considera perjudicado"* (Sentencia de 10 de julio de 2020). En definitiva, la adhesión a la apelación no puede ser utilizado como una suerte de subsanación de no haber impugnado en plazo para quien ha visto sus pretensiones totalmente desestimadas.

La adhesión a la apelación dispone de naturaleza de recurso de apelación autónomo. En ese sentido, la adhesión no se encuentra ni subordinada ni vinculada al recurso de apelación interpuesto. Ese tratamiento de la adhesión como recurso de apelación autónomo obliga al adherido a la apelación a cumplir con los requisitos legales de admisibilidad exigidos en la LJCA, lo cual cobra especial relevancia en relación con el límite expuesto en el artículo 81.1.a) de la LJCA de que la cuantía del asunto exceda de los 30.000 euros. De esa forma, si la cuantía del perjuicio que se impugna en el recurso de apelación o la adhesión no superan este umbral, se deberá declarar su inadmisión. Esa fue la interpretación fijada por el Tribunal Supremo en su Sentencia n.º 185/2021, de 11 de febrero: *"[...] tanto si se interpone la apelación originariamente como si se formula en forma adhesiva, la cuantía de la pretensión impugnatoria ha de valorarse en función de cuál sea, respectivamente, el perjuicio impugnado, es decir, el perjuicio que al apelante, en cualquiera de las dos formas, ocasiona la sentencia recurrida, y por tanto, en los términos utilizados por el auto de admisión, la fijación de summa gravaminis ex art. 81.1.a) LJCA opera de forma independiente entre el apelante originario y el adherido a la apelación"*.

4. La adhesión a la apelación cuando la sentencia deja imprejuizados motivos. La Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1648/2022 de 14 de diciembre

La cuestión es la siguiente: ¿en aquellos supuestos en los que la sentencia de instancia estima íntegramente las pretensiones de una parte, pero no entra a conocer alguno de los motivos que se alegó, para que sea conocido por la Sala *ad quem*, es preciso que quien se opone igualmente se adhiera a la apelación?

4.1. Los pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional

Esta cuestión ha sido tratada por el Tribunal Constitucional, destacando, por todas, la Sentencia n.º 103/2005, de 9 de mayo.

En síntesis, el origen de la sentencia radicaba en el recurso interpuesto frente a una resolución por la que se declaraba a un particular responsable solidario de deudas de la Seguridad Social contraídas por una entidad. En el recurso se alegaron dos motivos. Primero, que se había producido un defecto de forma, pues no se había otorgado audiencia al interesado en el procedimiento. Segundo, que la acción ejercitada por la Administración había prescrito. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo estimó el recurso considerando que la falta de trámite de audiencia determinaba la invalidez del acto administrativo, pero no entró a analizar la prescripción aducida.

La sentencia de instancia fue recurrida en apelación por la Administración, recurso que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias al considerar que el trámite de audiencia no era exigible. No obstante, no examinó todos los motivos de oposición al recurso que la parte apelada había formulado. El apelado había solicitado que, de estimarse la apelación, se retrotrajese el procedimiento al momento anterior a dictar sentencia en la instancia para que entrara a juzgar sobre el otro motivo que fue aducido.

El pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia fue objeto de incidente de nulidad de actuaciones. El incidente fue desestimando y se expresó que, si el apelado quería que se entrase a conocer ese motivo, se debió haber hecho uso de la figura de la adhesión a la apelación. Además, añade que la solicitud de retroacción era improcedente en tanto tenía que haberle solicitado a la propia Sala un pronunciamiento sobre el motivo no conocido por el Juzgado de instancia.

El Tribunal Constitucional analiza si esta revocación de la sentencia de instancia, sin que hubiese examen del segundo motivo alegado en el escrito de oposición a la apelación, el cual quedó imprejuizado por estimar el recurso sobre la base de un único motivo, sería constitutivo de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional entendió que la decisión del Tribunal Superior de Justicia vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva. De acuerdo con el artículo 85.4 de la LJCA, para adherirse a la apelación es necesario razonar los puntos en los que se crea que es perjudicial una sentencia,

lo cual no ocurría en este supuesto, pues la sentencia que se dictó en la instancia no le causaba ningún perjuicio al ser estimatoria del recurso. Señala el Tribunal Constitucional que no podía considerarse un perjuicio la falta de pronunciamiento sobre uno de los motivos que se alegaron si el acto administrativo es finalmente anulado por otro motivo. En ese sentido, indica que la *“falta de adhesión a la apelación no puede interpretarse, en ningún caso, como renuncia”* de ese motivo no examinado en la instancia.

El Tribunal Constitucional entendió, por tanto, que era *“irrazonable”* el *“exigir al recurrente que se adhiera a la apelación siendo la Sentencia favorable”*, pues *“el art. 85.4 LJCA exige perjuicio para poder adherirse a la apelación”*.

Por último, el Tribunal Constitucional entendió que, con independencia de que sea correcta o no la solicitud de retroacción de actuaciones para que resuelva el Juzgado de instancia, era desproporcionado que no se diese respuesta al motivo imprejuizado, pues podía haber sido subsanado por el Tribunal Superior de Justicia pronunciándose él mismo sobre tal motivo.

Los pronunciamientos en relación con el artículo 85.4 de la LJCA fueron reiterados en las Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 67/2009, de 9 de marzo, y n.º 11/2014, de 27 de enero. Ambas, con una redacción similar y haciendo referencia al pronunciamiento n.º 103/2005, igualmente indicaron que era *“irrazonable y, por tanto, contrario al derecho a la tutela judicial efectiva”* exigir a quien ha obtenido una sentencia favorable en primera instancia *“que se adhiera al recurso de apelación interpuesto de contrario como requisito para que, en su caso, puedan ser objeto de pronunciamiento en la apelación todos aquellos motivos del recurso que, habiendo sido correctamente planteados en la primera instancia, quedaron sin analizar por haberse estimado el recurso en virtud de un motivo distinto de impugnación”*, utilizando las palabras de la Sentencia n.º 67/2009.

4.2. La Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1648/2022 de 14 de diciembre

La cuestión ha sido igualmente tratada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de manera reciente. En concreto, ha sido analizada por la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1648/2022 de 14 de diciembre.

El objeto del recurso lo constituían liquidaciones del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana giradas a una entidad mercantil. Las liquidaciones fueron impugnadas sobre la base de dos motivos: que no hubo incremento de valor por considerar que debieron tener en cuenta para dicho cálculo los gastos de urbanización; y que se había vulnerado la norma 10, coeficiente “F” del Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración y el cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Alicante que conoció el recurso lo estimó íntegramente sobre la base del primer motivo, sin considerar el segundo.

La sentencia del Juzgado fue recurrida por la Administración frente a la que se opuso la mercantil recurrida. En la oposición, se solicitó igualmente pronunciamiento sobre el motivo que no fue considerado por el Juzgado; y, subsidiariamente, que se retrotrajeran las actuaciones para que el

Juzgado de instancia se pronunciara sobre ese motivo. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana no entró a valorar ese motivo, pues el recurrente en la instancia no se adhirió a la apelación. Para el Tribunal, la falta de adhesión a la apelación *"impide entrar a enjuiciar otros motivos de impugnación esgrimidos en su demanda y no examinados en la sentencia apelada, sentencia que por otro lado, al no haber formulado dicha adhesión, ha consentido"*.

Frente al pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia se preparó recurso de casación. El Tribunal Supremo lo admitió mediante el Auto de 10 de noviembre de 2021, señalando que la cuestión que presentaba interés casacional objetivo era *"Determinar, interpretando el artículo 85.4 de la LJCA a la luz del principio pro actione, si es necesario que el recurrente en la primera instancia se adhiera al recurso de apelación interpuesto por la Administración demandada —en el supuesto en el que haya obtenido una sentencia totalmente estimatoria, y, por tanto favorable a sus pretensiones, pero que haya dejado imprejuicados alguno de los motivos de oposición al acto recurrido por considerar innecesario su análisis—, para que esos motivos puedan y deban ser examinados en la sentencia que estime el recurso de apelación"*.

El auto admitió el recurso sobre la base del artículo 88.2.e) de la LJCA en tanto la sentencia parecía interpretar y aplicar con error y como fundamento de su decisión la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional. Ello con el fin de *"reafirmar, reforzar o preservar la doctrina constitucional"*, pues el recurso de casación sirve también para *"salvaguardar o defender la doctrina constitucional ya creada"*.

Sin embargo, llegado el momento de dictar sentencia e interpretar la adhesión a la apelación, el Tribunal Supremo no hace mención a la doctrina establecida en las sentencias referidas del Tribunal Constitucional. Desligándose de estos pronunciamientos, el Tribunal Supremo decidió avalar la interpretación del artículo 85.4 de la LJCA que se recogía en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

El Tribunal Supremo entiende que estos supuestos en los que el recurrente ve satisfechas todas sus pretensiones con la estimación de un motivo, pero no de otro, no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 85.4 de la LJCA: *"no estamos en el supuesto contemplado en el art. 85.4 de la LJCA, puesto que, y así era objetivamente, la sentencia estimatoria obtenida ningún perjuicio producía a la parte demandante"*.

Sin embargo, para que haya un pronunciamiento sobre el motivo imprejuicado, sí que entiende necesario que el apelado se adhiera al recurso. Y ello en tanto la adhesión actúa como un recurso de apelación autónomo, por lo que, al no haber ejercitado su derecho a tal recurso, *"no puede exigir que la sentencia de apelación entre a conocer de unos motivos de apelación que al no haberse accionado mediante la adhesión al recurso de apelación es como si no se hubieran formulado"*.

Por tanto, el Tribunal Supremo contesta a la cuestión de interés casacional sobre la interpretación del artículo 85.4 de la LJCA en el siguiente sentido: *"[...] es necesario que el recurrente en la primera instancia se adhiera al recurso de apelación interpuesto por la Administración demandada —en el supuesto en el que haya obtenido una sentencia totalmente estimatoria que crea que pudiera serle perjudicial, aún favorable a sus pretensiones, pero que haya dejado imprejuicados alguno de*

los motivos de oposición al acto recurrido por considerar innecesario su análisis—, para que esos motivos puedan y deban ser examinados en la sentencia que estime el recurso de apelación”.

No obstante, el Tribunal Supremo en el caso concreto entendió que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por no haber retrotraído las actuaciones para que el Juzgado se pronunciase sobre el motivo imprejuizado en tanto el derecho es vulnerado *“cuando se deja imprejuizados motivos o causas hechas valer correcta y legítimamente sin obtener respuesta judicial alguna”.*

5. Consideraciones finales

El Tribunal Supremo ha fijado criterios interpretativos en relación con la figura de la adhesión a la apelación del artículo 85.4 de la LJCA.

Siguiendo una interpretación que diverge de los previos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo declara que cuando la sentencia estima las pretensiones del recurrente en la instancia, pero deja imprejuizado algún motivo, si el apelado quiere un pronunciamiento sobre tal motivo en tanto entiende que su falta de conocimiento le perjudica, deberá adherirse al recurso de apelación para que puedan ser examinados en la futura sentencia.

La interpretación se basa en la naturaleza de recurso autónomo que tiene la adhesión al recurso de apelación, tal y como tiene ampliamente reconocida la jurisprudencia, sin que pueda el recurrente en la instancia exigir el pronunciamiento de un motivo que no ha sido juzgado por la sentencia si no se acciona frente a esta. La falta de adhesión a la apelación hace que el motivo que se solicita que se entre a conocer se entienda como que *“no se ha formulado”.*

Es preciso destacar que el Tribunal Supremo se pronunciará sobre un asunto similar, si bien desde la perspectiva de la parte demandada. Como se recoge en el Auto de 30 de noviembre de 2022, el Tribunal Supremo determinará si *“Es necesario que el demandado en la primera instancia, que ha obtenido una sentencia favorable a sus pretensiones al desestimarse íntegramente el recurso contencioso-administrativo, se adhiera al recurso de apelación interpuesto por el demandante, en el supuesto de existir motivos de oposición a la demanda no atendidos en la sentencia recurrida, para que esos motivos puedan y deban ser examinados en la sentencia que estime el recurso de apelación”.* Con el tiempo se sabrá si la doctrina expuesta de la Sentencia n.º 1648/2022 de 14 de diciembre es confirmada en su integridad o si se introduce algún matiz sobre ella.

Portugal

O PRAZO DE RENOVAÇÃO DE CONTRATOS DE ARRENDAMENTO URBANO PARA FINS HABITACIONAIS

Rita Xavier de Brito e André Hüsgen

Advogados da Área de Imobiliário e Urbanismo da Uría Menéndez-Proença de Carvalho (Lisboa)

O prazo de renovação de contratos de arrendamento urbano para fins habitacionais

O presente artigo analisa um acórdão proferido recentemente pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) que interpreta a nova redação do artigo 1096.º, n.º 1, do Código Civil (conferida pela Lei 13/2019, de 12 de fevereiro), atinente ao regime aplicável à renovação de contratos de arrendamento urbano para fins habitacionais. A referida norma legal tem sido objeto de interpretações divergentes pela jurisprudência portuguesa. Todavia, a nosso ver, esta decisão do STJ, ao invés de mitigar as dúvidas existentes, vem reforçar o estado de incerteza e insegurança jurídicas que vigora nesta matéria.

PALAVRAS CHAVE:

CONTRATO DE ARRENDAMENTO URBANO, ARRENDAMENTO PARA FINS HABITACIONAIS, PRAZO DE RENOVAÇÃO, RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA, ARTIGO 1096, N.º 1, DO CÓDIGO CIVIL.

The renewal term of urban lease agreements for housing purposes

This article analyses a judgment recently issued by the Supreme Court of Justice (STJ) that interprets the new wording of article 1096.1 of the Civil Code (conferred by Law 13/2019, of 12 February), concerning the regime applicable to the renewal of urban lease agreements for housing purposes. This legal provision has been the subject of divergent interpretations in Portuguese case law. However, in our view, this decision issued by the STJ, rather than addressing the problem has increased the legal uncertainty in this matter.

KEYWORDS:

URBAN LEASE AGREEMENT, LEASE FOR HOUSING PURPOSES, TERM OF RENEWAL, AUTOMATIC RENEWAL, ARTICLE 1096. 1 OF THE CIVIL CODE.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023

Xavier de Brito, Rita; Hüsgen, André (2023). O prazo de renovação de contratos de arrendamento urbano para fins habitacionais. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 148-155 (ISSN: 1578-956X).

1. Interpretação do artigo 1096.º, n.º 1, do Código Civil

Nos termos da redação conferida pela Lei n.º 31/2012, de 14 de agosto, o artigo 1096.º, n.º 1, do Código Civil estipulava que, salvo estipulação em contrário, o contrato de arrendamento habitacional celebrado com prazo certo renovava-se automaticamente no seu termo por períodos sucessivos de igual duração.

A propósito desta norma, aplicável a contratos de arrendamento urbano para fins habitacionais com prazo certo, não existiam dúvidas de que, por um lado, às partes era permitido celebrar um contrato sem renovação automática, *i.e.* que previsse a caducidade do mesmo com o decurso do prazo estipulado. Por outro lado, não tendo as partes excluído o regime da renovação automática, podiam as mesmas estabelecer livremente os prazos aplicáveis a tais renovações (sem prejuízo do limite máximo de 30 anos previsto no artigo 1025.º do Código Civil).

A solução era clara e de compreensão uniforme, o que promovia a segurança jurídica da legislação arrendatícia. Tal contexto veio a ser profundamente alterado com a entrada em vigor da já conhecida Lei n.º 13/2019, de 12 de fevereiro, que tinha como desígnio introduzir “medidas destinadas a corrigir situações de desequilíbrio entre arrendatários e senhorios, a reforçar a segurança e a estabilidade do arrendamento urbano e a proteger arrendatários em situação de especial fragilidade”. Entre outras alterações relevantes, a Lei 13/2019 atribuiu uma nova redação ao referido artigo 1096.º, n.º 1, do Código Civil, que passou a dispor o seguinte:

Salvo estipulação em contrário, o contrato celebrado com prazo certo renova-se automaticamente no seu termo e por períodos sucessivos de igual duração ou de três anos se esta for inferior, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

A referida alteração não veio afetar a possibilidade de as partes afastarem o regime da renovação automática do contrato de arrendamento, tal como já permitido ao abrigo da redação anterior. Porém, em relação ao regime aplicável ao prazo da renovação, rapidamente se instalou dissenso na doutrina quanto à real intenção do legislador. Essencialmente, a discussão centrou-se sobretudo em determinar se o legislador pretendeu instituir, quanto ao prazo da renovação, um regime de caráter imperativo ou, ao invés, de caráter meramente supletivo. Em suma, se o prazo de três anos de renovação referido na norma deve valer como prazo mínimo a observar na ausência de estipulação das partes, ou se tal prazo mínimo de três anos é, na verdade, um prazo imperativo,

que não pode ser afastado pela vontade das partes, quando estas não excluam expressamente a renovação automática do contrato. De acordo com este último entendimento, as partes têm o direito de estipular prazos de renovação diferentes do prazo inicial do contrato, desde que por prazo não inferior a três anos, que corresponde a um limiar mínimo obrigatório.

Desde a entrada em vigor da Lei 13/2019, a jurisprudência não tem sido uniforme quanto à interpretação desta norma, verificando-se uma polarização de posições, com acórdãos que se pronunciam a favor da supletividade da norma (ver, entre outros, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 17.03.2022 (Nuno Lopes Ribeiro), Processo 8851/21.6T8LRS.L1-6, e de 10.01.2023 (Luís Filipe Sousa), Processo 1278/22.4YLPRT.L1-7), enquanto outros advogam a sua imperatividade (ver, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 10.11.2022 (Maria Adelaide Domingos), Processo 126/21.7T8ABF.E1; e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães (Rosália Cunha), Processo 795/20.5T8VNF.G1).

2. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/01/2023

Perante o contexto de divergência entre tribunais portugueses, surge um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), proferido a 17 de janeiro de 2023 (Processo 7135/20.1T8LSB.L1.S1), que veio tomar posição sobre esta matéria. Todavia, o acórdão não esclarece a dúvida interpretativa, podendo, aliás, contribuir surpreendentemente para uma situação de (ainda) maior indefinição.

Elencam-se, muito sinteticamente, os factos sobre os quais o STJ foi chamado a pronunciar-se:

- i. O autor da ação celebrou, a 7 de fevereiro de 2018, enquanto senhorio, um contrato de arrendamento para fins habitacionais com a sociedade ré, que era a arrendatária.
- ii. O contrato foi celebrado pelo prazo de um ano, com início a 1 de fevereiro de 2018, renovando-se automaticamente por um período igual de um ano.
- iii. A Lei 13/2019 entrou em vigor a 13 de fevereiro de 2019.
- iv. A 5 de julho de 2019, o autor deduziu oposição à renovação do contrato nos termos do artigo 1097.º, n.º 1, alínea b), do Código Civil, para produzir efeitos a 31 de janeiro de 2020.
- v. O Tribunal de primeira instância entendeu que o senhorio não poderia ter exercido o direito de oposição à renovação, uma vez que o contrato se tinha renovado pelo prazo mínimo (considerado) imperativo de três anos, em 13 de fevereiro de 2019, nos termos da nova redação do artigo 1096.º, n.º 1, do Código Civil, pelo que o contrato teria de manter-se em vigor até pelo menos 31 de janeiro de 2022.
- vi. Por sua vez, o acórdão recorrido entendeu que o prazo mínimo (imperativo) de 3 anos não seria aplicável à primeira renovação do contrato, uma vez que tal renovação se deu à luz do regime jurídico anterior à entrada em vigor da Lei 13/2019. Deste modo, a renovação do contrato por um ano teria sido válida e a oposição à segunda renovação do contrato teria validamente produzido os seus efeitos a 1 de fevereiro de 2020.

Posto isto, a questão que o STJ teve de apreciar foi a de saber se a oposição à renovação do contrato de arrendamento comunicada pelo senhorio à arrendatária, recebida a 8 de julho de 2019, foi válida e eficaz e determinou a cessação do contrato a 31 de janeiro de 2020, considerando o regime legal introduzido pela Lei 13/2019, em particular a nova redação dos artigos 1096.º, n.º 1, e 1097.º, n.º 3, do Código Civil.

3. Fundamentação do STJ

O STJ fundamenta a sua decisão recorrendo à doutrina e admite, de início, ser “entendimento dominante” que a lei permite às partes excluírem a renovação automática do contrato, mas que, de igual modo, impõe que *“caso seja clausulada a renovação, esta tem como período mínimo uma renovação pelo período de 3 anos”*.

Porém, o STJ sugere uma interpretação restritiva da norma, citando, nesta matéria, profusamente a posição do Conselheiro J. Pinto Furtado:

O Conselheiro Pinto Furtado (In Comentário ao Regime do Arrendamento Urbano, Almedina, 2021, pp. 651 a 653.) faz uma interpretação um pouco mais restritiva deste normativo [artigo 1096.º, n.º 1] e em conjunto com o artigo 1097.º, n.º 3 do Código Civil, ao considerar que esta renovação de três anos apenas ocorre na primeira renovação, permitindo a liberdade contratual outro clausulado. Posiciona-se assim este autor, “Se, pois, se tiver estabelecido, como duração contratual, um prazo inferior a três anos, por exemplo, um ou dois anos (o que é legítimo – arts. 1095-2 e 1096-1), o que resulta, quanto a nós, do disposto no art. 1097-3 — e insiste-se — é, tão-somente, que esses contratos serão necessariamente não renováveis (o que é legítimo – n.º 1 do presente artigo). [sublinhado nosso]

O mesmo autor continua:

Ora, já se viu que o n.º 1 do presente artigo [artigo 1096.º, n.º 1] só dispõe para o silêncio contratual e, como no art. 1097-3 também não se estabelece qualquer dimensão para o ulterior período de renovação, em si, daí se seguirá, se bem nos parece, que, quando pretenda estabelecer-se renovação para um arrendamento habitacional de prazo certo terá de atribuir-se à própria duração desse contrato, pela aplicação conjugada dos dois preceitos, uma duração mínima de três anos.

Creemos, por conseguinte e em conclusão poder, pois, validamente estabelecer-se, ao celebrar-se um contrato, que este terá necessariamente, uma duração de três anos, prorrogando-se, no seu termo, por sucessivas renovações, de dois ou de um ano, quatro ou cinco — como, enfim, se pretender.”.

Contrariamente ao referido pelo Tribunal, o autor não parece defender um prazo de renovação mínimo imperativo de três anos, quer em relação à primeira renovação do contrato, quer a renovações posteriores. Diversamente, o referido autor (salvo erro, com uma posição isolada na doutrina portuguesa a propósito deste assunto) parece considerar, atendendo a uma interpretação conjugada dos artigos 1096.º, n.º 1, e 1097.º, n.º 3, do Código Civil, que o legislador pretendeu

estatuir um prazo inicial mínimo de 3 anos para contratos que prevejam o regime da renovação automática, sendo os prazos dessa renovação, por sua vez, livremente estipulados pelas partes, pois, segundo este autor, o prazo mínimo previsto no artigo 1096.º, n.º 1, do Código Civil é meramente supletivo.

Sem prejuízo, no parágrafo imediatamente seguinte do Acórdão, o STJ cita de novo o mesmo autor para avaliar a aplicação das normas da nova Lei 13/2019 a contratos de arrendamento cujo prazo de renovação já esteja em vigor (como acontece no caso *sub judice*):

“Sendo assim, quanto aos contratos de arrendamento habitacional existentes, que se submetiam ao disposto na Lei n.º 31/2012 e, não havendo estipulação contratual, estavam a renovar-se supletivamente, sem mais, segundo períodos de dimensão igual à duração contratual, interessará considerar os celebrados por um ou dois anos.

Estando estes contratos a renovar-se então, supletivamente, por períodos de um ano ou de dois, respetivamente, segundo a lei antiga, chegado o novo normativo agora imposto no art. 1097-3, uma de duas soluções parecerão, em princípio, aplicáveis.

Será a primeira que aqueles contratos habitacionais de durações menores, que já completaram a sua renovação ou renovações, à sombra da lei antiga, mas ainda não tenham atingido os três anos de duração contratual para haver uma primeira renovação pela lei nova, deverão submeter-se a esta, computando-se nesses três anos os períodos menores já cumpridos, preenchendo-se desse modo a bitola do art. 1097-3.

Outra será, antes, que a nova lei exige o pré-decurso trienal só para a primeira renovação: logo, os contratos que já então completaram uma primeira renovação, ainda que sem preenchimento dos três anos de duração prévia, não estão abrangidos por ela, visto o prazo renovatório menor a que obedeceram já se ter completado.

Creemos, pela nossa parte, que será esta segunda opção o entendimento a subscrever, pois como declara o art. 297-2, os prazos mais longos da lei nova só se inserem nos prazos mais curtos da lei anterior que ainda “estejam em curso”.

Assim, os contratos com duração de um ano que, findo o seu prazo de duração, se renovaram pelo mesmo período e o completaram antes de entrar em vigor a nova lei, continuam a renovar-se pelo mesmo período depois disso; mas aqueles que ainda não consumiram esse período de renovação terão de prosseguir no tempo já decorrido até perfazer o triénio de duração para que ocorra uma nova renovação (...). [sublinhado nosso]

Referindo-se à posição do Conselheiro Pinto Furtado, o STJ reconhece logo de seguida:

Ora, é, precisamente, a situação retratada nos nossos autos.

Aqui, o contrato de arrendamento urbano para habitação permanente, foi celebrado em 7/02/2018, com início em 1/02/2018, à luz da Lei n.º 30/2012, pelo prazo de um ano, renovável

por igual período. A primeira renovação deste contrato, ocorreu em 1/02/2019, ainda no âmbito da referida Lei, porquanto a Lei n.º 13/2019 entrou em vigor em 13/02/2019.

O Autor, ora Recorrido, remeteu à Ré, ora Recorrente, em 5/07/2019, carta registada com aviso de receção, a comunicar a denúncia do contrato, solicitando a entrega do arrendado até 31/01/2020.

Daqui resulta, claramente, que a primeira renovação contrato, a renovação anual ocorreu em 1/02/2019, quando a Lei n.º 13/2019 ainda não estava em vigor, pelo se verificou a primeira renovação do contrato.

Conclui, assim, o STJ, alegadamente respaldado na posição do Conselheiro Pinto Furtado, que não se aplica ao caso uma renovação por três anos em virtude de já se ter iniciado a primeira renovação do contrato aquando da dedução, pelo senhorio, da oposição à (seguinte) renovação.

Sucede, porém, que, salvo melhor opinião, o sentido da decisão do STJ diverge efetivamente da opinião do referido autor.

Com efeito, de acordo com a posição do referido autor, nos termos das disposições conjugadas da Lei 13/2019 aqui em causa, o contrato de arrendamento deverá cumprir um prazo mínimo inicial de três anos antes da sua primeira renovação.

E quanto à aplicação da lei no tempo, se, aquando da entrada em vigor da Lei 13/2019, a primeira renovação já estiver em curso (mas ainda não tiver decorrido na íntegra), a próxima renovação do contrato só poderá ocorrer quando a duração total do contrato, considerando o prazo inicial e a primeira renovação conjuntamente, tiver perfeito “o triénio de duração”. Porém, se o contrato já se tiver renovado por uma segunda vez, então essa limitação de três anos não seria aplicável. Tal parece ser, de facto, a interpretação do autor quando refere, por um lado, que “os contratos com duração de um ano que, findo o seu prazo de duração, se renovaram pelo mesmo período e o completaram antes de entrar em vigor a nova lei, continuam a renovar-se pelo mesmo período depois disso” e, por outro, que os contratos que “ainda não consumiram esse [primeiro] período de renovação terão de prosseguir no tempo já decorrido até perfazer o triénio de duração para que ocorra uma nova renovação” (sublinhado nosso).

Ora, no acórdão em análise, o STJ parece extrapolar desta posição para uma outra, segundo a qual o prazo de renovação de três anos não se aplica nos casos em que o prazo da primeira renovação ainda está em curso aquando da entrada em vigor da Lei 13/2019. Efetivamente, no caso *sub judice*, a primeira renovação do contrato já tinha ocorrido em 01/02/2019 e o prazo da mesma ainda estava em curso aquando da entrada em vigor da Lei 13/2019 (que, recorde-se, teve lugar em 13/02/2019) e da dedução, pelo senhorio, da oposição àquela que viria a ser a segunda renovação do contrato.

Neste sentido, se o acórdão se aplicasse ao caso *sub judice* aquela que nos parece ser a posição do autor citado, o senhorio só poderia terminar o contrato após decorridos três anos iniciais, *i.e.* a 1 de fevereiro de 2022.

O STJ conclui, porém, da seguinte forma:

É já no âmbito da segunda renovação do contrato que o Autor pretende opor-se à sua renovação, pelo que, seguindo a posição assumida pelo Conselheiro Pinto Furtado e bem assim a que foi seguida no Acórdão recorrido, não tem aplicação neste contrato a renovação por três anos, porquanto se trata da segunda renovação contratual, sendo que as partes estipularam expressamente a renovação anual.

Conforme acentua o Acórdão recorrido, este contrato de arrendamento “escapou” à disciplina imperativa resultante do artigo 1097.º, n.º 3, do Código Civil, porquanto a primeira renovação que se verificou teve lugar ainda na anterior versão da Lei e não quando a Lei n.º 13/2019 já se encontrava em vigor.

Não se disputa a interpretação dada pelo Tribunal ao artigo 1097.º, n.º 3, que prevê que a oposição à primeira renovação do contrato, por parte do senhorio, apenas produz efeitos decorridos três anos da celebração do mesmo. De facto, estando em causa no presente caso a oposição à segunda renovação do contrato, aquele artigo não se aplica.

O cerne da questão está, de facto, na interpretação do artigo 1096.º, n.º 1, e o processo interpretativo do STJ parece ser o seguinte: (i) num primeiro momento, o STJ menciona o entendimento doutrinário dominante relativo à imperatividade do prazo de renovação de 3 anos previsto no artigo 1096.º, n.º 1; (ii) de seguida sugere, todavia, uma “interpretação restritiva” da norma, citando a posição do Conselheiro Pinto Furtado, que, de acordo com o STJ, considera “*que esta renovação de três anos apenas ocorre na primeira renovação*”; (iii) porém, na verdade a tese do referido autor defende a supletividade do prazo de 3 anos do artigo 1096.º, 1, pugnando antes pela existência de um prazo inicial mínimo de três anos antes da primeira renovação do contrato no contexto da interpretação conjugada com o artigo 1097.º, n.º 3.

Parece assim que, apesar de partir de uma posição doutrinária supostamente dominante, à que sugere uma interpretação “restritiva” do Conselheiro Pinto Furtado, o acórdão acaba por se desviar quer de uma, quer da outra, e seguir uma via diferente.

4. Nota final

Atualmente, os tribunais portugueses seguem, pelo menos, três interpretações diferentes em relação ao disposto no artigo 1096.º, n.º 1, do Código Civil, a saber, que a norma consagra (i) um prazo de renovação mínimo *imperativo* de três anos; (ii) um prazo de renovação mínimo *supletivo*; ou que (iii) além de um prazo de renovação mínimo *supletivo*, a norma, quando interpretada em conjugação com o disposto no artigo 1097.º, n.º 3, obriga ao decurso prévio de três anos de duração inicial antes da primeira renovação automática do contrato, conforme se conclui da análise do acórdão do STJ acima descrito.

De facto, a nosso ver, o STJ acaba por sustentar, ainda que de forma pouco clara, que o prazo de renovação de três anos tem natureza supletiva. No final de contas, concordamos com essa conclu-

são, que nos parece ser a interpretação mais apropriada da norma. No entanto, discordamos da fundamentação exarada pelo STJ, que não é clara e, na senda da posição do Conselheiro J. Pinto Furtado, associa a supletividade da norma à necessidade da decorrência prévia de um prazo inicial mínimo de três anos para a renovação do contrato ao abrigo do artigo 1096.º, n.º 1.

Salvo melhor opinião, a consagração de tal prazo inicial mínimo não tem correspondência na letra da lei, resultando da confusão de conceitos distintos. O facto de nos termos do disposto no artigo 1097.º, n.º 3, a oposição à primeira renovação do contrato, deduzida pelo senhorio, só produzir efeitos decorridos três anos da celebração do mesmo, não obriga a um prazo inicial mínimo de três anos. De outro modo, poder-se-ia dar o caso de o arrendatário não se poder opor à renovação de um contrato com renovação automática celebrado pelo prazo inicial de um ou dois anos, o que resultaria numa limitação dos direitos do arrendatário que, atendendo aos objetivos da Lei 13/2019, nos parece difícil de sustentar.

Em suma, esta decisão do STJ não elimina as dúvidas que pairam sobre o regime da renovação automática de contratos de arrendamento para fins habitacionais, antes evidencia as dificuldades interpretativas que a letra da lei coloca.

Portugal

DECRETO-LEI N.º 11/2023, DE 10 DE FEVEREIRO. A SIMPLIFICAÇÃO DOS LICENCIAMENTOS AMBIENTAIS NO QUADRO DO SIMPLEX

João Louro e Costa e Miguel Faria Ferreira
*Advogados da Área de Público e da Área de Mercantil
da Uría Menéndez-Proença de Carvalho (Lisboa)*

Decreto-Lei n.º 11/2023, de 10 de Fevereiro. A simplificação dos licenciamentos ambientais no quadro do SIMPLEX

Por via da aprovação do Decreto-Lei n.º 11/2023, de 10 de Fevereiro, o Governo procede à simplificação dos licenciamentos ambientais no quadro do SIMPLEX, visando reforçar a competitividade de Portugal e a sua atractividade para o investimento nacional e estrangeiro, bem como acelerar a concretização das transformações necessárias num contexto de crise energética. Com o presente Foro, apresentamos uma breve descrição e análise das alterações introduzidas nos diversos diplomas legais abrangidos, com particular destaque para os diplomas gerais da actividade administrativa, o Regime Jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental, o regime da Licença Ambiental e o regime jurídico dos recursos hídricos.

PALAVRAS-CHAVE:

SIMPLEX, LICENCIAMENTOS AMBIENTAIS, ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA, AVALIAÇÃO DE IMPACTE AMBIENTAL, RECURSOS HÍDRICOS.

Decree-Law 11/2023, of 10 February 2023. The simplification of environmental licencing within the SIMPLEX framework

With the approval of Decree-Law 11/2023, of 10 February 2023, the Portuguese Government has simplified environmental licencing within the context of the SIMPLEX programme. The purpose of this Decree-Law is to

strengthen Portugal's competitiveness and attract national and foreign investment, as well as accelerating the transformation measures required in a context of energy crisis. In this article, we present a brief description and analysis of the changes introduced in various legal provisions, with particular emphasis on the regulations applicable to the public authorities' activity, the regulations on environmental impact assessment, the environmental licencing regime and the legal regime of water resources.

KEYWORDS:

SIMPLEX, ENVIRONMENTAL LICENCING, ADMINISTRATIVE ACTIVITY, ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT, WATER RESOURCES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023

Louro e Costa; João; Faria Ferreira, Miguel (2023). Decreto-Lei n.º 11/2023, de 10 de Fevereiro. A simplificação dos licenciamentos ambientais no quadro do SIMPLEX. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 156-167 (ISSN: 1578-956X).

1. Introdução

Através do Decreto-Lei n.º 11/2023, de 10 de Fevereiro (“DL 11/2023”), o Governo procede à simplificação dos licenciamentos ambientais no quadro do SIMPLEX, visando reforçar a competitividade de Portugal e a sua atractividade para o investimento nacional e estrangeiro, bem como acelerar a concretização das transformações necessárias num contexto de crise energética.

Para o efeito, promove-se a eliminação de licenças, autorizações, actos e procedimentos em matéria ambiental, com o pressuposto de que são dispensáveis ou redundantes, ou de que são desnecessários numa lógica de proporcionalidade, atendendo aos custos associados para os promotores e à existência ou não de benefícios correspondentes para o interesse público que se pretende prosseguir.

É com este enquadramento que o DL 11/2023 vem, por um lado, criar o Reporte Ambiental Único, e, por outro lado, alterar um conjunto de diplomas, tanto em matéria ambiental como de carácter transversal à actividade administrativa, em particular:

- i. *Actividade administrativa*: o Código do Procedimento Administrativo e o Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, que estabelece medidas de modernização administrativa;
- ii. *Avaliação de Impacte Ambiental*: o Regime Jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental¹ (“RJAIA”) e os diplomas aplicáveis em correlação com o RJAIA;
- iii. *Licença Ambiental*: o Regime de Prevenção e Controlo Integrados da Poluição²;
- iv. *Títulos de utilização de recursos hídricos*: a Lei da Água³, o Regime da Utilização dos Recursos Hídricos⁴ e o Regime Jurídico de Produção de Água para Reutilização⁵;
- v. *Gestão de resíduos*: o Sistema de Indústria Responsável⁶ e o Regime Geral da Gestão de Resíduos⁷.

De entre estes diplomas, consideramos que merecem particular destaque, pela sua transversalidade e relevância prática, as alterações introduzidas (i) aos diplomas gerais da actividade administrativa, (ii) ao RJAIA, (iii) ao regime da Licença Ambiental e (iv) ao regime jurídico dos recursos hídricos, (v) bem como a introdução no ordenamento jurídico do Reporte Único Ambiental.

Deve notar-se que, embora tendo entrado em vigor no dia seguinte ao da publicação, o DL 11/2023 produz efeitos a 1 de Março de 2023, com a excepção das alterações referentes aos deferimentos tácitos e da criação do Reporte Ambiental Único, que produzem efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2024.

2. Alterações ao Código do Procedimento Administrativo (“CPA”) e ao Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril (“DL 135/99”)

O DL 11/2023 propõe-se consagrar um ambicioso sistema de simplificação e aceleração procedimental administrativa. Para o efeito, o legislador procedeu a um aumento transversal das garantias dos administrados e ao incremento do ónus decisório da administração pública, na vertente da eficácia legal de certos atrasos ou omissões decisórias.

As alterações ao Código do Procedimento Administrativo e ao DL 135/99, que estabelece medidas de modernização administrativa, são um bom exemplo deste propósito legislativo, merecendo particular destaque as seguintes:

- i. Decisão do procedimento na ausência de parecer obrigatório emitido dentro de prazo

Nos termos da redação que resulta da Lei n.º 72/2020, de 16 de Novembro, estabelecia o artigo 92.º, n.º 6, do CPA que na ausência de parecer obrigatório vinculativo (designadamente por omissão ou atraso da entidade competente para a sua emissão), a decisão final do procedimento apenas poderia ser proferida, não sendo previamente emitido parecer, desde que o responsável pela direcção do procedimento tivesse interpelado, no prazo de 10 dias, o órgão competente para o emitir, e sem que este o fizesse no prazo de 20 dias a contar dessa interpelação. Esta mecânica, por si só, ou bem que espoletava um atraso procedimental adicional de 30 dias úteis, ou bem que originava uma ausência decisória por inércia do órgão competente para a decisão do procedimento.

O DL 11/2023 altera o artigo 92.º do CPA, eliminando o acima citado n.º 6 do artigo 92.º, e esclarecendo que quando um parecer obrigatório não for emitido dentro dos prazos previstos no n.º 3 (que agora passam de 20 para 15 dias), deve o procedimento prosseguir e ser decidido, sem necessidade de interpelação à entidade em falta.

Determina-se, ainda, que os pareceres não podem ser emitidos fora do prazo previsto na lei.

ii. Solicitação de elementos adicionais

Ainda no sentido de procurar evitar-se que as entidades incumbidas de realizar procedimentos administrativos, designadamente entidades administrativas, se façam valer de expedientes procedimentais para suspender os prazos de decisão, determina-se que estas entidades apenas podem solicitar por uma única vez novos documentos, esclarecimentos, elementos complementares ou informações ao interessado.

Sempre que estas entidades solicitem novos documentos, esclarecimentos, elementos complementares ou informações, o prazo de decisão não fica suspenso, desde que o particular responda com o envio dos documentos, esclarecimentos, elementos complementares ou informações no prazo geral de 10 dias. Apenas se o particular não cumprir esse prazo é que o prazo de decisão fica suspenso e apenas pelo período de tempo entre o 11.º dia e a data do envio dos documentos, esclarecimentos, elementos complementares ou informações.

Por outro lado, eventuais pedidos de elementos para correção do pedido e a produção de prova devem ser realizados simultaneamente e não em dois momentos separados.

iii. Certificação de deferimentos tácitos e de comunicação prévia com prazo sem pronúncia da entidade competente

O DL 11/2023 adita ao DL 135/99 o artigo 28.º-B, que institui um mecanismo de certificação dos deferimentos tácitos, de forma gratuita e desmaterializada.

Na ausência de uma forma simples e eficaz de obter um documento que comprovasse a obtenção da licença ou autorização pretendida devido à inércia da Administração durante um certo período de tempo, tornava-se (torna-se) difícil que os casos legalmente tipificados de deferimento tácito tenham um efeito útil e imediato na esfera jurídica dos interessados.

O novo artigo 28.º-B do DL 135/99 prevê que uma entidade administrativa (a designar) deva, num prazo muito curto, passar uma certidão que ateste a ocorrência de qualquer deferimento tácito ou outro tipo de efeitos positivos associados à ausência de resposta da entidade competente.

Essa certidão terá uma forma desmaterializada e será gratuita, e servirá para comprovar perante qualquer entidade administrativa, incluindo inspeções e entidades policiais, que a licença ou autorização foi obtida por deferimento tácito. Este mecanismo terá particular relevância em matéria ambiental, onde existem vários casos de deferimento tácito, mas será de aplicação generalizada a todos os deferimentos tácitos previstos no ordenamento jurídico, de forma a permitir aos interessados que, com segurança, possam fazer valer os seus direitos obtidos por efeito da ausência de uma resposta da Administração dentro dos prazos previstos na lei.

3. Reporte ambiental único (“RAU”)

Antes de mais, o DL 11/2023 cria o RAU em matéria ambiental, tendo em vista a simplificação e a desmaterialização das obrigações de reporte. Através do RAU, o acompanhamento e a monitorização previstos nos diferentes regimes ambientais da competência da Agência Portuguesa do Ambiente (“APA”) e das Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regionais passam a realizar-se de forma desmaterializada, na plataforma SILiAmb.

Neste contexto, a informação relevante passa a ser submetida pelos particulares através do RAU, e é disponibilizada automaticamente a todas as entidades com competência para a sua análise, o que permite eliminar redundâncias e promover sinergias entre estas entidades no que respeita à simplificação e à automatização do preenchimento de reportes. Com esta medida, a submissão de um determinado reporte alimenta outros reportes.

4. Alterações ao Regime Jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental (“AIA”)

O DL 11/2023 aprova um conjunto significativo de alterações em matéria de AIA, que incidem sobre o RJAIA e sobre diplomas aplicáveis em conexão com o RJAIA, visando sobretudo a agilização dos procedimentos administrativos e o reforço de garantias de igualdade entre os operadores económicos.

Com este breve enquadramento, as alterações em matéria de AIA reportam-se, essencialmente, às seguintes temáticas:

- i. Redução dos projectos que devem ser sujeitos a procedimentos de AIA:
 - A. Eliminação total da necessidade de AIA (seja obrigatória, seja por via de análise caso a caso):

Nos termos do RJAIA, os projectos tipificados (ou as respectivas alterações e ampliações) devem ser sujeitos a AIA se esta for obrigatória à luz dos critérios previstos, ou se se concluir, no contexto de uma análise caso a caso, que são *“susceptíveis de provocar impacte significativo no ambiente”*.

Assim, os projectos que não estejam abrangidos pelos limiares fixados ou não se localizem em áreas sensíveis podem de forma genérica ser sujeitos a uma análise caso a caso, por decisão da entidade licenciadora ou competente para a autorização do projecto, e nesse contexto a sua sujeição ou não a AIA dependerá das conclusões da autoridade de AIA sobre o respectivo impacte no ambiente.

Neste âmbito, o DL 11/2023 vem prever um conjunto de situações em que deixa de ser necessário, em absoluto, realizar procedimentos de AIA relativamente a certos

projectos, fosse ela anteriormente obrigatória ou passível de decorrer das conclusões de uma eventual análise caso a caso.

Destaca-se, desde logo, a previsão expressa das situações relativamente às quais deixa de existir sujeição a AIA, de forma geral, independentemente de os projectos serem desenvolvidos ou não em áreas sensíveis, em função da sua associação à modernização das infra-estruturas e ao sector das energias renováveis, ou da pretensão do Governo de evitar a duplicação da avaliação ambiental:

Modernização de infra-estruturas: projectos de modernização de vias ferroviárias;

Energias renováveis: projectos de produção de hidrogénio a partir de fontes renováveis de electrólise da água;

Eliminação da duplicação de avaliação ambiental:

- Criação de parques ou polos de desenvolvimento industrial, zonas industriais e logísticas, e plataformas logísticas, cujos projectos assentem em plano que tenha sido acompanhado por uma Avaliação Ambiental Estratégica (“AAE”), sem prejuízo da eventual necessidade de AIA dos projectos específicos a instalar nestes locais;
- Clarifica-se que a eventual sujeição a AIA dos projectos de loteamento, parques industriais e plataformas logísticas “*não inclui planos de pormenor com efeitos registais*”. Nestes casos, em que possa ter existido AAE dos planos, são os projectos a executar na respectiva área de sujeição, em si mesmos, que poderão estar sujeitos a AIA, se aplicável nos termos do RJAIA.

Destaca-se, ainda, que um determinado conjunto de projectos deixa de estar susceptível a uma eventual análise caso a caso, desde que desenvolvidos fora de áreas sensíveis (o que tem por resultado a eliminação da necessidade de sujeição a AIA), com o objectivo de reforçar a segurança jurídica dos promotores e de permitir uma melhor gestão de expectativas quanto ao procedimento administrativo. Fundamentalmente, estes projectos dizem respeito a infra-estruturas e operações urbanísticas, à indústria de forma genérica ou ao sector da energia em particular, como sejam, entre outros:

Infra-estruturas e operações urbanísticas: operações de loteamento urbano promovidas em zonas urbanas consolidadas ou que ocupem uma área inferior a 2 hectares;

Indústria:

- Instalações de indústria alimentar, têxtil, dos curtumes, da madeira, do papel e da borracha, que se localizem em parques ou polos industriais, que distem, pelo menos, 500 metros de zonas residenciais e ocupem área inferior a 1 hectare;

- Alterações ou ampliações de projectos de produção e transformação de metais, de indústria mineral, química, alimentar, têxtil, dos curtumes, da madeira, do papel e da borracha, desde que cumpridas certas condições;

Energia:

- Centros electroprodutores que utilizem a fonte solar para a produção de energia eléctrica:
 - desde que sejam destinados a autoconsumo, e que sejam instalados em estruturas edificadas, edifícios ou áreas artificiais; ou
 - com uma área instalada inferior a 15 hectares, desde que cumpridas certas condições;
 - Produção de energia eléctrica a partir de fonte eólica, quando esteja em causa uma torre localizada a uma distância superior a 2 km relativamente a outra torre;
 - Instalação de linhas áreas com tensão não superior a 30 kV e com extensão total inferior a 10 km;
 - Projectos de armazenamento de gás natural à superfície, que se localizem em parques ou polos industriais ou plataformas logísticas, com capacidade instalada inferior a 50 toneladas e que ocupem uma área inferior a 1 hectare.
- B. Eliminação de AIA obrigatória (mantendo-se a possibilidade de sujeição a análise caso a caso):

O DL 11/2023 vem também prever a redução das situações em que a AIA é obrigatória, mantendo-se porém a possibilidade da sujeição a uma análise caso a caso dos projectos visados. É o caso, por exemplo, de um conjunto de projectos no sector da produção de energias renováveis, como sejam *(i)* os centros electroprodutores de energia solar quando a área ocupada por painéis solares e inversores seja igual ou inferior a 100 hectares; *(ii)* os parques eólicos quando sejam compostos por menos de 20 torres; ou *(iii)* a instalação de rede de transporte de energia eléctrica até 20 km e 110 kV.

ii. Criação do procedimento de análise ambiental de corredores

Na mesma linha, através do DL 11/2023 é criado o procedimento de análise ambiental de corredores, tendente à simplificação do procedimento de AIA relativamente aos concessionários ou às entidades responsáveis por certas infra-estruturas de serviços públicos essenciais, nas áreas do fornecimento de água, do transporte e da distribuição de energia eléctrica, do gás natural, dos gases de petróleo liquefeito canalizados, das comunicações electrónicas e dos transportes públicos em corredor próprio.

O designado "*procedimento de análise ambiental de alternativas de corredores de infra-estruturas lineares*" abre a possibilidade de os promotores iniciarem junto da APA um procedimento tendente à selecção de alternativas ambientalmente mais sustentáveis para o desenvolvimento de infra-estruturas nas áreas referidas.

É competência da APA coordenar o procedimento de análise ambiental de corredores, sendo que a decisão que define os corredores ambientalmente mais sustentáveis é emitida por uma conferência procedimental deliberativa que envolve todas as entidades com competências ambientais ou territoriais relevantes, que se pronunciam por uma única vez e através de uma única deliberação.

Esta decisão habilita o promotor a iniciar um procedimento de AIA na fase de projecto de execução, sem que haja necessidade de realizar a AIA em fase de anteprojecto. Tal conduz à abreviatura da AIA, uma vez que, não tendo ocorrido o procedimento de AIA em fase de anteprojecto, o projecto de execução não fica sujeito à verificação de conformidade ambiental com uma Declaração de Impacte Ambiental anterior, e às morosidades associadas ao respectivo procedimento.

- iii. Clarificação do conteúdo da Declaração de Impacte Ambiental ("DIA") favorável condicionada e da decisão de conformidade ambiental do projecto de execução ("DECAPE")

Tendo em vista a garantia de um juízo de proporcionalidade, devidamente fundamentado, entre as medidas impostas aos promotores e os impactes ambientais dos projectos, o DL 11/2023 promove a clarificação do conteúdo que a DIA favorável condicionada e a DECAPE podem ter.

Para tanto, é desde logo aumentado o leque de elementos mínimos que terão de constar do modelo de DIA (quando esta seja favorável condicionada), devendo adicionalmente incluir-se:

- A fundamentação inequívoca, com razões de facto e de direito, das condições a adoptar, incluindo no que diz respeito à relação das mesmas com os impactes ambientais perspectivados, devendo as condições ser proporcionais à natureza, localização e dimensão do projecto, e à significância dos seus impactes ambientais;
- O tipo de condições que devem ser adoptadas ao longo das várias fases de desenvolvimento do projecto, com a apresentação do detalhe adequado à fase em que o projecto é sujeito a AIA.

Por sua vez, a DECAPE deve definir as condições ambientais de aprovação do projecto de execução a adoptar nas fases de construção, exploração e desactivação do projecto, sendo-lhe aplicáveis, com as necessárias adaptações, as exigências de conteúdo aplicáveis à DIA.

iv. Eliminação de procedimentos adicionais após obtenção de DIA favorável ou favorável condicionada

Por meio do DL 11/2023, são introduzidas alterações em diplomas conexos com o RJAIA, como o Regime Jurídico da Reserva Ecológica Nacional ou o Regime Jurídico da Reserva Agrícola Nacional, com o objectivo de evitar a duplicação de procedimentos e, bem assim, a obrigação de obter actos permissivos, tais como licenças e autorizações, quando as questões relevantes já tenham sido analisadas em sede de AIA e viabilizadas através da emissão de DIA favorável ou favorável condicionada.

Assim, uma vez obtida a DIA favorável ou favorável condicionada, deixa de ser necessário realizar qualquer procedimento adicional quanto às matérias anteriormente analisadas, normalmente em função da participação das entidades relevantes no procedimento de AIA, como sejam:

- Quanto a projectos localizados em áreas da Reserva Ecológica Nacional, é dispensada a comunicação prévia à Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional;
- Quanto a utilizações não agrícolas em áreas da Reserva Agrícola Nacional, é dispensada a obtenção de parecer emitido pelas entidades regionais competentes;
- Quanto ao corte ou arranque de sobreiros, azinheiras e oliveiras, é dispensada a obtenção de autorização do Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas.

v. Prazo de emissão da DIA

Nos termos do disposto no DL 11/2023, o prazo geral para a emissão da DIA é aumentado para 150 dias, quando antes era de 100 dias, sob pena de, na ausência de decisão, ocorrer deferimento tácito.

Ocorrendo deferimento tácito, a entidade licenciadora ou competente para a autorização do projecto deixa de ter de indicar as razões de facto e de direito que justifiquem a sua decisão em face do Estudo de Impacte Ambiental (“EIA”) apresentado pelo proponente, no que propicia uma aproximação entre o deferimento tácito e a emissão de um acto final expresso no procedimento de AIA.

Deve notar-se que, apesar de a autoridade de AIA passar a ter um prazo mais dilatado para a realização do procedimento de AIA, são agora clarificadas as regras de contagem deste prazo. O prazo inicia-se na data da submissão do pedido através da plataforma electrónica em que tenha sido apresentado o EIA (seja esta a plataforma electrónica da entidade licenciadora, da entidade competente para a autorização do projecto, ou da autoridade de AIA), e apenas se suspende quando o proponente, sendo solicitados elementos ou informações adicionais, não os disponibilize no prazo de sete dias úteis.

5. Alterações ao regime da licença ambiental

No que diz respeito ao regime de prevenção e controlo integrados de poluição, o DL 11/2023 altera o Decreto-Lei n.º 127/2013, de 30 de Agosto (“DL 127/2013”), em duas grandes magnitudes. Por um lado, as licenças ambientais deixam de estar, em regra geral, sujeitas a um prazo de validade e, por outro lado, esclarece-se o mecanismo de deferimento tácito na ausência de decisão decorrido o prazo estabelecido para a mesma.

No que diz respeito à determinação da ausência de um prazo de validade para a licença ambiental, significa isto, portanto, que é eliminada a necessidade de renovação da licença ambiental, considerando o legislador que as preocupações de acompanhamento e controlo de emissões já se encontram acauteladas pelo regime aplicável, que permite uma actuação rápida e exigente da Administração Pública, sempre que necessário. Assim, a licença ambiental deixa de ter de ser renovada ao fim de 10 anos, ficando o interessado dispensado de realizar esse procedimento. Mantém-se, contudo, a necessidade de realizar o procedimento para alteração de licença ambiental quando existam alterações substanciais da instalação industrial ou quando seja necessário actualizar a licença ambiental em função da evolução das melhores técnicas disponíveis e noutros casos previstos na lei, em nome da protecção do ambiente.

Já quanto às alterações ao deferimento tácito, é eliminada a seguinte regra de excepção — destacada na passagem que transcrevemos: “[d]ecorrido o prazo estabelecido para a decisão do pedido de licença sem que esta tenha sido notificada ao interessado e não se verificando nenhuma causa de indeferimento, considera-se tacitamente deferido o pedido de licenciamento”. É, pois, de saudar a eliminação desta válvula de escape, na medida em que reforça o ónus decisório da entidade administrativa, acrescenta certeza ao mecanismo e confere segurança jurídica ao interessado.

Por fim, são ainda criadas condições para dispensar a licença ambiental em certas instalações do sector químico sem escala industrial, através da clarificação de que não têm escala: (i) o desenvolvimento e a aplicação de técnicas emergentes, consideradas como as técnicas utilizadas pela primeira vez numa actividade industrial que, se comercialmente desenvolvida, pode assegurar um nível geral de protecção do ambiente mais elevado ou permitir, pelo menos, o mesmo nível de protecção do ambiente e maiores poupanças; (ii) a preparação final de produtos em loja; (iii) a produção em estabelecimentos comerciais; (iv) a produção em loja de retalho; e (v) as pequenas actividades de fabrico artesanal, entendendo-se como tais as que sejam exercidas em estabelecimentos com potência eléctrica igual ou inferior a 99 kVA, potência térmica não superior a 4×10^6 kJ/h e número de trabalhadores não superior a 20.

6. Lei da água e regime da utilização dos recursos hídricos

No que concerne a obras para construção de infra-estruturas hidráulicas e captação de águas para aproveitamento de recursos hídricos particulares, nos termos da nova redacção do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, são feitas alterações ao regime de controlo prévio,

sendo substituída a necessidade de uma licença por uma mera comunicação prévia, designadamente: *(i)* quando esteja em causa a realização de construções inseridas em malha urbana com plano diretor municipal de segunda geração, e *(ii)* quando esteja em causa a recuperação de estruturas já existentes sem alteração das características iniciais, nomeadamente em termos de área de implantação no terreno.

Ainda no que concerne à simplificação procedimental, caso sejam apresentados em simultâneo vários pedidos de atribuição de autorização e/ou licença para utilização dos recursos hídricos, respeitantes ao mesmo operador e estabelecimento, é emitido um único título. Adopta-se, desta forma, o princípio de apenas um título de utilização de recursos hídricos por operador (por exemplo, o utilizador que tivesse dois furos e duas rejeições para água necessitava, anteriormente, de obter quatro títulos, com quatro procedimentos distintos, em vez de um único procedimento e um único título).

Por fim, cumpre destacar que a renovação das seguintes licenças de utilização de recursos hídricos passa a ser automática caso não existam alterações, dispensando-se assim o interessado de realizar um procedimento para renovação da licença:

- Licença de rejeição de águas residuais;
- Licença de captação de águas, sempre que esta estiver associada a uma actividade que tenha igualmente uma licença de rejeição de águas residuais;
- Licença de ocupação do domínio público hídrico por associação sem fins lucrativos, a que se refere o n.º 2 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio; e
- Licença de ocupação do domínio público hídrico nas situações de primeiras habitações em núcleos residenciais piscatórios consolidados que, como tal, sejam reconhecidas por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas do ambiente e do ordenamento do território, e, quando esteja em causa a ocupação do domínio público marítimo, também pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas da defesa nacional e do mar.

Notas

- 1 Decreto-Lei n.º 151-B/2013, de 31 de Outubro, conforme alterado.
- 2 Decreto-Lei n.º 127/2013, de 30 de Agosto, conforme alterado.
- 3 Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, conforme alterada.
- 4 Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, conforme alterado.
- 5 Decreto-Lei n.º 119/2019, de 21 de Agosto.
- 6 Decreto-Lei n.º 169/2012, de 1 de Agosto, conforme alterado.
- 7 Decreto-Lei n.º 102-D/2020, de 10 de Dezembro, conforme alterado.

Latinoamérica

GENDERTECH: TECNOLOGÍA QUE PROMUEVE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL SECTOR JURÍDICO

Mayra Alejandra Ariñez Vera

Coordinadora del Área de Gestión del Conocimiento en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Perú). Abogada. Profesora en Gendertech, Legaltech, Legal Management e Innovación Legal

Gendertech: tecnología que promueve la igualdad de género en el sector jurídico

En las últimas décadas, la problemática sobre la equidad, diversidad e igualdad de género ha tomado relevancia en la industria legal, sobre todo en los aspectos salariales y oportunidades laborales. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del sector, especialmente de las firmas "Big Law", la adaptación debe ser continua, pues a la fecha aún se perciben numerosas diferencias de género que limitan el acceso a oportunidades y trato igualitario de los profesionales del sector legal. En el presente artículo, la autora propone acciones que promuevan la igualdad, diversidad y equidad dentro de la industria legal por medio de tecnologías que estén diseñadas para ello y que permitan de alguna manera reducir brechas salariales, igualdad de oportunidades, discriminación, etc.

PALABRAS CLAVE:

GENDERTECH, TECNOLOGÍA, GÉNERO, EQUIDAD, DIVERSIDAD, INDUSTRIA LEGAL.

Gendertech: technology that promotes gender equality in the legal sector

In recent decades, equity, diversity and gender equality have gained relevance in the legal industry, especially in terms of salary and equal job opportunities. However, despite the efforts made in this industry sector, especially by the Big Law firms, the adaptation process needs to be constant. There are still many gender differences at present that limit access to opportunities and equal treatment of professionals in the legal sector. In this article, the author proposes actions that promote equality, diversity and fairness within the legal industry sector through technologies that are designed for it and allow for reduced salary gaps, equal opportunities, discrimination, etc.

KEYWORDS:

GENDERTECH, TECHNOLOGY, GENDER, EQUITY, DIVERSITY, LEGAL INDUSTRY.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023**FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023**

Ariñez Vera, Mayra Alejandra (2023). Gendertech: tecnología que promueve la igualdad de género en el sector jurídico. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 168-172 (ISSN: 1578-956X).

1. Estado del arte

De acuerdo con el Objetivo de Desarrollo Sostenible 5 de la Agenda 2030 de NNUU, la igualdad de género y la paridad en las organizaciones es un objetivo global que forma parte de la estrategia de desarrollo y la agenda de todos los gobiernos de la comunidad internacional. Esto, sin duda, ha tomado relevancia en los objetivos empresariales de la industria legal, pues las firmas de abogados que no cuentan con un equipo diverso carecen de opiniones, innovación e incluso perciben ingresos menores comparados con las firmas de abogados que promueven la diversidad e igualdad. Desde una perspectiva financiera se traduce en mayores ingresos en las firmas que cuentan con un equipo diverso y aproximadamente el 15 % más de probabilidades de obtener retornos financieros por encima de sus respectivas medianas de la industria legal.

Por ello, el implementar políticas y acciones que promuevan la diversidad e igualdad no debe ser visto como *sucesos únicos*, sino *procesos* donde de manera constante se realiza un análisis e implementan recursos y talento para el desarrollo y rentabilidad de las firmas.

Si bien es cierto que el talento femenino y la diversidad aún no se han trasladado de manera natural a las esferas de decisión del sector legal, pues vemos muy pocas mujeres en cargos de poder o socias de una *Big Law*, lo cierto es que diversas organizaciones la consideran como una prioridad en los últimos años y están trabajando en reducir estas brechas y sesgos.

Para contextualizar, en el sector legal latinoamericano el 19 % de los socios de las firmas son mujeres frente a un 81 % de socios varones. De igual forma, las abogadas asumen en mayor porcentaje carga administrativa y tienen menor acceso a asuntos complejos de las firmas. Entonces, existen sesgos de género conscientes e inconscientes que, de alguna manera, estereotipan e impiden alcanzar la igualdad y diversidad dentro de las firmas.

De acuerdo con el estudio en materia de igualdad en el ámbito de la abogacía de la Comisión de Igualdad del Consejo General de la Abogacía, la Fundación Wolters Kluwer y el Women Business and Justice European Forum del Colegio de la Abogacía de Barcelona, se han encontrado en la trayectoria profesional cinco temas o bloques clave que sistematizan la desigualdad y falta de equidad en el sector legal, estos son "1) *El sesgo de género y el techo de cristal en la abogacía*; 2) *La brecha salarial*; 3) *El desequilibrio en cargas familiares y la dificultad que ello añade a los planes de carrera profesionales*; 4) *La denuncia y la lucha contra la situaciones de acoso y discriminación*; 5) *El valor de la diversidad y el sistema de cuotas*".

En concordancia con lo anterior, los sesgos más comunes en la industria legal están relacionados con el *Rendimiento*, que hace que se valore el trabajo realizado por mujeres y hombres con criterios diferentes. Por ello, las pocas posiciones de liderazgo que ocupan las mujeres. Otro sesgo común es el de *Atribución*, que les atribuye a las mujeres una menor competencia para el trabajo, se infravaloran sus logros y contribuciones y, si cometen errores, se las penaliza, o se animan menos a pedir ascensos o promociones por creer que son menos válidas o no estar preparadas para desempeñar un puesto superior. Un tercer sesgo es el de *Afinidad*, que nos hace relacionarnos con personas con las que sentimos más afinidad, provocando más atención a esas personas y que nos reafirman en nuestras propias creencias y forma de ser. Así, por ejemplo, en el ámbito legal, las posiciones de poder tienden a querer trabajar con profesionales afines a ellos o de su mismo género. Finalmente, está el sesgo de *Maternidad*, que hace creer que las profesionales que son madres se perciban como menos comprometidas con la empresa y sus responsabilidades dentro de ellas.

Entonces, ¿qué acciones pueden tomar las firmas para reducir o eliminar la falta de equidad, diversidad e igualdad en el sector jurídico?

Un primer paso es implementar políticas de igualdad, diversidad y equidad dentro de las firmas, y el siguiente es definir los mecanismos y herramientas que garanticen el cumplimiento de la política de igualdad. Una de estas es el Gendertech o Gender Technology o tecnología de género, que a través de la tecnología asegura el cumplimiento de políticas de igualdad y diversidad con controles y tecnologías que las monitorizan.

2. Gendertech en el sector legal

Se entiende Gendertech como el uso, desarrollo e implementación herramientas tecnológicas que promueven la igualdad de género en el ámbito social, económico y laboral. Este nuevo concepto tiene diversos enfoques de acción dirigidos a un mismo objetivo: *la igualdad, equidad y diversidad*.

A continuación, repasamos algunos de los enfoques que se aplican a la industria legal.

1er. enfoque. - Diseño y desarrollo de tecnologías para prevenir la desigualdad de género y promover un trato igualitario

En este punto se destacan las herramientas que analizan las problemáticas de género dentro de las firmas y las herramientas que proponen soluciones a la problemática de la desigualdad de género, discriminación y violencia de género.

En cuanto a las herramientas que analizan las problemáticas de género, está, por ejemplo, la iniciativa del Banco Mundial "Women, Business and the Law", que promueve un grupo de trabajo donde se desarrolla tecnología para analizar el impacto de las regulaciones en la inclusión económica, empoderamiento e inclusión digital de las mujeres en 190 países.

En cuanto a las herramientas que proponen soluciones a la problemática de la desigualdad de género, están, por ejemplo, *softwares* que detectan discriminación de género y acoso en entornos laborales, analizando el lenguaje utilizado en las conversaciones, aplicativos móviles que previenen el ciberacoso, etc.

2do. enfoque. - Uso de las TIC para promover la igualdad y diversidad

Este segundo enfoque, promueve el uso de las tecnologías de información y comunicación (TIC) para abordar los problemas de género y promover diversidad.

En este punto, se recomienda que los laboratorios de innovación legal puedan enfocarse en abordar problemas y necesidades relevantes, por ejemplo:

- i. Desarrollar tecnología para ganar eficiencia de tiempos de trabajo, y de esta forma permitir que los socios y asociados enfoquen su tiempo en tareas relevantes.
- ii. Desarrollar tecnología para evitar situaciones de discriminación y sesgos dentro de las áreas jurídicas, compatibilizando en todo momento las obligaciones profesionales y las personales según la realidad de cada miembro de la firma de abogados.
- iii. Tecnología que mida la eficiencia de forma objetiva acorde con las diversas realidades de los miembros de una firma.
- iv. Tecnología que permita identificar las brechas y mida con indicadores claros el estado del sector legal en cuando a la diversidad, igualdad y equidad.

3. Algunos ejemplos

A continuación, ofrecemos algunos ejemplos sobre el uso y desarrollo de la tecnología para promover la diversidad, igualdad y equidad en general y en el sector legal.

Diversidad en la contratación de talento en el sector legal

La empresa SAP SA ha desarrollado un *software* cuyo objetivo principal es eliminar estos sesgos de las empresas. En este caso, a través del uso de inteligencia artificial se pretende eliminar cualquier tipo de lenguaje sexista en los anuncios de ofertas de empleo.

De igual manera, con el uso del *machine learning*, se busca encontrar candidatos ideales, ajustando los salarios al nivel de dificultad de las tareas y responsabilidad, independientemente del género.

De acuerdo con lo dicho, Jared Coseglia, fundador y CEO de TRU Staffing Partners, una consultora especializada en la búsqueda y selección de personal de perfil tecnológico para el sector legal, ha

señalado que durante el 2021 y 2022 el perfil profesional del sector legal se enfoca en la contratación de perfiles diversos como una cuestión de eficiencia y reputación para las firmas legales.

Destacar perfiles profesionales diversos y de sectores poco representados

Un ejemplo de ello es la iniciativa lanzada por Kristen Sunday, fundadora de la Legaltech Paladin, que junto con otras seis *startups* tienen como objetivo potenciar el desarrollo de empresas en la industria legal cuyos fundadores sean personas normalmente poco representadas, con especial atención al género y de manera especial buscando que las abogadas alcancen altos puestos profesionales y directivos.

Otro ejemplo es la propuesta de la Legaltech peruana Epikeia, que busca brindar asistencia legal automatizada a las mujeres en Perú a la hora de reclamar el reconocimiento de paternidad y la pensión alimenticia correspondiente.

Tecnología para reducir la brecha salarial

En este punto podemos mencionar a la empresa Google y la implementación de un algoritmo que detecta las diferencias de retribuciones entre género, como lo son las diferencias del pago en las horas extraordinarias. Así, por ejemplo, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística (INE) en España, al 2022 se refleja que las mujeres perciben menos por horas extraordinarias y que los hombres ganan un 23 % más al año.

El caso de Google demuestra que con la ayuda de un algoritmo se puede construir un esquema de retribución equitativo que permita reclutar perfiles diversos, propiciar un entorno inclusivo y fomentar la entrada de mujeres en el sector.

4. A manera de conclusión

Hombre y mujeres son afectados de forma diferente por un mismo contexto y perciben las problemáticas de distinta manera. Si bien la equidad e igualdad de género en el sector legal no se logrará solo con algoritmos, la tecnología puede coadyuvar de alguna manera en los controles y monitoreo de las políticas de diversidad e igualdad.

Finalmente, la inclusión de más mujeres, de profesionales jóvenes y diversos es necesaria en las firmas de abogados, pues los equipos de trabajo conformados por profesionales de ambos géneros, de diferentes profesiones y edades tienen un mayor grado de resolución de problemas y logran tasas más altas de productividad e innovación.

Foro de Actualidad

Unión Europea

LA RELACIÓN ADMINISTRATIVA DE SUPERVISIÓN: EL CASO DEL SECTOR FERROVIARIO (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 27 DE OCTUBRE DE 2022)

Carlos Lora González

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

La relación administrativa de supervisión: el caso del sector ferroviario (comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2022)

La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2022, recaída en el asunto C-721/20, confirma que la actividad de supervisión que desarrolla la Administración supervisora del sector ferroviario en Alemania alcanza, en toda su intensidad, al administrador de infraestructuras ferroviarias. La singular función que este agente desempeña o su condición de entidad pública no altera su sujeción a la actividad administrativa de supervisión, aun cuando actúa mediante el dictado de actos administrativos. En opinión del autor, este pronunciamiento aconseja el establecimiento de una "relación administrativa de supervisión" entre el administrador de infraestructuras ferroviarias y la Administración supervisora con base en la cual esta pueda revisar los actos administrativos de aquel.

PALABRAS CLAVE:

SECTOR FERROVIARIO, SUPERVISIÓN, SUPERVISIÓN ADMINISTRATIVA, FACULTADES DE SUPERVISIÓN, ADIF, CNMC.

Supervisory administrative relationship: the case of the railway sector (commentary to judgment of the Court of Justice of the European Union of 27 October 2022)

The recent decision of the Court of Justice of the European Union of 27 October 2022, issued in case C-721/20, confirms that the supervision carried out by the supervisory public authority of the railway sector in Germany certainly includes the railway infrastructure manager. The special activity carried out by the manager or its status as public entity does not alter the fact it must carry out administrative supervisory duties, even when it is conducting administrative acts. In author's view, this decision advises establishing an "administrative supervisory relationship" between the railway infrastructure manager and the supervisory public authority on the basis of which the latter may review the former's administrative acts.

KEYWORDS:

RAILWAY SECTOR, SUPERVISION, ADMINISTRATIVE SUPERVISION, SUPERVISORY POWERS, ADIF, CNMC.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023**FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023**

Lora González, Carlos (2023). La relación administrativa de supervisión: el caso del sector ferroviario (comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2022). *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 173-182 (ISSN: 1578-956X).

1. Actividad administrativa de supervisión que desarrolla la CNMC como administración supervisora del sector ferroviario

1.1. En las últimas décadas, el sector del transporte por ferrocarril ha experimentado un proceso de progresiva liberalización. Desde un esquema marcado por la gestión monopolística pública de todas las actividades incluidas en el sector (fabricación y mantenimiento de vehículos, gestión de infraestructuras ferroviarias y provisión de servicios de transporte de viajeros y mercancías), el mercado se ha abierto a la competencia, permitiendo la entrada de operadores privados en aquellas actividades que pueden ser desempeñadas en régimen de concurrencia.

La gestión de la infraestructura ferroviaria representa la excepción a ese proceso. En la medida en la que esa infraestructura constituye un monopolio natural que comporta un consumo excluyente por los operadores, su gestión permanece reservada a los poderes públicos¹. En España, la gestión de la infraestructura ferroviaria es realizada por dos entidades públicas empresariales, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias ("ADIF") y el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias-Alta Velocidad ("ADIF-AV"), que adjudican a los operadores privados derechos de uso sobre la infraestructura mediante el ejercicio de potestades administrativas.

1.2. La progresiva apertura del sector ferroviario a la competencia no significa que los poderes públicos dejen de ejercer cierto control sobre las actividades que se desarrollan en él, sino que la reserva del sector al poder público ha sido sustituida por el paradigma de la supervisión.

El paradigma de la supervisión consiste en un control público de las actividades privadas sustentado sobre dos fases lógicamente sucesivas². Primero, el legislador (y la Administración, en el ejercicio de la potestad reglamentaria que tiene constitucionalmente reconocida) establece normas que encauzan la conducta de los particulares a fin de evitar que su actividad dañe cierto bien jurídico relevante para la comunidad. Después, la Administración pública, mediante el ejercicio de las potestades administrativas atribuidas a tal fin, verifica que quienes deben cumplir esas normas lo hacen y, en el caso de que no sea así, les compele coactivamente a ello³.

Este esquema se encuentra presente también en el sector ferroviario. Por un lado, el legislador ha aprobado un bloque normativo dirigido a que la conducta de los operadores ferroviarios no perjudique la seguridad en el transporte y la competencia en el mercado. Por otro lado, se ha erigido un complejo administrativo al que se ha dotado de potestades administrativas que permitan verificar el grado de cumplimiento de esa normativa por los operadores y, en caso de incumplimiento, compeler, incluso coactivamente, al cumplimiento.

Este entramado administrativo erigido para la supervisión del sector es imperfecto. Sobre el papel, dos Administraciones públicas, la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (la "AESF") y la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (la "CNMC"), verifican el grado de cumplimiento de la ordenación dictada en garantía de la seguridad ferroviaria y la competencia en el mercado, respectivamente, por parte de los operadores. En la práctica, sin embargo, la AESF cuenta con potestades para supervisar parte de la normativa que tutela la competencia en el mercado (singularmente, la potestad autorizatoria de acceso al ejercicio de la actividad) y, además, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana conserva buena parte de las potestades inspectoras y sancionadoras sobre el sector que, en buena lógica, deberían localizarse en aquellas otras Administraciones⁴.

1.3. Sea como fuere, la CNMC lleva a cabo la supervisión del sector ferroviario por medio de potestades inspectoras, destinadas a verificar que los operadores ajustan su conducta a la ordenación que les resulta de aplicación (cfr. art. 11.1-*e* y *h*, y arts. 27 y 28 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia —la "LCNMC"—); potestades correctoras (cfr. arts. 11.2 y 3 y 12.1-*f* de la LCNMC); y potestades sancionadoras (cfr. art. 112.2 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, en relación con el art. 29 de la LCNMC).

Estas potestades se ejercen con la misma intensidad sobre todos los operadores en el sector, con independencia de la actividad que desarrollen y del contenido de la ordenación a la que deban ajustar su conducta. Ello no obstante, en la práctica aparece cierta confusión cuando la CNMC pretende controlar la gestión de la infraestructura ferroviaria realizada por ADIF y ADIF-AV mediante el dictado de actos administrativos. Y ello porque, al menos formalmente, estos actos serían revisables aplicando las reglas tradicionales de jerarquía (ante el superior jerárquico o en reposición ante el órgano que los dictó, según los casos) y competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales, sin que la CNMC pueda verificar la correcta observancia de la ordenación del sector en el ejercicio de sus facultades de supervisión.

1.4. En este contexto, la reciente Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2022, recaída en el asunto C-721/20 (la "Sentencia del TJUE"), contiene relevantes razonamientos sobre la configura-

ción de la actividad administrativa de supervisión en la normativa europea que permiten concluir que el cumplimiento de la ordenación sectorial por ADIF y ADIF-AV debe ser verificado, en primer lugar, por la CNMC en el ejercicio de sus facultades de supervisión, sin perjuicio del posterior examen de la cuestión que puedan realizar los órganos jurisdiccionales competentes.

2. La Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2022 (Asunto C-721/20)

2.1. Controversia resuelta por la sentencia

La Sentencia del TJUE resuelve dos cuestiones prejudiciales elevadas por el Kammergericht Berlín (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Berlín, Alemania; el “Kammergericht”), en el contexto de un litigio sostenido entre DB Station & Service AG (“DB S&S”), gestor de la infraestructura ferroviaria alemana, y ODEG Ostdeutsche Eisenbahn GmbH (“ODEG”), operador ferroviario alemán, por la devolución de ciertos cánones ferroviarios liquidados entre noviembre de 2006 y diciembre de 2010 con base en unos parámetros anulados judicialmente.

En primer lugar, el Kammergericht pregunta al TJUE sobre la compatibilidad entre las facultades de supervisión sobre los gestores de la infraestructura ferroviaria que la normativa europea atribuye a la Administración supervisora alemana y las facultades ordinarias de los tribunales civiles nacionales para enjuiciar si esa actividad de gestión de la infraestructura ferroviaria cumple las normas generales en materia de defensa de la competencia. De confirmarse esa compatibilidad, el Kammergericht pregunta al TJUE, en segundo lugar, si los tribunales nacionales pueden llevar a cabo ese enjuiciamiento aun cuando los operadores ferroviarios puedan obtener una revisión de la conducta del supervisor por la Administración supervisora o, por el contrario, deben esperar a que esta resuelva.

El TJUE resuelve ambas cuestiones señalando que las facultades que tienen atribuidas la Administración supervisora y los tribunales civiles son distintas y, por tanto, compatibles entre sí. De acuerdo con la Sentencia del TJUE, compete a la Administración supervisora verificar que la conducta del gestor de infraestructuras se ajusta a las normas que ordenan su actividad y, en caso negativo, compelerle al cumplimiento, mientras que los tribunales civiles pueden enjuiciar si esa conducta del gestor, una vez confirmado el cumplimiento de la normativa sectorial, cumple las normas de defensa de la competencia.

Más allá de las cuestiones relativas al respeto, por el gestor de la infraestructura ferroviaria, de las normas en materia de defensa de la competencia, la Sentencia del TJUE contiene relevantes razonamientos que confirman que una correcta aplicación de la normativa europea pasa por sujetar toda la actividad que desarrolla aquel, con independencia de su naturaleza privada o administrativa, a las facultades de supervisión atribuidas a la Administración supervisora.

2.2. Razonamientos de la Sentencia del TJUE relevantes para la configuración de la actividad administrativa de supervisión sobre el sector ferroviario

Con carácter previo, debe advertirse que el lenguaje empleado por la Sentencia del TJUE no es siempre el más acertado. Como es lógico, la Sentencia del TJUE, al razonar sobre las cuestiones sometidas a conocimiento del Tribunal, emplea la terminología existente en la normativa europea que regula la materia. En ocasiones, la traducción al español de esa terminología no arroja los mejores resultados. Por ejemplo, la normativa europea emplea *organismo regulador* para referirse a lo que en España deberíamos denominar *Administración supervisora*; o utiliza el término *litigio* no solo en un sentido propiamente jurisdiccional (esto es, como mecanismo de resolución de intereses enfrentados), sino en el sentido de los términos *conflicto* o *reclamación* que emplea, por ejemplo, nuestra LCNMC para referirse a lo que, en realidad, no es más que el ejercicio de potestades administrativas de naturaleza correctora⁵. En lo sucesivo, reproduciré los extractos de la Sentencia del TJUE que considero relevantes empleando sus propios términos, pero razonaré con aquellos que considero más precisos y acertados.

La Sentencia del TJUE, en primer lugar, ubica la razón de ser de la actividad administrativa de supervisión del sector ferroviario que lleva a cabo la Administración supervisora, por lo que a la gestión de la infraestructura ferroviaria se refiere, en la garantía de un acceso objetivo y no discriminatorio a dicha infraestructura por parte de los operadores ferroviarios que tutela la ordenación cuya observancia se supervisa:

"La competencia exclusiva del organismo regulador para conocer de cualquier litigio relacionado con el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2001/14 está estrechamente vinculada a las limitaciones técnicas específicas del sector ferroviario.

(...) La infraestructura ferroviaria es un monopolio natural. Su capacidad limitada únicamente puede ser utilizada por un determinado número de empresas respetando las franjas horarias que les hayan asignado los administradores de dicha infraestructura, a saber, los organismos o empresas encargados de organizar el acceso a esta. Por consiguiente, estos últimos se encuentran, por definición, en una posición dominante respecto de las empresas ferroviarias.

(...) Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la competencia exclusiva atribuida a los organismos reguladores del sector ferroviario se justifica por esos mismos objetivos (véase, en este sentido, la Sentencia de 9 de noviembre de 2017, CTL Logistics, C-489/15, EU:C:2017:834, apartado 87) e implica las facultades específicas que se les confieren en el artículo 30, apartados 2, 3 y 5, de la Directiva 2001/14.

En efecto, dichas facultades permiten a los organismos reguladores alcanzar los referidos objetivos y satisfacer los requisitos técnicos de la infraestructura ferroviaria (...)" (párrs. 57-61).

En segundo lugar, la Sentencia del TJUE recuerda que la Administración supervisora puede ejercer sus competencias de oficio o a partir de la denuncia de otro operador y, en el marco de ese ejercicio, puede dictar las medidas necesarias para garantizar la plena observancia de la ordenación:

"A este respecto, por lo que se refiere a la Directiva 2012/34, que derogó y sustituyó a la Directiva 2001/14, el Tribunal de Justicia declaró que la facultad del organismo regulador de supervisar la aplicación de las normas establecidas en dicha Directiva puede ejercerse de oficio y, por lo tanto, no está supeditada a la presentación de denuncias o recursos. También precisó que la gestión eficiente y la utilización justa y no discriminatoria de la infraestructura ferroviaria, que subyacen en esa Directiva, requieren la instauración de una autoridad encargada a la vez de supervisar, por iniciativa propia, la aplicación por parte de los operadores del sector ferroviario de las normas establecidas en dicha Directiva y de actuar como órgano de recurso (...).

Así pues, el hecho de que un organismo regulador nacional creado en virtud del artículo 55 de la Directiva 2012/34 conozca de un recurso no obsta a su competencia para adoptar, en su caso de oficio, las medidas adecuadas para subsanar cualquier infracción de la normativa aplicable (...).

De lo anterior se deriva, en particular, que, conforme al artículo 30, apartados 2 y 3, de la Directiva 2001/14, el organismo regulador se encarga, al mismo tiempo, de actuar como órgano de recurso y de supervisar, por iniciativa propia, la aplicación por parte de los operadores del sector ferroviario de las normas establecidas en esa Directiva. Conforme al artículo 30, apartado 5, de esta, es competente para tomar cualquier medida necesaria para remediar las infracciones de dicha Directiva, en su caso de oficio" (párrs. 62-65).

En este contexto, la Sentencia del TJUE concluye que las facultades de la Administración supervisora se extienden a la totalidad de operadores del sector ferroviario, y declara expresamente la sujeción de los gestores de la infraestructura ferroviaria a esas facultades de supervisión:

"Los efectos de las decisiones que el organismo regulador adopte no se limitan únicamente a las partes en un litigio que se le haya sometido, sino que alcanzan a todas las partes afectadas del sector ferroviario, ya sean las empresas de transporte o los administradores de infraestructuras. De este modo, el organismo regulador puede garantizar la igualdad de acceso a las infraestructuras de todas las empresas afectadas y el mantenimiento de una competencia leal en el sector de la prestación de servicios ferroviarios.

(...) Respecto a este último extremo, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que los administradores de infraestructuras, que están obligados a establecer los cánones y recaudarlos de manera no discriminatoria, no solo deben aplicar los requisitos de utilización de la red ferroviaria de la misma forma a todos los usuarios de la red, sino también velar por que los cánones efectivamente recaudados cumplan dichos requisitos (...).

En estas circunstancias, cuando conoce de un recurso de una empresa ferroviaria, el organismo regulador, al que corresponde garantizar que tanto los administradores de infraestructuras como los operadores de los servicios ferroviarios cumplen sus obligaciones, está obligado a examinar, según el propio tenor del artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2001/14, las injusticias, discriminaciones o cualquier otro perjuicio, lo que incluye las cuestiones relativas tanto a la tarificación de las infraestructuras o los servicios como a la competencia" (párrs. 66-73).

Con base en lo anterior, la Sentencia del TJUE señala que la Administración supervisora puede verificar la correspondencia entre el sistema de cánones aprobado por el gestor de la infraestruc-

tura ferroviaria y la ordenación de su actividad, sin perjuicio de que los tribunales civiles puedan enjuiciar la eventual infracción de la normativa en materia de defensa de la competencia.

3. Consecuencias de la sentencia: la relación administrativa de supervisión existente entre la CNMC y ADIF y ADIF-AV

3.1. Según señalaba al comienzo, la configuración de la infraestructura ferroviaria como un monopolio natural ha implicado que su titularidad permanezca en manos públicas. Además, la adscripción de esa infraestructura a un uso público ha hecho que, desde el punto de vista jurídico-administrativo, tenga la condición de bien de dominio público.

Que la infraestructura ferroviaria sea un bien de dominio público conduce a una conclusión de gran repercusión práctica: su gestión debe realizarse mediante el ejercicio de potestades administrativas que confieran derechos de uso sobre ella⁶. Así, los administradores de infraestructuras ferroviarias, al adjudicar derechos de uso sobre la infraestructura, dictan actos administrativos que, en cuanto tales, se someten al régimen general de derecho administrativo.

Pues bien, una de las consecuencias más importantes de este entendimiento aparece cuando se repara en que los administradores de infraestructuras ferroviarias, en cuanto agentes que participan en el mercado ferroviario, se sujetan, con igual intensidad que los proveedores de servicios, a la ordenación y supervisión del sector erigidas en garantía de la competencia en el mercado. Si ello es así, en buena lógica debe ser la CNMC, en cuanto Administración supervisora, quien pueda revisar la adjudicación de derechos de uso de la infraestructura realizada por los administradores de infraestructuras y, en caso de inobservancia, pueda compelerles, incluso coactivamente, al cumplimiento.

Ocurre, sin embargo, que los actos administrativos mediante los cuales los administradores de infraestructuras ferroviarias gestionan el dominio público son, según se ha visto, revisables ante la jurisdicción ordinaria. De este modo, en caso de incumplimiento de la ordenación, en el plano teórico aparece la disyuntiva de recurrir los actos del gestor de la infraestructura ferroviaria en vía judicial, para que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la que determine si los actos de adjudicación de derechos de uso de la infraestructura se ajustan o no a derecho, o acudir a la CNMC, para que, en el ejercicio de sus facultades de supervisión, verifique si se ha respetado la ordenación del sector y, en caso negativo, le compela a dictar un nuevo acto que se ajuste a la normativa aplicable.

En mi opinión, la necesaria coherencia que debe informar el ejercicio de la actividad administrativa de supervisión por la CNMC sobre el conjunto de agentes que participan en el sector hace necesario que el ordenamiento provea de medios para garantizar que sea esta Administración, y solo ella, quien conozca de los eventuales quebrantamientos de la ordenación que ocasione la actividad de los administradores de infraestructuras ferroviarias. Bajo la normativa actual, desde luego, ello ya resulta posible (cfr. art. 12.1-f de la LCNMC), pero no obligado. Los actos de los

administradores de infraestructuras ferroviarias formalmente continúan pudiendo ser objeto de recurso separado ante la jurisdicción y, por tanto, sustraídos del conocimiento de la CNMC.

Para solucionar esta situación, debe aclararse la existencia de una *relación administrativa de supervisión* entre la CNMC y los administradores de infraestructuras ferroviarias que impide que aquella se vea privada del conocimiento de los eventuales incumplimientos de la ordenación del sector en que estos puedan incurrir, aun cuando ese incumplimiento provenga del ejercicio de potestades administrativas mediante el dictado de actos administrativos⁷. Ello comporta que los actos administrativos dictados por ADIF y ADIF-AV sean revisables no por su superior jerárquico —o, directamente, por la jurisdicción—, sino por la Administración que desarrolla la actividad administrativa de supervisión. Esta tesis, además, no perjudica la necesaria revisión judicial de la actuación administrativa que deriva del art. 106.1 de la Constitución, en la medida en la que los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo siempre podrán revisar la actuación del supervisor y, con ello, de forma mediata, la del administrador de infraestructuras ferroviarias.

3.2. La Sentencia del TJUE confirma la necesidad de que la Administración supervisora conozca de toda la actividad de los gestores de la infraestructura ferroviaria para verificar la observancia de la ordenación del sector con independencia de su naturaleza. De acuerdo con la lectura que la Sentencia del TJUE hace de la normativa europea en la materia, la competencia atribuida a los tribunales para enjuiciar la conducta de los gestores de la infraestructura ferroviaria en aplicación de otras normas distintas de la ordenación sectorial ferroviaria no puede impedir a la Administración supervisora ejercer sus facultades de supervisión.

Esta conclusión es perfectamente trasladable al caso español, donde, hasta cierto punto, existirían dos competencias enfrentadas (la supervisora de la CNMC y la de los tribunales contencioso-administrativos ordinarios) que pueden enjuiciar una misma actuación. Al igual que en el caso resuelto por la Sentencia del TJUE, donde el conocimiento por los tribunales civiles de las eventuales infracciones de la normativa en materia de defensa de la competencia cometidas por el gestor de la infraestructura ferroviaria no desplaza la competencia de la Administración supervisora y tiene lugar una vez que *“el organismo regulador competente se haya pronunciado previamente sobre la legalidad”* de la actuación del gestor, en el caso español el conocimiento de la legalidad de la actuación de ADIF y ADIF-AV por la jurisdicción contencioso-administrativa debe realizarse una vez que la CNMC haya verificado si esa conducta cumple o incumple la ordenación del sector, lo que debe instrumentarse mediante la interposición, en su caso, de recurso contencioso-administrativo frente a la resolución que dicte la CNMC en ejercicio de sus facultades de supervisión, y no de forma directa frente a los actos administrativos dictados por ADIF y ADIF-AV.

El esquema legal actual, que sobre el papel permite el conocimiento de la actividad de ADIF y ADIF-AV por la CNMC, pero, al tiempo, su sustracción en favor de la jurisdicción ordinaria, no cohonesta con las exigencias que marca el derecho europeo, tal y como las ha fijado la Sentencia del TJUE. En mi opinión, la correcta aplicación de sus razonamientos necesita de la idea de *relación administrativa de supervisión*, como categoría jurídico-administrativa a través de la cual se permita el pleno ejercicio de las facultades de supervisión de la CNMC sin menoscabo de la revisión judicial de esa actuación que, en su caso, pueda tener lugar.

Así las cosas, bajo el marco normativo actual, una aplicación de las normas de supervisión conforme con las exigencias derivadas del derecho europeo requiere someter a conocimiento de la CNMC toda actuación de ADIF y ADIF-AV que pueda constituir un incumplimiento de la ordenación sectorial ferroviaria dictada en tutela de la indemnidad de la competencia en el mercado, de acuerdo con los mecanismos que recogen los arts. 11.3 y 12.1-f) de la CNMC. Ahora bien, *de lege ferenda* debería aclararse la regulación de la actividad administrativa de supervisión desarrollada por la CNMC para establecer, de forma indubitada, la existencia de una relación administrativa de supervisión entre esta y ADIF y ADIF-AV, con base en la cual aquella puede revisar la legalidad de los actos administrativos dictados por estos.

Notas

- 1 *Vid.* Laguna de Paz, José Carlos (2016). *Derecho administrativo económico*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.
- 2 *Vid.* Magide Herrero, Mariano (2015). Del Estado prestador al Estado garante. En M. Buzarco Samer *et al.*, *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Dykinson, pp. 11 y ss.
- 3 *Vid.* Magide Herrero, Mariano (2000). *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid: INAP, p. 324; Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2018). *Principios de Derecho Administrativo General*. T. II, Madrid: Iustel, pp. 259-263; Rivero Ortega, Ricardo (2000). *El Estado vigilante*. Madrid: Tecnos, pp. 63-67; y Sánchez Morón, Miguel (2011). *Derecho administrativo (Parte General)*. Madrid: Tecnos, pp. 641 y ss.
- 4 *Vid.* Lora González, Carlos (2021). Supervisión administrativa del sector ferroviario tras la entrada en vigor del “cuarto paquete” europeo. En E. Ortega Burgos y F. Pastor Ruiz (dirs.), *Mercados regulados 2021*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 891-893.
- 5 “Lo que hace la CNMC es obligar a los operadores, cuando ello sea necesario, a ajustar su conducta a las normas que ordenan el sector en garantía del libre mercado, recurriendo, si ello fuera necesario, a la coacción. Este proceder se corresponde plenamente con la naturaleza propia de las potestades correctoras de la Administración, y tiene difícil encaje en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales” (Lora González, 2021: 901-902).
- 6 Los derechos de uso sobre la infraestructura ferroviaria son, en mi opinión, una suerte de autorizaciones demaniales para llevar a cabo un uso especial del dominio público (cfr. art. 85.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas –“LPAP”–), por cuanto permiten a los operadores ferroviarios, de forma temporal (mientras dura el trayecto), realizar un uso particularmente intenso de la infraestructura que, además, les permite obtener una rentabilidad singular, pero que no supone la “ocupación de una porción del dominio público” con exclusión de su utilización por todos los demás interesados característico del uso privativo (cfr. art. 85.3 de la LPAP). De hecho, una vez finalizado el trayecto al que el derecho de uso sirve, otro operador ferroviario puede ocupar de forma temporal la misma infraestructura para realizar el mismo trayecto. Esta calificación, además, concuerda mejor con la existencia de un mercado realmente abierto a la competencia, en la medida en la que, de acuerdo con la tradicional calificación dogmática de la autorización y su diferenciación con la concesión, el título habilitante requerido remueve un obstáculo para el ejercicio de un derecho preexistente pero no constituye *ex novo* ese derecho (*vid.* Laguna de Paz, José Carlos (2006). *La autorización administrativa*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, p. 137). Cuestión distinta es que se trate de autorizaciones limitadas en número, algo que encaja perfectamente con esta categoría (cfr. Laguna de Paz, 2006: 136).
- 7 *Vid.* Lora González (2021: 902-903).

Foro de Actualidad

Unión Europea

INTRODUCCIÓN AL ESPACIO EUROPEO DE DATOS SANITARIOS: UN NUEVO HORIZONTE EN LA GOBERNANZA DE DATOS SANITARIOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Francisco Javier García Pérez

Counsel del Área Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Barcelona)

Introducción al Espacio Europeo de Datos Sanitarios: un nuevo horizonte en la gobernanza de datos sanitarios en la Unión Europea

La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios supone un importante salto cualitativo en la regulación del acceso a datos sanitarios en el ámbito de la Unión Europea. Se trata de un ambicioso proyecto que tiene por objetivos principales: (i) mejorar el uso primario de datos en formato digital entre Estados miembros, facilitando así la movilidad plena de los ciudadanos de la Unión, con independencia de su estado de afiliación; y (ii) establecer las condiciones necesarias para garantizar un acceso secundario a los datos que conjugue la investigación científica basada en la economía del dato con los más altos estándares europeos en sede de privacidad.

PALABRAS CLAVE:

ESPACIO EUROPEO DE DATOS SANITARIOS, USO PRIMARIO, USO SECUNDARIO, HEALTHTECH.

European Health Data Space: a new horizon in the governance of health data in the European Union

The proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space entails a substantial qualitative leap in terms of regulating access to health data at an EU level. It is an ambitious project, the main objectives of which are to (i) improve the primary use of data in digital format between Member States, and thus facilitate the full mobility of EU citizens, regardless of their Member State affiliation; and (ii) establish the necessary conditions to ensure secondary access to data that combines scientific research based on data economy with the highest European privacy standards.

KEYWORDS:

EUROPEAN HEALTH DATA SPACE, PRIMARY USE, SECONDARY USE, HEALTHTECH.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023

García Pérez, Francisco Javier (2023). Introducción al Espacio Europeo de Datos Sanitarios: un nuevo horizonte en la gobernanza de datos sanitarios en la Unión Europea. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 183-196 (ISSN: 1578-956X).

1. Fundamento y objetivo del Espacio Europeo de Datos Sanitarios

Como es bien sabido, los datos personales son un derecho fundamental reconocido tanto en el artículo 18.4 de la Constitución como en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De ahí que exista un marco normativo extremadamente tuitivo en el que, entre otros textos legales, destaca en el seno de la Unión Europea el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (o "RGPD"). Sin embargo, resulta incontrovertido que en la economía digital en la que ya estamos plenamente inmersos los datos de carácter personal suponen también un activo extremadamente valioso para garantizar el adecuado desarrollo económico, científico y social. En consecuencia, resulta imprescindible buscar el modo de conjugar el respeto del derecho fundamental de la protección de datos sujeto a los más altos estándares de la Unión Europea con el desarrollo tecnológico en la llamada economía de los datos.

Consciente de esta realidad, en el año 2020 la Comisión Europea publicó la Estrategia Europea de Datos, un plan de actuación programático cuya finalidad es crear un mercado único de datos que garantice la competitividad de los Estados miembros y la soberanía de los datos en la Unión Europea. En palabras de la Comisión, la estrategia de datos se centra en poner a las personas en primer lugar en el desarrollo de la tecnología y en defender y promover los valores y derechos europeos en el mundo digital.

Entre otras medidas, la Estrategia Europea de Datos proponía la creación de espacios comunes europeos de datos en ámbitos específicos. Estos espacios comunes tienen la finalidad de garantizar que haya más datos disponibles para su uso en la economía y la sociedad (siendo una realidad indiscutible que vivimos en una sociedad donde el dato tiene un valor fundamental para el desa-

rollo), de forma controlada y sujeto a adecuadas medidas de seguridad que mitiguen el riesgo de que se produzca un uso inadecuado de los datos de los ciudadanos de la Unión Europea.

A mayores, la pandemia de COVID-19 ha demostrado con absoluta claridad la importancia que supone disponer de datos sanitarios electrónicos tanto para el desarrollo de políticas públicas de respuesta a crisis sanitarias como en la prestación de servicios de salud digital que permitan mejorar la vida de los ciudadanos de la Unión Europea y mejorar la competitividad de nuestras empresas del sector sanitario.

En este contexto, surge la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios (la "Propuesta" y el "EEDS", también conocido como *European Health Data Space* [o "EHDS"], respectivamente). El EEDS constituye la primera propuesta de los antes mencionados espacios comunes europeos de datos en ámbitos específicos y abordará, como su propio nombre indica, las singularidades que presenta la gestión de los datos de salud.

En particular, el EEDS pretende establecer reglas, estándares comunes y prácticas, infraestructuras y un marco de gobernanza tanto para el uso primario de datos (i. e., el uso de los datos de salud electrónicos para prestar asistencia al individuo) como el uso secundario (i. e., el uso de los datos para otras finalidades como la investigación o el desarrollo de políticas públicas) de los datos de salud. A tal fin, el EEDS pretende: (i) reforzar el control del paciente sobre sus datos; (ii) establecer normas para los sistemas de historiales médicos electrónicos ("HME") para promover que sean de confianza, seguros e interoperativos; (iii) establece normas para el uso secundario de los datos; y (iv) imponer dos tipos de infraestructuras transfronterizas, una para el uso primario de datos y otra para su uso secundario (*vid. MARCUS, J. Scott, et. al., The European Health Data Space*, Parlamento Europeo, ref. 740.054, Diciembre de 2022).

En definitiva, el EEDS es una propuesta de Reglamento ciertamente ambiciosa toda vez que los datos de salud constituyen una categoría especial de datos (*ex art. 9 RGPD*), sujeto a un conjunto estricto de obligaciones por afectar a una esfera íntima de la privacidad de los interesados. Sin embargo, y al mismo tiempo, la coordinada y adecuada gestión de esta información sanitaria en formato electrónico e interoperativo entre centros sanitarios de un mismo Estado miembro y entre Estados miembros puede suponer una ventaja tanto para el propio interesado como para la industria sanitaria y para la elaboración de políticas públicas sanitarias más eficientes.

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que la Unión Europea ha jugado históricamente un papel en la salud pública. Sin embargo, al menos hasta la fecha, se ha tratado de un papel ciertamente limitado en la medida en que la sanidad es una competencia esencialmente de los Estados miembros e, incluso, en algunos de ellos, como es el caso de España, se encuentra transferida a nivel regional o autonómico. Así pues, la propuesta de un EEDS supone un salto cualitativo hacia una mayor integración europea en el ámbito sanitario.

La propuesta de Reglamento para un EEDS se encuentra, a fecha de la elaboración del presente artículo, en fase de tramitación. El Parlamento Europeo aún debe pronunciarse en primera lectura. Si lo hace, deberá ser ratificado por el Consejo y, en ese caso, será aprobado de forma conjunta y publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Si el Parlamento Europeo no aprobase el texto en primera lectura, deberá abrirse un nuevo proceso de debate en el seno de las instituciones

comunitarias. Es decir, la propuesta de texto actual aún puede sufrir modificaciones. En cualquier caso, a lo largo del presente artículo analizaremos los principales aspectos de esta propuesta de Reglamento en su última versión (3 de mayo de 2022).

2. Ámbito de aplicación del EEDS

El artículo 1.3 de la Propuesta establece que el ámbito de aplicación de la normativa prevista para el futuro EEDS afectará a los siguientes sujetos:

- i. los fabricantes y proveedores de sistemas HME y aplicaciones sobre bienestar —término que analizaremos con mayor detalle en el apartado cuarto de este artículo— que se introduzcan en el mercado y se pongan en servicio en la Unión Europea y a los usuarios de estos productos;
- ii. los responsables y los encargados del tratamiento establecidos en la Unión que traten datos sanitarios electrónicos de ciudadanos de la Unión Europea y nacionales de terceros países que residan legalmente en los territorios de los Estados miembros;
- iii. los responsables y los encargados del tratamiento establecidos en un tercer país que esté conectado a MiSalud@UE (MyHealth@EU) o sea interoperable con esta plataforma; y
- iv. los usuarios de datos a los que los titulares de datos de la Unión Europea faciliten datos sanitarios electrónicos.

Como puede observarse, el ámbito de aplicación previsto para el EEDS es muy amplio y resulta aplicable en la medida en la que, esencialmente, exista un punto de conexión territorial con la Unión Europea en el tratamiento de los datos electrónicos de salud (tanto para su uso primario como para su uso secundario). Por ello, la Propuesta resulta de interés no solo para las instituciones, prestadores de servicios de la salud y empresas del sector sanitario (incluido el *healthtech*), domiciliadas en la Unión Europea, sino que puede resultar de aplicación a un abanico notablemente mayor de terceros (e. g., fabricantes de aplicaciones de bienestar que quieran dirigir sus productos al mercado europeo).

3. Uso primario de datos sanitarios electrónicos

El Proyecto define el *uso primario de datos sanitarios electrónicos* en su artículo 2.2.a) como los datos relativos a la salud y los datos genéticos, tal como se definen en el RGPD, así como los datos relativos a factores determinantes de la salud, o los datos tratados en relación con la prestación de servicios sanitarios, que se traten en formato electrónico.

En un contexto de creciente circulación de ciudadanos europeos entre los distintos Estados miembros, ya sea por motivos laborales de forma permanente o temporal, o de mera visita, resulta imperativo el establecimiento de un sistema electrónico de intercambio de información que per-

mita a los profesionales sanitarios de cualquier Estado miembro consultar el historial médico de un paciente, con independencia de su país de origen. Así, el artículo 14 de la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (la "Directiva 2011/24/UE") fue la primera referencia a la sanidad electrónica en el seno de la Unión Europea. Sin embargo, la voluntariedad de sus disposiciones, la competencia nacional en sanidad de los Estados miembros, los diferentes idiomas oficiales y la falta de interoperatividad entre los distintos sistemas informáticos en cada sistema de salud, entre otros factores, han impedido que se hayan alcanzado los objetivos inicialmente fijados por la Unión Europea sobre esta materia. Es precisamente esta circunstancia la que pretende revertir la Propuesta en su capítulo II (artículos 3 y ss. de la Propuesta).

Así, el artículo 3 de la Propuesta establece que las personas físicas tendrán derecho a acceder a sus datos sanitarios electrónicos personales que hayan sido tratados en el contexto de un uso primario de datos sanitarios electrónicos de forma inmediata, gratuita y en un formato fácilmente legible, consolidado y accesible.

Por su parte, el artículo 4 de la Propuesta regula el acceso de los profesionales sanitarios a los datos electrónicos personales de las personas a las que estén tratando, independientemente del Estado miembro de afiliación del paciente y del Estado miembro donde se realice el tratamiento. Añade también este mismo artículo que los profesionales sanitarios son los garantes de que los datos sanitarios electrónicos de los pacientes queden actualizados con la información relativa a los preceptos prestados.

El juego de estos dos preceptos, como bien señala el considerando 11 de la Propuesta, garantiza el derecho de todas las personas físicas para acceder a sus datos sanitarios y poder intercambiarlos con los profesionales sanitarios de su elección. Y todo ello de un modo que va mucho más allá del objetivamente limitado ámbito del derecho a la portabilidad de los datos establecido en el artículo 20 del RGPD. En efecto, el derecho a la portabilidad consagrado en el RGPD se limita, en rigor, únicamente a (i) los datos tratados sobre la base del consentimiento o de un contrato, lo que excluye los datos tratados con arreglo a otras bases jurídicas que pueden ser relevantes en el ámbito sanitario; y (ii) los datos facilitados por el interesado a un responsable del tratamiento, excluyendo muchos datos inferidos o indirectos, como diagnósticos o ensayos. Así pues, el nuevo EEDS aspira a suponer un nuevo horizonte en el acceso universal a la información sanitaria de los pacientes en el seno de la Unión Europea, un elemento muy relevante para garantizar la efectiva, real y plena libertad de movimientos entre Estados miembros que consagra el Tratado de Fundación de la Unión Europea.

Para hacer efectivo este derecho de acceso al uso primario de datos, es imprescindible orquestar un sistema armonizado, interoperativo, seguro, homologable y coordinado de intercambio de datos sanitarios primarios.

Así, y en primer lugar, la Propuesta prevé que cada Estado miembro designe un *punto de contacto nacional para la salud digital*. Se trata de pasarelas organizativas y técnicas que ofrezcan servicios transfronterizos de información sanitaria digital para un uso primario de datos sanitarios electrónicos, bajo la responsabilidad de los Estados miembros (*vid.* artículo 2.2.r de la Propuesta). A su vez, estos *puntos de contacto nacionales* estarán conectados a través de la *plataforma central para*

la salud digital, que pretende ser una plataforma interoperativa que preste servicios para apoyar y facilitar el intercambio de datos sanitarios electrónicos entre los puntos de contacto nacionales para la salud digital (*vid.* artículo 2.2.s de la Propuesta). Finalmente, la Propuesta prevé el establecimiento de una infraestructura transfronteriza para el uso primario de datos sanitarios electrónicos, denominada *MiSalud@EU (MyHealth@EU)*, integrada por los puntos de contacto nacionales para la salud digital y la plataforma central para la salud digital (*vid.* artículo 2.2.t de la Propuesta). En este sentido, la sección 2.^a del capítulo I de la Propuesta (artículos 12 y 13 de la Propuesta) se encarga de regular las obligaciones y la coordinación entre las mencionadas figuras, destacando un claro mandato a los Estados miembros para que garanticen la conexión de datos de los prestadores de asistencia sanitaria a sus puntos de contacto nacionales para la salud digital, así como para que estos puedan realizar intercambios bidireccionales de datos sanitarios electrónicos.

Resulta digno de especial mención que los Estados miembros también deberán velar para que las farmacias que operen en sus territorios, incluyendo las farmacias en línea, puedan dispensar medicamentos prescritos mediante recetas electrónicas expedidas por profesionales sanitarios habilitados al efecto en otros Estados miembros en las condiciones establecidas en el artículo 11 de la Directiva 2011/24/UE. Las farmacias accederán a las recetas electrónicas que se les transmita desde otros Estados miembros a través de *MiSalud@UE*, y deberán aceptarlas. Tras la dispensación de medicamentos a partir de una receta electrónica de otro Estado miembro, las farmacias notificarán la dispensación al Estado miembro que haya expedido la receta, a través de *MiSalud@UE* (*vid.* artículo 12.6 de la Propuesta). Esta mención a la farmacia, y la específica referencia a la *telefarmacia*, suponen un claro acierto por parte del legislador comunitario, toda vez que no puede garantizarse un verdadero EEDS excluyendo a una parte tan fundamental de la prestación sanitaria como es la dispensación de los medicamentos. Ahora bien, la efectividad en la práctica de este precepto dependerá de múltiples factores que deberán regularse en el futuro como el idioma de la información o los diferentes sistemas de reembolso y prestaciones sanitarias establecidas en cada Estado miembro.

En segundo lugar, el artículo 10 de la Propuesta establece que los Estados miembros deberán designar una autoridad de sanidad digital responsable de la aplicación y el cumplimiento del EEDS en sede de uso primario de datos. A estos efectos, la Propuesta prevé que estas autoridades tengan hasta quince competencias distintas en diversos ámbitos (e. g., informativo, de cooperación, control y supervisión [también la supervisión de los antes mencionados *puntos de contacto nacionales para la salud digital*], desarrollo de capacidades nacionales, entre otras) cuya finalidad última es asegurar el correcto funcionamiento del EEDS. Asimismo, y sin perjuicio de cualquier otro recurso administrativo o judicial que pudiese resultar de aplicación, la Propuesta prevé que los interesados puedan presentar una reclamación, de forma individual o colectiva, ante la autoridad de sanidad digital en caso de infracción de la normativa que termine, en su caso, de ser aplicable.

En tercer lugar, y con la finalidad de establecer un sistema homogéneo de datos en la Unión Europea, la Propuesta identifica las categorías de datos sanitarios personales para uso primario que considera prioritarios (a saber: historiales resumidos de los pacientes, recetas electrónicas, dispensaciones electrónicas, imágenes médicas e informes de imágenes, resultados de laboratorio y los informes de alta hospitalarias), así como el formato de intercambio de historiales médicos electrónicos de ámbito europeo, que se establece será determinado por la Comisión mediante

actos de ejecución (*vid.* artículos 5 y 6 de la Propuesta). En este sentido, el anexo I de la Propuesta desarrolla con mayor detalle las principales características de las antes mencionadas categorías de datos de salud electrónicas que serán consideradas prioritarias *ex lege* en virtud de la Propuesta.

Finalmente, la Propuesta impone a los Estados miembros la obligación de velar porque los prestadores de servicios sanitarios registren sistemáticamente los datos sanitarios prioritarios antes mencionados en formato electrónico en un sistema HME (*vid.* artículo 7 de la Propuesta). En este sentido, y por su importancia capital para el buen funcionamiento del EEDS, la Propuesta dedica su capítulo III íntegramente a la regulación de los HMEs (arts. 14 a 32 de la Propuesta). Por su parte, el anexo II de la Propuesta regula los requisitos esenciales para los sistemas HME y los productos para los que se declara la interoperabilidad con los sistemas HME, mientras que el anexo II lista la documentación técnica que deberá acompañar a toda solución HME. En esencia, y sin ánimo de ser exhaustivos, a fin y efecto de garantizar un EEDS seguro y eficaz, se requiere que los HME sean (i) interoperativos y compatibles con las infraestructuras desarrolladas en la Propuesta para el intercambio de información (en este sentido, el artículo 23 de la Propuesta prevé que la Comisión adopte, mediante actos de ejecución, los requisitos esenciales que debe cumplir todo sistema HME); y (ii) seguros (e. g., garantía de seguridad de la información, sistema que guarde registro de los accesos a la información de un paciente identificando a la persona que accede y la actividad que realiza en el sistema, etc.). A estos efectos, y entre otras obligaciones, los fabricantes de sistemas de HME deberán garantizar la conformidad de sus productos con los requisitos establecidos en la Propuesta, elaborar una declaración de conformidad, elaborar una exhaustiva documentación técnica y colocar el marcado CE en sus productos. Asimismo, está previsto que los Estados miembros designen una (o varias) autoridades de vigilancia del mercado de HME, que podrán ser las autoridades de sanidad digital u otras (*vid.* artículo 28 de la Propuesta). Por último, cabe destacar también que la Comisión elaborará un registro específico para HME, en el que deberán aparecer inscritas todas las compañías que presten este tipo de servicios (*vid.* artículo 32 de la Propuesta).

En este sentido, destacan las diversas menciones que contiene el capítulo III a las HME que integren soluciones de inteligencia artificial. En particular, la Propuesta prevé que los proveedores de tecnologías de inteligencia artificial consideradas de alto riesgo de conformidad con el proyecto de Ley de Inteligencia Artificial (en rigor, se trata también de un proyecto de Reglamento comunitario, pese al *nomen iuris*) que declaren su interoperabilidad con algún HME, además de cumplir con la Ley de Inteligencia Artificial, deberán cumplir con los requisitos de interoperabilidad y las especificaciones previstas en la Propuesta para los HME (*vid.* artículos 17 y 23 de la Propuesta).

4. Uso secundario de datos

El uso secundario de datos sanitarios electrónicos, segunda piedra angular del EEDS, se define en el artículo 2.2.e como el tratamiento de datos sanitarios electrónicos para cualquiera de las finalidades descritas en el artículo 34 de la Propuesta, a saber:

- i. las actividades de interés público en el ámbito de la salud pública y la salud laboral, como la protección contra las amenazas transfronterizas graves para la salud, la vigilancia de la

- salud pública o la garantía de unos niveles elevados de calidad y seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios;
- ii. el apoyo a los organismos del sector público o a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, incluidas las autoridades reguladoras, en el sector sanitario o asistencial en el desempeño de las funciones definidas en sus mandatos;
 - iii. la elaboración de estadísticas oficiales nacionales, plurinacionales y de la Unión relativas al sector sanitario o asistencial;
 - iv. las actividades de educación o de enseñanza en el sector sanitario o asistencial;
 - v. la investigación científica relacionada con el sector sanitario o asistencial;
 - vi. las actividades de desarrollo e innovación de productos o servicios que contribuyan a la salud pública o a la seguridad social, o que garanticen niveles elevados de calidad y seguridad de la asistencia sanitaria, de los medicamentos o de los productos sanitarios;
 - vii. el entrenamiento, la prueba y la evaluación de algoritmos, también con respecto a los productos sanitarios, los sistemas de IA y las aplicaciones sanitarias digitales, que contribuyan a la salud pública o a la seguridad social, o que garanticen niveles elevados de calidad y seguridad de la asistencia sanitaria, de los medicamentos o de los productos sanitarios;
 - viii. la prestación de asistencia sanitaria personalizada consistente en evaluar, mantener o restablecer el estado de salud de las personas físicas, sobre la base de los datos sanitarios de otras personas físicas.

En otras palabras, el uso secundario de datos consiste en la utilización de los datos de salud electrónica para un conjunto de finalidades distintas a la propia prestación sanitaria al usuario. En particular, el uso secundario de datos supone en la economía del dato en la que vivimos una herramienta fundamental para la investigación sanitaria, la innovación, el diseño de políticas sanitarias públicas y el avance hacia una medicina personalizada. El uso secundario de datos de salud electrónica ocupa íntegramente, por su importancia, el capítulo II de la Propuesta.

El uso secundario de datos ya estaba tímidamente regulado en la normativa europea. Así, el considerando 159 del RGPD establece que el tratamiento de datos personales con fines de investigación científica "*debe interpretarse de manera amplia*", una referencia que ha sido utilizada para legitimar el uso secundario de datos obtenidos en ensayos clínicos para posteriores ensayos clínicos, esencialmente limitado a un mismo campo de investigación. Sin embargo, estas limitadas referencias eran manifiestamente insuficientes en la actual economía del dato, máxime tras el surgimiento de iniciativas en otras jurisdicciones como el *Real World Evidence* estadounidense o el *Chinese critical care database*, que, en síntesis y de forma muy simplificada, tienen por objetivo poner a disposición de los investigadores un conjunto ingente de datos sanitarios para fomentar la innovación basada en la iteración de grandes volúmenes de información real sobre pacientes. Esta presión competitiva, en cierta medida, obligaba a la Unión Europea a adoptar su propio mo-

delo, garantista con el estándar de privacidad europeo, pero sin que ello supusiese un freno a la innovación, siendo así como nace el EEDS.

De forma similar a lo que sucede en relación con el uso primario de los datos, los Estados miembros designarán un *punto de contacto nacional para el uso secundario de datos sanitarios electrónicos*. Se trata de pasarelas organizativas y técnicas que permiten el uso secundario transfronterizo de datos sanitarios electrónicos bajo la responsabilidad de los Estados miembros (*vid.* artículo 2.2.u de la Propuesta). Estos *puntos de contacto nacionales para el uso secundario de datos sanitarios electrónicos* estarán conectados a través de la *plataforma central para el uso secundario de datos sanitarios electrónicos*, que se define como una plataforma de interoperabilidad creada por la Comisión, que prestará servicios para apoyar y facilitar el intercambio de información entre los puntos de contacto nacionales para el uso secundario de datos sanitarios electrónicos (*vid.* artículo 2.2.v de la Propuesta). Finalmente, la Propuesta prevé la creación de una infraestructura, denominada DatosSalud@UE (“HealthData@EU”), que conecte los puntos de contacto nacionales para el uso secundario de datos sanitarios electrónicos y la plataforma central (*vid.* artículo 2.2.x de la Propuesta).

Asimismo, la Propuesta prevé que cada Estado miembro designe uno o varios *organismos de acceso* a los datos sanitarios responsables de conceder el acceso a los datos sanitarios electrónicos para uso secundario (*vid.* artículo 36 de la Propuesta). Esta referencia a que los Estados miembros puedan designar más de un organismo de acceso abre la puerta a que en sistemas descentralizados, como el español, se designen también autoridades autonómicas, coordinadas, en mayor o menor medida, con una autoridad central. Está por ver si esa será la opción por la que opta España y, en su caso, qué impacto puede tener una eventual atomización de las autoridades de acceso en la armonización y facilitación del acceso secundario de datos sanitarios que pretende el EEDS.

Los organismos de acceso tienen encomendadas diversas funciones (*vid.* artículos 37 a 43 de la Propuesta), entre las que destacan decidir sobre las solicitudes de acceso a los datos sanitarios (cuestión sobre la que volveremos más adelante), adoptar las medidas necesarias para asegurar la confidencialidad de los datos, cooperar con otros organismos de acceso, proporcionar información a las personas físicas que lo soliciten, publicar un informe anual de actividad y, entre otras muchas funciones, la de vigilar y sancionar los incumplimientos que se produzcan en el seno del uso secundario de datos en el marco del EEDS.

Es importante advertir que, tal y como hemos señalado anteriormente, el acceso secundario a los datos no será indiscriminado, sino que se circunscribirá a las finalidades indicadas en el artículo 34 de la Propuesta (antes listadas con las letras *a* a *h*). Además, y para mayor claridad, el artículo 35 de la Propuesta pone de manifiesto, sin ambages, la prohibición expresa del acceso secundario a datos de salud electrónica para:

- A. tomar decisiones perjudiciales para una persona física sobre la base de sus datos sanitarios electrónicos; para ser calificadas de *decisiones*, deben producir efectos jurídicos o afectar de manera igualmente significativa a dichas personas físicas;

- B. tomar decisiones en relación con una persona física o grupos de personas físicas para excluirlas del beneficio de un contrato de seguro o modificar sus cotizaciones y primas de seguro;
- C. llevar a cabo actividades de publicidad o comercialización dirigidas a profesionales sanitarios, organizaciones del sector o personas físicas;
- D. facilitar el acceso a los datos sanitarios electrónicos a terceros no mencionados en el permiso de datos, o ponerlos a su disposición de algún otro modo; o para
- E. desarrollar productos o servicios que puedan perjudicar a las personas y a las sociedades en general, incluidas, entre otras, las drogas ilícitas, las bebidas alcohólicas, los productos del tabaco o los bienes o servicios diseñados o modificados de manera que contravengan el orden público o la moral.

El objetivo del juego de los artículos 34 y 35 —lista positiva y lista negativa de accesos al EEDS— es clara; a saber: circunscribir el acceso al uso secundario de datos del EEDS para un conjunto muy limitado de finalidades que se consideran beneficiosas para la salud, las políticas públicas y la innovación, excluyendo aquellas que pueden suponer un riesgo indeseado para los interesados.

El acceso al EEDS no será libre, sino que estará sometido a un sistema estricto de autorización previa y control por parte de los antes mencionados organismos de acceso (*vid.* sección 3 del capítulo 2 de la Propuesta, artículos 44 y ss.). Así, en primer lugar, y muy en línea con lo previsto en el artículo 5 del RGPD, se prevé que el organismo de acceso debe velar porque el acceso a los datos se haga de conformidad con el principio de minimización de datos y limitación de la finalidad, de forma que el solicitante no pueda acceder a más información de la estrictamente necesaria de la solicitada para cumplir con la finalidad para la cual se le autorice el acceso a los datos (*vid.* artículo 44 de la Propuesta). A mayores, este acceso al EEDS para el uso secundario de los datos sanitarios deberá realizarse en un entorno de tratamiento seguro, limitado a las personas a las que se les confiera explícitamente acceso, sujeto a medidas técnicas organizativas, así como a importantes medidas de seguridad e interoperatividad (*vid.* artículo 50 de la Propuesta).

En cuanto a las solicitudes de acceso a los datos, el artículo 45 de la Propuesta establece que, como norma general (con la excepción de la previsión normativa del artículo 47, para determinados accesos con finalidades de interés público por parte de organismos públicos y similares circunstancias que se someten a un régimen particular), cualquier persona física o jurídica puede pedir acceso al EEDS para las finalidades antes mencionadas, a la par que define el contenido mínimo de este tipo de solicitudes (i. e., explicación detallada del uso previsto de los datos electrónicos, descripción de los datos solicitados, indicación de si los datos deben ser proporcionados de forma anonimizada o no, estimación del tiempo necesario para el tratamiento, etc.). Una vez verificada que una solicitud cumple con los requisitos establecidos en la Propuesta, el organismo de acceso a los datos sanitarios concederá, en su caso, un *permiso de datos*. El permiso de datos será una autorización administrativa de acceso al EEDS donde se especificarán las condiciones aplicables al usuario de los datos (e. g., tipos y formato de datos a los que se permite acceder, finalidad autorizada, duración del permiso, tasas aplicables por el acceso a los datos, etc.) (*vid.* artículo 46 de la Propuesta).

Una vez que esté plenamente implementado el EEDS, será habitual que se planteen solicitudes de acceso multijurisdiccionales, con la finalidad de realizar estudios completos en el seno de la Unión Europea. En este sentido, el artículo 45.3 de la Propuesta prevé que bastará con que los usuarios de datos que deseen acceder a datos sanitarios electrónicos de más de un Estado miembro soliciten el acceso a uno de los organismos de acceso del Estado miembro que consideren oportuno, quien, a su vez, será el encargado de tramitar y coordinar con el resto de organismos de acceso que resulten competentes. En plena coherencia con lo anterior, el artículo 54 de la Propuesta establece el principio de reconocimiento mutuo entre organismos de acceso a los datos sanitarios afectados, un principio fundamental de cooperación en el seno de la Unión Europea que será sin duda fundamental para el buen fin del EEDS.

El Proyecto también prevé el acceso a los datos sanitarios electrónicos de un titular individual de datos (en contraste con el acceso generalizado al EEDS establecido como norma general) (*vid.* artículo 49 de la Propuesta). En estos casos, el solicitante podrá pedir una autorización de acceso directamente al titular de los datos, estando facultado este último para conceder una autorización de uso a todos los efectos. El organismo sanitario titular de los datos deberá, en todo caso, notificar por vía electrónica al organismo de acceso a los datos sanitarios pertinente de las solicitudes de acceso recibidas, de los permisos concedidos y de las peticiones de datos a las que se hubiese accedido. En estos supuestos, tanto el titular de los datos como el solicitante de acceso para uso secundario son considerados como corresponsables de los datos a los efectos del RGPD.

El régimen de acceso al EEDS descrito en los párrafos anteriores puede generar, como bien han señalado algunos autores (*vid.* MARCUS, J. Scott, *et. al., ob. cit.*), ciertas tensiones en la interacción entre los derechos de portabilidad de datos previstas en el RGPD y en la Propuesta de Ley de Datos (de nuevo, en rigor, un Reglamento de la Unión Europea, pese a lo equívoco de su nombre). En efecto, el artículo 38.6 debería suponer en materia de datos de salud electrónicos una suerte de *lex specialis* que impida a los titulares de los datos cobrar por la transferencia de datos primarios (en contraste con lo previsto en la Propuesta de Ley de Datos), limitando el pago por acceso a datos exclusivamente para el uso secundario de datos. Por poner un ejemplo, con arreglo al Proyecto de Ley de Datos, un hospital podría cobrar por la transferencia de datos de imágenes médicas a un tercero, mientras que con el EEDS no.

El EEDS también comprenderá los denominados *datos sanitarios electrónicos no personales*, definidos en el artículo 2.2. de la Propuesta como los datos relativos a datos sanitarios y genéticos en formato electrónico que no estén incluidos en la definición de datos personales establecida en el artículo 4, apartado 1, del RGPD. En particular, el EEDS permitirá compartir los datos sanitarios no personales con terceros Estados (i. e., Estados que no sean miembros de la Unión Europea) bajo determinadas condiciones. Asimismo se prevé en el artículo 41 de la Propuesta que los titulares de datos sanitarios electrónicos no personales (e. g., instituciones sanitarias) deberán garantizar el acceso a los datos a través de bases de datos abiertas y fiables para facilitar el acceso sin restricciones a todos los usuarios y el almacenamiento y la conservación de los datos.

Finalmente, debe subrayarse que el artículo 33.4 de la Propuesta prevé expresamente que los datos sanitarios electrónicos que conlleven derechos de propiedad intelectual e industrial protegidos y secretos comerciales de empresas privadas se pondrán a disposición para un uso secundario, adoptando a tal fin las medidas necesarias para preservar la confidencialidad de los derechos

de propiedad intelectual e industrial protegidos y secretos comerciales. Debe señalarse que la redacción poco afortunada de esta disposición plantea serios interrogantes. En primer lugar, no se aporta información alguna sobre qué medidas pueden tomar las empresas para preservar sus legítimos derechos de propiedad intelectual e industrial, así como sus secretos empresariales, sin conculcar las disposiciones del EEDS. Tampoco se dice nada sobre cómo proceder en el supuesto de que la conjugación de esos derechos sea manifiestamente imposible o excesivamente onerosa. Asimismo, es poco clara la referencia a “empresas privadas”, pues introduce un elemento de duda en cuanto a si las “empresas públicas”, en contraste con las corporaciones privadas, podrán oponer sus derechos de exclusiva sobre intangibles para negarse a facilitar datos en el marco del EEDS. A mayores, la referencia a “un uso secundario” tampoco parece la más afortunada, puesto que una interpretación estricta del precepto podría dar lugar a que las empresas solo estuvieran obligadas a facilitar el acceso secundario a los datos de salud electrónicos de los que dispongan una única vez, algo que claramente contravendría el espíritu de la Propuesta. Por último, está por ver cómo se compatibilizará esta previsión del EEDS con las disposiciones de la Ley de Datos en materia de propiedad intelectual, industrial y secretos empresariales. En particular, surgen dudas en relación con la aplicabilidad —o no— en el marco del EEDS del artículo 35 de la Propuesta de Ley de Datos, en cuya virtud y, con objeto de no obstaculizar el ejercicio por parte de los usuarios del derecho de acceder a los datos y utilizarlos, ni del derecho a compartir esos datos con terceros, el derecho *sui generis* establecido en el artículo 7 de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos no se aplicará a las bases de datos que contengan datos obtenidos o generados por el uso de un producto o un servicio relacionado.

5. Excursus: EEDS y *healthtech*

El *healthtech* (entendido como la aplicación de la tecnología digital al mundo sanitario) se ha consolidado tras la pandemia de COVID-19 como una solución eficiente e inmediata para la mejora de la salud de los usuarios.

En este sentido, resulta evidente que la creación de EEDS supondría, *per se*, un notable impulso para la prestación de servicios de telemedicina de calidad, al permitir el acceso inmediato por parte de los profesionales de salud a los datos electrónicos del paciente desde cualquier ubicación, siempre que sea dentro de un Estado miembro, a través de una sencilla plataforma.

Sin embargo, lo cierto es que el propio Proyecto incluye diversas disposiciones que exceden el ámbito propio de lo que sería, en rigor, un EEDS, y que tienen por objeto explícito fomentar el uso de soluciones de *healthtech* en el seno de la Unión Europea (además, claro está, de la regulación específica que la Propuesta establece para los sistemas de HME, a la que ya nos hemos referido en el apartado segundo del presente artículo).

Tanto es así que la Propuesta define en su artículo 2 los siguientes conceptos vinculados al *healthtech*:

"l) Telemedicina: la prestación de servicios sanitarios, incluida la atención a distancia y las farmacias en línea, mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, en situaciones en las que el profesional sanitario y el paciente (o varios profesionales sanitarios) no se encuentran en el mismo lugar".

O, por ejemplo:

"o) aplicación sobre bienestar: todo aparato o programa informático destinado por el fabricante a ser utilizado por una persona física para el tratamiento de datos sanitarios electrónicos con fines distintos de la asistencia sanitaria, como el bienestar y la adopción de estilos de vida saludables".

Asimismo, y ya en sede de regulación sustantiva, el artículo 8 de la Propuesta estipula expresamente que cuando un Estado miembro acepte la prestación de servicios de *telemedicina*, debe aceptar, en las mismas condiciones, la prestación de servicios del mismo tipo por prestadores de asistencia sanitaria situados en otros Estados miembros. Del mismo modo, el artículo 13. 1. de la Propuesta establece que los Estados miembros podrán proporcionar a través de MiSalud@UE servicios complementarios que faciliten la telemedicina, la salud en el móvil, el acceso de las personas físicas a sus datos sanitarios traducidos y, entre otros aspectos, al intercambio de certificados relacionados con la salud (e. g., carnets de vacunación).

En materia de las denominadas *aplicaciones sobre bienestar*, los artículos 31 y 32 de la Propuesta abordan un régimen legal específico para cuando estas sean interoperativas con un sistema de HME, entre las que destaca su inclusión en un registro creado al efecto por la Comisión Europea y la posibilidad de incluir una etiqueta que informe sobre el cumplimiento de determinados requisitos esenciales determinados por el propio Proyecto.

Finalmente, y como hemos visto al analizar el régimen del uso secundario de los datos electrónicos, el propio Proyecto prevé expresamente que se pueda autorizar el acceso al EEDS para el entrenamiento de inteligencias artificiales o de aplicaciones de salud digital que tengan un impacto positivo en la salud pública. Es esta una circunstancia que permitirá a los operadores europeos de *healthtech* competir en condiciones similares a como lo hacen las empresas estadounidenses o chinas en cuanto al acceso a grandes repositorios de datos sanitarios en formato electrónico.

En definitiva, el legislador comunitario ha querido aprovechar la Propuesta para dar un claro espaldarazo en materia de salud digital. Se trata de una decisión acertada para dotar de mayor seguridad jurídica a una realidad económica, tecnológica y sanitaria que ha pasado de ser un futuro hace pocos años a una realidad incuestionable a día de hoy.

6. Conclusión

La implementación del EEDS supondría un importante salto cualitativo en el ámbito de la sanidad digital europea. De un lado, en cuanto al acceso primario a datos de salud electrónica, el EEDS permitiría mejorar la prestación sanitaria dentro de los Estados miembros, pero también entre ellos, al poder transmitirse de forma rápida y segura la información sanitaria sobre los pacientes,

con independencia de su estado de afiliación. Asimismo, y en cuanto al uso secundario de datos, el EEDS permitirá el desarrollo de nuevos avances científicos en materia sanitaria aprovechando las nuevas tecnologías disponibles (como el *big data*) en condiciones similares a las de otras regiones del mundo, pero salvaguardando la privacidad de los usuarios al abrigo de los más altos estándares europeos de privacidad.

Ahora bien, el éxito de este ambicioso proyecto en materia de salud digital y soberanía digital europea depende, en gran medida, de la voluntad de todos los agentes involucrados en la sanidad, incluyendo a las instituciones comunitarias, los gobiernos nacionales, organizaciones sanitarias (públicas y privadas), centros de investigación, empresas del sector sanitario e incluso de los ciudadanos. Sin la firme y decisiva cooperación de todos ellos, el proyecto de EEDS es imposible que se lleve a cabo en toda su dimensión. En este sentido, resulta incuestionable que el EEDS va a suponer un reto para los actores del sector sanitario europeo; sin embargo, los potenciales beneficios que proporcionaría compensan con creces el esfuerzo necesario para su óptima implementación. La Unión Europea no puede perder el tren de la salud digital y el EEDS es una pieza clave de nuestra estrategia de futuro en este sector.

Foro de Actualidad

Derechos Humanos

EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

José Alberto Navarro Manich, Bárbara Fernández Cobo y Belén Adell Troncho

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

El derecho a la asistencia jurídica de los menores extranjeros no acompañados

El presente artículo analiza el derecho a la asistencia jurídica de los menores extranjeros no acompañados cuya tutela legal es asumida ex lege por las Administraciones públicas. Este análisis se centrará en los procedimientos de determinación de la edad y de obtención de la documentación acreditativa de su residencia legal en España.

PALABRAS CLAVE:

DERECHOS HUMANOS, DERECHOS DEL NIÑO, ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA, MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.

The right of unaccompanied foreign minors to legal advice

This article analyses the right of unaccompanied foreign minors to legal advice under the guardianship of public authorities by operation of law. The analysis focuses on the proceedings of age determination and granting the documentation to evidence their legal status in Spain.

KEYWORDS:

HUMAN RIGHTS, CHILDREN'S RIGHTS, FREE LEGAL AID, UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-1-2023

Navarro Manich, José Alberto; Fernández Cobo, Bárbara; Adell Troncho, Belén (2023). El derecho a la asistencia jurídica de los menores extranjeros no acompañados. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 197-207 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Los menores extranjeros no acompañados se encuentran en España en situación legal de desamparo. Ante la ausencia de un adulto que ejerza la patria potestad o la tutela de ese menor no acompañado, la Administración autonómica ejerce *ope legis* la tutela para su protección, cuidado y defensa de sus derechos.

No obstante, en la práctica, se dan situaciones en las que los intereses del menor pueden no quedar suficientemente garantizados o defendidos por la actuación de oficio de las Administraciones públicas que ejercen la tutela. A los efectos del presente artículo nos centraremos en dos supuestos concretos.

Un primer caso es el procedimiento para la determinación de edad de (presuntos) menores extranjeros no acompañados. La conclusión de este procedimiento tendrá relevantes consecuencias en la esfera de derechos del supuesto menor. Si se concluye que es, en realidad, un adulto, será considerado como un extranjero en situación irregular en España susceptible de ser objeto de expulsión del territorio nacional. En cambio, si se concluye que es un menor, se considerará que está en situación regular en España y será objeto de las medidas de protección que procedan bajo la tutela de la Administración.

Un segundo caso es el procedimiento para la obtención de la autorización de residencia y la Tarjeta de Identidad de Extranjero ("TIE"). La normativa establece que el menor extranjero no acompañado, sujeto a la tutela de la Administración autonómica, tiene derecho a una autorización de residencia y a la TIE. Por tanto, la Administración que ejerce la tutela debe llevar a cabo las actuaciones oportunas para que se obtengan ambas, de manera que el menor pueda desarrollarse normalmente en España y acreditar la regularidad de su estancia. En este contexto, en el presente artículo se analizará el derecho del presunto menor a ser asistido por un letrado en caso de que no obtenga la autorización de residencia y la TIE por la inactividad de la Administración que ejerce la tutela.

Estos dos ejemplos plantean la necesidad de que el menor pueda acceder a un asesoramiento jurídico o representación letrada especializada, separada e independiente de la tutela legal que ejercen las Administraciones públicas. Una asistencia jurídica que garantice eficazmente sus derechos, entre ellos, el derecho a ser debidamente informado y a conocer las potenciales consecuencias de los procedimientos en los que es parte. Ello tiene relación directa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 de la Constitución española¹.

2. Descripción del marco normativo aplicable a los extranjeros menores de edad no acompañados: el principio del interés superior del menor y el derecho a ser oído

2.1. Tratados internacionales sobre protección de la infancia

España es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (la “CDN”). Esta Convención reconoció los derechos básicos que los Estados firmantes deben promover y respetar en relación a los menores de edad en sus ordenamientos internos, entre los que se encuentran el principio general del interés superior del menor —consagrado en el artículo 3 de la CDN— y el derecho a ser oído —regulado en el artículo 12 de la CDN—.

Estos derechos fueron reiterados en el posterior Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado por España. Este Convenio hace referencia también al interés superior del menor (artículo 1.2 y 6) y a su derecho a ser oído cuando dispone de suficiente discernimiento (artículo 3), si bien desde un enfoque más práctico de cara a su implementación en ciertos procedimientos judiciales.

Por último, el Tratado de la Unión Europea reconoce como uno de los objetivos de la Unión la protección de los derechos del niño: *“La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”* (artículo 3.3 del TFUE). Esta protección se ha materializado en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por cuyo cumplimiento vela el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, en su sentencia de 14 de enero de 2021, asunto n.º C-441/19).

2.2. Normativa estatal en materia de protección de menores

La principal norma española que recoge el régimen jurídico aplicable a los menores de edad es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (“LOPJM”).

Esta norma se aplica a todos los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español (artículo 1), con independencia de su nacionalidad. En ella, se reconoce como frontispicio de los derechos de los menores el *“derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan”*, hasta el punto de que *“deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”* (artículo 2.1 y 2.4 de la LO LOPJM). Por supuesto, también se reconocen los *“derechos del menor a ser informado, oído y escuchado”* (artículos 2.5 y 9 de la LOPJM). En aplicación de lo dispuesto, *vid.* Sentencia n.º 138/2008, de 22 de diciembre, del Tribunal Constitucional (RTC\2008\183).

Con el fin de proteger de forma eficaz el ejercicio de estos y otros derechos, la LOPJM fija una serie de medidas a adoptar en el ámbito de la actuación pública. Entre ellas destacan:

- i. El derecho de los menores a solicitar protección a las Administraciones públicas, al Ministerio Fiscal, al Defensor del Pueblo o al Comité de Derechos del Niño, de modo que puedan disfrutar de los mismos derechos que los menores españoles (artículo 10.3).
- ii. La determinación legal de que el contenido esencial de los derechos del menor no puede quedar afectado por falta de recursos sociales básicos (artículo 11.1). Una referencia al "contenido esencial" que ha de ser interpretada de conformidad con la jurisprudencia constitucional, que la ha definido como *"aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así"* (Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 198/2012, de 6 de noviembre; y n.º 11/1981, de 8 de abril).
- iii. Por último, se ha de buscar a las familias de los menores extranjeros no acompañados para intentar reestablecer la convivencia familiar, si bien siempre ponderando el interés superior del menor a la hora de adoptar una decisión de repatriación frente a la permanencia del menor en España bajo la tutela de la Administración (artículo 19 bis).

Por su parte, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia ("LOPVI") complementa las anteriores disposiciones profundizando en las medidas de protección de los menores frente a cualquier forma de violencia (artículo 1). A los efectos de este artículo, destaca el reconocimiento del derecho al *"acompañamiento y asesoramiento en los procedimientos judiciales en los que deba intervenir, si fuera necesario"* (artículo 12.2.h), así como el derecho a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita ("LAJG") (artículo 14.1), de forma que se asegure la inmediata asistencia de abogado y procurador a las víctimas menores de edad.

2.3. Normativa estatal en materia de extranjería

Desde la perspectiva de la normativa de extranjería, a los menores de edad extranjeros no acompañados se les aplica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ("LOEX"), y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ("RD 557/2011").

La LOEX determina los trámites del procedimiento de determinación de la edad o de repatriación de menores no acompañados (artículo 35). A continuación, los artículos 189 y siguientes del RD 557/2011 desarrollan con mayor detalle el procedimiento de determinación de la edad (artículo 190), el procedimiento de repatriación (artículos 191 a 195), el procedimiento para el otorgamiento de la autorización de residencia (artículo 196) o su renovación una vez alcanzada la mayoría de edad (artículos 197 y 198). Asimismo, el RD 557/2011 regula el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (artículo 215).

3. La necesidad de asistencia jurídica para satisfacer plenamente el derecho a ser oídos y el respeto al principio del interés superior del menor en los procedimientos de determinación de la edad y de autorización de residencia

La conexión ente el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24) y el derecho del menor a ser oído (artículo 12 del CDN) depende en gran medida de que el menor pueda acceder a un asesoramiento adecuado sobre sus derechos y las consecuencias de los procedimientos en los que es parte. Lo mismo cabe decir sobre la determinación del interés superior del menor, que —pese a su naturaleza casuística ligada a las concretas circunstancias de cada caso— también requiere para su concreción de un adecuado conocimiento sobre los derechos del menor.

Por tanto, es a través del acceso a un asesoramiento jurídico como se garantiza la protección efectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a ser oídos de los menores extranjeros no acompañados.

No en vano, sin dicho acceso, los menores extranjeros no acompañados se tienen que enfrentar a procedimientos administrativos que determinan radicalmente su destino sin contar con asistencia jurídica independiente, solo con la asistencia que les preste su tutor legal (la Administración), que, en muchos casos, está llamada al tiempo a ser juez y parte al ser la competente para resolver sobre ese mismo procedimiento.

En tales circunstancias, existe un riesgo cierto de que ese derecho fundamental del artículo 24 CE no sea satisfactoriamente protegido. Al fin y al cabo, las Administraciones son las encargadas de iniciar, impulsar y resolver el procedimiento y, al mismo tiempo, de tutelar los derechos del menor. Una bicefalia que provoca que no siempre estén alineados los intereses del menor con el de las Administraciones públicas, dando lugar a escenarios en los que la Administración pudiera no defender los derechos del menor con toda la eficacia y diligencia que resultaría deseable.

Por ello, todo menor extranjero no acompañado debería poder contar con un abogado independiente capaz de informarle del proceso concreto en el que se ve incurso, así como de las alternativas de las que dispone y de los derechos que le asisten.

En este sentido, deben ser destacados los siguientes dictámenes del Comité de Derechos del Niño: la Comunicación n.º 22/2017² y la Comunicación n.º 16/2017³. En ambos casos, el Comité de Derechos del Niño ha considerado que una vulneración de derechos del menor durante el procedimiento de determinación de la edad puede suponer una vulneración de la CDN.

Así lo pusieron de manifiesto también las Conclusiones de la Mesa de Trabajo *La participación de los menores extranjeros no acompañados: el derecho a ser oído* de 10 de marzo de 2006 organizada por Acnur y Save the Children⁴.

También lo señaló el Defensor del Pueblo en su Informe sobre la asistencia jurídica a los extranjeros⁵ al abogar por que todo menor extranjero debe contar con un abogado de libre elección en ejercicio de su derecho a ser oído para así "*contribuir al incremento de la calidad del servicio*" (pág. 418).

Teniendo en cuenta el contexto descrito, a continuación se analiza el derecho a la asistencia jurídica a la que tienen acceso los menores extranjeros no acompañados en el marco de los dos procedimientos objeto del presente artículo: el procedimiento de determinación de la edad y el procedimiento de obtención de la autorización de residencia y la TIE.

Por un lado, el *procedimiento de determinación de la edad* se encuentra regulado en los artículos 12.4 de la LOPJM, 35.3 de la LOEX y 190 del RD 557/2011.

Dichos artículos establecen que, en caso de duda sobre la mayoría de edad de una persona, es necesario realizar un trámite específico de determinación de su edad, practicando en su seno las pruebas documentales o médicas oportunas, según las circunstancias de cada caso. La realización de pruebas médicas se somete al principio de celeridad, se exigirá el previo consentimiento informado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad (están prohibidos los desnudos integrales o las exploraciones genitales) y sin que suponga un riesgo para su salud (artículo 12.4 de la LOPJM).

La resolución del procedimiento le corresponde al Ministerio Fiscal, que debe emitir un decreto de determinación de edad, informando de ello al delegado o subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio.

Durante estos trámites, la normativa exige que se informe al presunto menor, "*de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores*" (artículo 190.5 del RD 557/2011).

Una previsión insuficiente vista la relevancia que tiene dicho procedimiento para la vida de la persona afectada. Y es que ni siquiera se establece expresamente que el menor deba ser informado sobre los fines (determinación de su edad) y las potenciales consecuencias (expulsión de España en caso de apreciarse que es mayor de edad) del procedimiento del que forma parte; tampoco de su derecho a ser oído durante el procedimiento.

En todo caso, el derecho a ser oído del menor exige que necesariamente haya recibido el asesoramiento jurídico adecuado. Para ello, la experiencia ha demostrado que es imprescindible que se facilite al menor acceso a un letrado independiente (en su caso, de oficio) que le asista durante el procedimiento de determinación de edad, y desde su inicio.

Por otro lado, el *procedimiento de obtención de la autorización de residencia* viene regulado en los artículos 35.7 de la LOEX y 196 del RD 557/2011. Conforme a ellos, el organismo que ejerce la tutela debe solicitar una autorización de residencia para los menores extranjeros tutelados, si bien la oficina provincial de extranjería correspondiente puede iniciar también el trámite de oficio transcurridos 90 días desde que fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

El otorgamiento de la autorización de residencia está reconocido *ex lege* para los menores de edad, por lo que la solicitud no puede ser denegada. En consecuencia, la norma otorga solo el plazo de un mes a la Delegación o Subdelegación del Gobierno correspondiente para resolver. Una vez notificada dicha resolución, la normativa obliga al representante del menor a solicitar en el plazo de otro mes la emisión de la TIE.

Como puede observarse, se trata de un trámite que debería ser sencillo y prácticamente automático una vez confirmada la existencia de un menor extranjero no acompañado y concluido que no procede su repatriación. De hecho, se prevé que sean trámites a completar en unos 2-3 meses aproximadamente. Sin embargo, la realidad suele ser muy distinta y de ahí la necesidad de acceder a una asistencia jurídica que permita una adecuada defensa de los intereses del menor.

En estos casos, no es necesario que la prestación de asistencia jurídica se active *ab initio* del procedimiento, sino a partir del momento en el que se evidencia la inactividad de la Administración en la normal realización de los trámites. Para identificar cuándo se produce ese momento, el Ministerio Fiscal sería *a priori* la entidad mejor posicionada para encargarse de monitorizar que la tramitación de las autorizaciones discurre normalmente, solicitando en su caso la designación de un letrado de oficio según lo descrito en el apartado siguiente.

Así, en este contexto, la asistencia jurídica estaría enfocada a instar a la Administración a cumplir con su obligación de resolver expresamente sobre la autorización de residencia legal para poder emitir la TIE. En caso de que dicha inactividad se mantuviera, la asistencia jurídica debería extenderse a la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, conforme a lo dispuesto en los artículos 25.2, 29 y 32 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Recursos a los que el menor difícilmente tendría acceso sin la asistencia letrada.

Nótese en todo caso que el hecho de que actualmente la normativa no establezca obligación alguna de control al Ministerio Fiscal sobre la correcta realización de los trámites no impide a que la asistencia jurídica pueda ser igualmente solicitada por el propio menor, por sus guardianes —si está en situación de acogida— o por la propia Administración.

4. El derecho a la asistencia jurídica gratuita y los requisitos para su aplicación

De conformidad con el artículo 24 de la Constitución española ("CE"):

"1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado [...]"

En conexión con este artículo, el artículo 119 CE siguiente añade que:

“La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

A estos efectos, el Tribunal Constitucional ha perfilado en su jurisprudencia el derecho a la justicia gratuita como un derecho de carácter instrumental respecto del derecho a acceder a la jurisdicción del artículo 24 CE, cuya finalidad consiste en *“permitir el acceso a la justicia [...] a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna «persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar»”* (Sentencias n.º 85/2020, de 20 de julio, y n.º 95/2003, de 22 de mayo).

Por tanto, los poderes públicos tienen el deber constitucional de llevar a cabo una actividad prescricional consistente en facilitar una asistencia jurídica gratuita, real y efectiva, cuando se carezca de recursos económicos. Un mandato que se materializa en la LAJG, cuyo objetivo es *“remover los obstáculos que impiden que los ciudadanos más desprotegidos accedan a la tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad”* (exposición de motivos, apto. 3, párr. 1).

Pese a ello, el derecho a la asistencia jurídica gratuita no es absoluto ni ilimitado, tampoco cuando hablamos de menores de edad extranjeros no acompañados.

- A. En primer lugar, desde una *perspectiva subjetiva*, los menores extranjeros tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita, además de cuando son víctimas de ciertos delitos (artículo 2.g de la LAJG), cuando:
 - i. Acreditan insuficiencia de recursos (artículo 2.a de la LAJG), aplicándose los umbrales recogidos en el artículo 3 de la LAJG, que giran en torno a la renta de la unidad familiar.

Este concepto, por cierto, debe interpretarse sobre la base del artículo 82 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (artículo 3.2 de la LAJG). En este sentido, a los efectos de la solicitud del beneficio de asistencia jurídica gratuita, se deberá atender a los recursos económicos del menor o de su familia biológica, no la de acogida. Dado que los menores no acompañados no suelen contar con recursos económicos propios, cabe presuponer el cumplimiento de este requisito en la mayor parte de los casos.

- ii. Si el menor acogido está situación de desamparo (artículo 172 del Código Civil [“CC”]), que se produce cuando tiene lugar *“el abandono del menor”* (artículo 18.2 de la LOPJM).

A priori, el menor que ha sufrido desamparo tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita con independencia de su posterior acogida, visto que esta no pone fin al desamparo. La guarda que ejercen las familias de acogida implican el deber de cuidar y asistir al menor, pero no el de asumir los costes jurídicos de su defensa. En todo caso, no hay jurisprudencia que confirme expresamente este extremo.

Este beneficio de asistencia gratuita aplica a los menores extranjeros en los mismos términos que a los menores españoles (artículo 22 de la Ley de Extranjería).

- B. En segundo lugar, desde una *perspectiva objetiva*, debe determinarse sobre qué procedimientos se aplica dicho beneficio.

En este sentido, el derecho a la asistencia jurídica gratuita está limitado a las prestaciones listadas en el artículo 6 de la LAJG, que incluyen, entre otras, el asesoramiento y orientación gratuitos con carácter previo al proceso y la defensa por abogado y procurador en el procedimiento judicial. No obstante, en lo que aquí interesa, destaca el enfoque prácticamente exclusivo hacia los procedimientos judicializados. Así, frente al tratamiento detallado del derecho de acceso al beneficio de la asistencia jurídica gratuita en procedimientos judiciales, no hay apenas desarrollo normativo en el caso de los procedimientos en vía administrativa.

Es más, el artículo 6 de la LAJG ni siquiera menciona de forma expresa los procedimientos administrativos, sino que se limita a referirse a una suerte de asesoramiento precontencioso ("*asesoramiento y orientación gratuitos con carácter previo al inicio del proceso*"). Una articulación que no encaja con el principio de autotutela de las Administraciones públicas ni con la naturaleza fundamentalmente revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A este respecto, el "Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España" del Defensor del Pueblo de 2005 (5) puso de manifiesto la falta de regulación específica en este sentido por parte de la LAJG (págs. 19 y ss.).

Y es que la asistencia jurídica gratuita es de máxima importancia en los procedimientos administrativos que afectan a menores extranjeros. Hablamos de procedimientos tan decisivos como la solicitud de protección internacional, la ponderación de si su mejor interés responde a la repatriación a su país de origen, los expedientes de determinación de la edad, el reconocimiento de su arraigo en España para poder optar a la residencia legal o a la nacionalidad española una vez alcanzada la mayoría de edad, entre otros. En última instancia, son procedimientos donde está en juego la permanencia en España y respecto a los que la asistencia letrada puede llegar tarde si solo alcanza al procedimiento judicial de impugnación de la decisión adoptada en vía administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, esta insuficiencia normativa queda subsanada parcialmente de acuerdo con lo dispuesto tanto en el artículo 2.e) de la LAJG como el artículo 22.2 de la LOEX. Estos preceptos reconocen el derecho a la asistencia jurídica "*en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de protección internacional*".

Por tanto, los menores extranjeros no acompañados gozan del derecho a la asistencia letrada gratuita en los procedimientos administrativos que puedan afectar, directa o indirectamente, a su permanencia en España —en los que se incluyen, como hemos visto, los procedimientos de determinación de la edad y de autorización de su residencia—.

- C. Finalmente, desde una *perspectiva procedimental*, el procedimiento a seguir a la hora de solicitar la asistencia jurídica gratuita se regula en los artículos 9 y siguientes de la LAJG, sin perjuicio de su eventual desarrollo detallado en las normativas autonómicas. El procedimiento no es sencillo ni fácilmente accesible para los menores extranjeros, entre otras razones, porque requiere la aportación de determinada documentación —como la fotocopia del DNI o pasaporte— que en muchas ocasiones ni está a disposición del menor ni es fácil de obtener.

Esta realidad nos lleva a abogar por que, con carácter general, deban ser las Administraciones públicas las que, en ejercicio de su tutela, informen a los menores de su derecho a la asistencia jurídica y faciliten el acceso de los menores a la asistencia jurídica gratuita cuando se enfrenten a procedimientos que puedan afectar significativamente a su esfera de derechos.

5. Conclusión

La actual regulación de la cobertura del derecho a la asistencia jurídica gratuita de los menores extranjeros no acompañados no se extiende de forma explícita a procedimientos tan relevantes para los derechos de estos como son los procedimientos de determinación de la edad o de obtención de la autorización de residencia y la TIE.

No obstante, debe reconocerse dicho derecho con base en el principio del interés superior del menor, el derecho a ser oído y su vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva, los artículos 2.e) de la LAJG y 22 de la Ley de Extranjería. Un derecho cuya gestión corresponde a las Administraciones públicas que ejercen su tutela *ex lege*.

En caso de que la Administración que ejerce la tutela no proveyese al menor con la asistencia jurídica independiente precisa, el propio menor u otras personas legitimadas (como la familia de acogida) tendrían que poder instar la solicitud de provisión de la correspondiente asistencia jurídica del menor.

En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico vigente reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a menores extranjeros tutelados por las Administraciones públicas en los procedimientos de determinación de la edad y de autorización de residencia (porque pueden afectar, directa o indirectamente, a su permanencia en España). Sin perjuicio de ello, sería recomendable modificar la LAJG para que este aspecto quedase expresamente regulado y, con ello, aclarado expresamente en nuestro derecho positivo.

Notas

- 1 Molina Domínguez, M. (2013). El derecho a la asistencia letrada en menores extranjeros no acompañados. *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, 5, pp. 60-67.
- 2 CRC/C/81/D/22/2017.
- 3 CRC/C/81/D/16/2016.
- 4 Conclusiones de la mesa de trabajo *La participación de los menores extranjeros no acompañados: el derecho a ser oído*, de 10 de marzo de 2006, organizada por Acnur y Save the Children.
- 5 Defensor del Pueblo (2005). *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/informe-sobre-asistencia-juridica-a-los-extranjeros-en-espana-2005/>.



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