

Actualidad Jurídica Uría Menéndez

Tribuna Abierta

La hora del *management* humanista
Xavier Marcet

Artículos

El régimen de subproductos y fin de
condición de residuo tras la implementación
de la Ley 7/2022

*Guillermo Cavero Lapuerta y Daniel Méndez
Barranco*

La fusión apalancada como negocio que
purga la prohibición de asistencia financiera
Luis Jiménez López y Pablo Daza González

Contratando soluciones de inteligencia
artificial. Algunas consideraciones prácticas
Borja Sainz de Aja

La agenda pendiente: a dos años del límite
de EBITDA en el Perú

Johana Timaná y Nathan Sztrancman

Foro de Actualidad

España
Portugal
Latinoamérica
Unión Europea
Internacional
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, 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:

Gil Heitor Cortesão, *Totem*, 2017 (Oficina de Lisboa)

Indexada en las bases de datos de Latindex

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

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

Edición, diseño, producción y distribución: CeGe Global

CeGe Global
Ciutat d'Asunción, 42 - 08030, Barcelona
Tel. +34 93 274 59 00
e-mail: info@cegeglobal.com
www.cegeglobal.com

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

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

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

Actualidad
Jurídica
Uría
Menéndez

Octubre 2023



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 La hora del *management* humanista
Xavier Marcet
-

Artículos

- 19 El régimen de subproductos y fin de condición de residuo tras la implementación de la Ley 7/2022
Guillermo Caveró Lapuerta y Daniel Méndez Barranco
-
- 36 La fusión apalancada como negocio que purga la prohibición de asistencia financiera
Luis Jiménez López y Pablo Daza González
-
- 52 Contratando soluciones de inteligencia artificial. Algunas consideraciones prácticas
Borja Sainz de Aja Tirapu
-
- 71 La agenda pendiente: a dos años del límite de EBITDA en el Perú
Johana Timaná y Nathan Sztrancman
-

Foro de Actualidad

España

- 93 La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda
Iván Abad Lloria y Carlos Lora González
-
- 112 Novedades en materia de asistencia financiera: STS 582/2023, de 20 de abril, y modalidades de asistencia financiera prohibidas
Pablo Bonmatí Collado y Lorenzo de Benito Lobo
-
- 120 Novedades en torno a la prórroga de concesiones portuarias tras la aclaración del régimen transitorio de la Ley 27/1992
Nicolás Nägele García de Fuentes y Diego José Pérez Rodríguez
-
- 128 Nueva Ley de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles
Marta Giner Vincueria
-
- 139 Las reformas procesales del Real Decreto-Ley 5/2023. Especial referencia a la reforma del recurso de casación en las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativo y social
José María Blanco Saralegui, Manuel Álvarez Feijoo, Xavier Codina García-Andrade y Mario Barros García
-

- 154 Publicación del Anteproyecto de Ley que propone introducir modificaciones al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea
Carlota Carro de Miguel
-

Portugal

- 164 O reconhecimento dos schemes of arrangement pós Brexit
Luís Bértolo Rosa e Diana Nunes
-

- 181 Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis: Caducidade da isenção aplicável à aquisição de imóveis por instituições de crédito
António Castro Caldas, Catarina Fernandes e Mariana Mathias Quartau
-

Latinoamérica

- 189 La función de subsistencia de las aguas como uno de los nuevos ejes del Código de Aguas chileno
Sergio Jaque
-

Unión Europea

- 195 Responsabilidad de los operadores de mercados electrónicos por infracciones marcarias cometidas por terceros vendedores a través de su plataforma (Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2022, C-148/21 y C-184/21)
Álvaro Seijo Bar y Olatz Robredo Arnedo
-

- 205 El caso Towercast y la revisión de concentraciones *ex post* mediante la aplicación del artículo 102 TFUE
Violeta Marinas Serra
-

- 212 A vueltas con el *greenwashing*: la nueva propuesta de directiva sobre alegaciones medioambientales
Cristina Suanzes Díez y Marc Calvo Carmona
-

Internacional

- 228 Juegos Olímpicos y los *dispute boards* como alternativa para prevenir y resolver conflictos
Ana Amorín Fernández y Alberto Fernández Matía
-

Derechos Humanos

- 237 El artículo 35.11 de la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería: mecanismo para la asunción de tutela de menores extranjeros por parte de determinadas entidades dedicadas a la protección de menores
Aina Valls Bolta y Julia Rodrigo Sanz
-

- 249 Directrices para las colaboraciones



Tribuna
Abierta

LA HORA DEL MANAGEMENT HUMANISTA

Xavier Marcet

Consultor de empresas y profesor, experto en estrategia, innovación, y transformación de las organizaciones

La hora del *management* humanista

El management del futuro será un management humanista centrado en las personas adecuadas. Personas que sepan que trabajar es dar resultados, adaptarse y aprender. Este management, que empieza por el quién más que por el qué, tiene como factores clave el liderazgo y el aprendizaje. Por un lado, se requieren líderes inspiradores que entiendan que liderar es servir y no servirse. Por otro lado, las empresas deben crear ecosistemas de aprendizaje, ya que, en plena revolución de la inteligencia artificial, la clave será tener personas que piensen. Este management humanista reivindica el carácter social de la empresa, la construcción de legados que trasciendan los propios resultados empresariales, el equilibrio entre todos los stakeholders y la importancia de la empatía, la autenticidad y la sencillez.

PALABRAS CLAVE:

EMPRESA, MANAGEMENT HUMANISTA, LIDERAZGO, APRENDIZAJE.

The time for humanistic management is now

Management in the future will be a humanistic one focused on the right people: those who know that working means delivering results, adapting and learning. The key factors of this type of management, which focuses on "who" rather than "what", is leadership and learning. On the one hand, companies need inspirational leaders who understand that leading is serving others, not serving oneself. On the other hand, companies must create learning environments since, in the midst of the AI revolution, the key will be to have people who think. This humanistic management advocates the social nature of companies; constructing legacies that transcend business results; the balance between all stakeholders and the importance of empathy, authenticity and integrity.

KEYWORDS:

BUSINESS, HUMANISTIC MANAGEMENT, LEADERSHIP, LEARNING.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Marcet, Xavier (2023). La hora del *management* humanista. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 7-15 (ISSN: 1578-956X).

El *management* no es una ciencia, pero tampoco es un juego de azar. El *management* es una técnica que a veces tiene tintes de arte. Si se pareciera a una ciencia, sería una ciencia social, no una ciencia exacta, aunque el *management* cada vez va a usar más datos. Para mucha gente gestionar una empresa ha sido una habilidad medio natural que a medida que la organización se iba haciendo más y más compleja requería de mayor inspiración y de más herramientas. Hay algo que muchos hemos experimentado. Empezar a gestionar por sentido común e intuición, añadiendo un cierto mimetismo adaptado a las circunstancias, y después escuchar en una clase de una escuela de negocios que alguien nos da empaque y consistencia a lo que hemos hecho de un modo más o menos natural. Me lo cuentan a menudo los clientes y lo he vivido personalmente. Hay una capacidad natural para desarrollar las organizaciones, pero esta capacidad se puede aumentar con la suma de conocimientos y experiencia de eso que llamamos *management*. El *management* es saber organizar, mejorar la capacidad de dar resultados, impulsar el cambio, tomar decisiones... Y todo esto se puede aprender. Pero la impronta personal nunca deja de ser menor. El factor personal es la clave. El quién hace las cosas es fundamental. El *management* tiene más que ver con el quién hace las cosas. Evidentemente, con el porqué, el qué, el cómo y el cuándo se hacen las cosas. Pero el quién es determinante. Durante mucho tiempo el *benchmarking* diletante ha tenido aquí su gran error. Pensar que se podían adoptar las mejores prácticas sin contemplar como un factor diferencial quién había realizado estas prácticas relevantes. Y si el quién es fundamental, entonces el *management* tiene que ver con las personas primordialmente. La tecnología, los datos, la planificación, todo tiene su papel, pero el corazón del *management* se ha ocupado de las personas progresivamente.

Me gustaría reclamar un cierto *management* de la sencillez. En la gestión empresarial, las cosas nunca son fáciles, ni ahora ni antes, pero no hay que sofisticarlas con exceso. Cuando veo una metodología excesivamente barroca, tiendo a desconfiar de ella. No hay que gestionar la complejidad añadiendo más complejidad. Detrás de los éxitos empresariales normalmente hay un origen de esfuerzo, arrojo y sentido común. Muchos grandes empresarios han estudiado en escuelas de negocio, pero muchos otros no. Para nada. Muchos tienen orígenes bien humildes. Amancio Ortega, el fundador del gran imperio Inditex, empieza a trabajar a los catorce años con estudios de primaria realizados en las distintas ciudades donde su padre ejercía de ferroviario. El caso Inditex ha sido estudiado por Harvard y por todas las grandes escuelas de negocio, pero el origen no tiene que ver con haber cursado un MBA. Manuel Lao, fundador de CIRSA, estudió una maestría industrial y acabó creando una empresa mucho mayor que todas las manguetas empresas textiles de Terrassa juntas. Empezó a trabajar a los catorce años en AEG. Josep Tarradellas, fundador de Casa Tarradellas, empezó fabricando *fuets* y haciendo crecer una empresa por encima del resto gracias a su apuesta por las pizzas frescas. José Manuel Lara, fundador de Planeta, dejó muy pronto la escuela para probar distintos oficios y empezó con la compra y venta de libros. Victoria Fernández Prieto, de origen muy humilde y trabajando desde muy joven, fundó con su marido Antonio Juan, Dulcesol (actual Vicky Foods), e inculcó este valor de la humildad a una empresa que creció de forma importante. Las escuelas de negocio y en general el *management* han hecho una gran aportación a la sociedad, pero para crear una empresa y hacerla crecer el elemento fundamental son personas que saben rodearse de las personas adecuadas para levantar un proyecto empapado de riesgo. Ni los magos de la ingeniería financiera que crean empresas más pensando en las oscilaciones bursátiles que en los clientes ni las empresas de laboratorio creadas por algunas grandes corporaciones que no saben qué hacer con el dinero tienen el éxito asegurado.

A menudo el éxito tiene que ver con la escasez y no con la abundancia. Los mercados juegan su papel, las tendencias de consumo o la tecnología juegan su papel, pero el sujeto final del éxito o del fracaso está en las personas. ¿Qué le pasó a Apple cuándo echaron a Steve Jobs? Que lo recuperaron al cabo de unos años y gracias a ello hoy es la empresa que es. La historia de las empresas es una historia de personas, aunque lo que se conozca sean sus productos o sus marcas.

El *management* es práctica. Es radicalmente práctico. *Just do it*. Es acumular experiencias para ganar más humildad. Es acumular relaciones para tener un ecosistema de confianza. Es aceptar fracasos sin hacer odas al fracaso e intentar superarlos como uno buenamente puede. El *management* deviene sabiduría cuando es una camino hacia la sencillez, la humildad y la empatía. El *management* se acicala de ciencia cuando olvida este factor clave de las personas para devenir puro divertimento académico.

1. Hacia dónde va el *management*

El *management* nació en un contexto en el que la industrialización devino fabricación en masa, en la que los proyectos, a menudo grandes infraestructuras, requerían manejar una gran complejidad. Un tiempo en el que las guerras, en especial la Primera Guerra Mundial, suponían desafíos logísticos y operacionales de una magnitud inédita. Todo ello hacer nace el *management* como un espacio práctico que no podía resolverse desde una sola disciplina científica.

Pero en los orígenes del *management*, más o menos desde 1880, sí que había una aspiración científica. La obsesión era la producción optimizada por la eficiencia. El foco eran los productos y las cadenas de producción que permitían la máxima productividad. Taylor en sus Principios de Gestión Científica de 1911 buscaba crear una ciencia de la productividad en las empresas. El papel de los trabajadores se reducía a una mera ejecución de los planes que la élite ejecutiva realizaba, cronómetro en mano, intentando definir cadenas de producción eficientes. Era un formato militar. Inteligencia en la cúpula, capacidad de ejecución en las trincheras fabriles. Si quieren una síntesis, vuelvan a mirar *Tiempos Modernos*, la película escrita e interpretada por Charles Chaplin en 1936 después de la Gran Depresión. En esta etapa inicial hay un hecho relevante para consagrar el *management* como nueva disciplina, la aparición de su revista de referencia en 1922, la *Harvard Business Review*. Desde entonces ha marcado la pauta del *management* internacional.

El *management* evolucionó especialmente después de la Segunda Guerra Mundial hacia un papel cada más activo de las personas en general, y no solamente de la élite ejecutiva. Las aportaciones de la sociología y la psicología determinaron que las relaciones que se crean entre los trabajadores y la capacidad de involucrarlos eran fundamentales para mejorar la productividad. El 1946 con *The Concept of Corporation* y después con *The Practice of Management* en 1954 llega el *management* moderno impulsado por Peter Drucker. Su aportación de los trabajadores del conocimiento, que hoy nos puede parecer obvia, era completamente revolucionaria. El *management* se hacía menos arrogante, más inclusivo, ganaba humildad. Las empresa deviene una institución social, ya no es un simple artefacto de producción. Empezaba la etapa gloriosa de la planificación estratégica, que funcionaba de mil maravillas cuando había más oferta que demanda. A medida que oferta y demanda se igualaban la planificación requería empatía y seducción, para lo que el

concurso del *marketing* no paró de ganar terreno. El papel de las personas ya no era solamente fundamental a la hora de producir, sino a la hora de comprar. Los mercados se sofisticaban. Y el mercado, como decía el gran profesor Josep Chías muchos años más tarde, solamente son personas. El *management* poco a poco devenía un juego entre personas que producían y personas que compraban. Drucker de por medio recordaba que la verdadera misión de una empresa era crear clientes. Y recordaba otra cosa fundamental: para crear y mantener clientes hay que adaptarse a los cambios externos. El viejo *management* venía definido por la estabilidad, el nuevo *management* por la adaptabilidad.

Pero este nuevo *management* nunca dejó de vivir en una feroz competitividad entre empresas. La eficiencia y la productividad siempre estuvieron presentes. Y esta competitividad desgarrada deshumanizó a menudo las prácticas empresariales. Las empresas se enfrentaron al nuevo reto de la globalidad, de la crisis del petróleo de 1973 y de las revoluciones de las tecnologías de la información con dos apuestas fundamentales en el ámbito del *management*: la calidad y la innovación. La calidad es la gran aportación japonesa al *management* (un país que como recuerda Drucker usó el *management* como vector de competitividad) requería de procesos al servicio de la satisfacción de los clientes y poco a poco de todos los *stakeholders*. La innovación aupada por la tecnología poco a poco evidenciaba que estaba más en la capacidad de dar nuevas propuestas de valor a las necesidades, problemas y aspiraciones de los clientes que en la exhibición tecnológica. La innovación no era la escenificación del futuro, la innovación era la absorción del futuro.

Un cambio fundamental marcó el *management*: el paso de empresas con accionistas conocidas, sean empresas familiares o no, a las empresas dominadas por fondos de inversión que buscan maximizar sus inversiones a corto plazo. La tecnología, la innovación y la reingeniería al servicio de empresas que aumentan beneficios a costa de grandes despidos. Otro cambio fundamental para el *management* del siglo XXI será el imperativo de la sostenibilidad, y aquí el *management* enfrentará un reto que no tiene solamente que ver con las empresas, sino con la humanidad.

¿Hacia dónde va este *management* de trayectoria sinuosa? Esta es la pregunta que intentamos responder en este artículo. Hagamos un *spoiler*: hacia el *management* humanista.

2. La estrategia son las personas

Hay un libro que todavía hoy debe ser el más vendido en *management* y al que hay que volver con frecuencia. Es *Good To Great*, de Jim Collins, publicado en 2001. El libro es la precuela de otro gran éxito editorial de Collins (& Jerry Porras) que fue *Built to Last* (1994). Son quizás dos de los libros más influyentes del *management* contemporáneo. Ambos se basan en estudios comparativos detallados entre empresas. En *Built to Last* identifican las características de las empresas extraordinarias e identifican patrones que puedan influir en el *management*. En *Good to Great*, estudian cómo las compañías se convirtieron en extraordinarias. Para mí Collins (junto con Drucker) son una fuente inagotable de inspiración. Releo sus libros a menudo. Y cada vez inspiran con destellos distintos.

Hay una proposición fundamental en *Good To Great*. Las compañías que llegaron a ser empresas extraordinarias apostaron más por el quién que por el qué. “Primero eligieron a la gente adecuada para subir al autobús —dejando que se bajaran las personas inadecuadas— y luego averiguaron adónde querían llegar”. Cuando escribí un artículo en *La Vanguardia* titulado “La estrategia son las personas”, simplemente expresaba lo que de un modo más consistente Collins y su equipo habían fundamentado. Lo escribí por pura experiencia de mis clientes. Veía que la clave eran las personas y los equipos que sabían construir.

Pero Collins aporta un detalle no menor, que nos ayuda a distinguir humanismo de buenismo. Lo fundamental para cualquier proyecto son las personas adecuadas. El adjetivo es la clave. ¿Adecuadas quiere decir superdotadas? Para nada. En mi opinión personas que saben que trabajar es dar resultados, adaptarse y aprender. Llevar la pregunta a la clave corporativa es inquirir sobre el talento, esa gente que presenta más resultados que excusas, que entiende la adaptación como un ejercicio personal y el aprendizaje como el hilo conductor de la vida profesional. Llevar la pregunta clave a nivel personal tampoco es menor. ¿Soy una de esas personas adecuadas? ¿En qué debo mejorar? ¿Cómo debo aprender y operativizar lo que aprendo? Las personas adecuadas no computan por su pasado académico, sino fundamentalmente por su capacidad de aprender y su actitud ante el imperativo del cambio.

Cuando hacemos un plan estratégico, establecemos un perímetro de acción con el propósito de la empresa, las estrategias de crecimiento, el posicionamiento ante la competencia, la innovación que permita mantener la singularidad ante los clientes, pero todo esto queda en papel mojado si el motor falla. El motor estratégico son las personas. Sin embargo, en los procesos de debate estratégico este punto de las personas es siempre delicado. Realizamos los planes con la gente a la que queremos involucrar en las propuestas que son de continuidad e intensificación, en las propuestas que son de adaptación y en las propuestas que son de cambio radical. Los involucramos porque es fundamental que se hagan suyas las propuestas estratégicas y sean los sujetos del crecimiento y de la transformación. Pero a la vez constatamos a menudo que algunas de estas personas no son las personas adecuadas. Lo peor es cuando estas personas que a todas luces no son adecuadas para un proyecto son gente afín y comprometida con la empresa. Esto es lo peor, porque las empresas deben ser instituciones sociales con memoria. Y buscar buen acomodo a personas comprometidas, pero no adecuadas, es muy delicado. Hay que tener memoria. Cuando se trata de arrogantes no adecuados los dilemas son menores. Por otro lado, he vivido también muchas veces en nuestra empresa o con los clientes que los proyectos demoran su arranque hasta encontrar a la persona adecuada. La impaciencia del arranque no debe generar precipitación y proponer liderazgos a personas no adecuadas. Empezar con personas no adecuadas acostumbra a pagarse muy caro. No hay atajos. Hay que tener paciencia y encontrar las personas adecuadas.

Es normal que este *management* que empieza por el quién más que por el qué tenga en el liderazgo una piedra angular. Pero no un liderazgo de esos que mitifica a los CEO hasta endiosarlos. Todo lo contrario, líderes humildes. Que saben que liderar es servir y no servirse. Que liderar es estar sobre todo a disposición de quienes hacen las cosas. El liderazgo empieza cuando el verbo *influir* es más importante que el verbo *mandar*. A pesar de que los numerosos libros sobre liderazgo podrían invitarnos al hartazgo, la realidad es que el liderazgo es fundamental para que una

compañía pueda sostenerse y algunas veces crecer de modo extraordinario. Como verán en el próximo apartado, creo que uno de los puntales de este *management* de las personas (adecuadas) es un *management* que necesita sintetizar liderazgo y aprendizaje.

3. Aprender o envejecer

El gran activo profesional siempre está en lo que nos queda por hacer. Lo que hemos hecho en el pasado, si ha tenido impacto, nos posiciona. Nos depara oportunidades no inerciales. Pero hay que mirar hacia adelante, hay que mantener el espíritu de aspirante. No importa la edad. Aprender ha pasado a ser un activo profesional fundamental. Y aunque Peter M. Senge en su gran libro *La quinta disciplina* introducía el concepto de organizaciones que aprenden, lo cierto es que quienes aprende son fundamentalmente las personas. Siguiendo la terminología de Collins, sería difícil encontrar personas adecuadas sin capacidad de aprender.

En plena revolución de la inteligencia artificial, la clave será tener personas que piensen. Que aprendan, piensen y actúen. Si las personas piensan, las tecnologías de datos las empoderan. Si las personas no piensan, las tecnologías los mimetizan. Los llevan al mismo territorio común definido por los mismos algoritmos.

En plena necesidad de adaptación de las empresas para ser consistentes y evolucionar con sus clientes medio paso por delante, las empresas necesitan personas que aprendan y tengan actitud para operativizar el aprendizaje. Las empresas deben transitar de ecosistemas de formación a ecosistemas de aprendizaje. La formación ofrecida por la empresa (demasiadas veces en formatos *prêt a porter* que no incentivan aprendizajes orientados a la acción) ya no es suficiente. El aprendizaje tiene una componente personal intransferible. Las empresas deben procurar crear las condiciones para facilitar e incentivar el aprendizaje y crear una cultura en la que aprender sea algo consustancial a la responsabilidad profesional. Facilitar fórmulas de aprendizaje ágil, práctico y de calidad es una responsabilidad corporativa; aprovechar y operativizar estas oportunidades es una responsabilidad individual.

Los ecosistemas de aprendizaje requieren de varias características:

- i. Una cultura en la que el aprendizaje es parte fundamental de lo que quiere decir trabajar. El trabajo se define por los resultados, por la capacidad de adaptación y de aprendizaje. Las empresas cada vez más necesitarán perfiles versátiles que sean capaces de atender sus nuevas necesidades. El título académico que antaño marcaba toda una carrera hoy no deja de ser más que una especie de denominación de origen.
- ii. Una cultura que valora especialmente la capacidad de operativizar lo aprendido ofreciendo oportunidades para ello. Aprender no es un ejercicio de acumulación de conocimiento en la empresa, es algo que debe tener impacto práctico, no solamente con capacidades que permitan el desarrollo de nuevas funciones. Un aspecto fundamental del aprendizaje es la capacidad de inspiración. En otros ámbitos el aprendizaje es deseable como ejercicio de acumular conocimiento por el gusto del conocimiento, como reivindicaba Nuccio Ordine en su libro *La utilidad de lo inútil*.

- iii. Un ecosistema de aprendizaje que no reduce el aprendizaje a la formación, que potencia especialmente el carácter práctico e individual del aprendizaje (*learning by doing*) y el carácter social del aprendizaje (aprendemos más cuando tenemos que explicar las cosas). Un ecosistema de aprendizaje no puede olvidar que para aprender a menudo es preciso desaprender y que esta es una de las dificultades mayores. Desaprender aquello que en el pasado nos ofreció buenos resultados, pero que hoy devienen obsoleto no es nada fácil.
- iv. Un ecosistema de aprendizaje que sea coherente con una cultura en la que no se entiende liderar sin aprender e inspirar. Si los líderes no son un ejemplo de aprendizaje, el ecosistema de aprendizaje no se sostiene. Liderar es también aprender e inspirar.
- v. Aprender es una de las claves de crecer haciendo crecer a los demás. Sin techos de cristal. Aprender es una forma de ejemplificar el servicio a los demás. Las formas de medir el rendimiento de las personas no pueden excluir la valoración sobre la operativización del aprendizaje. El sistema de incentivos debe contemplar los resultados del aprendizaje.
- vi. Una cultura de autenticidad respecto del aprendizaje, con sus presiones e incentivos marcados en pautas claras. Aprender y actuar con autenticidad es lo que nos rescata de la mediocridad. Un ecosistema de aprendizaje debe basarse en la confianza mutua y en la autonomía individual. Hay que evitar que los ecosistemas de aprendizaje reproduzcan las viejas burocracias de los ecosistemas de formación. La mejor apuesta es la sencillez y el dejar espacio a las personas, facilitar que sean emprendedoras en su forma de aprender.
- vii. El aprendizaje individual, el aprendizaje de los equipos, la capacidad de las empresas que saben aprender definen una ventaja competitiva sostenida. Es una forma de intentar crear un futuro acorde con el propósito de cada empresa desde el esfuerzo de aprender.

Peter Drucker sentencia que cuando dejamos de aprender entramos en incompetencia súbita. Efectivamente, la opción es aprender o envejecer. Desgraciadamente, algunos tomaron la decisión de dejar de aprender demasiado pronto.

El aprendizaje es la apuesta por un tipo de empresas que necesitan resolver la tensión entre el pasado y el futuro de un modo positivo. En este sentido, el aprendizaje es clave para que las empresas pueden identificar, desplegar y concretar las oportunidades del futuro.

El *management* ha tenido cinco grandes acentos en su historia centenaria, que han resultado acumulativos. Ninguno de estos acentos sustituye al anterior, simplemente lo complementa: la eficiencia, la planificación estratégica, la calidad, la innovación y ahora el aprendizaje.

4. El *management* humanista

El *management* humanista es la evolución natural de un *management* centrado en las personas que, como todo *management* busca alcanzar resultados, pero no de cualquier modo. El *management* humanista es *management*. Añadimos estas resonancias humanísticas, porque, igual que en la época del Renacimiento, tiene sentido reclamar una visión antropocéntrica de nuestras empresas en un momento de impacto exponencial de la tecnología.

Este *management* humanista reivindica el carácter social de la empresa, que debe ganar dinero, pero que no es un artefacto solamente para ganar dinero. Desde esta perspectiva, el *management* humanista quiere situar a la empresa como un agente fundamental del desarrollo y del equilibrio social. Las empresas deben ser competitivas y tener buenos resultados, pero nunca deben olvidar que también son proveedores de riqueza a la sociedad. El *management* humanista defiende que la empresa debe buscar un ecosistema equilibrado con sus clientes, sus trabajadores, sus accionistas y la propia sociedad. No hay que deleitar a uno solo de estos *stakeholders*. Hay que buscar un equilibrio provechoso entre los cuatro.

El *management* humanista busca resultados con capacidad de incorporar mayor empatía a sus procesos. La empatía es la antesala del respeto. Es fácil hablar de que las empresas necesitan empatía con clientes, con los distintos niveles de sus colaboradores, con sus proveedores, con los propios accionistas y con los *stakeholders* sociales; pero llevarlo a cabo ya es otra cosa. Muchas empresas tienen una revolución pendiente. Es la revolución de la autenticidad. Reducir el *gap* entre las proclamas de nuestros valores y la acción real del día a día es *management* humanista. Combinar respeto con transparencia es *management* humanista. Combinar ambición en los proyectos y humildad personal es *management* humanista. Resolver la ecuación personas-máquinas a favor de las personas y manteniendo la competitividad es *management* humanista. Tener memoria con aquellos que nos han llevado hasta donde estamos es *management* humanista. El *management* humanista es un gran dique contra la mediocridad.

Sin ejemplo no hay *management* humanista. Si el *management* humanista es una parafernalia más de las que tanto gustan en *management* para que nadie pueda decir que no estamos a la moda, habrá fracasado. Por ello requerimos de líderes que sepan encarnar este reto del *management* humanista en clave personal. El liderazgo es el ejercicio de la influencia para alcanzar un fin más allá de los canales y procesos establecidos. Necesitamos líderes que asuman el riesgo de inspirar y empoderar. Que lideren desde la lógica de crecer haciendo crecer. Que entiendan que liderar es servir y no servirse.

Gestionar una empresa no es fácil. Definir propuestas de valor y hacerlas consistentes, lidiar con la competencia, crear equipos de gente buena y buena gente, saber crecer, acertar en la innovación. Todo esto es complejo. Pero hacerlo al margen de las personas es algo propio de los negocios. Las empresas no tienen la mirada corta e instrumental de los negocios. Las empresas son comunidades de personas capaces de dar sostenibilidad a su proyecto y de crear valor social a la vez. La clave es que sean capaces de ganar dinero; si no lo consiguen, lo demás tampoco es sostenible.

A diferencia de los negocios, las empresas tienen capacidad de crear legado. Este legado puede ser una forma de hacer en su sector. Puede ser una gran contribución social. Puede ser el desarrollo de un barrio o de una ciudad. El *management* humanista busca construir legados que trasciendan los propios resultados empresariales (siempre fundamentales para la sostenibilidad). Un legado en el cómo hacer las cosas. Empresas que tratan de que el mundo gracias a su actividad sea sencillamente mejor y no peor. El *management* humanista es conseguir resultados sin hipotecar la conciencia.



Artículos

Artículos

EL RÉGIMEN DE SUBPRODUCTOS Y FIN DE CONDICIÓN DE RESIDUO TRAS LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY 7/2022

Guillermo Cavero Lapuerta y Daniel Méndez Barranco

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

El régimen de subproductos y fin de condición de residuo tras la implementación de la Ley 7/2022

La Ley 7/2022, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular, aprobada en abril de 2022, introdujo una serie de novedades en el régimen jurídico de los subproductos y en el fin de condición de residuo orientadas a dinamizar estas figuras y a la consecución de los objetivos climáticos comunitarios. Este ensayo parte de una somera exposición de los conceptos de residuo, subproducto y fin de condición de residuo, para continuar analizando los cambios de la Ley 7/2022 en las dos últimas figuras, que son ya una realidad tangible en el tráfico jurídico, respecto de la Ley 22/2011.

PALABRAS CLAVE:

SUBPRODUCTOS, FIN DE CONDICIÓN DE RESIDUO, DERECHO AMBIENTAL, RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS.

By-product and end-of-waste status regulation following the new law on waste and contaminated soil

Law 7/2022 on waste and contaminated soils for a circular economy, has altered how by-products and the end-of-waste status are regulated, with a view to giving them more importance and achieving the EU's climate objectives. This article briefly describes the concepts of waste, by-product and end-of-waste status before analysing how the new law has changed the latter two concepts, which are already apparent in the Spanish legal system, in relation to how they were regulated in Law 22/2011.

KEYWORDS:

BY-PRODUCTS, END-OF-WASTE STATUS, ENVIRONMENTAL LAW, WASTE AND CONTAMINATED SOILS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-4-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-4-2023

Cavero Lapuerta, Guillermo; Méndez Barranco, Daniel (2023). El régimen de subproductos y fin de condición de residuo tras la implementación de la Ley 7/2022. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 19-35 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El modelo económico tradicional, en el ámbito industrial, tiene una naturaleza claramente lineal y es conocido como *take-make-dispose* (en castellano, podríamos exponerlo como “coger – fabricar – consumir – eliminar”): coger el recurso o la materia prima, fabricar el bien de consumo, consumirlo y eliminar el residuo)¹.

Existen una serie de problemas muy notorios inherentes a dicho modelo. Por un lado, se parte de la premisa de que los recursos son infinitos. Dicha premisa se ha demostrado claramente errónea, a raíz de la constatación de la escasez de determinadas materias primas y el crecimiento de la población, que ha disparado significativamente la demanda de estas. Por otro lado, pese a que el recurso no sea escaso *per se*, en muchas ocasiones existen dificultades para disponer de él por problemas de suministro. Así, factores como las dificultades en el transporte de materias primas por su concentración geográfica, repuntes de su demanda ante una imposibilidad de que la oferta se ponga al día o la existencia de controversias de índole política se han revelado como críticos, especialmente durante la crisis que todavía hoy afecta a la cadena de suministro global que se produjo tras el “final” de la pandemia del COVID-19 y la reactivación de la demanda asociada a las menores restricciones de movilidad y actividad.

En este sentido, hemos podido constatar la enorme volatilidad en los mercados de las materias primas, que adolecen de estos problemas y que pueden dañar enormemente al tejido empresarial por la importante dificultad de cuantificar las hipotéticas futuras variaciones en el precio de la materia prima, por su disponibilidad en el medio plazo y por los impactos que dichas variaciones tendrían en su cuenta de resultados. Asimismo, la eliminación de residuos tiene un impacto medioambiental muy significativo y, en la actualidad, hay consenso sobre su falta de sostenibilidad a largo plazo.

Por estos motivos, queda patente la necesidad de mantener en el ciclo productivo los recursos durante una mayor cantidad de tiempo, esto es, de llevar a cabo aquellas actuaciones necesarias para impedir que las materias primas, tras su consumo, se vean expulsadas del ciclo productivo y su único destino sea la eliminación al ser consideradas residuos². En cambio, se pretende que dichas materias tengan “más de una vida” tras su primer uso, ya sea en el mismo tipo de proceso productivo o en otro completamente distinto, mediante operaciones de valorización. Esto no solamente reducirá —como es obvio— la cantidad de residuos generados en la economía, siendo

1 CALVO, J. (2015). Los subproductos y el fin de condición de residuo como alternativas a la gestión tradicional de los residuos: una oportunidad de oro para la industria. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 40, pp.116-126.

2 BLÁZQUEZ, N. (2019). Subproductos y fin de condición de residuos: elementos clave para una economía circular. *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n.º 35.

muy positivo desde un punto de vista ambiental, sino que también tiene unos claros beneficios económicos. Favorecer que las materias primas escasas vuelvan a usarse implicaría una reducción en la dependencia existente en la actualidad hacia sus productores y protegería parcialmente a las empresas de la volatilidad en sus precios.

Esta es la llamada *economía circular*, uno de los principales objetivos de la Unión Europea en materia ambiental y de sostenibilidad. La Directiva 2008/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos (en adelante, la “DMR”, la “Directiva Marco de Residuos” o la “Directiva 2008/98/CE”) dio el pistoletazo de salida a una serie de normativa y proyectos comunitarios que permitieron adaptar el ordenamiento jurídico de los distintos Estados miembros a estos nuevos planteamientos en materia ambiental.

Entre otros, destacan los Planes de Acción de 2015 y 2020³, que exponen la postura de la Comisión Europea en materia de economía circular, destacando la importancia de fomentar la valorización de residuos con el objetivo de minimizar el consumo de materias primas.

Se pretenden analizar dos de las figuras que se acuñaron por primera vez a nivel comunitario en la DMR: el subproducto y el fin de la condición de residuo. Más concretamente, se tratará el régimen jurídico de ambas tras la aprobación de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, así como los cambios producidos respecto de la recientemente derogada Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (la “Ley 7/2022” y la “Ley 22/2011”, respectivamente).

2. Conceptos

2.1. Residuo

Para comprender el impacto de la normativa europea en materia de subproductos y fin de condición de residuo en la normativa nacional, es necesario hacer una breve síntesis de la evolución del concepto de residuo a nivel comunitario. Esto es, qué se considera un residuo de producción a los efectos de la normativa europea o cuándo se considera que deja de serlo, entre otros factores. Las Directivas más relevantes en la materia son la Directiva 75/439/EEC, de 15 de julio de 1975, de residuos —que tuvo una vida muy larga, dado que fue continuamente reformada a lo largo de aproximadamente treinta años—, la Directiva 2006/12/CE y la Directiva 2008/98/CE (que es la que desarrolla la definición actual de subproducto y de fin de condición de residuo), además de la actual Directiva 2018/851/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos (la “Directiva 2018/851/UE”).

Un residuo es, a efectos de las Directivas comunitarias, una “*sustancia u objeto del cual su poseedor se desprenda o tenga la intención o la obligación de desprenderse*”. Apenas ha existido una pequeña modificación de este concepto entre las Directivas, puesto que el único cambio significativo

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. (COM/2020/98): Nuevo plan de acción para la economía circular, por una Europa más limpia y más competitiva.

entre la Directiva 75/439/EEC y la normativa actual es el añadido del sintagma “*tenga la intención*”. Inicialmente, en los años setenta solamente se contemplaban dos supuestos: obligación de desprenderse y desprenderse (aun sin existir obligación). No obstante, este añadido del sintagma en cuestión, para incluir también los supuestos en los que todavía no se haya realizado la acción de desprenderse, pero se tenga intención de hacerlo en un futuro, se incluyó en una reforma de la misma Directiva 75/439/EEC. Así pues, la definición de residuo a nivel positivo se ha mantenido prácticamente invariable durante las últimas décadas, sin perjuicio de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) haya modulado y acotado el concepto.

Por lo tanto, podríamos definir un residuo como aquella sustancia u objeto que su poseedor pretende/debe desechar. Esto implica que, si existe obligación legal de desecharlo, siempre será residuo. Si no existiera obligación legal, la voluntad de mantenerlo para darle un determinado uso podría permitir que perdiera la consideración de residuo.

2.2. Subproducto

A nivel conceptual, el subproducto es aquel bien secundario generado dentro de un proceso productivo, que no es el bien principal de dicho proceso (que sería el producto), pero que, aun así, reviste de un cierto valor económico debido a sus características —normalmente, porque puede sustituir una materia prima de otro proceso productivo, con un menor coste de adquisición que esta última—. Es decir, en el marco de un proceso que busca fabricar un producto, se pueden generar otros bienes que pueden ser considerados como subproductos, esto es, que pueden ser ulteriormente utilizados como sustitutos de una materia prima en otro proceso productivo.

Un ejemplo paradigmático de subproducto desde esta perspectiva técnica sería, pues, la generación de serrín o virutas de madera en el proceso de transformación de esta en tableros. Estos residuos de producción podrían utilizarse como materia prima en el proceso productivo de los denominados *pellets*, fragmentos pequeños de residuos de madera, prensados, con un alto poder calorífico, cuya finalidad principal es la de servir de biocombustible de estufas⁴.

Esta realidad ha sido recogida, de forma relativamente reciente por parte del legislador comunitario, que ha tratado de definir el concepto jurídico de subproducto —si bien es cierto que, por su trascendencia en el ámbito de la sanidad y la seguridad alimentaria, el subproducto animal ha sido históricamente objeto de una regulación autónoma—. No obstante, indirectamente ya se contemplaba en la Directiva 75/439/EEC, en la que se hacía referencia a la idea subyacente del subproducto, aunque no con la terminología actual ni con los requisitos actuales. En particular, el artículo 3.1. disponía que “*Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para promover la prevención, el reciclaje y la transformación de los residuos, la obtención a partir de éstos, de materias primas y eventualmente de energía, así como cualquier otro método que permita la reutilización de los residuos*”. También se establecía que debería informarse a la Comisión sobre cualquier proyecto de regulación cuyo objeto fuera el fomento de (entre otros) la recuperación de materias primas (3.2.b. Directiva 75/439/EEC).

4 OBENBERGER, I.; THEK, G. (2010). *The Pellet Handbook: The Production and Thermal Utilisation of Pellets*. London: Routledge, pp. 5-46.

Posteriormente, se mantiene esta idea en la Directiva 2006/12/CE, cuyo artículo 3.1.b) permite, de forma subsidiaria a los objetivos principales de prevención y reducción de producción de los residuos, la valorización mediante "reciclado, nuevo uso (...) o cualquier otra acción destinada a obtener materias primas secundarias".

Ya en la Directiva Marco de Residuos de 2008 aparece en el artículo 5 la definición actual de subproducto, con los requisitos actualmente exigidos para dicha consideración, que se expondrán a continuación, con base en los criterios establecidos en la *Guía interpretativa de la Directiva Marco de Residuos*⁵:

i. Uso ulterior cierto de la sustancia u objeto

La *Guía interpretativa* expone que el uso ulterior de la sustancia u objeto que se pretende considerar como subproducto no debe ser *posible*, sino *cierto*. Esto es, que se debe garantizar un uso ulterior del subproducto a fin de evitar que, tras un periodo de almacenamiento, sea eliminado como residuo. Para ello, y como sea que la indeterminación de este concepto jurídico plantea en la práctica no pocas dudas a las Administraciones competentes, ha establecido una serie de criterios que permiten dar por cumplido este requisito; entre otros, que exista un contrato suscrito entre el productor del subproducto y el usuario de este, o que suponga una ventaja financiera en comparación con su eliminación como residuo, así como que el subproducto "*tenga un mercado sólido*" (es decir, que exista oferta y demanda para él).

Así pues, existen una serie de supuestos en los que se podría desvirtuar este requisito. Por ejemplo, la falta de mercado para el subproducto en cuestión o si la ventaja financiera fuera mínima. Sin embargo, la realidad es que, en la mayoría de los supuestos, su concurrencia no es fácilmente evaluable, sobre todo cuando, existiendo un mercado para los subproductos generados, pueden surgir dudas sobre la solidez o dimensiones de dicho mercado.

ii. Uso directo sin transformación previa "*distinta de la práctica industrial habitual*"

No es posible dar la consideración de subproducto a un elemento si para su uso ulterior es necesario efectuarle una operación de procesado o tratamiento, ya que se pretende evitar que dicha operación genere riesgos para la salud de las personas o el medio ambiente. Sin embargo, la *Guía interpretativa* remarca que la prohibición se limita a aquellas operaciones de tratamiento que no sean equivalentes a las que recibe la materia prima que se pretende sustituir. Esto es, se permite que los subproductos reciban operaciones de tratamiento, siempre que estas sean las mismas o equivalentes a las que reciben las materias primas que se sustituirían mediante estos subproductos en el proceso productivo, lo que denomina la *normal industrial practice*.

⁵ EUROPEAN COMMISSION (2012). *Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste*, pp. 14-21.

iii. Exigencia de producción “como parte integrante de un proceso productivo”

Es preceptivo que el residuo que se pretende calificar como subproducto se produzca en el marco del proceso productivo de la compañía. No se especifica en la *Guía interpretativa* si el proceso de producción debe ser principal o indirecto/auxiliar, por lo que cabría considerar que no es relevante a los efectos de la declaración de subproducto⁶.

iv. Uso ulterior “legal” —protección de la salud humana y del medio ambiente—

Se debe acreditar que el uso del subproducto en el nuevo proceso productivo en el que se incorpora debe cumplir con todos los requisitos que cumplen las materias primas sustituidas y que no se producen efectos negativos para la salud humana o el medio ambiente. Si no se cumplieran dichas condiciones —la *Guía interpretativa* pone el ejemplo de roca y gravilla que se pretendan usar para la construcción de carreteras y no cumplan los requisitos de la materia prima equivalente—, se entenderá incumplido el requisito.

A nivel de concepto, la Directiva 2018/851/UE no introduce modificaciones relevantes a la figura del subproducto. Por lo tanto, un subproducto a efectos comunitarios es aquel residuo de producción (excluyéndose expresamente todos los residuos fuera de procesos productivos o todos los productos que no puedan llegar a considerarse como residuos) resultante de un proceso productivo cuyo objeto es la fabricación de otra sustancia u objeto, que puede ser usado en otro proceso productivo como sustituto de una materia prima y que cumple con los requisitos arriba descritos.

También conviene señalar que a nivel comunitario está generalizada una distinción entre las denominadas declaraciones de subproducto *generales* y las *case-by-case*:

- Las primeras son aquellas que permiten que un determinado residuo de producción, siempre que se cumplan los requisitos ya expuestos, sea utilizado por cualquier compañía como materia prima en un determinado tipo de proceso productivo, siguiendo los trámites fijados en la normativa (por ejemplo, notificar el inicio de su uso a la autoridad ambiental competente). Es decir, se crea un marco en el que el residuo de producción A se podría usar como subproducto, en sustitución de la materia prima B, en un proceso productivo determinado en la declaración de subproducto y con las condiciones que en ella se exponen.
- Las segundas facultan únicamente a una empresa concreta a utilizar como subproducto un residuo de otra en un proceso productivo concreto, mediando normalmente un contrato entre ambas. En resumen, se facultaría a la empresa A, que genera el residuo de producción 1, a proporcionar a la empresa B dicho residuo de producción, que se usará como materia prima en sustitución de la materia prima 2, pero únicamente incardinado en el proceso productivo de la empresa B. Si una tercera empresa C pretende usar el mis-

⁶ Sin embargo —y entrando en derecho nacional—, pese a que en la *Guía interpretativa* se dice que “debe formar parte de un proceso de producción” sin especificar que este sea principal o indirecto, la Administración ambiental estatal ha venido aplicando una interpretación restrictiva de este requisito, y ha llegado a valorar, en algunas ocasiones, negativamente que el residuo se produzca en procesos auxiliares del proceso productivo. V. MAPAMA (2017). *Informe de la Comisión de Coordinación en materia de residuos relativo a la declaración de subproducto de los condensados de metanol generados en el proceso de síntesis de MDA (Diamino Difenil Metano), solicitada por la empresa COVESTRO, S.L.*, p. 2.

mo residuo de producción 1 (generado por la empresa A) como subproducto en un proceso productivo equivalente al ya mencionado, deberá hacer una solicitud de declaración nueva sin tener en cuenta el proceso anterior.

Por último, debe destacarse que el Joint Research Centre de la Comisión Europea ha planteado la posibilidad de potenciar la implementación de nuevas declaraciones generales a nivel comunitario, tanto en el ámbito del fin de condición de residuo (que se expondrá a continuación) como en el de los subproductos. En concreto, los sectores definidos como *prioritarios* para el desarrollo de estas declaraciones generales de alcance comunitario son el del plástico, el textil, la goma, las fracciones minerales procedentes de los residuos de la construcción y la demolición, y el papel y cartón⁷.

2.3. Fin de la condición de residuo

Los orígenes del fin de la condición de residuo se remontan —de igual forma que los del subproducto— a los apartados primero y segundo del artículo 3 de la Directiva 75/439/EEC y al artículo 3.1.b) de la Directiva 2006/12/CEE.

Sin embargo, la introducción de la Directiva Marco de Residuos de 2008 hizo especial énfasis en la diferenciación entre la figura del subproducto —sustancia u objeto que, como ya se ha expuesto, y pese a su generación como consecuencia no deseada de un procedimiento industrial, no tiene la consideración de residuo— y la figura del fin de la condición de residuo —sustancia u objeto que inicialmente tiene la consideración de residuo, pero que, con base en una serie de criterios fijados en una decisión administrativa, deja de serlo—, como se remarca en el considerando 22.

Esta diferenciación se plasma en una regulación distinta, contenida en el artículo 6 de la Directiva 2008/98/CE. A partir del referido artículo y de los criterios contenidos en la *Guía interpretativa de la Directiva Marco de Residuos*⁸ realizamos una exposición somera de las condiciones para considerar que un residuo ha dejado de serlo:

- i. Uso de la sustancia u objeto para finalidades específicas y existencia de mercado o demanda para estos

Estos dos requisitos son analizados por parte de la Comisión Europea de forma conjunta, al estar muy relacionados. En general, se pueden entender cumplidos con la existencia de un mercado consolidado para la sustancia u objeto de la que se pretende declarar su fin de la condición de residuo. Para comprobar que existe un mercado consolidado, indicadores como una oferta y demanda estable, así como un precio de mercado verificable y una serie de estándares de calidad de lo que se pone en el mercado, pueden resultar de utilidad, aunque en la práctica suelen ser conceptos jurídicos poco determinados que no contribuyen a la seguridad jurídica de los operadores. Con carácter previo a la Directiva

⁷ ORVEILLON, Glenn *et al.* (2022). *Scoping possible further EU-wide end-of-waste and by-product criteria*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union (1.ª ed.).

⁸ EUROPEAN COMMISSION (2012), *op. cit.*, pp. 23-24.

2018/851/UE existía una nota de habitualidad o normalidad en el uso, que desapareció tras su promulgación.

- ii. Satisfacción de los requisitos técnicos de la sustancia u objeto para las finalidades específicas, y cumplimiento de la legislación aplicable a los productos

La sustancia u objeto debe cumplir los mismos requisitos técnicos que cumplen las materias primas o materiales habituales a los que sustituiría. No sería posible otorgar el fin de la condición de residuo si, para cumplir con esos requisitos técnicos, fuera necesario algún tipo de operación de valorización previa.

- iii. No generación de impactos adversos globales para el medio ambiente o la salud por el uso de la sustancia u objeto

El elemento crucial de este requisito es que el uso de un residuo que haya dejado de serlo, con la consideración de producto o materia —y no de residuo— no puede generar un mayor impacto ambiental que el que hubiera tenido de no habersele liberado de esta condición de residuo y, por ende, habersele aplicado la normativa de residuos. Se produce, pues, una comparación en la que se analiza si la normativa que le sería de aplicación como producto o materia es suficiente para garantizar que su uso no tenga un impacto nocivo en el medio ambiente y en la salud de las personas, y se confronta con el impacto que tendría con la normativa de residuos. Para cumplir con este requisito, la Administración podría contemplar la inclusión de valores límite de emisión —si fuera necesario— y tendrá que tomar en consideración el eventual impacto nocivo sobre el medio ambiente del material resultante.

A nivel de concepto y características básicas, con la salvedad ya comentada en el requisito (i) —y sin considerar los aspectos procedimentales que se desarrollarán en el apartado 4—, la Directiva 2018/851/UE no introduce modificaciones relevantes a esta figura. Por lo tanto, a efectos comunitarios, podemos definir el fin de la condición de residuo como el mecanismo que permite que un residuo deje de tener tal consideración y pase a ser considerado producto (o material), siempre que cumpla una serie de requisitos y unos criterios, fijados mediante una decisión administrativa previa. Un ejemplo claro de fin de condición de residuo, plasmado en la Orden TED/426/2020⁹, es el papel recuperado, esto es, los residuos de papel y cartón que son recogidos por un gestor autorizado, que se acondicionan para que puedan utilizarse de nuevo como materia prima en la producción de papel y cartón, siempre que cumplan con los requisitos técnicos y formales que en dicha Orden se disponen.

⁹ Orden TED/426/2020, de 8 de mayo, por la que se establecen los criterios para determinar cuándo el papel y cartón recuperado destinado a la fabricación de papel y cartón deja de ser residuo con arreglo a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

Es menester mencionar el interés comunitario en potenciar esta figura. Aun estando en vigor la antigua Directiva Marco de Residuos, se elaboraron una serie de reglamentos¹⁰ que desarrollaban los criterios para determinar el fin de condición de residuo de determinados materiales. En este sentido, la introducción de estos criterios de alcance comunitario, a diferencia de lo que ocurre con los de alcance nacional, contribuye a la armonización de las condiciones bajo las que concurren los operadores europeos en el mercado interior.

El interés en potenciar la figura del fin de la condición de residuo, además, con la entrada en vigor de la Directiva 2018/851/UE, se ha reafirmado. Concretamente, en el expositivo 17 se ahonda en el carácter fundamental de esta figura en la consecución de los objetivos comunitarios en materia de residuos y se realiza un gran énfasis en la garantía de la seguridad jurídica de los operadores, un elemento crucial para que el fin de condición de residuo llegue a buen puerto. Además, como ya se ha señalado, es previsible un nuevo impulso en los próximos años de más reglamentos con criterios a nivel comunitario en determinados sectores, habida cuenta de los recientes estudios del Joint Research Centre de la Comisión Europea¹¹.

3. El nuevo régimen del subproducto de la Ley 7/2022 y cambios introducidos respecto de la Ley 22/2011

A nivel estatal, la figura del subproducto se introduce con la Ley 22/2011, mediante el establecimiento de declaraciones de subproducto —únicamente de carácter general— en su artículo 4. La empresa que generara el residuo de producción y la futura receptora de este debían presentar ante el Grupo de Trabajo de la Comisión de Coordinación en Materia de Residuos (la “CCMR”), competente en materia de subproductos y fin de condición de residuos, una solicitud conjunta. Tras la evaluación de los requisitos expuestos anteriormente, la CCMR informaría positiva o negativamente al actual Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (el “MITECO”), requiriéndole que promulgara una Orden Ministerial que regularía las características del residuo que se podría usar como subproducto, así como el momento en el que pasaría a ser considerado como tal y el procedimiento de notificación/obligaciones de información.

En cuanto a las declaraciones *case-by-case*, previamente, a nivel autonómico, en alguna comunidad autónoma, como Catalunya, ya se había regulado en la materia. En estos casos, en aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 22/2011, las declaraciones siguieron emitiéndose con base en la normativa autonómica¹².

10 El Reglamento (UE) 333/2011, del Consejo, de 31 de marzo de 2011, por el que se establecen criterios para determinar cuándo determinados tipos de chatarra dejan de ser residuos con arreglo a la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; el Reglamento (UE) 1179/2012, de la Comisión, de 10 de diciembre de 2012, por el que se establecen criterios para determinar cuándo el vidrio recuperado deja de ser residuo con arreglo a la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; y el Reglamento (UE) 715/2013, de la Comisión, de 25 de julio de 2013, por el que se establecen criterios para determinar cuándo la chatarra de cobre deja de ser residuo con arreglo a la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

11 ORVEILLON, *op. cit.*, nota n.º 7.

12 Agència de Residus de Catalunya (2022). “Gestió d’un residu com a subproducte”. Extraído de: https://residus.gencat.cat/ca/consultes_i_tramits_-nou/tramits/detall/gestio_residu_subproducte.

Aun así, a nivel estatal no estaba contemplada la figura de la declaración *case-by-case*, algo que generó críticas por parte de la Comisión Europea¹³, puesto que esa figura ya estaba ampliamente extendida por los Estados miembros de la UE —las competencias para su otorgamiento generalmente eran ostentadas por Administraciones regionales—, y se consideraban útiles para agilizar la consecución los objetivos ambientales comunitarios. También se generaron ciertas dudas sobre la centralización de competencias que podría suponer¹⁴, puesto que las autonomías, en virtud de la competencia de gestión en materia de medio ambiente que les otorga el artículo 148.1.9. de la Constitución, normalmente son competentes para la ejecución de este tipo de actos.

Por este motivo, la nueva Ley 7/2022 reformula completamente el régimen de subproducto en cuanto a las modalidades, puesto que contempla específicamente en el artículo 4 ambas (generales y *case-by-case*) y establece que las dos deberán seguir el mismo procedimiento, que se acuñará reglamentariamente.

A nivel competencial, las evaluaciones de solicitudes de subproductos para un caso específico de un operador corresponderán a la autoridad autonómica competente del lugar en el que se ubique la empresa productora de la sustancia que se pretende utilizar como subproducto. Tras la evaluación, se deberá informar a la CCMR y, en caso que la evaluación fuera favorable, procede aprobarla mediante el “instrumento determinado por dicha comunidad autónoma”. Además, si el subproducto producido en una determinada comunidad autónoma se usara en otra, se requerirá el informe favorable previo de esta —con un régimen de silencio positivo, puesto que “se entenderá emitido si no hubiera pronunciamiento expreso en contra en el plazo de un mes”—.

Después de una declaración específica de subproducto, está previsto que el MITECO evalúe dicha declaración y contemple la posibilidad de elevarla a declaración general (aunque también existe la posibilidad de que actúe de oficio), considerando las declaraciones para un mismo subproducto, en su caso, que ofrezcan un mayor “grado de protección desde el punto de vista ambiental”, informe a la CCMR y la apruebe mediante Orden Ministerial. Así pues, no parece que un operador se pueda dirigir directamente al MITECO para solicitar una declaración de aplicación en todo el territorio español, sino que deberá haberse obtenido previamente una declaración autonómica.

Tanto en el caso de las declaraciones específicas como de las generales, se deberá notificar a la Comisión Europea e inscribir la declaración en el Registro de Subproductos del Sistema de Información de Residuos, creado al amparo del artículo 57 del Proyecto. Este Registro permitirá una sistematización de la información disponible a nivel nacional de los subproductos, algo que no es habitual en la mayoría de los Estados europeos y que la Comisión Europea ya mencionaba en su informe de 2020.

La nueva Ley 7/2022, en relación con los subproductos, supone una actualización necesaria a los efectos de adecuar el régimen jurídico estatal al derecho comunitario, que contemplaba esta doble modalidad de declaraciones: casuísticas y generales. Debe ponerse de manifiesto, aun así, que

13 EUROPEAN COMMISSION (2020). *Study to assess member states (MS) practices on by-product (BP) and end-of waste (EoW)*. Final Report.

14 CASADO, CASADO, L. (2018). *La recentralización de competencias en materia de protección del medio ambiente*. Barcelona: Institut d'Estudis d'Autogovern, pp. 175-200.

la problemática no radicaba en el concepto de subproducto en sí mismo (cuya transposición había sido literal), sino en la excesiva rigidez de su aplicación por parte de las Administraciones competentes a través del procedimiento de declaración fijado que tuvo dificultades a la hora de atender todas las solicitudes formuladas, en comparación con el desempeño general a nivel comunitario¹⁵. En este sentido, la UE había censurado que el Estado español hubiera regulado únicamente los subproductos generales, su extensión en exceso elevada y que los trámites fueran tan complejos.

Con el nuevo texto, es posible enervar la mayoría de estas críticas y, al mismo tiempo, se confirma la competencia autonómica en declaraciones casuísticas (algo que no se hallaba del todo claro durante la vigencia de la Ley 22/2011). A partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2022, es pacífico que las comunidades autónomas tienen competencias sobre subproductos, aunque sean únicamente ejecutivas, mientras que hasta la fecha no existía reconocimiento explícito en norma estatal sobre la competencia autonómica en declaraciones *case-by-case* (sin perjuicio de que alguna comunidad, como Catalunya, regulara en la materia). Sin embargo, aquellas autonomías con regulación en la materia, están aplicando ya —por primera vez y desde la entrada en vigor de la Ley 7/2022— los requisitos sustantivos que se introdujeron en la Ley 22/2011, que hasta la fecha no eran necesariamente de aplicación. Además, se deben tomar en consideración las limitaciones de estas declaraciones, en particular, para la transmisión de subproductos a varios usuarios en su propia comunidad autónoma, así como para su comercialización en otras comunidades, de manera simultánea.

Otro aspecto muy relevante de la Ley 7/2022 es que contempla en su artículo 66 un nuevo registro específico dentro del Sistema Electrónico de Información de Residuos del MITECO, algo que permitirá —de manera similar a los Registros Autonómicos de Autorizaciones Ambientales Integradas— dotar de publicidad a las declaraciones generales y *case-by-case*, algo presente en algunos Estados miembros de la UE, si bien no excesivamente generalizado.

No es posible evaluar de manera definitiva el impacto final de la Ley 7/2022 en el régimen del subproducto hasta la aprobación mediante reglamento del nuevo procedimiento para resolver ambas modalidades de declaración. No obstante, resulta fundamental que el nuevo procedimiento que se fije sea ágil y permita equilibrar las necesidades de protección ambiental (asegurar que el uso ulterior del residuo de producción sea ambientalmente seguro) con las demandas de seguridad jurídica y resolución ágil de los procedimientos. De lograrse ese equilibrio, el Estado español conseguirá, finalmente, potenciar una figura tan clave para la economía circular como es el subproducto, hasta la fecha poco explotado.

¹⁵ Durante la vigencia de la Ley 22/2011 se aprobaron un total de cuatro Órdenes Ministeriales de declaración de subproducto. Este número contrasta con las veintidós solicitudes pendientes de evaluación por el MITECO a octubre de 2022, y con las nueve solicitudes informadas favorablemente a esa misma fecha que se encuentran todavía a la espera de la aprobación de las Órdenes Ministeriales.

4. El nuevo régimen del fin de condición de residuo de la Ley 7/2022 y cambios introducidos respecto de la Ley 22/2011

Antes de la aprobación de la Ley 22/2011 no existía la figura del fin de condición de residuo en nuestro ordenamiento jurídico interno, si bien la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos —seguramente, por influencia comunitaria— ya hablaba del concepto del reciclado en unos términos en cierta medida compatibles con lo que actualmente consideramos fin de condición de residuo.

La Ley 22/2011 la introdujo en nuestro ordenamiento jurídico en su artículo 5, mediante la transposición del precepto correspondiente de la Directiva Marco de Residuos. Concretamente, señalaba que el MITECO aprobaría mediante Orden Ministerial los criterios específicos para que los residuos sometidos a operaciones de valorización pudieran dejar de tener tal consideración, con base en el estudio previo realizado por la CCMR (que se fundamentaría en lo establecido a nivel comunitario y jurisprudencial, teniendo en cuenta los principios de precaución y prevención, y el eventual impacto nocivo del material); todo ello, atendiendo a las condiciones que se han expuesto anteriormente.

El artículo 5 de la nueva Ley 7/2022 incorpora en el régimen de fin de condición de residuo las novedades procedimentales de la Directiva (UE) 2018/851, si bien —como ya se ha mencionado— a nivel conceptual no se producen variaciones de gran relevancia.

En primer lugar, se establecen cinco componentes, que deberán formar parte de las declaraciones de fin de condición de residuo que se establezcan reglamentariamente, y que se detallan a continuación:

- A. Residuos autorizados como material de entrada para las operaciones de valorización.
- B. Procedimientos y técnicas de tratamiento permitidos, en relación con dichas operaciones de valorización.
- C. Criterios de calidad para que los materiales, una vez sometidos a las operaciones de valorización, dejen de ser considerados como residuos —deberán ir en consonancia con las normas aplicables en materia de productos e incluir, si es necesario, los valores límite de sustancias contaminantes—.
- D. Requisitos de los sistemas de gestión (control de calidad, autoseguimiento y acreditación, en su caso) que permitan demostrar el cumplimiento de los referidos criterios.
- E. Requisito de contar con una declaración de conformidad. Este último es el más relevante materialmente, puesto que permitirá acreditar que el material en cuestión cumple los cuatro requisitos anteriores.

Asimismo, establece un nuevo régimen *case-by-case* autonómico. Por un lado, se mantiene el régimen estatal. El MITECO podrá, reglamentariamente, establecer estas declaraciones —tomando en consideración los criterios y componentes expuestos anteriormente, así como lo establecido por la Unión Europea, la jurisprudencia y los principios de aplicación—. Por otro, y ante la falta de criterios específicos con carácter general de la Unión Europea o del MITECO, las comunidades autónomas podrán establecer estos criterios para un caso concreto, y podrán incluir en la autorización para las operaciones de recogida y tratamiento de residuos “*que un residuo valorizado en una instalación ubicada en su territorio, deja de ser residuo para que sea usado en una actividad o proceso industrial concreto*” —partiendo, en cualquier caso, de los mismos requisitos y criterios que las declaraciones de fin de condición de residuo generales—.

Esta potenciación de las competencias autonómicas va destinada a corregir algunos elementos que habían venido siendo objeto de crítica por parte de la Comisión Europea (cuyo principal objetivo en materia de fin de condición de residuo es la potenciación de unos criterios homogéneos a nivel comunitario, sin impedir que, en su defecto, se potencie la figura incluso en situaciones casuísticas).

Aun así, la Ley 7/2022 reconoce que, durante la vigencia de la Ley 22/2011, a nivel autonómico se habían venido otorgando declaraciones *case-by-case* en las autorizaciones de los gestores de residuo y, por este motivo, en su disposición adicional primera contempla la revisión de estas en el plazo de tres años tras la entrada en vigor de la norma. Este hecho es coherente con la exigencia a las comunidades autónomas de que adapten a lo dispuesto en la Ley 7/2022 las autorizaciones y comunicaciones otorgadas antes de su entrada en vigor —contenida en la disposición adicional cuarta—.

Por último, debemos mencionar otra inclusión relevante, en el apartado 5.6: la responsabilidad del primer usuario o comerciante del residuo que ha perdido tal consideración; concretamente, este primer usuario o comerciante deberá garantizar que dicho residuo que ha dejado de serlo cumple con los requisitos pertinentes establecidos en la normativa aplicable en materia de productos, sustancias y mezclas químicas.

5. Consideraciones acerca de la nueva normativa

Se debe señalar que la Ley 7/2022 parece un paso adelante en materia de subproductos y de fin de condición de residuo, que permite enervar buena parte de las problemáticas que había venido poniendo de manifiesto la Comisión Europea, y avanzar en la adaptación del ordenamiento jurídico interno al acervo comunitario en aspectos de economía circular. No obstante, se requerirá una mejor y más flexible aplicación de la norma por parte de las Administraciones competentes, así como de un ulterior desarrollo reglamentario que confirme este camino y aporte la seguridad jurídica necesaria a los operadores para que estas figuras se consoliden. De este desarrollo depende, de hecho, buena parte de las posibles mejoras que se enumeran en el presente artículo, respecto a la regulación de la anterior Ley 22/2011. En particular, y como ya hemos visto, porque ciertos trámites de ambas figuras parecen, en cierta medida, redundantes o suprimibles, y siguen existiendo elementos que generan inseguridad jurídica. Será imprescindible, pues, que mediante

el desarrollo reglamentario se permita agilizar los procedimientos y se fomente su extensión y aplicabilidad. En este sentido, ya se están dando los primeros pasos para este desarrollo reglamentario; a modo de ejemplo, conviene señalar que recientemente se ha iniciado una consulta pública de un proyecto de orden ministerial que establecerá los criterios para determinar cuándo determinados residuos de producción (entre otros, hidróxido sódico saturado en aluminio, restos de madera de diferentes tipologías o restos de papel procedentes del *converting* de fabricación de productos finales de papel tisú) podrán ser declarados subproductos.

En materia de subproductos, la positivación de las declaraciones *case-by-case* autonómicas es una medida adecuada que debe permitir descongestionar y agilizar el restrictivo mecanismo estatal al mismo tiempo que acerca la tramitación de estas declaraciones al operador y amplía el abanico de posibilidades para su otorgamiento. Aun así, no se debe ignorar que esta agilización dependerá en buena medida de que se haga una interpretación flexible de las limitaciones de los procedimientos autonómicos introducidas para blindar la posibilidad del MITECO de intervenir en la tramitación de esos procedimientos. Asimismo, otro escollo en la tramitación de estas declaraciones autonómicas está asociado al impacto que está teniendo la aplicación de los requisitos sustantivos introducidos por la normativa estatal en cuanto al alcance del concepto de subproducto, y que son distintos a los que venían siendo exigidos históricamente conforme a las normativas en esta materia aprobadas por algunas comunidades autónomas. Más allá de las declaraciones de subproducto en sí mismas, echamos en falta ciertas medidas que impulsarían la figura del subproducto. A modo de ejemplo, podemos hacer referencia a las bolsas de subproducto autonómicas, unos mecanismos que habían venido permitiendo históricamente que empresas generadoras de residuos que podrían ser usados como subproductos se comunicaran con entidades que podrían utilizarlos en sus procesos productivos.

Acerca del fin de condición de residuo, nos encontramos en una situación similar. Por un lado, se clarifican los criterios para su declaración —sin perjuicio de que estos estén pendientes de desarrollo reglamentario—. Por otro, el otorgamiento de competencias a nivel autonómico cuando no se hayan aprobado criterios a nivel comunitario o estatal permite una tramitación más ajustada al caso concreto y aporta una mayor seguridad jurídica en la materia —si bien ya se había venido haciendo así, fenómeno que acepta expresamente el legislador estableciendo un plazo máximo de vigencia de tres años para las declaraciones de fin de condición de residuo autonómicas otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2022—.

6. Conclusiones

Como consideraciones de cierre, debemos hacer referencia a lo siguiente:

- i. La Ley 7/2022 mejora los regímenes aplicables a los subproductos y al fin de condición de residuo, sistematizándolos y favoreciendo su utilización. No obstante, podía haberse apostado por una regulación más ambiciosa, que mejorara la seguridad jurídica, redujera trámites redundantes o innecesarios, agilizara su aprobación y contemplara mecanismos que fomentaran la extensión de ambas figuras.
- ii. Aun con las limitaciones indicadas, dichas figuras han de contribuir, con el concurso tanto de la industria como de los Estados, a la consecución de los ambiciosos objetivos de fomento de la economía circular fijados a nivel comunitario.
- iii. En última instancia, la traducción de esta normativa en una realidad práctica depende, en buena medida, del posterior desarrollo reglamentario y de la posterior aplicación que hagan de él las Administraciones autonómicas y estatales.

Bibliografía

AGÈNCIA DE RESIDUS DE CATALUNYA (2022). Gestió d'un residu com a subproducte. Recuperado de: https://residus.gencat.cat/ca/consultes_i_tramits_-_nou/tramits/detall/gestio_residu_subproducte.

BLÁZQUEZ, Noemí (2019). Subproductos y fin de condición de residuos: elementos clave para una economía circular. *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 35.

CALVO, Jaime (2015). Los subproductos y el fin de condición de residuo como alternativas a la gestión tradicional de los residuos: una oportunidad de oro para la industria, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 40, pp. 116-126.

CASADO, CASADO, Lucía (2018). *La recentralización de competencias en materia de protección del medio ambiente*. Barcelona: Institut d'Estudis d'Autogovern (1.ª ed.).

EUROPEAN COMMISSION (2012). *Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste*.

EUROPEAN COMMISSION (2020). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. (COM/2020/98). Nuevo plan de acción para la economía circular, por una Europa más limpia y más competitiva*.

EUROPEAN COMMISSION (2020). *Study to assess member states (MS) practices on by-product (BP) and end-of waste (EoW)*. Final Report.

MAPAMA (2017). *Informe de la Comisión de Coordinación en materia de residuos relativo a la declaración de subproducto de los condensados de metanol generados en el proceso de síntesis de MDA (Diamino Difenil Metano), solicitada por la empresa COVESTRO, S.L.* Recuperado de: https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/prevencion-y-gestion-residuos/1condensadosdemetanol_tcm30-429745.pdf.

MITECO (2020). *Orden TED/426/2020, de 8 de mayo, por la que se establecen los criterios para determinar cuándo el papel y cartón recuperado destinado a la fabricación de papel y cartón deja de ser residuo con arreglo a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados*. Recuperado de: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/05/21/pdfs/BOE-A-2020-5208.pdf>.

MITECO (2022). *Grupo de trabajo de subproductos y fin de la condición de residuo*. Recuperado de: <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/prevencion-y-gestion-residuos/comision-coordinacion/Procedimiento-Evaluacion-Subproducto.aspx>.

MITECO (2023). *Consulta pública previa sobre el proyecto de Orden Ministerial por el que se establecen los criterios para determinar cuándo determinados materiales se consideran subproducto con arreglo a la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular*. Recuperado de: <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/participacion-publica/PP-Residuos2023-POM-criterios-determinacion-materiales-como-subproducto.aspx>.

OBENBERGER, I.; THEK, G. (2010). *The Pellet Handbook: The Production and Thermal Utilisation of Pellets*. London: Routledge.

ORVEILLON, Glenn *et al.* (2022). *Scoping possible further EU-wide end-of-waste and by-product criteria*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union (1.^a ed.).

LA FUSIÓN APALANCADA COMO NEGOCIO QUE PURGA LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA

Luis Jiménez López y Pablo Daza González

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

La fusión apalancada como negocio que purga la prohibición de asistencia financiera

El objetivo del presente artículo es eminentemente sistemático e interpretativo. Por un lado, se identifican los principales aspectos que deben tenerse en cuenta a la hora de resolver la antinomia producida como consecuencia de que la prestación de asistencia financiera esté proscrita y de que la fusión apalancada esté regulada de manera específica. Por otro lado, se aporta una solución al problema fundada en los principios más elementales de nuestro ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE:

ASISTENCIA FINANCIERA, FUSIÓN APALANCADA, MODIFICACIONES ESTRUCTURALES.

Leveraged mergers as a way of getting around the financial assistance prohibition

This is mainly a systematic and interpretative article. It identifies the main aspects to be taken into account to resolve the contradictions caused by financial assistance being prohibited and leveraged mergers being regulated specifically. It also offers a solution to the problem based on basic Spanish law principles.

KEYWORDS:

FINANCIAL ASSISTANCE, LEVERAGED MERGER, THE COMPANIES LAW, LAW ON STRUCTURAL CHANGES IN COMMERCIAL COMPANIES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 8-6-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-6-2023

Jiménez López, Luis; Daza González, Pablo (2023). La fusión apalancada como negocio que purga la prohibición de asistencia financiera. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 36-51 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La antinomia producida por los artículos 143.2 y 150.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (la “Ley de Sociedades de Capital”), por un lado, y el artículo 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (la “Ley de Modificaciones Estructurales”) —que ha sido reemplazado durante la elaboración de esta publicación por el artículo 42 del libro primero del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio (el “Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales”)—, por otro, ha generado tradicionalmente inquietud entre los distintos operadores del mercado, que se encuentran a menudo ante la difícil decisión de si fusionar o no dos sociedades cuando una de ellas ha recibido financiación para la adquisición de la otra o si prestar o no garantías desde la sociedad que sobreviva o que resulte de dicha fusión —so pena de infracciones administrativas, impugnaciones de acuerdos sociales, largas negociaciones con la banca e incluso potenciales responsabilidades de los administradores—. Este artículo pretende centrar el debate en lo que la práctica nos ha demostrado que es verdaderamente relevante. Para ello, se disecionarán los principales elementos que hay que tener en cuenta en esta cuestión de naturaleza poliédrica con apoyo en la poca jurisprudencia existente que resulta de aplicación y la doctrina más autorizada.

En primer lugar, se analizarán los bienes jurídicos protegidos por la normativa de asistencia financiera y la necesaria concurrencia de uno de sus elementos (el nexo causal). En segundo lugar, se enuncia la problemática existente como consecuencia de la antinomia y se propone una solución que descansa, fundamentalmente, en las previsiones contenidas en el título preliminar del Código Civil. En tercer y último lugar, se analiza desde una perspectiva histórica la regulación del contenido del informe de expertos para terminar con un análisis de la normativa de aplicación actual prestando una especial atención a la expresa eliminación en el Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales del requisito impuesto por el antiguo artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales de obtención de un informe emitido por un experto independiente en el que se pronuncie sobre la *existencia* de asistencia financiera.

2. La asistencia financiera

2.1. Breve definición

Se ha escrito mucho y de manera rigurosa sobre el manido concepto teórico de asistencia financiera. No es este el lugar para aportar nada a ese debate, en el que han participado las voces más autorizadas. Sin embargo, sin ánimo exhaustivo y con la única finalidad de que el presente comentario sea lo más educativo posible, se recuerda que los artículos 143.2 y 150.1 de la Ley de Sociedades de Capital proscriben la posibilidad de que una sociedad facilite (*lato sensu*) la adquisición de sus propias acciones (o las de su sociedad dominante) o participaciones (o las de cualquier sociedad de su grupo).

Sentado lo anterior, en palabras de la reciente sentencia 582/2023, de 20 de abril, del Tribunal Supremo: *"A fin de poder enjuiciar si este caso entra dentro del ámbito de la prohibición legal del art. 150.1 LSC [...] es preciso valorar si cabe apreciar la presencia de alguna de las finalidades propias de la ratio de la norma y si concurren los elementos estructurales que antes identificamos como integrantes de los distintos tipos de operaciones y negocios de asistencia financiera prohibidos"*¹. Analicemos, por tanto, los bienes jurídicos protegidos y el necesario nexo causal como elemento fundamental de la norma.

2.2. Bienes jurídicos protegidos

La interdicción de prestar asistencia financiera está fundamentada en la salvaguarda de los mismos bienes jurídicos que se pretenden proteger a través de la prohibición de realizar operaciones de autocartera: el patrimonio y el equilibrio de las estructuras de decisión de las sociedades de capital.

Con ello se pretenden evitar, por un lado, actitudes predatorias de operadores del mercado que comprometan la viabilidad a largo plazo de la sociedad adquirida², y, por otro, la promoción de la toma de control accionarial por parte de un tercero con evidente infracción del principio de igualdad de trato entre los socios. Este segundo fin se ve desnaturalizado en el caso de las sociedades unipersonales, que tan comunes son en el tráfico jurídico.

La correcta identificación de los bienes jurídicos protegidos por la normativa de aplicación es de importancia capital porque solo se podrán considerar como prohibidas aquellas actuaciones que violenten los citados intereses tutelados. Es decir, el *espíritu* y la *finalidad* proclamados por el artículo 3.1 del Código Civil a los que habrá que prestar una *fundamental* atención a la hora de interpretar las normas. Doctrina y jurisprudencia coinciden al respecto.

El Tribunal Supremo, resolviendo sobre un supuesto de autocartera (pero extensible por manifiesta identidad de razón a los supuestos de asistencia financiera), dejó sentado en su sentencia 190/2019, de 27 de marzo (con ponencia a cargo del magistrado Don Ignacio Sancho Gargallo), que, pese a que la adquisición derivativa enjuiciada *"podría declararse nula [...] Esto impidió que se llegara a generar el riesgo que se pretende evitar con la prohibición, que es la merma de la integridad del capital social. La ratio de la norma (art. 40.1 LSRL) responde principalmente a la salvaguarda de la efectividad e integridad patrimonial del capital social como garantía de los acreedores sociales, que no se ha visto afectada en un caso como el presente [...]. La tutela de los derechos políticos y económicos de los socios que también suele tenerse en cuenta al analizar el régimen jurídico de la autocartera, tampoco queda afectada en este caso [...]"*³.

La misma fundamentación de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se aprecia en su sentencia 541/2018, de 1 de octubre, al resolver sobre un supuesto de asistencia financiera cuya nulidad acabó proclamando: *"En este caso, la sanción administrativa prevista en el art. 157.1.II LSC no soluciona las*

1 RJ 2023\181130 (FD 3.º, p. 7).

2 Debe tenerse en cuenta que, en una economía libre de mercado (artículo 38 de la Constitución), existe un interés público en la protección del patrimonio de una sociedad de capital en la medida en que este está supeditado a los acreedores de dicha sociedad.

3 RJ 2019, 1181 (FD 2.º, p. 8).

consecuencias perjudiciales que la infracción de la norma produce en el ámbito jurídico privado, pues no soluciona la afectación negativa que la asistencia financiera supone para la integridad del patrimonio social y su efectiva correspondencia con el capital social o, al menos, no dado que en el patrimonio de la sociedad se integraría el crédito frente a esos socios por la parte del precio pendiente de pago, no soluciona a la afectación negativa que esa asistencia financiera supone para la solvencia de la sociedad, por lo que está justificada la nulidad de la operación de asistencia financiera [...]. La solución alcanzada en la sentencia recurrida protege la finalidad buscada por la norma que prohíbe la asistencia financiera. El crédito concedido por la sociedad al socio al permitirle el aplazamiento en el pago de parte del precio queda sin efecto, de modo que la sociedad puede exigir de forma inmediata el pago de la totalidad del precio. De este modo se pone fin a los efectos perniciosos que la asistencia financiera tiene para la propia sociedad, para los demás socios y para los acreedores sociales”⁴.

A su vez, la sentencia 413/2012, de 2 de julio, de la misma Sala también analiza esta finalidad tuitiva de *“impedir que se ponga en riesgo la solvencia patrimonial de la sociedad; poner coto a posibles abusos que (sic) los gerentes y administradores y evitar que se emplee con una finalidad especulativa”⁵.*

Por último⁶, la reciente sentencia 582/2023, de 20 de abril, también descansa decididamente en esta interpretación teleológica: *“Desde el punto de vista de la finalidad de la prohibición legal, cabe identificar también en estos casos uno de los riesgos típicos que la norma trata de prevenir, en concreto, el uso instrumental del patrimonio social a fin de favorecer a un tercero en la adquisición de sus acciones, al asumir la sociedad un coste o perjuicio contingente para ese patrimonio (es decir, no efectivo pero sí potencial en el momento de la suscripción del pacto)”⁷.* Se observa cómo esta sentencia, al afirmar *“cabe identificar también en estos casos uno de los riesgos típicos que la norma trata de prevenir”*, está proclamando claramente que tan solo es necesaria la infracción de uno de los dos bienes jurídicos protegidos por la norma para entrar a valorar los elementos estructurales de la prohibición —sin que sea necesario, por tanto, que se violenten de manera cumulativa ambos bienes jurídicos protegidos—.

La doctrina autorizada, desde el exegético análisis realizado por Paz-Ares en el año 1987⁸, aboga igualmente por una interpretación finalista de la norma. Sirva a modo de resumen, por todos, Carrasco Perera *et al.*: *“Los intereses jurídicos protegidos, por tanto, son los de socios y/o acreedores frente a alteraciones patrimoniales de la sociedad que impliquen o puedan implicar un vaciamiento patrimonial de la misma o desviaciones de poder en sus estructuras de gobierno y que, por tanto, los únicos supuestos prohibidos por la norma son los que atenten contra esos intereses jurídicos”⁹.*

4 RJ 2018, 4230 (FD 7.º, p. 8 y FD 9.º, pp. 10 y 11).

5 RJ 2012, 10124 (FD 2.º, p. 17).

6 Se deja apuntado que la sentencia 472/2010, de 20 de junio, del Tribunal Supremo también resuelve un supuesto de asistencia financiera. Sin embargo, dicha sentencia no aporta argumentos de relevancia para lo que aquí se analiza.

7 RJ 2023\181130 (FD 3.º, p. 7).

8 PAZ-ARES, Cándido (1987). *Negocios sobre las propias acciones*, en la Reforma del Derecho español de Sociedades de capital. Ed. Civitas, Madrid, pp. 473-629.

9 CARRASCO PERERA, Ángel; RENTERÍA TAZO, Ainara; ERLAIZ COTELO, Íñigo (2019). La adquisición con asistencia financiera. En *Adquisiciones de empresas*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 593. También en *Acquisitions with Financial Assistance*. En *M&A in Spanish Law*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015 (pp. 519-546).

2.3. Elementos. El necesario nexo causal

Como se ha dicho, los artículos 143.2 y 150.1 de la Ley de Sociedades de Capital proclaman que existe asistencia financiera cuando una sociedad (i) facilita (ii) a un tercero (iii) la adquisición de las propias acciones o participaciones (iv) mediando un nexo causal.

No es este el lugar para analizar todos los elementos que componen la institución de la asistencia financiera, por lo que tan solo se estudiará —por su relevancia en los procedimientos de fusión apalancada— la imperativa necesidad de concurrencia de un nexo causal entre el negocio de facilitación y la adquisición de las propias participaciones o acciones. Nótese que el tercero debe entenderse que es cualquier ajeno a la sociedad, el propio socio incluido.

Los dos artículos mencionados establecen que una sociedad no puede facilitar asistencia financiera “*para la adquisición*” de sus participaciones o acciones. La necesidad de concurrencia de un nexo causal entre la operación de facilitación y el negocio de adquisición se deriva de la preposición *para*, que, según la RAE, “*denota el fin o término a que se encamina una acción*”.

Como ocurre con la mayoría de las relaciones de causalidad en Derecho —por no decir todas—, el nexo causal está compuesto por dos vertientes. Una vertiente objetiva o fáctica: la operación de facilitación debe ser causal al negocio de adquisición; y una vertiente subjetiva: debe existir una intencionalidad de asistir financieramente al tercero para la adquisición de las propias acciones o participaciones¹⁰.

Escaparían de la vertiente fáctica (que no necesariamente de la subjetiva) aquellos supuestos de asistencia financiera (verdaderamente) sobrevenida, entendiendo por tal la que se produce después de haberse realizado la operación de adquisición. No obstante, es relevante analizar, desde la vertiente subjetiva, si estaba ya previsto el hecho que genera la asistencia financiera en el primigenio negocio facilitador de la adquisición. Así, el supuesto paradigmático de asistencia financiera sobrevenida es la fusión entre una sociedad (*bidCo*) que, en su día, para adquirir las participaciones o acciones de otra sociedad (*target*) obtuvo financiación y, en garantía del repago de dicha deuda de adquisición, acaba otorgando garantías desde el balance de *target* por haber resultado ésta deudora de la financiación original que tenía por objeto su propia adquisición. Se observa fácilmente cómo la operación de adquisición originaria no se vio favorecida por la sociedad *target*, pero el resultado final es el mismo que prohíben los artículos 143.2 y 150.1 de la Ley de Sociedades de Capital. Ahora bien, como se ha apuntado, si la financiación de adquisición vino a imponer de manera expresa la fusión, podría discutirse que estemos ante un verdadero supuesto de asistencia financiera sobrevenida (sin entrar a valorar ahora su licitud y la regulación especial del nuevo artículo 42 del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales que se analiza *infra*) por cuanto podría predicarse la existencia de un nexo causal, que será de mayor o menor intensidad dependiendo de las circunstancias del caso concreto y de las motivaciones que rodeen a la fusión.

¹⁰ En concreto, Paz-Ares señala que la vertiente subjetiva consiste: “*en que la operación de asistencia financiera se concierte precisamente al objeto de que la contraparte adquiera las acciones de la sociedad*” (PAZ-ARES, Cándido (1987). En *Negocios sobre las propias acciones*, en la Reforma del Derecho español de Sociedades de capital. Ed. Civitas, Madrid, p. 602).

En lo que respecta a la vertiente subjetiva se deberá dotar de motivos al negocio jurídico susceptible de caer en la prohibición de asistencia financiera que sean ajenos a la estricta facilitación de la adquisición. Paz-Ares ha llegado a darle una consideración de elemento subjetivo del injusto a esta vertiente y, en palabras de De Castro, habla de incorporar a esa operación motivos que *"trascienda[n] a dar sentido al negocio de asistencia financiera"*¹¹. Estos motivos concurrirán cuando, por ejemplo, existan razones de índole fiscal, organizativa o del tipo que sean que justifiquen la operación.

La sentencia 582/2023, de 20 de abril, proporciona un ejemplo de algunos elementos de convicción que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de analizar la concurrencia de un nexo causal: *"Sobre esta relación funcional o nexo causal, como acertadamente señaló la juez que resolvió en primera instancia, conviene subrayar que el pacto está integrado en el negocio de suscripción o adquisición de las acciones, con el que se relaciona estrechamente en un triple sentido: temporalmente (se suscriben en unidad de acto), económicamente (la compensación se fija en función de la diferencia entre el precio de suscripción y el valor de cotización de las acciones), y jurídicamente (el pacto de aseguramiento de valor o compensación y el de adquisición de las acciones están integrados dentro de un mismo negocio o acuerdo de inversión)"*¹².

3. La fusión apalancada como negocio que purga la prohibición de asistencia financiera

3.1. La fusión apalancada

El artículo 42 del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales, manteniendo la redacción de su predecesor, regula un supuesto especial de fusión entre dos o más sociedades, que resultará de aplicación cuando *"alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial"*.

Nótese la incoherencia del límite temporal de tres años establecido en el artículo 42 del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales si se tiene en cuenta que la sanción de nulidad del artículo 6.3 del Código Civil no prescribe ni caduca. ¿O es que se tuvo en cuenta el plazo de prescripción de la sanción administrativa impuesta por los artículos 89 de la Ley de Sociedades Anónimas y 42 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada¹³ al redactar el artículo 35 de la derogada Ley de Modificaciones Estructurales? Sea como fuere, la sentencia 541/2018, de 1 de octubre, que citábamos anteriormente, ha zanjado la discusión sobre si la sanción administrativa constituye un

¹¹ Además, Paz-Ares indica que *"como es natural, el propósito de adquirir [las acciones o participaciones con asistencia financiera], para que sea relevante, ha de hacerse patente en el contrato e incorporarse a la causa; y para ello será menester que actúe como motivo común (de la sociedad que financia y del tercero financiado) y como motivo determinante"* (PAZ-ARES (1987) op. cit. p. 602).

¹² RJ 2023\181130 (FD 3.º, p. 8).

¹³ Hoy ambos artículos se encuentran refundidos en el artículo 157.4 de la Ley de Sociedades de Capital.

suficiente reproche frente a la conducta prohibida y ha dejado en evidencia la falta de sentido del límite temporal del antiguo artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales (actual artículo 42 del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales). Y nótese también la elocuente referencia realizada a la adquisición de activos esenciales para la normal explotación de la sociedad, que será objeto de desarrollo más adelante cuando analicemos el contenido del informe de expertos.

El supuesto de hecho de la fusión apalancada es sencillo de comprender y acaba de ser expuesto *ut supra* al abordar la vertiente fáctica del nexo causal (como ejemplo paradigmático de la asistencia financiera sobrevenida). No se analizan aquí ni las posibles estructuras de un LBO ni las consideraciones fiscales a la hora de optar por fusionar ambas sociedades (pues la deducibilidad o no de la carga financiera dependerá de si se cumplen determinados requisitos que exceden el objeto de este artículo). No obstante, se resalta que en las financiaciones de adquisición típicas de manual, *bidCo* suele adquirir el 100% de target y, a su vez, repagar todo el endeudamiento existente en *target* en el momento de la adquisición. La inexistencia de socios minoritarios y de acreedores relevantes puede resultar decisiva a la hora de determinar si se vulnera el bien jurídico protegido por la prohibición de asistencia financiera.

Observamos cómo el artículo 42 del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales regula un procedimiento especial de fusión para cuya activación es antecedente lógico y necesario que se haya producido una financiación de adquisición. Se ocasiona, por tanto, una antinomia.

3.2. Resolviendo la antinomia

Bobbio se sirvió del término acuñado por Kant para definir las situaciones producidas por normas que entran en un conflicto de contradicción (una prohíbe y la otra permite). La resolución de la presente antinomia se debe realizar teniendo en cuenta que esta doble regulación tiene por resultado una situación de naturaleza poliédrica y, por tanto, son varios los flancos que deben ser abordados para alcanzar una correcta interpretación. A saber:

- i. La normativa de asistencia financiera es de naturaleza prohibitiva y lleva aparejada la sanción más grave que se puede aplicar en derecho civil: la nulidad de pleno Derecho del negocio jurídico¹⁴ de facilitación¹⁵ (además de las eventuales responsabilidades de los administradores). Esta es de importancia capital porque las normas prohibitivas y sancionadoras (artículos 143.2 y 150.1 de la Ley de Sociedades de Capital) deben ser interpretadas siempre de manera restrictiva¹⁶.
- ii. Como se ha analizado, la interdicción de la asistencia financiera descansa decididamente sobre la protección del patrimonio de la sociedad (en garantía de los acreedores) y del

¹⁴ Como se ha visto, la mencionada sentencia 541/2018, de 1 de octubre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo deja claro que la sanción administrativa prevista por el artículo 157.1.II de la Ley de Sociedades de Capital no es suficiente para proteger los bienes jurídicos tutelados y que, por tanto, no se puede considerar que esa previsión normativa excluya la nulidad del negocio (*ex* artículo 6.3 del Código Civil).

¹⁵ La cuestión de si la nulidad se declara respecto del negocio de adquisición o de facilitación ha sido resuelta por la misma sentencia 541/2018, de 1 de octubre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, decantándose por este último, con lo que estos autores no pueden estar más de acuerdo.

¹⁶ Es clásica la doctrina consolidada del Tribunal Supremo al respecto. Sirvan, por todas, la sentencia de 9 de noviembre de 1967 (en relación con las normas prohibitivas) y las de 4 de febrero y 10 de noviembre de 1964 (en relación con las normas sancionadoras).

equilibrio de las estructuras de decisión (en garantía del principio de igualdad de trato de los socios). Por tanto, teniendo en cuenta que todo procedimiento de fusión está dotado de garantías legales dirigidas precisamente a tutelar a los acreedores y socios de las sociedades intervinientes en la fusión, estos bienes jurídicos deberían —en principio— estar suficientemente protegidos¹⁷.

- iii. El artículo 38 de la Constitución española proclama la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Esta cuestión también es relevante porque el Tribunal Constitucional ha reiterado hasta la saciedad que las normas deben ser interpretadas en el sentido más favorable que posibilite el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos.
- iv. El procedimiento de fusión apalancada constituye una operación societaria especial que impone unos requisitos especiales para su correcto otorgamiento y que, por tanto, será de preferente aplicación frente a la normativa genérica de prohibición (*lex specialis derogat generali*).
- v. Tanto el artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales, como el artículo 42 del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales son normas posteriores en el tiempo a la prohibición general de asistencia financiera (que, en ese momento, estaba regulada en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitadas), por lo que también, si se acude al criterio cronológico de resolución de antinomias, resultará de aplicación preferente (*lex posterior derogat priori*).

Todo lo anterior conduce a la aplicación preferente del artículo 42 del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales frente a los artículos 143.2 y 150.1 de la Ley de Sociedades de Capital y a proclamar que el cumplimiento de los requisitos impuestos por la normativa especial “purgan” la eventual existencia de asistencia financiera. Esta preferente aplicación no es baladí, porque conducirá a que cuando se deba examinar si concurre o no un supuesto de asistencia financiera prohibida a la hora de fusionar dos sociedades cuando una ha recibido financiación para adquirir a la otra o prestar garantías desde la sociedad que sobreviva o que resulte de una fusión apalancada, se deba optar por aquella solución que no vacíe de contenido el artículo aplicado (¿para qué regular la fusión apalancada si se concluye que la prohibición de asistencia financiera proscribiera esa fusión?).

La doctrina más autorizada es unánime al respecto. Si bien los estudios se refieren a la derogada Ley de Modificaciones Estructurales, sus conclusiones resultan de plena aplicación al nuevo Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales. Así, Paz-Ares establece que “*Es patente que en estos casos es la propia ley la que prevé mecanismos de control específicos de la actuación de los administradores que protegen suficientemente los posibles intereses en juego. De ese modo, la racionalidad cautelar de la prohibición de asistencia financiera quedaría subsumida en la específica de cada una de las operaciones societarias*”¹⁸.

17 Esta postura ha sido defendida por la doctrina más autorizada al respecto, sirvan por todos Cándido Paz-Ares, Antonio Perdices Huetos, Adolfo Juan Auriolés Martín, Mónica Castro Valdivia o Luis Fernández del Pozo.

18 PAZ-ARES, Cándido; PERDICES HUETOS, Antonio Bienvenido (2003). *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. T. IV. Vol. 2. B. Las acciones. Los negocios sobre las propias acciones (Art.74 a 89 de la LSA)*. Madrid: Civitas, pp. 381-494.

Erlaiz Coteló señala que: *“El mecanismo de fusión «purifica» esa asistencia financiera, la convierte en lícita, porque garantiza que no se afecten los intereses que la prohibición de asistencia financiera pretende proteger [...], permite asegurar, gracias a los mecanismos previstos por la Ley dentro del proceso de fusión, que los intereses de acreedores y socios minoritarios de la target que pretende proteger la prohibición están ya suficientemente protegidos y, sobre la base de la interpretación restrictiva que corresponde a toda norma prohibitiva, hacen incensario el recurso a ella [prohibición de asistencia financiera]”*¹⁹.

Perdices Huetos por su parte indica que *“Es cierto que la creciente sofisticación en la formulación de los deberes societarios y responsabilidades concursales de los administradores, amén de otras cautelas en sede de operaciones societarias y modificaciones estructurales (art. 35 LME), cubrirían ya la finalidad de protección de esa añeja regla prohibitiva. Y es que la redacción de esas normas no sólo peca por exceso respecto a las exigencias comunitarias y a su justificación histórica sino que es también redundante respecto a otras reglas de protección del patrimonio social y de disciplina de los administradores”*²⁰.

Vives Ruiz y López-Jorrín afirman que *“al incluir este precepto [el antiguo artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales], debemos entender que el legislador ha pretendido eliminar las dudas sobre la legalidad de esta figura. Entender lo contrario sería absurdo por cuanto que establecer especiales requisitos de información para una operación que se considera intrínsecamente ilegal (por contraria a la prohibición de asistencia financiera de la Ley de Sociedades de Capital) carecería de sentido”*²¹.

Alfaro llega a *“dudar de la constitucionalidad de los arts. 143.2 y 150 LSC ya que supone una injerencia del legislador en la esfera de los particulares cuya legitimidad ha de medirse de acuerdo con el principio de proporcionalidad. [y] deba ser interpretada muy restrictivamente (STS 2-VII-2012) cuando no se aprecien riesgos para los acreedores ni para los accionistas minoritarios, es decir cuando la asistencia financiera sea inocua desde esta perspectiva porque no se ponga en peligro la solvencia de la sociedad y se respeten las normas sobre el capital social y, a la vez, se respete el principio de igualdad de trato entre los socios”*²².

Por su parte, el ya famoso auto 2/2007, de 9 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28^a), relativo al intento de opa de Gas Natural sobre Endesa, anterior incluso a que existiera un procedimiento especial de fusión apalancada, ya indicaba que *“Aún cabría pensar en una hipotética fusión entre GAS NATURAL y ENDESA, pero esa hipótesis no justifica la aplicación del artículo 81 TRLSA [artículo que regulaba la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias] porque se trata de un proceso que ya contempla garantías específicas*

19 ERLAIZ COTELO, Íñigo (2019). Financiación de las adquisiciones. En CARRASCO PERERA, Ángel y ÁLVAREZ ARJONA, José M. (dirs.), *Adquisiciones de empresas*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 673.

20 PERDICES HUETOS, Antonio Bienvenido (2016). Asistencia financiera y compra de empresa. En *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, pp. 307-340.

21 SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael; JORDANO LUNA, Martín (2021). Las fusiones apalancadas (art. 35 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales). En *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 3.^a ed., p. 829.

22 ALFARO, Jesús (2023). Lecciones: Asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias. *Almacén de Derecho*. <https://almacenderecho.org/lecciones-asistencia-financiera-la-adquisicion-acciones-participaciones-propias>.

para acreedores y socios minoritarios"²³. Esta conclusión sería, a su vez, congruente con el hecho de que las especialidades de la fusión apalancada se limiten temporalmente a un plazo de tres años, transcurrido el cual solo puede concluirse que la fusión (a pesar de ser 'apalancada') pueda llevarse a cabo siguiendo el cauce general.

4. Una nueva esperanza: el informe de expertos en el pasado, presente y futuro

4.1. Una polémica desde la génesis de la Ley de Modificaciones Estructurales

Una de las novedades del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales más celebradas por los distintos operadores del mercado ha sido la expresa eliminación del consternador pronunciamiento que debía contener el informe de expertos sobre el proyecto de fusión apalancada sobre la *existencia* de asistencia financiera (ex artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales).

El actual artículo 42 del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales regula una serie de requisitos que deberán ser cumplidos para poder llevar a cabo la fusión apalancada. Los requisitos 1.º y 2.º son claros²⁴ y, por tanto, no van a ser objeto de interpretación (*in claris non fit interpretatio*).

Las dificultades interpretativas se encontraban en el tercer requisito de la derogada Ley de Modificaciones Estructurales: *"El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera. En estos supuestos será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión"*.

Se debe tener en cuenta que el Proyecto de Ley Modificaciones Estructurales que se presentó al Congreso de los Diputados en el año 2008 recogía el procedimiento de fusión apalancada en su artículo 33 y no imponía la necesidad de que el informe de expertos sobre el proyecto común de fusión se pronunciara sobre la existencia de asistencia financiera²⁵.

Sin embargo, la famosa enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (Enmienda n.º 40) introdujo la siguiente previsión en el artículo 33.3ª del Proyecto: *"En este supuesto no podrá excluirse el informe de experto, que se referirá expresamente además a la ausencia de asistencia financiera"*. Esta enmienda fue aceptada, pero el tenor literal de la exigencia introducida fue modificado. Se cambió *ausencia* por *existencia*.

23 AC 2007, 1160 (FD 6.º, p. 6).

24 Mientras que el requisito 1.º impone que *"El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos"*, el requisito 2.º impone que *"El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir"*.

25 Siguiendo la línea marcada por el precedente que inspiró nuestra regulación (el artículo 2.501 bis del Código Civil italiano).

Antes de analizar en profundidad qué debe contener este informe en la actualidad, se debe poner de manifiesto que la modificación expresa del sustantivo *ausencia* por el de *existencia* en el citado trámite de enmiendas fue muy reveladora. La norma partía de un paradigma positivo (existencia) de manera deliberada. Podía y puede existir asistencia financiera (como se ha visto, el artículo 35 asumía su existencia y no la proscibía), pero esto nunca fue óbice para que se realice la operación si así lo decidían los socios y no se vulneraban los derechos de ningún acreedor²⁶. Se trata simplemente de un elemento cualificado de información que permitía a los socios y acreedores ejercitar los derechos que la Ley de Modificaciones Estructurales ponía a su disposición en el seno del procedimiento de fusión. Si se piensa, de haberse mantenido el término “ausencia”, ninguna fusión apalancada podría haber sido informada favorablemente.

En cualquier caso, una interpretación lógica de esta previsión normativa (basada en la hipótesis del legislador razonable) debía conducir, a nuestro modo de ver, necesariamente a que ese juicio sobre la existencia o no de asistencia financiera se refiriese al concepto económico del término *asistencia financiera*: el experto (persona física o jurídica lega en Derecho²⁷) nunca ha podido pronunciarse sobre el encaje de una conducta en una norma de naturaleza material (artículos 143 y 150 de la Ley de Sociedades de Capital). La competencia para determinar si existe asistencia financiera en términos jurídico-materiales está asignada a los juzgados y tribunales (sin perjuicio de que del procedimiento sancionador conozcan la CNMV, en el caso de las sociedades anónimas [ex art. 157.6 de la Ley de Sociedades de Capital] y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada [ex artículo 157.5 de la Ley de Sociedades de Capital]).

El Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales no ha venido sino a constatar que la referencia realizada por el artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales a la existencia de asistencia financiera debía entenderse realizada a la concepción estrictamente económica del término asistencia financiera, relacionada con el estudio de la viabilidad de un proyecto de negocio, financiero y económico como para generar un flujo de caja suficiente para el retorno de la deuda sin que sea necesario acudir a escenarios de desmantelamiento o liquidación patrimonial (es decir, que debe centrarse en analizar la razonabilidad del contenido económico financiero del proyecto de fusión, que es en última instancia el propósito principal del informe). Para este estudio sí estarían facultados los expertos independientes a los que se refiere el antiguo artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales y actual artículo 42.

Prueba de lo anterior era la referencia que el antiguo artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales —y que se ha mantenido en el actual artículo 42— hacía a “*adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial*”. Como es sabido, la adquisición de activos no está limitada ni afectada por la prohibición de asistencia financiera de la Ley de Sociedades de Capital (en esa norma solo se aplica a participaciones y acciones), *ergo* cuando el artículo 35 mencionaba esa adquisición en sede de activación del me-

26 ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo (2012). Fusión apalancada y capital riesgo: su regulación con la prohibición de asistencia financiera y su régimen en la Ley de Modificaciones Estructurales. En *El capital-riesgo: su operativa*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 413-465.

27 De conformidad con el artículo 340 del Reglamento del Registro Mercantil podrán reunir la condición de experto independiente las “*personas físicas o jurídicas que pertenezcan a profesión directamente relacionada con los bienes objeto de valoración o que se hallen específicamente dedicadas a valoraciones o peritaciones*”.

canismo especial de fusión apalancada, solo podía pretender, a nuestro juicio y de nuevo, garantizar que la razonabilidad del contenido e hipótesis económico-financieras del proyecto de fusión ha sido suficientemente informada por un experto independiente. En cualquier caso, como se ha adelantado al inicio del presente apartado, el Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales ha zanjado definitivamente la cuestión eliminando la inquietante referencia al necesario análisis de la *existencia* de asistencia financiera en la operación proyectada.

En resumen, la realidad siempre ha sido que *"los expertos deberían emitir un juicio técnico sobre sí, a la vista del plan económico y financiero y de las restantes indicaciones e informaciones que recaben, los activos y flujos de caja de la empresa adquirida [...] se convierte en la fuente (debe entenderse relevante o primordial) para el repago de la adquisición"*²⁸.

Nuestra experiencia empírica obtenida a través de la participación en procedimientos de fusión apalancada con la hasta ahora vigente Ley de Modificaciones Estructurales nos permite afirmar que existía una marcada tendencia a analizar exclusivamente los aspectos económicos de la operación basándose en el estudio de la racionalidad financiera del plan presentado por los órganos de administración de las sociedades objeto de fusión para el repago de la deuda existente. No obstante, en ocasiones nos hemos encontrado con informes de expertos que se pronunciaban, a nuestro juicio innecesariamente, sobre el concepto jurídico de asistencia financiera (si bien es cierto que terminaban concluyendo, paradójicamente, su inexistencia). Y es que, por definición, la asistencia financiera existe en una fusión apalancada aunque pueda predicarse, como se ha visto, que no es de índole prohibida (por no poner en riesgo la viabilidad de la sociedad que sobreviva o que resulte).

4.2. La Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas

No se puede estudiar el nuevo Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales sin hacer mención a la Directiva que transpone (y que paradójicamente, ha justificado la extraordinaria y urgente necesidad que debe concurrir a la hora de utilizar el instrumento normativo escogido para modificar la Ley de Modificaciones Estructurales).

El 1 de enero de 2020 entró en vigor la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

Esta Directiva está inspirada por un marcado espíritu flexibilizador de la normativa de aplicación en todos los Estados miembros para, entre otros fines, evitar un indeseado *forum shopping* dentro de la Unión Europea y ahorrar costes a la hora de recabar informes, prescindiendo de los innecesarios.

²⁸ SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael; JORDANO LUNA, Martín (2021), *op. cit.*, pp. 844-847. En sentido similar, MANZANARES SECADES, Alberto (2017). *Estudios sobre financiaci3nes sindicadas*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 319.

Así, en lo que aquí respecta, la Directiva (UE) 2019/2121 establece en su considerando 75 que *“Los Estados miembros han de poder disponer que no sea necesario cumplir con los requisitos sobre informes detallados e información respecto de las fusiones o escisiones de sociedades, establecidos en los capítulos I y III del título II, en caso de que todos los accionistas de las sociedades afectadas por la fusión o la escisión acuerden que puede prescindirse de tal cumplimiento”*. Esta previsión programática se traduce en el artículo 96.4 de la misma Directiva, que establece que *“No se requerirá un examen del proyecto de fusión ni un informe pericial si así lo acuerdan todos los accionistas y tenedores de títulos que confieran derecho a voto de cada una de las sociedades que participan en la fusión”*.

Es decir, con la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 en la mano, el informe de expertos en el que se analiza el proyecto común de fusión y que se pronuncia sobre si existe asistencia financiera debería dejar de ser obligatorio cuando los socios así lo acuerden unánimemente, en contra de lo que estipulaba inciso final del artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales (y continúa estipulando el actual artículo 42).

Nótese que a la hora de proclamar la no obligatoriedad del informe de expertos en los supuestos de acuerdo unánime de fusión la Directiva no parece dejar margen de discrecionalidad a los Estados miembros (*“No se requerirá”*). La inoperatividad de la norma en este punto se aprecia claramente en contraste con la literalidad del artículo 95.3 anterior de la misma Directiva: *“Los Estados miembros podrán estipular que el informe [del órgano de administración] [...] no se exijan si así lo han acordado todos los accionistas y tenedores de otros títulos que confieran derecho a voto de todas y cada una de las sociedades que participen en la fusión”*. No obstante, como se ha dejado intuir, el Gobierno de España finalmente se ha apartado de esta postura a la hora de redactar el Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales.

4.3. El Anteproyecto de Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas

En línea con los postulados de la Directiva (UE) 2019/2121, el 15 de febrero de 2023, se publicó en España el Anteproyecto de Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

El Anteproyecto seguía —generalmente²⁹— esta línea flexibilizadora y de ahorro de costes innecesarios. Así, en su expositivo III establecía que: *“En este sentido, la opción de política legislativa*

²⁹ La muy criticada necesidad de *“encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, mediante la aportación de los correspondientes certificados, válidos y emitidos por el órgano competente”* para llevar a cabo una modificación estructural —que no venía impuesta por la Directiva— alimenta de manera desmesurada el temido *forum shopping* que pretendían evitar tanto la Directiva como el Anteproyecto.

finalmente adoptada para la transposición ha sido integrar todo el régimen de modificaciones estructurales [...] cuyas soluciones para las operaciones intraeuropeas se extienden en la medida de lo posible a las operaciones internas para, manteniendo la mayor simplicidad de estas últimas, evitar asimetrías y diferencias sin justificación de política legislativa, que en su caso pudieran favorecer un riesgo de búsqueda de una jurisdicción de conveniencia (forum shopping) en un ámbito interno y transfronterizo. En definitiva, con esta armonización se evitará que el régimen de las modificaciones estructurales internas resulte más exigente que el de las modificaciones estructurales transfronterizas, pudiendo no obstante serlo menos, atendiendo a la ausencia en estos casos del elemento transfronterizo”.

En lo relevante para este artículo, se eliminaban (o se convertían en potestativos) los requisitos de emisión de informes de administradores o expertos cuando todos los intereses estaban alineados (por todos, artículos 5.3; 6.4; 6.5; 11.1.3.^o; 13.1 del Anteproyecto).

Y, en lo que respecta a la fusión apalancada, el artículo 42 del Anteproyecto eliminaba expresamente el último inciso del artículo, a saber: *“En estos supuestos será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión”.*

¿Qué demostraba el legislador con esta elocuente eliminación? Que en los casos en lo que se trate de un acuerdo unánime de fusión, el informe de expertos no sería necesario. Sin embargo, como se ha adelantado, el Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales ha recuperado la necesidad de que, aunque exista un acuerdo unánime de fusión, deba obtenerse un informe de experto independiente. La recuperación de esta previsión legal debe ser criticada por estos autores en la medida en que se aparta de los postulados marcados por la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019³⁰.

Seguramente esta recuperación responderá a la pregunta de algunos por la vertiente protectora de los intereses de los acreedores: ¿acaso con el Anteproyecto en la mano, por la sola voluntad de los socios, van a estar los acreedores menos protegidos que antes? Esta cuestión se habría ventilado fácilmente atendiendo a la filosofía flexibilizadora de la norma (es inherente a dotar de mayor flexibilidad que haya que cumplir con menos requisitos en según qué casos) y poniendo de manifiesto, por un lado, que estos tienen la posibilidad de ejercitar sus derechos exigiendo garantías adecuadas, y, por otro lado, los contrapesos —en garantía precisamente de los intereses de los acreedores— que ya se habían introducido en el Anteproyecto y que han cristalizado en el Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales y que no serán objeto de análisis en el presente artículo por exceder su objeto (no obstante se deja apuntado que el expositivo VI del Anteproyecto pone el foco precisamente sobre las *“novedosas medidas tuitivas”* introducidas en garantía de los acreedores³¹).

30 Además, nótese que la emisión del informe de expertos es especialmente innecesaria en aquellos supuestos de fusión entre una sociedad íntegramente participada por la otra, si bien —*a priori*— no parece posible prescindir del mismo a pesar de lo establecido en el artículo 53 del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales.

31 *“Se introducen en la Directiva, novedosas medidas tuitivas de los acreedores, de distinta naturaleza, imperativa o facultativa —muchas comunes a todas las operaciones y otras particulares para sólo alguna de ellas— que permitan una mínima armonización entre los distintos Derechos nacionales”.*

4.4. El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea

El 29 de junio de 2023 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales³². No se va a entrar a valorar la elección de técnica legislativa escogida por el Gobierno de España a la hora de trasponer la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, en lo que respecta al presente artículo tan solo se va a prestar atención a la expresa eliminación del pronunciamiento que debía contener el informe de expertos sobre el proyecto de fusión apalancada sobre la *existencia* de asistencia financiera. Así, el actual artículo 42.1.3º del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales establece simple y llanamente la obligación de que *"el informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores"*, eliminando expresamente la frase *"determinando además si existe asistencia financiera"*, que seguía a continuación esta redacción heredada del artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales. Esta nueva redacción del requisito tercero es literalmente la que se contenía en el artículo 263-13 (*fusión posterior a una adquisición con endeudamiento del adquirente*) de la propuesta de Código Mercantil de 2013.

Como se ha anticipado, esta eliminación expresa supone la constatación de que el Gobierno ha pretendido aportar una gran dosis de seguridad jurídica frente a la situación de incertidumbre provocada por el requisito impuesto por el añejo artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

Estos autores consideran que no es que, a la luz del nuevo Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales, se pueda proclamar que no existe asistencia financiera tras llevar a cabo una fusión apalancada, es que siempre se pudo y siempre existió ese efecto purgante de la asistencia financiera al llevar a cabo este procedimiento especial de fusión. Lo que ha sucedido es que, como con otras cuestiones introducidas por el Real Decreto-ley³³, ha permeado en el ordenamiento jurídico una cuestión que, pese haber sido estudiada por los distintos operadores del mercado en el sentido aquí expuesto, no dejaba de generar una gran inseguridad jurídica y, por tanto, debía ser aclarada.

32 En virtud de la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley, el libro primero será de aplicación para aquellas modificaciones estructurales cuyos proyectos hubieran sido formulados más tarde del 29 de julio de 2023. Por tanto, la eliminación del requisito aquí estudiado tan solo será operativa para las fusiones apalancadas proyectadas a partir del 30 de julio de 2023.

33 Como, por ejemplo, la posibilidad expresa de que la junta general pueda modificar el proyecto de modificación estructural.

En cualquier caso, se anticipa que, aun con la actual redacción del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales, no dejará de haber voces que se pregunten sobre la legalidad de las fusiones apalancadas y de las garantías otorgadas por la sociedad que sobreviva o que resulte de dicha fusión. La respuesta a estas voces deberá seguir siendo la de acudir a los argumentos expuestos a lo largo del presente artículo y, además, a la expresa eliminación aquí estudiada, esto es: al criterio histórico de interpretación de las normas (artículo 3.1 del Código Civil).

5. Conclusión

El fundamento de la prohibición de asistencia financiera es la protección del patrimonio y del equilibrio de las estructuras de decisión de las sociedades de capital y, por tanto, tan solo se podrán considerar como prohibidas aquellas transacciones que comprometan alguno de los citados bienes jurídicos protegidos.

El cumplimiento de los requisitos adicionales de información regulados en el seno del procedimiento de fusión apalancada del artículo 42 del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales debe servir, a nuestro juicio, para “purgar” el negocio susceptible de estar afectado por la prohibición de asistencia financiera en la medida en que:

- i. este procedimiento está dotado de las garantías suficientes como para que no se pongan en peligro los bienes jurídicos protegidos por la normativa de asistencia financiera; e
- ii. interpretar lo contrario supondría vaciar de contenido el artículo 42 del Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales porque resultaría imposible acometer una fusión apalancada.

En las estructuras de compra apalancada clásicas los intereses entre la sociedad adquirente y la sociedad *target* a la hora de fusionarse suelen estar plenamente alineados (en la medida en que la adquirente sea titular del 100% del capital de *target*). Si, además, no existen acreedores relevantes a la hora de llevar a cabo la fusión (o estos acreedores son los propios financiadores de la adquisición —que, a su vez, refinanciarán el endeudamiento financiero de *target*— y, además, están de acuerdo con llevar a cabo la fusión), los intereses jurídicos tutelados por la normativa de asistencia financiera se encuentran protegidos *per se*.

Ahora bien, no se deberá utilizar el procedimiento de fusión apalancada con el único ánimo de frustrar la aplicación de la prohibición de asistencia financiera. Pese a todo ello, es aconsejable que existan motivos adicionales que justifiquen la fusión.

La expresa eliminación en el Real Decreto-ley de Modificaciones Estructurales de la referencia a la *existencia* de asistencia financiera en la fusión apalancada proyectada supone un elemento más —altamente cualificado— de convicción sobre la legalidad de la propia operación de fusión y de los negocios de garantía suscritos con posterioridad a dicha fusión por la sociedad que sobreviva o que resulte de la fusión (siempre y cuando se cumpla con las distintas previsiones mencionadas en el presente artículo).

CONTRATANDO SOLUCIONES DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

Borja Sainz de Aja Tirapu

Abogado del Grupo de Derecho Digital e Intangibles de Uría Menéndez (Madrid)

Contratando soluciones de inteligencia artificial. Algunas consideraciones prácticas

En los últimos años, ha tenido lugar un desarrollo sin par de la inteligencia artificial (IA). La contratación de soluciones de inteligencia artificial es, hoy, cotidiana y, sin embargo, aún no existe un marco legislativo que resuelva algunas de las incertidumbres que plantea a las empresas, especial aunque no únicamente, en el ámbito de la propiedad intelectual y de la responsabilidad. En el presente artículo, se abordan desde una perspectiva práctica aspectos de técnica jurídica relativos a la contratación entre empresas (B2B) de soluciones de IA para el desarrollo de su actividad interna o externa. En particular, trataremos de las garantías que conviene solicitar a los fabricantes, de qué posibilidades existen para regular los derechos sobre los productos resultantes de la ejecución de esas soluciones, los retos en materia de confidencialidad y, en fin, sobre algunas cuestiones sobre la responsabilidad del proveedor de la IA.

PALABRAS CLAVE:

INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA), CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESAS (B2B), PROPIEDAD INTELECTUAL, BIG DATA, RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONTRACTUAL.

Hiring artificial intelligence solutions – some practical considerations

In recent years, there has been unprecedented development in artificial intelligence (AI). The contracting of artificial intelligence solutions is an everyday practice. Yet, there is still no legislative framework that deals with the uncertainties it poses, especially although not only, in the field of intellectual property and liability. In this article, we address legal technical aspects related to the contracting between companies (B2B) of AI solutions for the development of their internal or external activity and we do so from a practical perspective. In particular, we will discuss the guarantees which should be requested from manufacturers, the options available to regulate the rights over the products resulting from the implementation of these solutions, the challenges regarding confidentiality and, finally, some issues on the product liability of the AI provider.

KEYWORDS:

AI, CONTRACTING BETWEEN COMPANIES (B2B), INTELLECTUAL PROPERTY, BIG DATA, CIVIL AND CONTRACTUAL LIABILITY.

FECHA DE RECEPCIÓN: 1-8-2023**FECHA DE ACEPTACIÓN: 10-8-2023**

Sainz de Aja Tirapu, Borja (2023). Contratando soluciones de inteligencia artificial. Algunas consideraciones prácticas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 52-70 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción: la falta de normas hace particularmente necesaria una adecuada regulación contractual

En los últimos años, ha tenido lugar un desarrollo sin par de la inteligencia artificial (IA) desde que este concepto se acuñara a mediados de los años cincuenta¹.

La razón de esta reciente expansión se encuentra en la combinación y el perfeccionamiento de diversas tecnologías. Nos referimos, entre otras, a la ampliación de la capacidad computacional, al gran desarrollo de la infraestructura en la nube de la mano de las mejoras en las redes de telecomunicaciones, al perfeccionamiento de las unidades de procesamiento gráfico (GPU²), al desarrollo de los modelos de aprendizaje automático o *machine learning* (ML) y de las técnicas de procesamiento de lenguaje natural o *natural language processing* (NLP), a los avances en robótica o visión artificial y, de manera no menor, a la disponibilidad de macrodatos (esto es, *big data* o grandes volúmenes de información en formato digital)³.

Esta combinación de tecnologías, que vulgarmente conocemos como IA, permite la automatización, con la potencia y eficiencia propias de la computación y a escala industrial, de la resolución de problemas para los que, hasta la fecha, era necesaria la intervención, en mayor o menor grado, de la inteligencia humana. Además de la automatización, aspecto sin duda muy relevante para el éxito industrial, lo verdaderamente característico de la IA es su capacidad de aprender y perfeccionarse a sí misma ante el cambio en los datos de entrada con que interactúa y de su "experiencia" con esos datos (al igual que un humano adaptaría su comportamiento ante el futuro en función de su experiencia pasada).

1 Si bien los primeros estudios que conducirían a este concepto son generalmente atribuidos a A. Turing, cuyos trabajos desde mediados de los años treinta consolidaron en el artículo "Computing Machinery and Intelligence" (*Mind*, LIX/236, 1950, pp. 433-460), el primero en acuñar el término inteligencia artificial fue J. McCarthy en 1956 en el contexto de la conocida conferencia de Dartmouth. El primer ordenador con una red neuronal que incluía un algoritmo de aprendizaje data de 1967 (Mark I Perceptron).

2 Salvo en relación con la expresión *inteligencia artificial*, para la que usaremos el acrónimo hispánico "IA", en el presente artículo, emplearemos los acrónimos ingleses correspondientes a las diversas tecnologías, por ser los habituales en el sector tecnológico.

3 Para una aproximación técnica a los principales componentes de la IA, *vid.* CORDÓN MEDRANO, I. (2021). Capítulo VII. *Big Data* e Inteligencia Artificial. En E. Valpuesta Gastaminza y J. C. Hernández Peña (coords.), *Tratado de Derecho digital*. Madrid: Wolters Kluwer, p. 275 y ss.

Aunque buena parte de las tecnologías a que venimos haciendo referencia se halla más bien en las fases que Gartner define como “lanzamiento” o “pico de expectativas sobredimensionadas”⁴ y aún están lejos de alcanzar la “rampa de consolidación” y la “meseta de productividad”, es innegable que la IA está rápida y progresivamente integrándose en los procesos operativos y productivos de las empresas para automatizarlos y hacerlos más eficientes, cuando no para crear servicios y productos que antes no existían.

Innegable es también que ese “pico de expectativas” está generando un amplio debate en todos los órdenes: tecnológico, político, social, económico, sanitario, ético, laboral, jurídico, etc., debate que está lejos de quedar zanjado. En el ámbito jurídico en particular, la IA ha abierto un profundo proceso de revisión normativa en prácticamente todas las disciplinas del ordenamiento. Esa revisión quizá pueda estar más avanzada, por su mayor urgencia, en materias como el derecho laboral, la protección de datos de carácter personal, la responsabilidad civil, la seguridad industrial y de productos y en algunas áreas regulatorias. Con todo, es un proceso imparable que se extiende con pujanza a todos los órdenes.

En el presente artículo, vamos a ocuparnos de unos aspectos muy concretos: los jurídico-contractuales relativos a la contratación entre empresas (B2B) de soluciones informáticas de IA para el desarrollo de su actividad interna o externa. Por tanto, dejaremos de lado la contratación con consumidores, así como la contratación de “máquinas” (tales como líneas de producción, etc.) que incluyan elementos de *software* inteligente. Asimismo, tampoco haremos referencia ni a la protección de datos de carácter personal ni al derecho a la propia imagen.

Necesariamente, toda aproximación jurídica a la IA, *hic et nunc*, dista de ofrecer el deseable nivel de seguridad jurídica a los operadores económicos. Hay lagunas difíciles de integrar y un proceso legislativo abierto en el ámbito de la Unión Europea⁵, que no acaba de cristalizar en un conjunto normativo mínimamente completo y que plantea cuestiones no siempre pacíficas.

4 Vid. <https://www.gartner.com/en/articles/what-s-new-in-the-2022-gartner-hype-cycle-for-emerging-technologies> [última consulta realizada el 12 de julio de 2023].

5 La Comisión Europea está trabajando en tres frentes con el objetivo declarado de crear una IA fiable, a saber:

- Un proyecto de Reglamento, que, en línea con las últimas tendencias de la Unión, recibirá el sobre nombre de “Ley de IA” y que, según la página web de la Comisión [<https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/regulatory-framework-ai>, última consulta realizada el 17 de julio de 2023], tiene por objeto “abordar los riesgos creados específicamente por las aplicaciones de IA; proponer una lista de solicitudes de alto riesgo; establecer requisitos claros para los sistemas de IA para aplicaciones de alto riesgo; definir obligaciones específicas para los usuarios de IA y los proveedores de aplicaciones de alto riesgo; proponer una evaluación de la conformidad antes de que el sistema de IA se ponga en servicio o se introduzca en el mercado; proponer la ejecución después de la introducción en el mercado de un sistema de IA de este tipo; y proponer una estructura de gobernanza a escala europea y nacional”.
- Varias propuestas de modificación del derecho de la Unión en materia de responsabilidad extracontractual. Así, por ejemplo, está proyectada la reforma de la Directiva 85/374/ CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, que busca adaptar la legislación actual a “las nuevas tecnologías, a los modelos de negocio de la economía circular y a las cadenas de valor mundiales”, y existe un proyecto de directiva sobre normas de responsabilidad extracontractual en el ámbito de la inteligencia artificial.
- Una revisión de la normativa en materia de seguridad industrial, como la resultante del Reglamento 2023/1230 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2023, relativo a las máquinas, y por el que se derogan la Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 73/361/CEE del Consejo.

Estas iniciativas discurren en paralelo a las propuestas regulatorias en el ámbito de la protección de datos que, aún ajeno a este artículo, es asimismo clave para generar un entorno de suficiente seguridad jurídica para el desarrollo de las nuevas tecnologías. En este ámbito, el objetivo declarado de la Comisión Europea, es “crear un mercado único de datos que garantice la competitividad mundial y la soberanía de los datos de Europa” [<https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/strategy-data>, consultado por última vez el 1 de agosto de 2023]. Al efecto, la Comisión ha elaborado dos propuestas de Reglamento, una de Reglamento sobre la gobernanza europea de los datos y otra de Reglamento sobre normas armonizadas sobre el acceso equitativo a los datos y su uso (la llamada “Data Act” o “Ley de Datos”).

Y, sin embargo, las empresas llevan años contratando y/o implementando soluciones de IA, especialmente en sectores como el sanitario, el farmacéutico, la ingeniería, la automoción, la banca o las firmas de inversión. Hasta la fecha, esta aplicación de la IA en la industria está siendo, por regla general, bastante exitosa, mejorando los servicios y productos existentes y creando nuevos. Todo este proceso se produce, con todo, en un marco con incertidumbres tecnológicas y comerciales⁶, pero también, y por lo que importa a estas líneas, jurídicas.

Especialmente indefinidas son las relaciones entre la IA y la propiedad intelectual, entendida en sentido amplio, tanto en lo que respecta a la creación de las herramientas de IA como a su funcionamiento y —en fin— a sus resultados⁷. En concreto, existe un debate relevante en torno a (i) la posibilidad para la utilización de macrodatos y, en general, de obras y otras prestaciones preexistentes para el entrenamiento de los modelos de ML; (ii) la protección jurídica de los componentes de un sistema de IA; y (iii) los derechos sobre los contenidos u obras obtenidos por medio de la ejecución de una solución de IA. Dicho de otra manera, existe un alto grado de inseguridad acerca de si es necesaria, y en qué medida, la autorización de terceros titulares de derechos sobre los datos, creaciones y prestaciones usados para el entrenamiento y elaboración de soluciones de IA (o si esos titulares devengan o no una retribución por su aportación). Asimismo, existe una discusión abierta sobre si la IA misma y sus resultados pueden, y cómo, ser objeto de protección y, en su caso, quién tendría derecho a erigirse en titular de esa protección.

Este breve exordio expone los motivos que animan la redacción del presente artículo. La ausencia de una regulación clara sobre la creación, ejecución y explotación de los resultados de la IA determina que la *lex inter partes* resulte más importante si cabe, especialmente para distribuir adecuadamente los riesgos inherentes a la IA y a la incertidumbre que la rodea.

A continuación, abordaremos algunas de las cuestiones que se plantean desde el plano jurídico-contractual al negociar la adquisición o implementación de soluciones basadas en IA. Y vamos a hacerlo desde una perspectiva práctica, lo que —entiéndase bien— no equivale a exhaustividad ni en cuanto a los temas que seleccionaremos ni en cuanto a las cuestiones que estos plantean, pues la extensión de este artículo no lo permite. Dejaremos necesariamente al margen, por tanto, cuestiones interesantes.

Las cuestiones sobre las que trataremos serán las siguientes:

6 Cuestiones relacionadas, por ejemplo, con preguntas sobre qué modelos de IA que serán prevalentes, su interoperabilidad o la capacidad para utilizar y compartir datos y tecnologías y, en fin, sobre cuál es el mejor modelo para extraer utilidad económica de las cuantiosas inversiones (lo que, a su vez, tiene que ver con la opción entre modelos privativos y de código abierto, etc.). Para una panorámica sobre la cuestión, *vid.* MUÑOZ FERRANDIS, C. y DUQUE LIZARRALDE, M. (2022). Open sourcing AI: intellectual property at the service of platform leadership, *JIPITEC - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 13(3), pp. 224-246 [<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-13-3-2022/5557>, última consulta realizada el 4 de julio de 2023].

7 *Vid.* el “Revised issues paper on intellectual property policy and artificial intelligence” correspondiente a la segunda sesión del *WIPO conversation on intellectual property (IP) and artificial intelligence (AI)* de 21 de mayo de 2020 [https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=55309, última consulta realizada el 4 de julio de 2023]; la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial [2020/2015(INI)] [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2021_404_R_0007&from=EN, última consulta realizada el 4 de julio de 2023]; o DREXL, J.; HILTY, R. M.; DESAUNETTES-BARBERO, L.; GLOBONIK, J.; GONZÁLEZ OTERO, B.; HOFFMANN, J.; KIM, D.; KULHARI, Sh.; RICHTER, H.; SCHEUERER, S.; SLOWINSKI, P. R.; y WIEDEMANN, K. (2021). Artificial Intelligence and Intellectual Property Law Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 9 April 2021 on the Current Debate. *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper* No. 21-10 [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3822924, última consulta realizada el 4 de julio de 2023].

- i. Cláusulas sobre garantía de propiedad y uso pacífico de los activos preexistentes aportados por el proveedor de IA.
- ii. Cláusulas sobre el desarrollo, la propiedad y el uso pacífico de los activos resultantes de la implementación y/o ejecución de la solución de IA.
- iii. Cláusulas sobre confidencialidad de los datos del cliente.
- iv. Cláusulas sobre la responsabilidad del proveedor de IA en caso de funcionamiento defectuoso.

2. Cláusulas sobre la garantía de propiedad y uso pacífico de los activos preexistentes aportados por el proveedor de IA

2.1. Individualización de los activos preexistentes y algunas incertidumbres asociadas

Como ha quedado expuesto, las soluciones basadas en IA son el resultado de una combinación de tecnologías, que pueden o no estar cubiertas por derechos y/o intereses dignos de protección.

A riesgo de una simplificación excesiva, una solución de IA requiere de varios componentes que, al menos y por lo que ahora importa, implican un código, un corpus de datos para entrenamiento y una suficiente infraestructura de computación.

En la medida en que estos componentes serán el objeto sobre el que verse el contrato de la solución de IA, conviene detenerse brevemente, en primer lugar, en su caracterización y apuntar algunas notas jurídicas para, en el subapartado siguiente, abordar las cautelas contractuales que suscitan.

2.1.1. CÓDIGO: EL MODELO DE ML

Toda solución de IA parte de un código, esto es, de una concreta forma de expresión informática de un algoritmo a fin de que pueda ser leído y ejecutado por un ordenador (sea este un ordenador en sentido estricto u otro tipo de hardware). Hasta aquí, nada nuevo bajo el Sol de los programas de ordenador. Sin embargo, el código en que se basa la IA, además de permitir el funcionamiento de un hardware concreto, debe contener los elementos que permitan la evolución y adaptación dinámica del modelo matemático escogido por el tecnólogo. Precisamente, en esa adaptación radica la capacidad de la IA para producir “de manera inteligente” el concreto resultado buscado. Y, en particular, para hacerlo de manera automatizada (esto es, sin intervención humana o con una intervención humana optimizada) y de manera constante o sostenida en el tiempo (es decir, cual-

quiera que sea el cambio que se produzca en las circunstancias o entorno con los que la solución interactúa para ocasionar ese resultado)⁸.

Más en concreto, el código de la IA está llamado a realizar las siguientes funciones características:

- i. En primera instancia, el código entrena y configura el modelo de aprendizaje, esto es, el que permite crear el ML.
- ii. En segunda instancia, el código expresa un determinado modelo de datos resultante de ese entrenamiento (una determinada correlación entre esos datos) que será ejecutado por el ordenador para completar el proceso de IA pretendido. Dicho de otro modo, hasta que, para el dato de partida o *input* (por ejemplo, una “pregunta” a Chat GPT, los “datos analíticos” sobre el estado de salud de un paciente o la “imagen” de un producto que está siendo procesado en una línea de fabricación), se obtenga por inferencia una respuesta “inteligente” en forma de resultado u *output* (siguiendo el ejemplo anterior, la “contestación” a nuestra pregunta en Chat GPT, un “pronóstico” sobre la evolución del paciente o la “decisión” de la línea de fabricación de desechar el producto que está siendo procesado si no cumple estándares de calidad).
- iii. Por último, la expresión informática del algoritmo de IA también debe permitir, sobre la base de los datos de experiencia, su evolución automatizada ante la variación de los datos de entrada o *inputs*, que es lo característico de la inteligencia artificial.

Todo el proceso que se acaba de describir sucede, en el modelo de ML denominado *Deep Learning*, por medio de unidades de procesamiento de información situadas en diversas capas que, en su conjunto, forman una red neuronal.

Cada una de estas unidades de procesamiento traslada a las “neuronas” de la capa siguiente un dato, a modo de “producto intermedio” resultante del procesamiento del dato recibido en la fase inmediatamente anterior. Esta comunicación entre las “neuronas” funciona conforme a ciertos parámetros —llamados *weights* y *biases*— que forman parte del código. En concreto y, aun a riesgo de usar términos susceptibles del reproche científico-matemático, podría decirse que el valor que cada una de estas neuronas haya de asignar a un dato concreto dependerá de los criterios de ponderación insertos en el código —los pesos o *weights*— (por ejemplo, imaginemos que se ha establecido que, para una correlación de datos “X”, la neurona debe asignar un peso ponderado de 5). Pues bien, si esa neurona debe o no comunicarse con la capa siguiente en atención al valor o peso así obtenido dependerá de si éste (5, en nuestro ejemplo) alcanza o no el umbral predefinido para la activación de la neurona (umbral al que denominamos “sesgo”⁹ o *bias*). Siguiendo el ejemplo, si el *bias* fijado para esa neurona es de 7, la neurona permanecerá inactiva y no trasladará ningún dato a la capa siguiente y lo contrario ocurrirá si el peso es de 7 o más. Que una

⁸ Sobre la relación entre código informático, algoritmo y modelo matemático en una herramienta de IA, véase CORDÓN MEDRANO, I. (2021), *op. cit.*, p. 280.

⁹ Por más que la cuestión de los posibles sesgos o disrupciones de la IA sea una de las grandes preocupaciones sociales de esta tecnología, no nos referimos aquí al término sesgo o *bias* en ese sentido, sino en el sentido matemático de umbral de activación de una neurona que el programador ha definido.

neurona permanezca inactiva ante un dato determinado no quiere decir que la herramienta de IA vaya a ser incapaz de dar una respuesta final al usuario. Al contrario, la ausencia de activación de la neurona es una respuesta en sí misma, que será interpretada por el modelo para, junto con el resto de comunicaciones neuronales, alcanzar, finalmente, el resultado o respuesta definitivos.

Este proceso es dinámico en el sentido de que no sólo produce resultados finales sino que éstos también retroalimentan el sistema para modificar el modelo de ML de forma similar a cómo la experiencia humana modifica nuestro pensamiento y acción futura. Esta “vivacidad” inherente a la IA ocasiona que el código ejecutado en un determinado momento no sea el mismo en el futuro pues irá variando de manera automática.

En una primera aproximación, parece que el modelo de ML que se acaba de describir podría beneficiarse de la protección correspondiente a los programas de ordenador. En efecto, conforme al artículo 96.1 de la Ley de Propiedad Intelectual¹⁰, un programa de ordenador es “*toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación*”. Sin embargo, la doctrina ha planteado serias dudas al respecto¹¹. Las razones de estos recelos son múltiples. Por un lado, más que una aplicación en sí, se dice que el ML es un proceso o producto intermedio a caballo entre el algoritmo o una fórmula matemática (manifiestamente no protegible¹²) y un modelo relacional de información (más próximo, por tanto, a una base de datos que a un programa de ordenador). Por otro lado, se argumenta que el ML resultante del entrenamiento es un código en constante evolución, lo que determina —cierto es— que su capacidad para constituir una forma de expresión suficientemente precisa y objetiva no sea evidente. En fin, se duda acerca de si cumple el requisito de originalidad (en cuanto creación intelectual propia del autor¹³) en la medida en que es el resultado imprevisto de unas correlaciones automatizadas que ocurren en el propio modelo de ML¹⁴.

No es ahora momento para abordar estas objeciones, que no me parecen invencibles. Baste ahora decir que el código de la IA sea ya muy probablemente merecedor de derechos de autor de *lege lata* sin perjuicio de que será a buen seguro objeto asimismo de desarrollo normativo en ese mismo ámbito. Al margen de su eventual protección bajo los derechos de autor, lo que es indudable es que el ML es el fruto de un esfuerzo innovador digno de protección. Y en este sentido, qué duda cabe de que el ML podrá ser además objeto de protección bajo la legislación sobre patentes, si bien no en cuanto tal, pues, de nuevo, las fórmulas matemáticas no pueden serlo¹⁵. Podrá beneficiarse de la protección por patente solo en cuanto parte de una invención más compleja que

10 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

11 Vid. GONZÁLEZ OTERO, B. (2020), *op. cit.*, pp. 23 y ss.; y DREXL, J. *et al.* (2021), *op. cit.*, pp. 18 y 19.

12 Vid. considerando 11 y artículo 1.2 de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

13 Cf. artículo 96.2 de la Ley de Propiedad Intelectual.

14 Vid., por ejemplo, apartado 15 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial [2020/2015(INI)]. Y ello, por más que el artículo 97.1 de la Ley de Propiedad Intelectual admita, como *factio iuris*, que la persona jurídica pueda tener la condición de autor a estos efectos.

15 Vid. artículo 4.4.a) de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

permita alcanzar un resultado técnico más allá del funcionamiento del propio algoritmo (lo que se denomina *further technical effect*)¹⁶ y siempre que haya una o varias personas físicas que puedan ser calificadas de inventor/es¹⁷.

Adicionalmente, un modelo de ML podrá ser un candidato adecuado para su protección por medio de la legislación de secretos empresariales, siempre que se cumplan los requisitos previstos en esa legislación¹⁸ —a este último respecto, no es irrelevante que la IA difícilmente puede ser objeto de ingeniería inversa—. Y, cuando no los cumpla pero sea el fruto de un esfuerzo que es objeto de explotación in consentida, podrá entrar en juego la cláusula general de deslealtad¹⁹.

Asimismo, las partes podrán disponer siempre una protección contractual de la IA, con los límites generales previstos en el ordenamiento, incluidos especialmente los relativos a la normativa sobre defensa de la competencia.

Por último, no puede dejar de observarse que, al margen de los elementos de código característicos del ML, la aplicación de IA tendrá también componentes de código informático “tradicional”, cuya categorización como programa de ordenador a efectos de su protección como propiedad intelectual no ofrecerá grandes particularidades. Nos referimos, por ejemplo, al gestor de datos, a las interfaces, a los elementos de seguridad y, en algunos casos, a la programación necesaria para el entrenamiento inicial del ML.

2.1.2. MACRODATOS (*BIG DATA*)

Es notorio que el entrenamiento y actualización de un modelo de ML exige disponer de acceso a volúmenes importantes de datos de suficiente calidad en formato digital procesables por el modelo.

Este componente, que es frecuentemente el más escaso y difícil de obtener, es clave, pues de él depende la corrección y precisión del funcionamiento de la aplicación.

La dificultad para obtener los datos no solo es técnica. También lo es jurídica, y en no menor medida. En efecto, el corpus de datos necesario para el entrenamiento puede estar sujeto a diversos derechos de terceros, tales como los derechos relativos a la protección de los datos de carácter personal, de la propia imagen, derechos de propiedad intelectual sobre obras o bases de datos, e incluso secretos empresariales o información protegida contractualmente, etc.

16 Vid. apartados 3.3.1 (“Artificial intelligence and machine learning”) y 3.6.1 (“Examples of further technical effects”) de las *Guidelines for Examination* de la Oficina Europea de Patentes. En el primero de ellos se considera dotado de carácter técnico “*the use of a neural network in a heart monitoring apparatus for the purpose of identifying irregular heartbeats*”.

17 Vid. artículo 10 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, o la decisión de la Sala de Recursos de la Oficina Europea de Patentes de 21 de diciembre de 2021 en el asunto “DABUS” (Caso n.º J 0008/20 - 3.1.01).

18 Vid. artículo 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. A este respecto, véase DREXL, J. *et al.* (2021), *op. cit.*, pp. 17 y 18.

19 Artículo 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

De hecho, buena parte del debate de política legislativa versa actualmente sobre en qué medida deben establecerse excepciones legales a esos derechos para permitir el desarrollo de la IA²⁰, y no son infrecuentes en los medios noticias sobre el ejercicio real o potencial de acciones contra los desarrolladores de estas herramientas sobre la base de que infringen alguno de los derechos citados. Es cierto que el derecho a realizar minería de textos y datos se incorporó a la legislación nacional por medio del artículo 67 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre de 2021, en implementación del artículo 4 de la Directiva (UE) n.º 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital. Sin embargo, el alcance operativo de esa excepción es bastante limitado porque está prevista a favor de organizaciones de investigación o instituciones dedicadas a preservar el patrimonio cultural, ya que, en otro caso, no será aplicable cuando los titulares de derechos hayan excluido la lectura automática de sus obras. En fin, la minería de textos y datos es una excepción a los derechos de autor, pero no a las normas de protección de datos personales o de otros intereses jurídicos (derechos de imagen, etc.).

2.1.3. CAPACIDAD COMPUTACIONAL

Por último, las soluciones de IA requieren de importantes infraestructuras de *hardware* computacional para ejecutarlas y estudiarlas y evolucionar sus modelos.

Entre otras consecuencias, ello conduce frecuentemente a un modelo de subcontratación y, más en particular, hace que el modelo de AlaaS (acrónimo de “Artificial Intelligence as a Service”), o prestación de las soluciones de IA desde la nube, se vaya generalizando.

Lógicamente, ello tiene los beneficios y los riesgos propios del modelo *cloud* y suscita a los operadores la necesidad de adoptar las cautelas propias de todo sistema que no está situado en el perímetro físico de control del cliente.

2.2. Cautelas contractuales

Expuestos los activos que serán objeto de contratación, procede abordar el tratamiento contractual de las garantías de título y uso pacífico que debería ofrecer el proveedor a sus clientes empresariales.

La cuestión a que hacemos referencia se concreta en una serie de riesgos que las partes no pueden evitar totalmente (como resulta de lo dicho hasta el momento), pero que sí deben intentar asignar de manera eficiente y equitativa por medio del contrato.

Y usamos el verbo *intentar* de manera deliberada, pues, tratándose de una tecnología en un estado incipiente y hasta cierto punto experimental y no existiendo un marco jurídico específico, no es de extrañar que los proveedores de IA busquen en mayor o menor medida excluir o limitar toda

²⁰ Vid. el “Revised issues paper on intellectual property policy and artificial intelligence” correspondiente a la segunda sesión del *WIPO conversation on intellectual property (IP) and artificial intelligence (AI)*, de 21 de mayo de 2020, o la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial [2020/2015(INI)].

garantía de título o ausencia de infracción, así como su responsabilidad mediante el recurso a la conocida cláusula *as is*²¹.

Esta es una tendencia clara respecto de las soluciones de IA que se ponen a disposición gratuita de los usuarios de internet sujeta, claro está, al límite general del dolo y la negligencia grave. Ello es buena muestra de que los problemas jurídicos expuestos en el apartado anterior están muy presentes en la mente de los proveedores cuando redactan sus contratos.

Obviamente, el escenario cambia cuando se trata de una solución de IA contratada a título oneroso por el cliente, ya sea una licencia de una solución estándar o, más frecuentemente, un contrato que incluya un desarrollo o personalización. En tales supuestos, la propia naturaleza jurídica del contrato (licencia y/o, según el caso, contrato de obra) exige garantizar el goce pacífico de la solución, lo que resulta irreconciliable con una exclusión de la garantía del título y de infracción de derechos de terceros.

Además de la garantía de título y de no infracción, será preciso determinar en detalle los diversos elementos y componentes de la IA que son objeto del contrato. Y ello, por obvias razones. En primer lugar, porque serán su objeto. En segundo lugar, porque, conforme se ha avanzado en el apartado introductorio de este artículo, cada uno de ellos puede estar sujeto a un régimen jurídico, imperativo o dispositivo, diferente: programas de ordenador, bases de datos, patentes, secretos empresariales, información contractualmente protegida, etc. Por ejemplo, no parece conveniente que estén sujetos a las mismas previsiones contractuales ni tampoco conviene reconocer al proveedor, al menos de manera inconsciente, más derechos que los que realmente tenga o, incluso, que los que el proveedor garantiza al cliente.

Tampoco procederá transmitir o licenciar las mismas facultades sobre los distintos activos objeto de contratación. Así, determinados componentes pueden ser propiedad del proveedor (y podrán ser transmitidos o licenciados) mientras que otros serán propiedad de terceros (y el proveedor se limitará a sublicenciarlos o a hacer un *pass-through* de las condiciones contractuales impuestas por el titular). En relación con esto, debemos llamar la atención sobre el importante y creciente rol que juegan las licencias *open source* en la difusión de soluciones y modelos de ML e IA, y ello con independencia de que sobre ellos exista o no un derecho de propiedad²². Muchos fabricantes de *software* propietario, y no solo comunidades de desarrolladores, recurren a este tipo de licencias para conseguir que su tecnología alcance una masa crítica de difusión en el mercado sobre la que construir un modelo de negocio de manera indirecta. De hecho, se ha señalado que el carácter

21 *Vid.*, por ejemplo, la Cláusula 13(a) de las condiciones de uso de Claud 2, que establece: “Your use of the services and materials is solely at your own risk. the services and outputs are provided on an “as is” and “as available” basis and, to the fullest extent permissible under applicable law, are provided without warranties of any kind, whether express, implied, or statutory. We and our providers expressly disclaim any and all warranties of fitness for a particular purpose, title, merchantability, accuracy, availability, reliability, security, privacy, compatibility, non-infringement, and any warranty implied by course of dealing, course of performance, or trade usage” [<https://console.anthropic.com/legal/terms>, última consulta realizada el día 17 de julio de 2023]. Similares cláusulas se pueden encontrar en las condiciones generales de Chat GPT [Cláusula 7(b)] [<https://openai.com/policies/terms-of-use>, última consulta realizada el día 6 de julio de 2023], Stability AI (Sección “Disclaimer”) [<https://stability.ai/terms-of-use>, última consulta realizada el día 17 de julio de 2023], Jasper (Cáusula 8) [https://legal.jasper.ai/?_gl=1*h9ccd5*_gcl_au*MTgyMjYxODM2OS4xNjg5NTAwNjM4*_ga*NzE2ODk1Mzg3LjE2ODk1MDA2Mzg.*_ga_D4P3CS8W5P*MTY4OTUwMDYzOC4xLjEuMTY4OTUwMTczNy41OS4wLjA.#terms, última consulta realizada el día 17 de julio de 2023] o YouChat (Sección “Disclaimer of Warranties”) [<https://you.com/legal/terms>, última consulta realizada el día 17 de julio de 2023].

22 *Vid.* MUÑOZ FERRANDIS, C. y DUQUE LIZARRALDE, M. (2022), *op. cit.*

actualmente abierto de una buena parte del código de ML hace que la clave diferencial esté, más que en la tecnología, en los datos²³.

Estas licencias de código abierto por lo general obedecen a un tipo permisivo que es compatible con la explotación comercial de las obras compuestas o derivadas en que se insertan. Este es el caso de las licencias Apache 2.0, BSD o MIT, las más difundidas en el ámbito de modelos de IA. Desde esta óptica, por tanto, no ofrecen los problemas que tradicionalmente se asociaban a la utilización de componentes de *software* sujetos a licencias restrictivas —como las GPL, entre otras—, aunque algunas de estas sigan utilizándose en esta área.

Con todo, se ha criticado que estas licencias permisivas no son totalmente claras acerca del alcance de los derechos incluidos y que además, algunas de ellas son modulables por el licenciante. Por ello, será necesario un estudio particularizado de los componentes de terceros comprendidos en el programa y de las licencias a que estén sujetos²⁴. Y, al margen de esa revisión, el proveedor de la solución final que contiene esos componentes de terceros deberá garantizar que dispone de los derechos para garantizar su uso por el cliente para la finalidad perseguida.

3. Cláusulas sobre el desarrollo, la propiedad y el uso pacífico de los activos resultantes de la implementación y/o ejecución de la solución de IA

3.1. Activos intangibles resultantes de la implementación de la solución contratada

Aunque existen modelos de ML estándares tanto propietarios como de código abierto (y, especialmente, modelos fundacionales o LLM), lo cierto es que estos modelos no suelen servir para ejecutar funciones útiles y concretas para una empresa. Para ello, resultan necesarios complementos, desarrollos y/o implementaciones adicionales; en definitiva, obras adicionales.

Por ejemplo, en el ámbito del NLP y usando un ejemplo simplificado, a un modelo fundacional (esto es, un modelo que es capaz de entender y procesar la generalidad de un lenguaje) habrá que añadir un modelo de dominio (es decir, un modelo que es capaz de entender y procesar un lenguaje específico, como puede ser el médico, el farmacéutico o el jurídico), que suele ser asimismo estándar. Pero, y esto es lo relevante, a estas capas que acabamos de describir habrá que incorporar, por lo menos, una tercera capa: la correspondiente al modelo de aplicación (esto es, aquel que es capaz de entender el lenguaje o los datos contextuales de una empresa en concreto). Este modelo de aplicación es esencial para conseguir la automatización de procesos empresariales o industriales de una manera ajustada a la realidad del cliente, a sus procedimientos, lenguaje, saber hacer o calidad.

23 Vid. CORDÓN MEDRANO, I., *op. cit.* p. 281.

24 Vid. MUÑOZ FERRANDIS, C. y DUQUE LIZARRALDE, M. (2022), *op. cit.*

Al igual que ocurre con la implementación de soluciones informáticas personalizadas o adaptadas, el éxito de una aplicación de IA en el entorno empresarial requerirá de una colaboración entre el proveedor y el cliente para definir las especificaciones funcionales de partida y desarrollar e implementar ese modelo de aplicación. Este proceso podrá o no incluir además el desarrollo de programas de ordenador “tradicionales” personalizados.

3.2. Algunas cautelas contractuales sobre las labores de desarrollo

Como parte del proceso de desarrollo y/o implementación de una solución de IA, es muy probable que sea necesario un proceso de entrenamiento del modelo de aplicación que busque implantar.

En este proceso, el cliente está llamado por lo general a tener una participación destacada. No solo facilitando materiales y contenidos propios de su ámbito interno (algo sobre lo que volveremos en el apartado siguiente). En los modelos de entrenamiento supervisado del ML, el cliente deberá asimismo poner en no pocas ocasiones a disposición del proveedor empleados capacitados para supervisar esa fase de etiquetado de los datos de entrada. Esta labor es necesaria para ayudar a la herramienta a aprender qué *output* debe corresponder a cada *input*, afinando las desviaciones que puedan detectarse. Y todo ello hasta que el modelo resulte suficientemente preciso para entrar en producción. La razón de este protagonismo del cliente es simple: es quien mejor conoce el proceso, lenguaje o contexto empresarial del que se alimentará el modelo de aplicación y, por tanto, quien está en mejor condición para formarlo, en teoría.

El cliente deberá tener presente que el entrenamiento conllevará por lo general una dedicación relevante en términos de tiempo de su personal. Es decir, será conveniente regular adecuadamente límites y prever en qué medida diluye la responsabilidad del proveedor sobre la obra final.

Asimismo, conviene que el cliente se asegure de que el entrenamiento es realizado por sus empleados en el ámbito de sus respectivos contratos de trabajo y que estos prevean una cláusula adecuada de atribución de derechos al empleador. En efecto, con independencia de las dudas sobre la aptitud de estas labores de entrenamiento para generar derechos de propiedad protegibles, la prudencia así lo aconseja.

3.3. Garantía sobre la propiedad y el uso pacífico de los resultados del desarrollo

En este apartado, abordaremos la cuestión relativa a la titularidad de derechos sobre los resultados de ese desarrollo *ad hoc*. Y, cuando hablamos de resultados, nos referimos tanto al modelo de aplicación de ML en sí como a los concretos de modelos estáticos de datos que ese ML pueda producir en un determinado momento y, asimismo, a las interfaces y otros programas de ordenador tradicionales que puedan interactuar con la solución de IA.

La manera de regular esta cuestión dependerá de varios factores. De un lado, la criticidad y sensibilidad de la información usada para formar al modelo de aplicación. De otro, la usabilidad de esos resultados al margen del resto de la solución del proveedor (o, lo que es lo mismo, si cabe

sustituir esas otras partes de la solución por componentes de terceros, privativos o de código abierto). En fin, la relación coste/beneficio de adquirir la propiedad de esos resultados.

Cuanto mayor sea el valor competitivo del modelo de aplicación por haberse entrenado con información crítica o secreta del cliente, más necesario para el cliente será adquirir la propiedad de los resultados y excluir de su explotación a terceros (al margen de las consideraciones que se harán en el apartado siguiente).

Por otro lado, a menor usabilidad del desarrollo con aplicaciones propias o de terceros, menor incentivo para adquirir un derecho de propiedad sobre esos resultados.

En fin, el coste para el cliente impactará en la decisión, pues si acepta renunciar a la propiedad para permitir al proveedor una explotación alternativa (con licencias a terceros de modelo aplicativo), el proveedor estará dispuesto, por lo general, a desarrollar este a cambio de un menor precio.

La combinación de estos factores, entre otros, conducirá a la decisión adecuada. Sea cual fuere esta, será cardinal asegurarse la inclusión de una cláusula que regule los derechos del cliente sobre los resultados y que lo haga teniendo en cuenta las diversas legislaciones potencialmente implicadas (propiedad industrial, propiedad intelectual, secretos empresariales, etc.), pues el régimen supletorio y las facultades de explotación no son siempre coincidentes.

Asimismo, el proveedor deberá garantizar al cliente el goce pacífico de cualesquiera derechos (de propiedad, de licencia o de mero uso) que se hayan pactado sobre los resultados. A tal fin, se incluirá una declaración y garantía de título por el proveedor, así como de que ni los resultados ni su explotación por el cliente infringen derechos de terceros (en sentido amplio) ni supondrán prácticas desleales. Esta declaración deberá ir acompañada de una obligación de indemnidad y defensa a cargo del proveedor y, de ser posible, de una obligación adicional de subsanar, mediante la modificación del modelo de ML, las causas que puedan determinar la evicción.

3.4. Garantía sobre la propiedad y el uso pacífico de los activos resultantes de la ejecución de la solución

Nos referimos ahora a los resultados (obras, artículos, informes, vídeos, etc.) que deriven de la ejecución por el cliente de las herramientas de IA, una vez desarrollada y en funcionamiento.

Aquí es menester diferenciar entre resultados generados automáticamente por la aplicación (esto es, sin intervención del hombre) y los generados por uno o varios individuos con la asistencia de la herramienta. En el primer caso, es poco probable que surjan derechos de exclusiva con la legislación actual en la mano y, por tanto, la regulación de la propiedad y derechos sobre estos resultados será menos relevante. En el segundo supuesto, la licencia sobre la herramienta de IA debería bastar para que los derechos sobre los resultados generados correspondieran al cliente.

Con todo, una adecuada regulación contractual aconseja estipular que cualquier resultado de la ejecución por el cliente de la solución será de la exclusiva propiedad y beneficio de este.

3.5. Un ejemplo práctico

A continuación se presenta un hipotético proceso de negociación de una cláusula sobre la propiedad intelectual *lato sensu* de la herramienta de IA desarrollada por un proveedor.

Pensemos en un caso en que el cliente plantee una posición maximalista conforme a la que exija tener propiedad sobre la entera solución, por ejemplo, por medio de la siguiente cláusula:

"En caso de que el Proveedor vaya a usar o desarrollar Inteligencia Artificial en virtud del presente Contrato, el Cliente será el propietario de todos los derechos de propiedad intelectual e industrial sobre cualquier Inteligencia Artificial, incluidos todos los derechos relativos a los programas de ordenador, invenciones, secretos empresariales, algoritmos, modelos, dispositivos, datos, informes, pruebas y otros resultados, resultados y registros. A estos efectos, por «Inteligencia Artificial» se entenderá cualquier inteligencia artificial, aprendizaje automático, agregación de datos o análisis de datos, incluidos, sin limitaciones, el entrenamiento o el desarrollo de algoritmos, el análisis predictivo, la inteligencia aumentada, la robótica, el machine o deep learning, etc." ²⁵

Tal planteamiento no sería muy realista, pues impediría al proveedor toda utilización posterior de la tecnología preexistente que este ha desarrollado con la finalidad de una comercialización general. Un planteamiento más ecuánime podría ser el siguiente:

"El Cliente reconoce expresamente que la Aplicación de IA, tal y como se define a continuación, puede emplear modelos de aprendizaje automático, algoritmos relacionados, bases de datos y programas de ordenador (conjuntamente, los «Materiales»). El Cliente acepta expresamente que el Proveedor será propietario exclusivo de todos los derechos sobre todos los Materiales preexistentes a la celebración de este Contrato (y sus futuras modificaciones) (los «Materiales del Proveedor») y el Cliente será propietario exclusivo de todos los derechos sobre todos los Materiales desarrollados específicamente por el Proveedor (utilizando o no los Materiales del Proveedor) para el Cliente en virtud de este Contrato (y sus futuras modificaciones) (los «Materiales del Cliente» y, conjuntamente con los Materiales del Proveedor, la «Aplicación de IA»). Además, el Proveedor, por el presente, concede al cliente una licencia [mundial] y no exclusiva para utilizar todos los derechos de propiedad intelectual e industrial o de otro tipo para el uso por parte del Cliente de los Materiales del Proveedor como parte de la Aplicación de IA para el uso previsto y la duración acordada en virtud del presente Contrato".

O si, siguiendo el razonamiento expuesto en el planteamiento del anterior apartado, no tuviera sentido que el cliente tuviera derechos de propiedad sobre los desarrollos *ad hoc*, sino un mero derecho de licencia, podría pactarse lo siguiente:

"El Cliente reconoce expresamente que el Proveedor, para la prestación de los servicios objeto de este Contrato, empleará herramientas de inteligencia artificial, modelos de aprendizaje automático, algoritmos relacionados, bases de datos y programas de ordenador (conjuntamente, la «Aplicación

²⁵ Los ejemplos de cláusulas que se usan en el presente artículo son puramente hipotéticos. La redacción de las cláusulas no es exhaustiva, pues ha sido simplificada para centrarla en la ilustración de los aspectos objeto de tratamiento. Por descontado, no suponen asesoramiento jurídico.

de IA»). El Cliente acepta expresamente que será propietario exclusivo de todos los derechos sobre la Aplicación de IA (y sus futuras modificaciones). Por la presente, el Proveedor concede al Cliente una licencia [mundial] y no exclusiva para utilizar todos los derechos de propiedad intelectual e industrial o de otro tipo para el uso por parte del Cliente de la Aplicación de IA para el uso previsto y la duración acordada en virtud del presente Contrato".

4. Cláusulas sobre confidencialidad y uso de los datos y contenidos del cliente

4.1. Planteamiento de la cuestión

Como se ha expuesto, es característico de las herramientas de IA el proceso iterativo de refinamiento constante para perfeccionar el funcionamiento del modelo.

Este proceso se lleva a cabo, entre otros, a partir de contenidos que el cliente o sus usuarios finales introducen en el sistema. Es, consiguientemente, un estándar bastante extendido que los proveedores de soluciones gratuitas de IA se reserven la capacidad de usar esos datos para mejorar la herramienta para cualquier usuario tercero, aunque puedan ofrecer en algún caso mecanismos de exclusión²⁶.

Es más, la reutilización de los *inputs* del cliente o sus usuarios puede ser absolutamente necesaria para que la aplicación tenga el funcionamiento deseado. Piénsese en una herramienta de prevención del fraude en un mercado en línea o en una solución de alerta temprana en un entorno hospitalario. El cambio en las prácticas de los compradores de esos mercados o en las circunstancias de los pacientes del hospital puede hacer necesaria una actualización automatizada del modelo de datos para detectar nuevos modelos de fraude o nuevas causas de alerta médica, o, simplemente, para que la herramienta sea cada vez más precisa. Por tanto, el principal interesado en esa reutilización es el cliente.

Al mismo tiempo, el cliente está interesado en mantener la confidencialidad de esta información propietaria y potencialmente sensible y restringir su uso dentro de su organización.

Este conflicto de intereses entre el proveedor y el cliente pasa, en primer lugar, por exigir al proveedor que garantice contractualmente la confidencialidad de sus datos en el sentido de conocer exactamente qué hará la aplicación con ellos y que no serán puestos en conocimiento de ningún

²⁶ Así, por ejemplo, dentro de las políticas de Chat GPT, Open AI manifiesta lo siguiente: "When you share your data with us, it helps our models become more accurate and better at solving your specific problems and it also helps improve their general capabilities and safety. We don't use data for selling our services, advertising, or building profiles of people—we use data to make our models more helpful for people. ChatGPT, for instance, improves by further training on the conversations people have with it, unless you choose to disable training" [<https://help.openai.com/en/articles/5722486-how-your-data-is-used-to-improve-model-performance>, última consulta realizada el 7 de julio de 2023]. Similares cláusulas se pueden encontrar en las políticas de privacidad de Claud 2 (Cáusula 3) [<https://console.anthropic.com/legal/privacy>, última consulta realizada el 17 de julio de 2023] y YouChat (Sección "How We Use the Information We Collect in Standard Mode") [<https://you.com/legal/privacy>, última consulta realizada el 17 de julio de 2023].

tercero y que solo se usarán para proveer el servicio al cliente. La encriptación de extremo a extremo (E2E) puede no ser siempre compatible con el funcionamiento de la aplicación o ralentizarlo.

En segundo lugar, el cliente deberá plantearse si la criticidad de la información de su propiedad (o de la propiedad de sus usuarios finales) es compatible con que la infraestructura de la aplicación de IA que la procese esté fuera de sus servidores. Sin duda, este será el caso de negocio más habitual debido al coste y las complejidades asociadas a tener una infraestructura dedicada. No obstante, en determinados supuestos puede ser necesario para garantizar una auténtica confidencialidad.

Por último, es probable (y así ocurre en las herramientas de IA generalmente disponibles en internet) que el proveedor exija al cliente que tiene la capacidad jurídica para utilizar libremente los datos que introduce en el sistema del proveedor y, en su caso, para que este pueda aprovecharlos para perfeccionarlo.

4.2. Un ejemplo práctico

A continuación se presenta otro posible proceso de negociación de una cláusula de reutilización de los contenidos que un cliente tiene previsto ingresar en la solución de IA contratada.

De nuevo, el cliente del ejemplo anterior puede plantear una posición maximalista conforme a la que quede vedada al proveedor toda utilización de los contenidos propiedad del cliente, por ejemplo, por medio de la siguiente cláusula:

“El Proveedor no tendrá derecho para utilizar el Contenido del Cliente (ya se trate de datos agregados, identificables, anonimizados o seudonimizados, etc.) para ningún fin, incluidos los fines de inteligencia artificial, aprendizaje automático, agregación de datos o análisis de datos similares, incluyendo, sin limitación, la formación o el desarrollo de algoritmos, análisis predictivo, inteligencia aumentada, robótica, machine o deep learning (independientemente de si tales usos son comerciales o no) (colectivamente, «Inteligencia Artificial»).

Para evitar cualquier duda, las mejoras, ampliaciones o modificaciones del Proveedor de la Aplicación de IA no incluirán, capturarán, conservarán, mantendrán, incorporarán ni utilizarán de ningún otro modo el Contenido del Cliente, salvo para producir los análisis solicitados por el Cliente a la Aplicación de IA”.

Desde un punto de vista técnico, el planteamiento expuesto no resultaría compatible con el funcionamiento iterativo normal de un modelo de ML, y sería complicado que pudiera ser aceptado por el proveedor. Por ello, una aproximación más aceptable para el proveedor será:

“El Cliente reconoce expresamente que la Aplicación de IA puede emplear modelos de aprendizaje automático y algoritmos y programas de ordenador relacionados que pueden modificarse a medida que se ejecutan como parte del uso por el Cliente de la Aplicación de IA, incluyendo en función del Contenido del Cliente, siendo tanto la Aplicación de IA como todas las modificaciones que de ella resulten a partir de esos usos propiedad exclusiva del Proveedor. Sin perjuicio de lo anterior, el Cliente

poseerá y conservará la propiedad exclusiva sobre el Contenido del Cliente. El Proveedor mantendrá la confidencialidad y el cifrado del Contenido del Cliente en todo momento y adoptará todas las medidas de seguridad razonables para evitar que terceros tengan acceso al Contenido del Cliente”.

Y, eventualmente, podría añadirse la siguiente garantía adicional:

“El Proveedor declara y garantiza al Cliente que, en ningún caso, el proceso descrito en el párrafo anterior dará lugar a que la Aplicación de IA proporcione a terceros funcionalidades directamente derivadas de o conectadas con el Contenido del Cliente”.

5. Cláusulas sobre la responsabilidad del proveedor de IA en caso de funcionamiento defectuoso

Por último, nos referiremos a las previsiones contractuales sobre responsabilidad del proveedor de la solución de IA para el caso de que resulte defectuosa. Comenzaremos por una breve recapitulación del estado de la cuestión en relación con la contratación de programas de ordenador “tradicionales”.

Con carácter general, los contratos de implantación de soluciones informáticas han venido siendo calificados por la práctica judicial como arrendamientos de obra y, por tanto, generadores de obligaciones de resultado (e incluso de contratos llave en mano), de tal manera que el cliente tiene derecho a recibir una solución informática que cumpla las especificaciones funcionales de partida y que, además, resulte efectivamente operativa a tal efecto²⁷. Algunas resoluciones presumen incluso que el objetivo perseguido por el cliente que encarga una solución es obtener una mejora tecnológica y reducir riesgos y/o costes respecto de su situación previa²⁸.

Además, en los contratos de desarrollo personalizado de aplicaciones informáticas, salvo que se pacte lo contrario, se ha considerado en algunas resoluciones que el proveedor tiene la obligación de prestar un asesoramiento técnico suficiente para determinar si la solución de la que se partirá y el desarrollo diseñado resultan adecuados para satisfacer las especificaciones pactadas con el cliente, así como de advertirle de cualquier limitación esperable²⁹.

27 *Vid.* Sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid, (Sección 9.ª) número 62/2021 de 9 de febrero (JUR 2021\131819), (Sección 11.ª) número 34/2018 de 5 de febrero (JUR 2018\89231), (Sección 25.ª) número 159/2014 de 14 de abril (JUR 2014\163993), (Sección 14.ª) número 577/2011 de 21 de diciembre (JUR 2012\37687), (Secc. 21.ª) número 504/2012 de 16 octubre (JUR 2012\376062), (Sección 25.ª) número 159/2014 de 14 de abril (JUR 2014\163993), de Cantabria, (Sección 2.ª) número 354/2012 de 7 junio (JUR 2013\23248), de Las Palmas, (Sección 4.ª) número 140/2006 de 20 de marzo (JUR 2006\189615), de Álava, (Sección 1.ª) número 189/2009 de 13 de mayo (AC 2009\1417), de Barcelona, (Sección 13.ª) número 509/2012 de 28 de septiembre (JUR 2013\34981), (Sección 16.ª) número 456/2007 de 21 de septiembre (JUR 2007\329726), de Valencia, (Sección 6.ª) número 545/2012 de 5 de octubre (JUR 2013\22197).

28 *Vid., ad ex.*, Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 12.ª) número 259/2017 de 28 de junio (JUR 2017\243459) o (Sección 10.ª) número 701/2004 de 7 de junio (JUR 2004\245260).

29 *Vid.* Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª) número 240/2007 de 4 de abril (JUR 2007\243353) y de Valencia (Sección 6.ª) número 413/2010 de 8 de julio (JUR 2010\349531), algo que se aplica, en general, a los contratos de obra, como recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª) número 50/2014 de 17 de febrero (JUR 2014\81310).

En paralelo a este consolidado régimen jurisprudencial, la práctica contractual entre empresarios prevé tradicionalmente que el proveedor de la solución informática responda íntegramente por los daños derivados de los incumplimientos dolosos o en los que interviene negligencia grave, de la infracción por la solución de los derechos de propiedad intelectual de terceros y, en algunos casos (ciertamente menos frecuentes), de la causación de daños físicos por la solución. La responsabilidad por el resto de los incumplimientos, incluidos los ocasionados por el funcionamiento defectuoso de la solución no atribuible al dolo ni a la negligencia grave, suele estar limitada a los daños directos (por tanto, con exclusión del lucro cesante) e, incluso, sujeta a un importe máximo, normalmente expresado como una cantidad absoluta o calculada por referencia a los honorarios abonados por el cliente (durante un periodo, cuando se trata de contratos de tracto sucesivo). Por ejemplo, el importe pagado en el último año o un múltiplo de este.

Este andamiaje contractual está orientado a que, una vez que la solución se halla en producción por haber superado satisfactoriamente las pruebas de aceptación, más que una indemnidad plena, el proveedor facilitará al cliente, en la normalidad de los casos, la solución de las incidencias que se puedan producir durante el funcionamiento de la aplicación. Esa reparación o subsanación será gratuita durante el periodo de garantía (mayor o menor en función del tipo de aplicación y de desarrollo) y, transcurrido este, se efectuará a cargo del cliente en virtud de un contrato de mantenimiento. Este último incluirá un acuerdo de nivel de servicio (o, conforme al acrónimo anglosajón, "SLA"), que clasifica las incidencias en función de su criticidad, para asignarles un tiempo de respuesta y otro de resolución, que, en caso de incumplirse, dan lugar a la aplicación de penas. Por lo tanto, lo habitual es que, en la generalidad de los casos, las incidencias de funcionamiento se resuelvan por medio del sistema de mantenimiento.

La reclamación de pretensiones indemnizatorias suele entrar en juego cuando la implementación de la solución se ha retrasado sustancialmente o no ha resultado exitosa, o bien cuando la solución, una vez implantada, ha experimentado defectos que no pueden resolverse en el marco de la garantía o del mantenimiento. En esos casos, los clientes buscarán —como es lógico— resarcirse de los daños padecidos, que pueden ser importantes e incluso afectar al funcionamiento del cliente en el mercado y/o a su reputación. Y, en tales supuestos, surge la cuestión de la aplicabilidad o no de las limitaciones objetivas y cuantitativas a la responsabilidad del proveedor, lo que remite, por lo usual, a si este actuó con dolo o negligencia grave. A este último respecto, por ejemplo, serán relevantes las previsiones contractuales relativas al nivel de advertencias, reportes, estándares de servicio y cumplimiento de plazos que se hubieran pactado en el contrato. En su defecto, habrá que estar a las prácticas y usos del sector para poder saber si el proveedor se separó de estas con culpa simple o de manera gravemente negligente, o bien si procedió conscientemente en contra de tales prácticas y usos.

Expuesto este acervo jurisprudencial, la cuestión es si es trasladable a los contratos de provisión de herramientas basadas en la IA.

En principio, no vemos razones para una respuesta negativa, pues, al fin y al cabo, se trata de poner a disposición del cliente un resultado (una obra) conforme a unas determinadas especificaciones funcionales. De hecho, existen resoluciones que parecen avalar este parecer³⁰.

Cuestión distinta será la apreciación de cuándo se ha conseguido o no ese resultado (esto es, cuándo se ha producido el incumplimiento), así como el análisis del dolo y de la culpa del proveedor y, eventualmente, el nexo de causalidad³¹. Ello no ofrecerá particularidades respecto de los elementos o componentes “tradicionales” de la solución de IA (bases de datos, código fuente, etc.). No obstante, en relación con los modelos de ML, incluyendo el funcionamiento de las redes neuronales, ese análisis, por más que deba encuadrarse en el marco jurídico que acaba de ser descrito, puede requerir matizaciones relacionadas con la previsibilidad no ya del resultado lesivo, sino del incumplimiento mismo (esto es, de en qué medida la aplicación pueda funcionar de manera contraria a las especificaciones), así como con la capacidad para controlarlo y prevenirlo. Las reglas de carga de la prueba y su aplicación por los Tribunales serán clave a estos efectos.

En términos de práctica contractual, es presumible que el modelo seguido hasta la fecha para la contratación de las soluciones informáticas siga siendo aplicable. Con todo, la configuración contractual de las especificaciones de partida será probablemente más cautelosa. También será habitual introducir advertencias expresas sobre riesgos inherentes de la herramienta, regulaciones detalladas del derecho de información y/o auditoría de los clientes, o nuevas exclusiones de responsabilidad que serán, a buen seguro, objeto de intensa negociación.

Distinto será el caso de las soluciones que se ofrecen de manera gratuita o con una expresa finalidad experimental. En estos casos, como demuestra la práctica, las aplicaciones suelen licenciarse “tal cual” (o, en terminología anglosajona, *as is* y *with all faults*) y se excluye la responsabilidad por cualquier concepto, dado que ni se ofrece ni se contrata el funcionamiento seguro del producto ni conforme a ningunas especificaciones, sino al riesgo del cliente.

30 Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5.ª) número 361/2019 de 5 de noviembre (JUR 2020\22808).

31 A este último respecto, ténganse en cuenta, por ejemplo, las previsiones cuya introducción se está valorando, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA) COM(2022) 496 final.

Artículos

LA AGENDA PENDIENTE: A DOS AÑOS DEL LÍMITE DE EBITDA EN EL PERÚ

Johana Timaná y Nathan Sztrancman

Abogados de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Perú)

La agenda pendiente: a dos años del límite de EBITDA en el Perú

El 1 de enero del 2021, entró en vigencia en la legislación peruana el límite de la deducción de gastos por intereses en el Perú. Dicha norma establece como límite para el contribuyente sobre los intereses netos deducibles, el 30% del EBITDA tributario del ejercicio anterior y representa la adopción de diversas recomendaciones efectuadas por la OCDE sobre la materia. El presente artículo pretende analizar los elementos principales de la aplicación de esta norma, así como ofrecer una lectura crítica de ciertos aspectos que puedan resultar controvertidos.

PALABRAS CLAVE:

SUBCAPITALIZACIÓN, GASTOS FINANCIEROS, INTERESES, EBITDA, OCDE, ACCIÓN 4.

The pending agenda: two years on from the EBITDA limit in Peru

On 1 January 2021, a regulation limiting deductible interest expenses entered into force in Peru. The new rule applies to taxpayers' net interest expenses and, in line with the OECD's various recommendations on the matter, establishes that only 30% of the previous year's tax EBITDA is deductible. This article analyses the key elements of this regulation and offers a critical view of its most controversial aspects.

KEYWORDS:

THIN CAPITALISATION, FINANCIAL EXPENSES, INTEREST, EBITDA, OECD, ACTION 4.

FECHA DE RECEPCIÓN: 28-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 29-9-2023

Timaná, Johana; Sztrancman, Nathan (2023). La agenda pendiente: a dos años del límite de EBITDA en el Perú. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 71-90 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La subcapitalización se refiere a aquella situación en la que una compañía se financia a través de un nivel elevado de deuda en comparación a su capital (OECD, 2012: 3). A partir de ello, la situación es de sustancial importancia para los ordenamientos tributarios, pues *“la mayoría de los países gravan la deuda y el capital de manera diferente para los propósitos de su legislación interna. El interés sobre una deuda es generalmente un gasto deducible del pagador y gravado con tasas ordinarias en manos del beneficiario. Los dividendos, u otros retornos de capital, por otra parte, son generalmente no deducibles y están usualmente sujetos a una forma de desgravamen (una exención, exclusión, crédito, etc.)”* (OECD, 2017: 19). Dicha diferencia en el tratamiento otorgado a ambos conceptos —la deducción de intereses vinculados a deudas y no deducción de dividendos vinculados al capital— genera una inclinación por parte de las compañías hacia un financiamiento a través de deudas. Los intereses serán, por lo general, deducibles, posibilidad de la que, por lo general, no gozarán los dividendos. La situación se torna especialmente problemática, como la mayoría de situaciones que presentan un riesgo para el ordenamiento tributario, ante la erosión de las bases tributarias por grupos multinacionales que aprovechen ese tratamiento diferenciado. En principio *“los grupos multinacionales pueden ajustar los niveles de deuda de sus subsidiarias en el extranjero fácilmente a través de un desplazamiento de deuda”* (Blouin, Huizinaga, Laeven, & Nicodéme, 2014).

El escenario puede ser sintetizado de manera nítida en el siguiente ejemplo ofrecido por la OCDE: una empresa A se encuentra en una jurisdicción que no grava los dividendos del exterior y tiene una tasa del impuesto de 35 %, y una empresa B, en una jurisdicción con una tasa del impuesto de 15 %. En un primer momento, la empresa B se prestaría USD 100 de un banco (independiente), con una tasa de interés del 10 %. La empresa B utilizaría dichos fondos para generar una utilidad operativa de USD 15. Una vez deducido el gasto de USD 10 de interés, la utilidad antes de impuestos de la empresa B es de USD 5, y la utilidad después de impuestos de la empresa B es de USD 4.25 (USD 5 menos el 15 % del impuesto). Alternativamente, la empresa A podría adquirir el préstamo (USD 100) con el mismo interés (10 %), y contribuir el monto como un aporte de capital a la empresa B. En ese caso, la empresa B no tendría algún gasto por interés, y su utilidad antes de impuestos sería de USD 15, siendo que su utilidad después de impuestos sería USD 12.75. Por su parte, la empresa A tendría un gasto de USD 10, es decir, un gasto antes de impuestos de USD 10, y un gasto luego de impuestos de USD 6.50 (el gasto total menos la tasa del impuesto —35 %—). De manera conjunta, la empresa A y la empresa B tienen una utilidad antes de impuestos de USD 5 (USD 15 – USD 10), y una utilidad después de impuestos de USD 6.25 (USD 12.75 – USD 6.50). Véase, entonces, que al transferir la deuda de la empresa B (en una jurisdicción con una menor tasa impositiva) a la empresa A (en una jurisdicción con una mayor tasa impositiva), el grupo está sujeto a una tasa efectiva del impuesto negativa (i. e., la utilidad del grupo después de impuestos es mayor a la utilidad del grupo antes de impuestos) (OECD, 2017: 20).

Ante ello, este escenario suele ser regulado por los ordenamientos tributarios, limitando la deducibilidad de los gastos por intereses vinculados a deudas de las empresas domésticas que formen parte de un grupo multinacional. La OCDE categoriza las reglas que combaten la subcapitalización en seis grupos (OECD, 2017: 23):

- i. Aplicación del principio de plena competencia, el cual compara el nivel de interés o deuda en una entidad con la posición que hubiese existido en caso de que la entidad hubiese tratado con partes independientes.
- ii. Tasa de retención en pagos por intereses, utilizados para asignar el poder de gravamen a la jurisdicción de la fuente.
- iii. Reglas que prohíben la deducción de un porcentaje de los gastos por intereses de una entidad, al margen de la naturaleza del pago o a favor de quien se le realiza.
- iv. Reglas que limitan el nivel de gastos por intereses o deuda en una entidad con referencia a un ratio fijo, tal como la deuda sobre el capital, los intereses sobre las ganancias o los intereses sobre los activos totales.
- v. Reglas que limitan el nivel de gastos por intereses o deuda en una entidad con referencia a la posición general del grupo.
- vi. Reglas antielusivas específicas que prohíben la deducción de intereses ante transacciones específicas.

La legislación peruana no ha sido ajena a la regulación de este fenómeno. La primera regla de subcapitalización fue introducida por la Ley No. 27356 y el Decreto Legislativo No. 945, publicado el 23 de diciembre del 2003, vigente desde el 1 de enero del 2004, la cual limitaba la deducibilidad de intereses de deudas celebradas con partes vinculadas, como regla general, sobre la base del ratio endeudamiento sobre el patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior, multiplicado por tres. En ese caso, los intereses vinculados al endeudamiento que excediesen el límite de subcapitalización no serían deducibles para efectos del Impuesto a la Renta. Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo No. 1424, vigente a partir del 1 de enero del 2019, se amplió el ámbito de aplicación del límite de subcapitalización a los endeudamientos celebrados con terceros, independientemente de que sean vinculados o no.

El Decreto Legislativo No. 1424 también modificó el límite aplicable a los gastos por intereses a partir del 1 de enero del 2021. En efecto, mientras que entre el 1 de enero del 2018 y el 31 de diciembre del 2020 sería de aplicación el límite de subcapitalización sobre la base del ratio endeudamiento sobre patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior multiplicado por tres, a partir del 1 de enero del 2021 el límite se aplicaría directamente sobre los intereses netos del contribuyente (entiéndase, el exceso de gastos por intereses sobre los ingresos por intereses del ejercicio), y el ratio estaría fijado sobre la base del 30 % del EBITDA tributario del ejercicio anterior. Es decir, el límite no verificaría la efectiva subcapitalización (capital sobre endeudamiento) de una entidad, sino meramente limitaría la deducción de sus gastos por intereses netos. La relevancia de la lógica que conlleva este cambio no debe ser soslayada. Con la nueva regla, una empresa podría tener un capital simbólico (piénsese en un capital de USD 1.00), y tener un elevado nivel de endeudamiento (en estricto, estaría *subcapitalizada*), pero podría acceder —sobre la base de su EBITDA tributario— a la deducción de gastos por intereses.

En ese contexto, este artículo trata específicamente sobre los alcances del límite a la deducción de intereses netos sobre la base del EBITDA tributario vigente en el ordenamiento peruano. Se explica su funcionamiento y la adopción de las recomendaciones realizadas por la OCDE, y se hacen apuntes sobre algunos de sus aspectos controvertidos.

2. Aspectos generales del límite a la deducción de intereses en el Perú

A partir de la entrada en vigencia de la única disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo No. 1424, esto es, a partir del 1 de enero del 2021, el límite a la deducción de intereses establecido en el ordenamiento tributario en el Perú se aplica sobre los *intereses netos*, y fija como límite para la deducción de estos últimos el 30 % del EBITDA tributario del contribuyente del ejercicio anterior.

El cambio normativo representó la adopción de diversas sugerencias propuestas por la OCDE en la Acción 4 (“Limitar la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros”) del Plan BEPS, cuya última actualización se publicó en 2017. Al respecto, los dos principales cambios de la norma respecto a la regla de subcapitalización previa son los siguientes: i) el ratio ya no se fija sobre la base del monto de endeudamiento sobre el patrimonio neto del contribuyente, sino sobre su EBITDA tributario del ejercicio anterior (hemos apuntado que ello significa, en estricto, que la norma no combate la “subcapitalización”); y ii) el límite ya no aplica sobre los intereses vinculados a los endeudamientos por encima del límite, sino que aplica directamente a los “intereses netos” (al margen de los montos de endeudamiento que subyazcan a aquellos intereses).

En cuanto al ámbito de aplicación de la norma, el cual se extendió en nuestra legislación de endeudamientos con partes vinculadas a endeudamientos con terceros en general a partir del 1 de enero del 2019, algunas posturas sugieren que ello implica, inclusive, que el límite ha dejado de cumplir una función antielusiva. Tal es el caso de Fernández Antuña (2013: 21), quien precisó que la norma, al ser aplicable a endeudamientos con terceros, ya no tiene como fundamento el exceso del “*apalancamiento vinculado*”, sino que establece un límite objetivo general, premiando a las empresas con alta capacidad de beneficios, y penalizando a aquellas con baja capacidad (por ejemplo, a aquellas que operan en sectores en los cuales el financiamiento sea mayormente externo, pues pueden soportar elevados costes financieros).

Nuestro legislador, por su parte, explica la expansión del ámbito de aplicación del límite en tanto no es posible determinar si, a través de préstamos *back-to-back*, los endeudamientos con terceros en realidad sean una forma de encubrir (y así excluir del límite) endeudamientos con partes vinculadas¹.

1 Para tales efectos, la exposición de motivos del Decreto Legislativo No. 1424 sustentó la ampliación del ámbito de aplicación a los endeudamientos con partes no vinculadas en tanto “*la evidencia internacional señala que los contribuyentes pueden adoptar esquemas complejos bajo los cuales no es posible verificar si se están realizando operaciones entre partes vinculadas tales como en los que se utiliza a un tercero como intermediario, lo que se denomina back to back*”.

2.1. El EBITDA tributario

La norma tributaria que limita la deducción de los gastos por intereses netos a partir del ejercicio 2021 en el Perú contempla que dicho límite se fijará sobre la base del 30 % del EBITDA tributario del contribuyente en el ejercicio anterior. En ese sentido, un contribuyente que pretenda deducir sus gastos por intereses netos en el ejercicio 2021 (y no se encuentre en alguno de los supuestos de excepción de la norma) deberá observar como límite el 30 % del EBITDA tributario del ejercicio 2020.

El EBITDA (*ingresos antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización*, en inglés), esto es, como un método alternativo de medición de los ingresos de una compañía (a comparación del registro contable de los ingresos), tiene como utilidad *"ofrecer un indicador poderoso de solvencia porque efectivamente discrimina entre los potenciales deudores morosos y los que no lo serán"* (Papa, Peters, & Schacht, 2017: 22). En efecto, el EBITDA es especialmente útil para determinar la solvencia de una entidad, pues captura la habilidad de esta para cumplir con sus deudas. Dicha medida obliga a que el cálculo del resultado de una entidad no considere los gastos por intereses (pues permitiría uniformizar el cálculo de los ingresos al margen de si el financiamiento es externo [deuda] o interno [capital]), los impuestos (pues la carga tributaria sería independiente a la rentabilidad generada por una empresa), y la depreciación y amortización (pues serían gastos no efectivos del periodo y no afectarían su flujo de caja) (Bouwens, De Kok, & Verriest, 2019: 15-21).

En el caso de la legislación peruana, el EBITDA sobre el cual se fija el límite de la deducción de intereses no refiere a indicadores meramente contables, sino que observa más bien un EBITDA tributario. En efecto, la norma define como "EBITDA" para dicho cálculo a la *"Renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, la depreciación y amortización"*.

Para tales efectos, entonces, un contribuyente que pretenda deducir gastos por intereses netos en el ejercicio 2021 deberá sumar a su renta neta del ejercicio 2020, luego de compensadas las pérdidas de los ejercicios anteriores, los intereses netos, la depreciación y la amortización. Sobre el resultado de dicha suma (el EBITDA tributario), aplicará el porcentaje del 30 % y así habrá determinado su límite de la deducción de intereses para el ejercicio 2021.

En el caso peruano, cabe destacar que se ha optado por el EBITDA tributario como medida única y determinante del límite a la deducción de los intereses. La norma no prevé prueba en contrario para demostrar, para efectos fiscales, que los gastos por intereses netos reflejan la verdadera capacidad de apalancamiento de la entidad en línea con la inversión en el negocio o actividad gravada. En consecuencia, entidades cuyas principales inversiones son activos intangibles que no admiten amortización para efectos tributarios (por ejemplo, por no tener duración limitada y ser creación propia) no podrían, a través de una medición alternativa, acceder a un límite superior al 30 % de su EBITDA tributario. De acuerdo con lo señalado por García Novoa (2016: 54), modelos como el francés establecen un límite sobre la base del más elevado de tres ratios; 1) un ratio de 1.5 de endeudamiento sobre el capital, 2) un 25 % del EBITDA, o 3) el importe de los intereses pagados a terceros independientes.

2.2. El concepto de “interés neto”

El límite de la deducción de intereses netos vigente a partir del ejercicio 2021 es aplicable sobre los *intereses netos* que el contribuyente pretenda deducir en un ejercicio. En ese sentido, la norma define el concepto de *intereses netos* como el “*monto de los gastos por intereses que exceda el monto de los ingresos por intereses, computables para determinar la renta neta*”².

La norma reglamentaria establece, por su parte, que “*el interés neto se calcula deduciendo de los gastos por intereses, que cumplan con lo previsto en el primer párrafo del inciso a) del artículo 37 de la Ley y que sean imputables en el ejercicio de acuerdo con lo previsto en la Ley y, de corresponder, con otras normas que establezcan disposiciones especiales para reconocer el gasto, los ingresos por intereses gravados con el impuesto a la renta*”^{3,4}.

La aplicación del límite a un *interés neto*, entendiendo como aquel el exceso de gastos por intereses sobre ingresos por intereses (en el caso peruano, tomando como base los gastos e ingresos *tributarios*), se ajusta a lo establecido por la OECD en la Acción 4 del Plan BEPS. La última actualización de dicho reporte estableció que “*una característica importante de la regla del ratio fijo es que únicamente limita la deducción del interés neto (i.e. el gasto por interés en exceso del ingreso por interés). La regla no restringe la habilidad de los grupos multinacionales de elevar el nivel de endeudamiento con terceros en el país y la entidad que sea más eficiente tomando en cuenta factores extratributarios como calificación crediticia, moneda y acceso a mercados de capitales, y posteriormente prestar los montos recibidos dentro del grupo son utilizados para financiar las actividades económicas del grupo*” (OECD, 2017: 14).

2.3. Los contribuyentes e intereses no sujetos al límite

En línea con las recomendaciones de la OECD en la Acción 4 del Plan BEPS, el límite de a la deducción de intereses en el Perú contiene diversas exclusiones. La norma refiere que el límite no es aplicable a:

- i. Empresas del sistema financiero y de seguros señaladas en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.
- ii. Contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio en que pretendan deducir los intereses sean menores o iguales a 2500 Unidades Impositivas Tributarias (S/ 12,375,000.00 en el 2023 – aprox. USD 3,250,000.00).
- iii. Contribuyentes que desarrollen proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a aquellos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica en el marco de la normativa de promoción de dichas inversiones por parte del Estado.

2 Sección i) del numeral 1 del literal a) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta.

3 Sección ii) del numeral 1 del literal a) del artículo 21 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

4 La norma reglamentaria fue modificada mediante el Decreto Supremo No. 402-2021-EF, publicado el 30 de diciembre del 2021.

- iv. Intereses de endeudamientos para el desarrollo de “Proyectos en Activo” de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a aquellos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.
- v. Intereses de endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios que se realicen por oferta pública primaria, siempre y cuando los mismos sean nominativos y la oferta pública se coloque en un número mínimo de cinco inversionistas no vinculados al emisor.

Estas exclusiones son consistentes con lo recomendado por la OCDE. En efecto, esta última recomienda que *“Para remover de la regla a las entidades que presentan un bajo riesgo desde el punto de vista de una regla de limitación a los intereses, un país puede aplicar un umbral de minimis basado en el valor monetario de los gastos por intereses netos. Las entidades debajo de este umbral podrán deducir sus gastos por intereses sin restricción alguna”* (OECD, 2017: 30). En el Perú, dicho umbral está fijado en 2,500 Unidades Impositivas Tributarias (S/ 12,375,000.00 en el 2023 – aprox. USD 3,250,000.00); sin embargo, la regla no prevé un mecanismo para evitar la fragmentación por parte de un grupo multinacional, el cual podría establecer un número de entidades en el Perú y estar cada una de ellas por debajo del límite para aplicar la regla de la deducción de intereses⁵. Podría haberse contemplado, por ejemplo, que dicha excepción no es aplicable a las empresas que conforman grupos empresariales.

En cuanto a las empresas del sistema financiero (banca y seguros), la OCDE reconoce que, cuando no se identifiquen “riesgos materiales” de erosión de la base a través de la deducción de intereses, *“un país puede razonablemente excluir a los grupos de banca y/o seguros de la regla del ratio fijo”* (OECD, 2017: 15). Finalmente, en cuanto a las empresas que realicen actividades de inversión pública (o los intereses vinculados a dichas inversiones), es razonable su exclusión en tanto la vinculación con dichos proyectos reduce sustancialmente el riesgo de una erosión de la base imponible mediante la deducción de intereses (OECD, 2017: 14).

2.4. El arrastre de los intereses netos por encima del límite

La regla de la deducción de intereses netos en la legislación peruana ofrece a los contribuyentes que no puedan deducir sus gastos por intereses netos en un ejercicio (por estar por encima del límite del 30 % del EBITDA tributario del ejercicio anterior) un alivio consistente en permitir el arrastre de dichos gastos por intereses netos a los cuatro ejercicios siguientes.

De esa forma, en caso un contribuyente no pueda deducir un monto de gastos por intereses netos en un ejercicio por superar el límite a la deducción de intereses, podrá arrastrarlos a los ejercicios siguientes, con un límite de cuatro ejercicios. La norma reglamentaria precisa que se consideran, para tales efectos, en primer lugar los intereses netos generados en el ejercicio más antiguo que se encuentren dentro del plazo del arrastre (cuatro ejercicios siguientes al ejercicio en que se generaron). Esta posibilidad guarda semejanzas con la posibilidad que existe en el Impuesto a la Renta

⁵ Sobre ello, la OCDE recomienda que las legislaciones adopten las denominadas reglas “anti-fragmentación” para evitar el abuso del umbral de *minimis* (OECD, 2017: 30).

de Tercera Categoría (i. e., el empresarial) de arrastrar pérdidas tributarias a ejercicios futuros, aunque con una diferencia relevante, pues en el caso de las pérdidas tributarias en general una de las alternativas permite el arrastre de pérdidas tributarias sin limitación temporal.

La OCDE, por su parte, es enfática al precisar que *"pueden existir casos en los que el monto del gasto por interés de una entidad exceda aquel que es permitido meramente como un resultado de un desfase temporal que se corregirá en periodos futuros. Esto se podrá dar, por ejemplo, cuando una entidad incurra en gastos por interés para financiar un proyecto que generará ingresos en un periodo futuro"*. En consecuencia, *"permitir que el gasto por interés no deducido [...] sea utilizado en otros periodos a través de un arrastre [...] tendría claros beneficios para las entidades, reduciendo el riesgo de una prohibición permanente del gasto por interés cuando el gasto por interés y el EBITDA surjan en periodos diferentes"* (OECD, 2017: 72).

No obstante, permitir el arrastre ilimitado de los gastos por intereses —señala la OCDE— sería un incentivo para elevar el nivel de endeudamiento de una entidad por encima del máximo permitido, con el conocimiento que podría arrastrar dichos gastos por interés hacia el futuro y deducirlos, eventualmente, en algún ejercicio siguiente (OECD, 2017: 73). En el caso de la legislación peruana, haber adoptado esta postura —rígida en nuestra opinión— tiene dos razones que vale la pena destacar: la primera, que la norma estaría presumiendo que el retorno de una inversión realizada con financiamiento externo, en *general*, se dará dentro de los cuatro ejercicios siguientes a dicho endeudamiento, y la segunda, que la norma no prevé la posibilidad de utilizar el EBITDA tributario que no superó el límite a ejercicios futuros (es relevante en este caso el escenario en la legislación española, el cual no aplica un límite temporal para el arrastre de los intereses no deducidos y permite aplicar el beneficio operativo no utilizado hasta en los cinco ejercicios siguientes (García Novoa, 2016: 118)). Sobre esto último, piénsese en una empresa con una excesiva capacidad de endeudamiento (un alto EBITDA tributario del ejercicio anterior) en un ejercicio, que —en tanto incurre en inversiones sustanciales haciendo uso del financiamiento externo adquirido— registra una deducción de gastos por intereses netos que no se acerca al 30 % de su EBITDA tributario del ejercicio anterior. Dicha capacidad de endeudamiento en un ejercicio, la cual no fue utilizada por la empresa, no es tomado en cuenta por la norma, pues la misma únicamente estaría verificando la capacidad de endeudamiento en un ejercicio dado, y no así en un lapso de tiempo razonable que ofrezca una visión más fehaciente de los resultados de la empresa (lo cual se lograría permitiendo el arrastre de dicha capacidad o, alternativamente, verificando un promedio plurianual del EBITDA tributario).

3. La elección de un EBITDA tributario

Como señalamos previamente, en el caso de la regla del límite a la deducción de intereses en el Perú, el límite está fijado sobre la base de un EBITDA tributario. En efecto, el EBITDA para determinar el límite está definido como la *"Renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, la depreciación y amortización"*.

No es irrazonable que el legislador haya optado por un EBITDA sobre la determinación de valores tributarios: la misma OCDE en su Acción 4 del Plan BEPS refiere que utilizar un EBITDA tributario ofrece diversas ventajas, como facilitar la aplicación y fiscalización del límite, reducir la posibilidad de que una entidad con EBITDA negativo deba pagar impuestos por aplicación del límite, y minimizar el riesgo de que un grupo aumente el límite aplicable de una entidad sin aumentar, a su vez, el nivel de renta gravable en un país (OECD, 2017: 52). Sin embargo, dicha elección, conforme explicaremos más adelante, es la causa de diversos desafíos interpretativos que presenta la norma.

El legislador peruano explica su decisión de optar por un EBITDA tributario sobre la base del mismo argumento utilizado por la OCDE. La exposición de motivos del Decreto Legislativo No. 1424, que incorporó la regla del límite de la deducción de intereses sobre la base del EBITDA a nuestra legislación, dispone que *"Se ha optado por tomar el EBITDA dado que este refleja que tan rentable es un negocio sin verse afectado por los intereses, depreciaciones y amortizaciones. Asimismo, se propone que este EBITDA sea construido sobre base tributaria a fin de evitar que sea manipulado para incrementar el límite"*.

La elección del EBITDA tributario nos obliga a reflexionar sobre la posibilidad de que existan alternativas mejores de medición de la capacidad de endeudamiento de una entidad. García Novoa (2016: 105) considera que *"el EBITDA evalúa la capacidad que tiene una compañía para generar recursos a través de su actividad ordinaria. Al no tener en cuenta la carga financiera equivaldría a la caja que generaría un negocio si estuviera financiado completamente por recursos propios y no pagara ningún impuesto. Y, además, un EBITDA elevado es compatible con un alto nivel de apalancamiento de la empresa (e incluso puede ser consecuencia de dicho apalancamiento) por lo que es un termómetro mucho más fiable de la situación de una empresa, a efectos de la limitación de la deducibilidad del gasto financiero [...]"*.

Sin embargo, autores como Bouwens, De Kok y Verriest (2019: 3) reconocen que *"Muchos elementos valiosos son excluidos del cálculo del EBITDA, haciéndolo menos confiable para reflejar el desempeño económico de una compañía. Adicionalmente, al comparar el EBITDA con medidas alternativas de ingresos y flujos de caja, encontramos que el EBITDA es usualmente el número mayor. Por ende, el EBITDA parece ser el indicador preferible para utilizar cuando la gerencia quiere mostrar una mejor imagen del desempeño de la compañía. En este sentido, nuestro análisis apoya las preocupaciones de los reguladores y establecedores de estándares"*.

Como quiera que sea, nuestro legislador ha establecido el límite a la deducción de gastos por intereses netos en función de un EBITDA con base tributaria. De ahí que la reconstrucción de la capacidad de endeudamiento de una entidad se realice sobre valores tributarios: la renta neta, luego de compensadas las pérdidas, más los intereses netos, la depreciación y la amortización tributaria.

En cuanto a la renta neta, será la determinada de acuerdo con las normas tributarias aplicables. Una primera interrogante es la relativa a la modificación de la renta neta (aumentándola) producto de una fiscalización posterior realizada por la Administración Tributaria (o de una rectificatoria posterior). Esto aumentaría el EBITDA tributario (el cual parte de la renta neta del contribuyente) al ejercicio siguiente; ¿puede el contribuyente, mediante una declaración jurada rectificatoria, hacer uso de ese EBITDA tributario aumentado, pudiendo deducir así un mayor gasto por interés neto? Nuestra postura es, al igual que la de Talledo Mazú (2021: 1-2), afirmativa, toda vez que no existiría prohibición para que el nuevo límite —determinado por la Administración— sea utilizado por el contribuyente. A su vez, la norma refiere a la “renta neta” luego de efectuada la compensación de pérdidas, y el reglamento precisa que dicha compensación es aquella a la que se refiere el artículo 50 de la ley. En este caso, lo coherente es que el contribuyente compense sus pérdidas según el método que haya elegido según la referida norma.

En el caso de los intereses netos, la norma presenta desafíos en su interpretación. Nos explicamos: la norma legal establece que los *intereses netos* para determinar el EBITDA (así como a los que les aplica el límite) se calculan según el exceso de los gastos por intereses sobre los ingresos por intereses “*computables para determinar la renta neta*”. Ello sugiere, en una primera lectura, que para determinar los intereses netos del ejercicio anterior (lo que modificará el EBITDA tributario del contribuyente, pues estos se agregarán a su renta neta) únicamente se deben tomar en cuenta i) los gastos por intereses efectivamente deducidos o a deducir, y ii) los ingresos por intereses efectivamente gravados o a gravar. Así, para calcular los intereses netos del ejercicio anterior de un contribuyente, no se deberían tomar en cuenta aquellos gastos por intereses que no se pudieron deducir en el ejercicio anterior por exceder el límite de la deducción de intereses (los que forman parte del arrastre máximo de cuatro años).

Sin embargo, la norma reglamentaria ofrece una interpretación de lo que se debe entender por intereses “*computables para determinar la renta neta*” según lo dispuesto por la norma legal. Así, al definir el concepto de “EBITDA”, la norma reglamentaria precisa que se deben adicionar a la renta neta del ejercicio, luego de efectuada la compensación de pérdidas, el interés neto, la depreciación y la amortización *que hubiesen sido deducidos* para determinar dicha renta neta. Sin embargo, la misma norma reglamentaria establece que los gastos por intereses a tomar en cuenta para establecer los *intereses netos* son aquellos que *cumplan con lo dispuesto en el primer párrafo del inciso a) del artículo 37 de la Ley y que sean imputables al ejercicio de acuerdo con lo previsto con la Ley*. ¿Qué condición contiene el *primer párrafo* del inciso a) del artículo 37 de la Ley, referenciado por la norma reglamentaria? Pues que serán deducibles “*los intereses de deudas [...] siempre que hayan sido contraídas para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención o producción de rentas gravadas en el país o mantener su fuente productora*”. Por su parte, en cuanto al criterio de imputación a dicho ejercicio, el artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta precisa que los gastos para determinar las rentas de tercera categoría se imputan al ejercicio en el que se devenguen (existen ciertas excepciones, sin embargo, a este criterio de imputación, por ejemplo cuando el acreedor sea una persona natural domiciliada o un no domiciliado).

Véase que, en sentido estricto, se podrán generar gastos por intereses en un ejercicio que cumplan con lo dispuesto en el inciso a) del artículo 37 de la Ley (i. e., que las deudas hayan sido contraídas para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención o producción de rentas gravadas en el

país o mantener su fuente productora) y que sean imputables a dicho ejercicio, cumpliendo así los requisitos de la norma reglamentaria para considerarlos en el cálculo de los *intereses netos*, pero que no sean efectivamente deducidos para determinar la renta neta, pues exceden el límite de la deducción de intereses netos, incumpliendo así el requisito de la norma legal.

La consecuencia derivada de esta problemática no es menor: aumentar el monto de los gastos por intereses deducibles "potencialmente" de un ejercicio anterior, considerando inclusive los gastos por intereses que hayan excedido el límite de la deducción de intereses para determinar el *interés neto*, elevará el EBITDA tributario del contribuyente de dicho ejercicio, aumentando su límite aplicable al ejercicio siguiente. Excluir dichos intereses, por otra parte, reducirá este último.

Es posible argumentar que se consideren aquellos intereses netos que efectivamente hayan sido deducidos en el ejercicio anterior para determinar el EBITDA tributario. En efecto, al optar nuestra legislación por un EBITDA *tributario*, los gastos financieros que se excluyan (es decir, que se sumen) para reconstruir la "renta neta" serían únicamente los que hayan incidido en la determinación de esa renta neta de manera efectiva, es decir, que hayan sido deducidos en el ejercicio anterior.

Sin embargo, una perspectiva más alineada con el principio de causalidad nos permite reflexionar, a su vez, que mientras que la norma legal únicamente refiere a los intereses "computables" para determinar la renta neta, es la norma reglamentaria la que define (aunque no de manera explícita) qué debemos entender por el término *computables*. Así, un contribuyente debería considerar, para reconstruir su EBITDA, los gastos por intereses que cumplan con el requisito de la causalidad y sean imputables al ejercicio anterior, al margen de que efectivamente hayan incidido sobre la renta neta de aquel.

Dicha lectura resulta, indudablemente, más equitativa para el contribuyente. En efecto, permitir que el EBITDA tributario esté compuesto por los gastos por intereses de un ejercicio que cumplan con la causalidad y el criterio de imputación, al margen de si se permitió su deducción en aplicación del límite, aumenta el EBITDA tributario, pues incrementa los "intereses netos".

En cuanto a la depreciación y amortización, la norma reglamentaria sugiere que son aquellas efectivamente deducidas para determinar la renta neta. Esto, nuevamente, guarda coherencia con la intención de reconstruir la renta neta, pues le agrega los gastos que la afectaron para efectos tributarios.

No obstante, donde la definición de estos conceptos resulta controvertible es en su alcance para efectos tributarios. Para ello, es relevante referirnos a la emisión de una opinión por parte de la Administración Tributaria peruana en el 2021 sobre los gastos de "*amortización*" que deban ser considerados para el EBITDA tributario. En efecto, en el caso de la Ley del Impuesto a la Renta peruana, esta admite que los contribuyentes puedan deducir como gasto, a efectos de determinar su renta neta, el monto pagado por un intangible de duración limitada de dos maneras: i) deducir como gasto la totalidad del monto en un solo ejercicio, o ii) *amortizarlo* proporcionalmente en un periodo de diez años.

En ese contexto, se le consultó a la Administración Tributaria si el monto pagado por un intangible de duración limitada, en caso de que se opte por deducirlo en un solo ejercicio, debía sumarse en su totalidad como "amortización" para calcular el EBITDA en el ejercicio siguiente, o si debía sumarse a razón de 1/10 como "amortización" para calcular el EBITDA en los diez ejercicios siguientes. Ante ello, la Administración opinó que en tanto la opción de deducir como gasto la totalidad del monto pagado por un intangible en un solo ejercicio no calificaría como una "amortización" (la cual, para la Administración, sería la distribución sistemática del importe depreciable de un activo intangible durante los años de su vida útil), no es posible considerar dicho gasto por amortización para calcular el EBITDA tributario, sea en el ejercicio siguiente a su deducción o en alguno de los diez ejercicios siguientes (2021: 3-4).

El informe de la Administración Tributaria, entonces, concluye que los contribuyentes que opten por deducir el gasto por el monto pagado por un intangible de duración limitada en un solo ejercicio no lo podrán sumar a su renta neta para calcular su EBITDA tributario. Al mismo tiempo, sugiere que, en caso de que un contribuyente opte por deducir dicho gasto de manera proporcional en diez ejercicios, sí lo podrá sumar a su renta neta para el cálculo de su EBITDA tributario. El efecto de dicha opinión tiene como consecuencia la reducción del EBITDA tributario del contribuyente en el ejercicio posterior inmediato en el cual incurrió en el gasto, pues el gasto habría incidido en su renta neta del ejercicio anterior (deducción), pero no permitiría neutralizar tal efecto en su reconstrucción para el EBITDA, ya que no podría sumarlo como "amortización".

En este caso, consideramos que la Administración Tributaria trata de manera poco coherente la naturaleza del gasto incurrido en la adquisición de un intangible de duración limitada, el cual tiene efectos directos sobre la renta neta del contribuyente. Véase que, incluso cuando la misma Administración admite que la amortización implica la distribución sistemática del costo de un activo en su vida útil, el contribuyente que opte por deducir el gasto por adquisición de un intangible de duración limitada en un solo ejercicio está optando por una alternativa ofrecida por la misma norma tributaria de forma expresa, es decir, acelerando dicha amortización de un intangible (la cual, para efectos contables, se mantendrá en los ejercicios siguientes como desvalorización) a un solo ejercicio. Tal aceleración consideramos que no es suficiente para concluir que no estamos ante una amortización, máxime cuando la exclusión de la amortización de intangibles del EBITDA pretende reconocer que esta no debe afectar el cálculo de la rentabilidad de una empresa al tratarse del recupero de la inversión en un intangible.

En suma, consideramos que es necesario que el límite a la deducción de gastos por intereses en el Perú sea desarrollada, legislativa o jurisprudencialmente, a efectos de esclarecer los conceptos que integran el EBITDA tributario, así como la definición de "intereses netos" (piénsese, por ejemplo, en instrumentos híbridos de deuda y capital) para la aplicación del límite.

4. Aplicación del límite para empresas en pérdida

Con la entrada en vigencia del límite a la deducción de intereses sobre la base del EBITDA tributario, el 1 de enero del 2021, la norma no definió qué se debía entender por “renta neta”. La cuestión se suscitó en cuanto a los contribuyentes que registren una pérdida tributaria: ¿estos deberían considerar dicho resultado negativo a efectos de reconstruir su EBITDA tributario?, ¿o el término “renta neta” sugiere necesariamente un resultado que como mínimo sería 0?

Mediante el Decreto Supremo No. 402-2021-EF se modificó la norma reglamentaria aplicable al límite, esclareciendo esta discusión. En efecto, la norma precisó que el concepto de *renta neta* únicamente alude a un resultado positivo, con lo cual, en caso de que el resultado tributario de un ejercicio fiscal sea una pérdida tributaria o tenga un resultado positivo menor a sus pérdidas arrastrables (dando un resultado neto, finalmente, negativo), este componente del EBITDA será considerado 0.

En consecuencia, en caso de que el resultado de un ejercicio fiscal sea negativo (sea por las operaciones de ese mismo ejercicio o por el arrastre de pérdidas compensables), el EBITDA tributario estaría dado por la suma de los intereses netos, la depreciación y la amortización.

Consideramos que la postura adoptada por la norma reglamentaria en este extremo es, cuando menos, problemática. Nos explicamos: el EBITDA sobre la base de valores contables (a diferencia del EBITDA tributario elegido por el legislador en el caso peruano) admite plenamente la posibilidad de un resultado negativo. Lonski (2018: 2), en su momento economista principal en el área de investigación de mercados capitales de Moody's, señaló que *“si el EBITDA es negativo, el ratio de deuda corporativa a EBITDA será menor a cero, siendo que mientras más lejano esté dicho ratio del cero, la calidad de la deuda corporativa será peor. [...] Mientras que la calidad del crédito mejorará mientras el ratio de deuda a EBITDA se acerque a cero, la calidad del crédito será peor una vez que el ratio se convierta en progresivamente negativo”*.

Que la norma reglamentaria en el Perú precise que el EBITDA tributario, *en ningún caso*, podrá ser negativo, contraviene la finalidad de la norma de determinar de manera más o menos confiable la capacidad de endeudamiento de una empresa. Ello en tanto, en virtud de lo dispuesto por la norma reglamentaria, una empresa con una renta neta exageradamente negativa en un ejercicio tendrá un EBITDA tributario equivalente a sus gastos por intereses netos, su depreciación y su amortización, a pesar de que estos últimos tres conceptos no cubran la totalidad de su resultado negativo, pues se sumarán a 0.

Existen argumentos que soportan la postura tomada por el legislador; tómesese, por ejemplo, una entidad que se encuentra en una pérdida relevante dos ejercicios consecutivos, y cuyos endeudamientos responden justamente a la necesidad de revertir el resultado negativo. Es posible argumentar que sería irrazonable que el resultado negativo del primer ejercicio, que ocasiona el financiamiento externo en el segundo ejercicio, sea justamente lo que ocasione que se desconozca la deducibilidad del gasto de ese financiamiento. Por otra parte, este tratamiento, aparentemente “beneficioso” para el contribuyente, podría encontrar una explicación en dos elementos claves de la entrada en vigencia del límite a la deducción de gastos por intereses en el Perú: i) el contexto

de recuperación económica en el marco de la pandemia por el COVID-19, que explicaría un tratamiento más equitativo desde el punto de vista fiscal a los contribuyentes respecto del límite a la deducción de sus gastos por intereses, pues la mayoría no tendría un EBITDA tributario elevado en dicho contexto, y ii) el menor desarrollo financiero de la economía peruana. Sobre esto último, es relevante referirnos a un estudio realizado por Mardan (2015: 5), quien aseveró que *“las reglas de limitación de deducción de intereses se vuelven más indulgentes mientras el desarrollo financiero de un país empeora. La razón es que una regla de limitación de deducción de intereses mejora de manera indirecta la habilidad de entidades financieramente restringidas de acceder a financiamiento externo”*.

Sin embargo, es razonable considerar que el mecanismo idóneo para enfrentar el escenario aquí descrito es justamente el arrastre de los intereses no deducidos en un ejercicio. En el caso de la compañía con resultados exageradamente negativos que se endeudó para revertirlos, esta goza de un horizonte temporal de cuatro ejercicios siguientes para poder deducir los gastos por intereses no deducidos en el ejercicio en que se incurrieron. Es justamente esta posibilidad de arrastre lo que responde a la necesidad de evitar un exceso de gravamen, pues reconoce que la capacidad de endeudamiento de una empresa no debe ser tomada como un elemento unívoco y estático en un ejercicio fiscal, sino que está sujeto a diversas condiciones y variables que se manifiestan a lo largo de un horizonte temporal plurianual. Por ello, una solución más adecuada sería extender la posibilidad de arrastre a plazos mayores a cuatro años en empresas que tengan etapas de inversión más largas o se encuentren en etapa de pérdidas o reactivación de su actividad.

5. Empresas preoperativas y aquellas que “inicien actividades”

Otro escenario controvertido en la aplicación del límite a la deducción de gastos por intereses en el Perú es el vinculado a las empresas que se encuentren en una etapa preoperativa, así como aquellas que inicien actividades en el ejercicio.

5.1. Empresas preoperativas

En el caso de la Ley del Impuesto a la Renta peruana, el literal g) de su artículo 37 establece una disposición especial para la deducción de gastos devengados en etapa preoperativa. Dicha norma precisa que los gastos preoperativos iniciales y los originados por la expansión de actividades de la empresa, así como los intereses devengados en el periodo preoperativo, pueden deducirse:

- i. en el primer ejercicio (esto es, el primer ejercicio operativo); o
- ii. amortizarse proporcionalmente en el plazo máximo de diez años.

Ante ello, una primera controversia —aparente— era la vinculada a la aplicación conjunta del límite a la deducción de los gastos por intereses con la norma especial para los intereses devengados en etapa preoperativa. Ello fue consultado a la Administración Tributaria, que emitió

una opinión mediante su Informe No. 059-2020-SUNAT, en la que concluyó que los gastos por intereses en etapa preoperativa debían observar ambas normas: el límite a la deducción de los gastos por intereses es un límite cuantitativo, mientras que la norma para los gastos por intereses devengados en etapa preoperativa regula más bien la oportunidad en la que estos pueden deducirse (2020: 1-4).

El razonamiento de la Administración Tributaria, con el cual concordamos, se sustenta en que no existe contradicción alguna entre ambas normas. Por el contrario, ambas admiten una aplicación conjunta, pues determinan dos aspectos relevantes de la deducción de los gastos por intereses: su cuantía y el ejercicio en el que se pueden imputar.

Sin embargo, una discusión secundaria, que acaso encuentra mayor sustento jurídico para su prevalencia, es la vinculada a la forma de cálculo del límite de deducción de los intereses devengados en etapa preoperativa.

Ofrecemos aquí el siguiente escenario: una empresa que se encuentra en etapa preoperativa en los ejercicios 1, 2 y 3 genera gastos por intereses netos de 10 en cada uno de aquellos ejercicios (un total de 30). Finalmente, en el ejercicio 4, inicia su etapa operativa y opta por deducir el monto de 30 gastos por intereses netos devengados en los ejercicios 1 a 3 en su primer ejercicio, esto es, el ejercicio 4. ¿La empresa debe calcular el límite a la deducción de los intereses y aplicarlo al monto de 30 que pretende deducir en el ejercicio 4? ¿O debe calcular el límite a la deducción de los intereses y aplicarlo, individualmente, a los 10 intereses generados en cada ejercicio?

En este extremo, la Administración Tributaria en el Perú y el Tribunal Fiscal (el órgano resolutor en materia contencioso-tributaria) han adoptado posturas contradictorias. Mientras que la Administración Tributaria, en su Informe No. 015-2021-SUNAT señaló que la regla del límite a la deducción de los intereses es aplicable a los intereses que sean imputables al ejercicio (es decir, a los que se pretendan deducir) (2021: 5), estableciendo entonces que el límite en nuestro caso debe aplicarse a la totalidad de intereses que se pretendan deducir en el ejercicio 4 (30), el Tribunal Fiscal, mediante su Resolución No. 4711-4-2020, precisó más bien que el límite debía aplicarse de manera *individual* a los intereses generados en cada ejercicio preoperativo (en nuestro ejemplo, aplicar el límite de manera individual a los gastos por intereses netos de 10 generados en cada ejercicio)⁶.

Existen argumentos a favor de ambas posturas. Por un lado, es correcto señalar —como hace la Administración Tributaria— que la norma que limita la deducción de los gastos por intereses establece que el límite aplica sobre los intereses netos, entendiéndose como aquellos los gastos e ingresos por intereses que sean *computables para determinar la renta neta*. En nuestro ejemplo, en el ejercicio 4, los gastos por intereses netos computables para determinar la renta neta son, efectivamente, 30. Sin embargo, también es razonable aludir a que la capacidad de endeudamiento de una empresa en etapa preoperativa no se ve reflejada aplicando el límite de manera global; la generación de un monto de gastos por intereses de 10 en tres ejercicios difiere de la generación de un monto de gastos por intereses de 30 en un solo ejercicio.

⁶ Es clave señalar que el Tribunal Fiscal emitió dicha resolución sobre la base de la redacción previa del límite a la deducción de los gastos por intereses, cuando era aplicable sobre los endeudamientos y se calculaba sobre la base del patrimonio neto del contribuyente.

En este caso, consideramos que la postura adoptada por la Administración Tributaria es la correcta. Ello por tres motivos: el primero está vinculado a la reflexión realizada en el párrafo previo. Como quiera que la etapa preoperativa genera gastos por intereses en un horizonte temporal mayor a un ejercicio, la norma legal que regula el límite a los intereses es aplicable a aquellos *computables* para determinar la renta neta en un ejercicio, al margen del ejercicio en que se hayan devengado. Por otra parte, la norma que limita los gastos por intereses ofrece, como hemos explicado previamente, un alivio a los intereses no deducidos, admitiendo su arrastre por cuatro ejercicios siguientes. Es justamente esta la razón que la OCDE ofrece al recomendar que se permita el arrastre de los intereses no deducidos: combatir el desfase temporal que puede ocurrir cuando una empresa se endeuda para financiar un proyecto o inversión que generará ingresos en el futuro (OECD, 2017: 72). Finalmente, en el caso de gastos por intereses preoperativos, el ordenamiento tributario ofrece un alivio adicional, puesto que la totalidad de gastos generados en esa etapa pueden ser amortizados de manera proporcional en un plazo de hasta diez ejercicios. En nuestro caso, el monto de gasto por intereses netos de 30 generados en los ejercicios 1 a 3 podrían amortizarse entre el ejercicio 4 y 14 (diez ejercicios), imputando a cada ejercicio —y, en consecuencia, reduciendo el monto de intereses sujetos al límite— un monto de gastos por intereses netos de 3.

5.2. Empresas que inicien actividades

Otro escenario sobre el cual pueden existir controversias es el vinculado a empresas que inicien actividades en un ejercicio. Al respecto, mientras que las empresas ya constituidas y con actividades en ejercicios precedentes tenían, ante la entrada en vigencia de la regla, los valores tributarios necesarios para determinar su EBITDA y, en consecuencia, su límite a la deducción de gastos por intereses, ello se problematizaba para empresas que se constituyan en el ejercicio en que pretendan deducir sus gastos por intereses, o que no cuenten con actividades previas.

En ese contexto, antes de la entrada en vigencia del límite a la deducción de los gastos por intereses sobre la base del EBITDA tributario (el 1 de enero del 2021), se publicó el Decreto Supremo No. 432-2020-EF (el 31 de diciembre del 2020). Dicha norma estableció en su tercera disposición complementaria final que *“los contribuyentes que se constituyan o inicien actividades en el ejercicio consideran el EBITDA de dicho ejercicio”*.

En el caso de una empresa que se constituya o inicie actividades en un ejercicio, deberá tomar en cuenta —entonces— el EBITDA tributario de tal ejercicio para determinar su límite a la deducción de gastos por intereses. Sin embargo, surge una interrogante en tanto el EBITDA tributario está compuesto, justamente, por aquellos intereses que la empresa pretende deducir (*intereses netos*) en el año de inicio de operaciones. En ese caso, ¿el cálculo debería excluir a los intereses netos en tanto estos se establecerán por el mismo cálculo que se realiza? La norma reglamentaria no ha incluido ninguna precisión distinta, por lo que dichos intereses netos deberán formar parte del EBITDA tributario utilizando una fórmula circular.

Por otra parte, otro elemento materia de discusión es el alcance del concepto de “iniciar actividades”. La norma no establece qué se debe entender por el ejercicio en que se inicien actividades. ¿Incluye, por ejemplo, al primer ejercicio operativo de una empresa que no mantenga otros proyectos? ¿O se refiere, más bien, a la fecha de inicio de actividades según el Registro Único de

Contribuyentes del Perú, el cual no necesariamente coincide con el inicio de la actividad económica? Resulta evidente, además, que las empresas pueden constituirse en un ejercicio, pero iniciar actividades en uno posterior.

Sobre este punto, resultan indispensables mayores precisiones normativas sobre el alcance de este concepto, pues dicha definición incidirá directamente en el límite que deben considerar las empresas para deducir sus gastos por intereses.

6. Cálculo del límite y aplicación de los intereses netos arrastrados

Habiendo explicado hasta aquí los aspectos principales del funcionamiento de la regla de limitación a la deducción de intereses en el Perú, ofrecemos dos escenarios de aplicación de dicho límite y el arrastre de los intereses netos. El primero presume que los intereses netos a ser considerados en el EBITDA tributario son aquellos efectivamente deducidos en un ejercicio, y el segundo presume que los intereses netos a ser considerados son más bien aquellos que sean "computables" en un ejercicio, entendiendo por ello que sean causales e imputables temporalmente a tal ejercicio (véase el acápite 3 del presente artículo).

En ambos escenarios, partimos de un supuesto en el que la empresa A, domiciliada en el Perú, registra en el ejercicio 2021 una renta neta de 10, unos gastos por intereses de 10 y unos ingresos por intereses de 2 (no registra depreciación ni amortización). Estos ingresos y gastos por intereses (en tanto provienen de un crédito y un endeudamiento plurianual con una tasa fija) se mantienen a lo largo de todos los ejercicios. En aplicación del límite en el ejercicio 2021, sin embargo, únicamente pudo deducir 4 de los 8 intereses netos que registró en el ejercicio. Presumimos, desde luego, que la empresa en ningún caso se encuentra en una causal de excepción de aplicación del límite.

6.1. Escenario 1: aplicación del límite y arrastre de intereses netos efectivamente deducidos

En este escenario, la empresa registraría un EBITDA tributario para el ejercicio 2022 de 14 (la renta neta de 2021: 10 + los intereses netos de 4 del ejercicio 2021). Ello quiere decir que, al ejercicio 2022, la empresa tiene un límite a la deducción de intereses de 4.2 (30 % de 14). En consecuencia, en el ejercicio 2022 el límite de intereses netos a ser deducidos es de 4.2. En ese sentido, la empresa podrá deducir los 4 intereses arrastrados del ejercicio 2021, y únicamente 0.2 intereses netos de los 8 registrados en el 2022.

Para el ejercicio 2023, su EBITDA tributario sería de 14.2 (presumiendo que su renta neta se mantuvo igual en el ejercicio 2022), lo que generaría un límite de 4.26 (30 %). En este caso, nuevamente registra unos intereses netos de 8 (se mantienen sus gastos por intereses de 10 y sus ingresos por intereses de 2). No obstante, en este caso la empresa continúa arrastrando los intereses no deducidos del ejercicio 2022 – 7.8 (pues pudo deducir 0.2). En el ejercicio 2023, habiendo

mantenido el mismo nivel de renta neta y endeudamiento desde el ejercicio 2021, la empresa ya no podría deducir los intereses netos generados en tal ejercicio, pues su capacidad de endeudamiento será utilizada por los intereses que arrastra del ejercicio anterior.

El escenario, desde luego elaborado con números de laboratorio para poder ejemplificar el efecto de una manera práctica, nos muestra que, bajo la interpretación de que los intereses computables para determinar el EBITDA tributario únicamente son aquellos efectivamente deducidos, la empresa genera unos intereses por arrastrar de 7.8 al ejercicio 2023, y un límite del EBITDA de 4.26 en dicho ejercicio.

6.2. Escenario 2: aplicación del límite y arrastre de intereses netos “computables”

En este escenario, la empresa registraría un EBITDA tributario para el ejercicio 2022 de 18 (la renta neta de 10 + los intereses netos de 8 del ejercicio 2021). Su límite de deducción de intereses sería, para efectos tributarios, de 5.4. La empresa podría, entonces, deducir los intereses netos de 4 arrastrados del ejercicio 2021, e intereses netos de 1.4 generados en el ejercicio 2022. Con ello, se mantendrían 6.6 intereses netos del ejercicio 2022 por arrastrar.

Para el ejercicio 2023, el EBITDA tributario de la empresa sería nuevamente 18. No obstante, tiene por arrastrar intereses netos del ejercicio 2022 de 6.6, los cuales absorberían su límite de 5.6 en el ejercicio 2023.

A diferencia del escenario anterior, considerar que los intereses netos a tomar en cuenta a efectos del EBITDA tributario son aquellos “computables” para determinar la renta neta, al margen de que se hayan efectivamente deducido, tiene como consecuencia que la empresa arrastre unos intereses netos de 6.6 al ejercicio 2023 (a comparación de los 7.8 del escenario previo), y un límite del EBITDA tributario de 5.6 a dicho ejercicio (a comparación de los 4.26 del escenario previo).

Sin embargo, ambos escenarios nos muestran que, sobre la base de una misma renta neta y unos endeudamientos plurianuales, una empresa debe aumentar su renta neta, reducir sus gastos por intereses o aumentar sus ingresos por intereses en los ejercicios siguientes en que pretenda el arrastre de los intereses netos, o —de lo contrario— eventualmente no podrá deducir sus gastos por intereses del ejercicio o aquellos que arrastre, especialmente tomando en cuenta el corto horizonte temporal (cuatro años) con el que cuentan los contribuyentes para arrastrar estos últimos.

7. Conclusiones

A partir de la entrada en vigencia de la única disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo No. 1424, esto es, el 1 de enero del 2021, en el ordenamiento peruano se limita la deducción de los gastos por intereses netos hasta el 30 % del EBITDA tributario del ejercicio anterior.

El legislador, conforme hemos analizado, ha adoptado diversas sugerencias realizadas por la OCDE en su última actualización (2017) de la Acción 4 del Plan BEPS. La adopción de dicha regla

(que ya no limita la deducción de gastos por endeudamientos en función del capital del contribuyente) introduce en el ordenamiento tributario peruano disposiciones que representan un avance en cuanto al combate contra la erosión de la base tributaria mediante el desplazamiento de gastos financieros. La adopción de un EBITDA tributario que no es fácilmente modificable por los contribuyentes, o la exclusión de contribuyentes u operaciones que no representan un riesgo material de erosión, se encuentran entre los elementos más redimibles de la norma.

Sin embargo, existen disposiciones que aún requieren una clarificación por parte del legislador, el Tribunal Fiscal o la Administración Tributaria, tales como el alcance del concepto de “intereses netos” o la naturaleza tributaria de la depreciación y amortización, todos estos utilizados para calcular el EBITDA tributario. Algunas decisiones normativas se mantienen cuestionables, como el límite de cuatro ejercicios para el arrastre de los intereses no deducidos o la imposibilidad de sustentar una mayor capacidad de endeudamiento mediante un ratio alternativo (por ejemplo, el ratio de endeudamiento sobre el capital o los activos, o un EBITDA tributario que considere un resultado plurianual).

El límite de la deducción de los gastos por intereses netos en el Perú es una regulación necesaria en nuestro ordenamiento, pero es, desde luego, perfeccionable. Su inclusión en nuestra legislación representa un importante avance que, sin embargo, no debe quedar desatendido por las autoridades, pues, a poco más de dos años de su entrada en vigencia, aún existen diversos aspectos clave por dilucidar.

Bibliografía

BLOUIN, J., HUIZINAGA, H., LAEVEN, L., & NICODÉME, G. (2014). Thin capitalization rules and multinational firm capital structure. *International Monetary Fund*.

BOUWENS, J., DE KOK, T., & VERRIEST, A. (2019). The Prevalence and Validity of EBITDA as a Performance Measure. *Compatibilié, Contrôle Audit*, 55-105.

FERNÁNDEZ ANTUÑA, A. (2013). Fiscalidad Internacional de los gastos financieros: normativa interna y derecho comparado. *Instituto de Estudios Fiscales*, 3-33.

GARCÍA NOVOA, C. (2016). *La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*. Madrid: Marcial Pons.

LONKSI, J. (2018). *Credit Markets Review and Outlook*. Moody's Analytics. Retrieved from <https://www.moodyanalytics.com/-/media/article/2018/weekly-market-outlook-upon-further-review-debt-to-ebitda-still-falls-short-as-aggregate-predictor.pdf>.

MARDAN, M. (2015). Why Countries Differ in Thin Capitalization Rules: The Role of Financial Development (Working Paper). *Center for Economic Studies & Ifo Institute*, 1-33.

OECD (2012). *Thin Capitalisation Legislation: A background paper for country tax administrations*. Retrieved from página web de la OECD: www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin_capitalization_background.pdf.

OECD (2017). *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD Publishing.

PAPA, V., PETERS, S., & SCHACHT, K. (2017). Investor uses, expectations and concerns on non-GAAP financial measures. *CFA Institute*.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (SUNAT) (2020). *Informe No. 059-2020-SUNAT*. Lima: SUNAT. Retrieved from <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2020/informe-oficios/i059-2020-7T0000.pdf>.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (SUNAT) (2021). *Informe No. 015-2021-SUNAT*. Lima: SUNAT. Retrieved from <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2021/informe-oficios/i015-2021-7T0000.pdf>.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (SUNAT) (2021). *Informe No. 094-2021-SUNAT*. Lima: SUNAT. Retrieved from <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2021/informe-oficios/i094-2021-7T0000.pdf>.

TALLEDO MAZÚ, C. (2021). Inconvenientes del nuevo límite a la deducción de los intereses. *Gaileo - Sistema de Información Legal*.



Foro de
Actualidad

Foro de Actualidad

España

LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

Iván Abad Lloria y Carlos Lora González

Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda

La nueva Ley estatal en materia de vivienda introduce nuevas medidas en los ámbitos civil, administrativo, tributario y procesal que condicionan el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias exclusivas en materia de vivienda.

PALABRAS CLAVE:

VIVIENDA, DERECHO A LA VIVIENDA, GRAN TENEDOR DE VIVIENDA, ZONAS DE MERCADO RESIDENCIAL TENSIONADO, ARRENDAMIENTO, DESAHUCIO, HIPOTECA, EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

New law on right to housing

New housing regulations introduce new measures on civil, administrative, tax and litigation law matters that restrict the exercise of the powers on housing exclusively attributed to the Spanish autonomous regions.

KEYWORDS:

HOUSING, RIGHT TO HOUSING, LARGE HOMEOWNER, STRESSED RESIDENTIAL MARKET AREA, LEASING, EVICTION, MORTGAGE, MORTGAGE FORECLOSURE.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-7-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-7-2023

Abad Lloria, Ivan; Lora González, Carlos (2023). La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 93-111 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 25 de mayo de 2023 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (la “Ley de Vivienda”).

La Ley se estructura del siguiente modo: (i) Título preliminar, que delimita los objetivos perseguidos con la norma; (ii) Título I, que delimita el contenido del derecho de propiedad sobre la vivienda, reconocido por el art. 33 de la Constitución; (iii) Títulos II y III, que regulan distintas actuaciones públicas en materia de vivienda; y (iv) Título IV, que contiene medidas de protección y transparencia en materia de vivienda aplicables a las operaciones de compra y arrendamiento entre particulares (capítulo I) y a las Administraciones públicas (capítulo II).

Finalmente, la Ley cuenta con seis disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales. Estas últimas modifican distintas normas del ordenamiento jurídico en materia contractual, procesal o tributaria.

2. Una norma potencialmente inconstitucional por invadir competencias autonómicas exclusivas en materia de vivienda

La disposición final séptima de la Ley de Vivienda identifica, como títulos competenciales generales sobre cuya base el Estado aprueba la norma, las reglas 1.^a y 13.^a del art. 149.1 de la Constitución, que le atribuyen competencia en, respectivamente, “*la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*” y “*bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*”. Adicionalmente, esa disposición identifica, para concretos preceptos, otros títulos competenciales, como la competencia estatal en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 de la Constitución) o civil (art. 149.1.8) y la competencia en materia de hacienda general (art. 149.1.14).

Dejando al margen estas últimas especificidades, la atribución competencial general podría ser insuficiente para justificar la inclusión de algunas normas que regulan, de manera directa, el mercado de vivienda. Y ello por cuanto el art. 148.1.3 de la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas competencia exclusiva en materia de vivienda, y todas ellas han asumido esa competencia en sus correspondientes estatutos de autonomía. De este modo, una regulación estatal directa del mercado de la vivienda que no tenga una mínima conexión con las materias a las que se refieren los títulos invocados (igualdad en el ejercicio de derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales y bases de la economía general) podría socavar esas competencias autonómicas.

En concreto, previsiones como las contenidas en los arts. 17 (que regula la figura de la “vivienda asequible incentivada”), 18 (respecto de la definición de las denominadas “zonas de mercado residencial tensionado” —“ZMRT”—¹) o 19 (donde se delimitan las obligaciones de información que

las Administraciones pueden exigir a los llamados “grandes tenedores de vivienda” —“Grandes Tenedores” o, cada uno de ellos, “Gran Tenedor”—²) de la Ley de Vivienda presentan dudas de constitucionalidad. Igualmente, la regulación de los parques públicos de vivienda que se contiene en el título III de la Ley de Vivienda podría ser en buena parte inconstitucional, en la medida en la que constituye una regulación directa del mercado de vivienda.

En este sentido, no cabría entender que la regulación de esos aspectos se establece con carácter subsidiario³, en aplicación de la cláusula contenida en el último inciso del art. 149.3 de la Constitución. A este respecto, el Tribunal Constitucional (“TC”) ha recordado, desde su Sentencia n.º 118/1996, de 27 de junio, que el Estado no puede regular materias de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas a título de legislación subsidiaria, y que concluyó:

“La cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho” (FJ 8.º).

Esta doctrina ha sido aplicada por el propio TC, por ejemplo, para declarar inconstitucionales normas estatales en materia de urbanismo, donde las Comunidades Autónomas gozan de competencia exclusiva en virtud de la misma regla de atribución que en el caso de la vivienda (el art. 148.1.3 de la Constitución) (*vid.*, entre otras, Sentencia n.º 61/1997, de 20 de marzo; Sentencia n.º 164/2001, de 11 de julio; Sentencia n.º 14/2007, de 18 de enero; o, más recientemente, Sentencia n.º 75/2018, de 5 de julio).

3. Delimitación del contenido del derecho de propiedad

El título I de la Ley de Vivienda delimita el contenido de la función social del derecho de propiedad sobre la vivienda. Esta regulación constituye una competencia que corresponde al legislador estatal, de acuerdo con lo previsto en el art. 53.1 de la Constitución y que, en principio, viene a concretar lo previsto en su art. 33.2: *“La función social de estos derechos [a la propiedad privada y a la herencia] delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”*.

Desde este prisma, el art. 10 de la Ley de Vivienda especifica el haz de facultades que corresponden al titular del derecho de propiedad sobre la vivienda, mientras que el art. 11 señala los deberes a los que debe atender dicho propietario. Como principal novedad, el apartado 2 de este último precepto señala que el incumplimiento de alguno de los deberes que competen al propietario de una vivienda será declarado mediante el dictado de un acto administrativo por la Administración competente en materia de vivienda, tras la sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo contradictorio. Esta declaración habilitará a la Administración competente en materia de vivienda a aplicar *“cuantas medidas prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística y la de vivienda”*, que, lógicamente, serán aquellas que el legislador autonómico competente haya establecido en sus normas sobre la base de sus propios criterios de política legislativa.

Esta declaración recuerda en parte a una manifestación muy concreta del incumplimiento de la función social de la propiedad existente en algunos ordenamientos autonómicos desde hace tiempo, relativa a la declaración de una vivienda como vacía (o desocupada, o en situación de utilización anómala, etc., según la terminología empleada en cada caso), que puede dar lugar a medidas de variada naturaleza (medidas coercitivas para procurar la ocupación de la vivienda, sanciones o, incluso, la expropiación forzosa del uso de la vivienda).

Resulta sorprendente, en otro orden de cosas, que el art. 11.1.a), al enumerar los deberes del propietario de vivienda de acuerdo con la función social de la propiedad, imponga el uso y disfrute “propios y efectivos” (parecería, en primera impresión, que con exclusión de la finalidad inversora o de uso por tercero). Igualmente, bajo este manto protector configura como deber específico de la función social de la propiedad el cumplir, en las operaciones de venta o arrendamiento, las obligaciones de información impuestas por la normativa en vigor —estatal y autonómica— y en el título IV de la Ley de Vivienda. Ello parece llevar las normas “contractuales” de información en materia de venta y arrendamiento de vivienda al terreno “público” de los deberes de actuación del propietario frente a las Administraciones competentes, que podrían declarar, incluso de oficio (art. 11.2), la existencia del incumplimiento de esos deberes.

Finalmente, la Ley de Vivienda (art. 6) contiene una explícita previsión en materia de principio de igualdad y no discriminación, tipificando ciertas conductas infractoras que debieran dar lugar a las medidas de protección pública pertinentes (discriminación directa e indirecta, acoso inmobiliario, alojamiento ilegal, etc.). Con ello se extiende el régimen ya previsto en el art. 20 de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato.

4. Acción de los poderes públicos en materia de vivienda

4.1. Principios generales de la actuación pública en materia de vivienda

La Ley de Vivienda establece las líneas maestras de la actuación pública estatal en materia de vivienda, los cuales, sobre los ejes de la planificación del mercado y la financiación del acceso a la vivienda (cfr. art. 12.1), consisten en *“priorizar la atención y la aplicación de los programas de ayuda a aquellas personas, familias y unidades de convivencia que se encuentren en las situaciones de mayor vulnerabilidad social y económica identificadas por los servicios sociales, y en emergencia habitacional por estar afectados por procedimientos de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual (...)”* (art. 12.3), y tomar especialmente en consideración a *“las personas, familias y unidades de convivencia que viven en asentamientos y barrios altamente vulnerables y segregados”* (art. 14.1). A tal fin, se establece la obligación del Estado de articular en el ámbito de sus competencias *“medidas para garantizar la accesibilidad universal de los parques de vivienda”* (art. 13.1), y, complementariamente, la obligación de las Administraciones competentes de *“luchar contra el fenómeno del sinhogarismo”*⁴ (art. 14.3).

Sobre esta base, la Ley de Vivienda contiene una variedad heterogénea de medidas a adoptar por los poderes públicos dirigidas a facilitar el acceso a la vivienda, de entre las que cabe destacar las siguientes:

- i. Con la finalidad de ampliar la oferta de vivienda social o dotacional, las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos con competencia en materia de ordenación territorial y urbanística podrán establecer como uso compatible de los suelos dotacionales el destinado a la construcción de viviendas dotacionales públicas y obtener suelo con destino a vivienda social o dotacional, con cargo a las actuaciones de transformación urbanística que prevean los instrumentos correspondientes (cfr. art. 15.1a de la Ley de Vivienda). Además, se prevé que el régimen de protección de las viviendas protegidas ubicadas en suelos destinados a vivienda protegida sea permanente (cfr. art. 15.1c de la Ley de Vivienda). Si se localizan en otro tipo de suelo, la normativa autonómica podrá descalificar las viviendas por causa justificada o fijar un plazo de calificación, siempre que como mínimo sea de treinta años.
- ii. En materia de vivienda protegida, el art. 16.1 de la Ley de Vivienda, además de incorporar ciertas normas sustantivas que el legislador estatal concibe con carácter supletorio⁵, somete a autorización previa la venta o alquiler de esta clase de viviendas. Dicha autorización solo podrá otorgarse cuando su venta o alquiler se efectúe prioritariamente a favor de personas demandantes inscritas en los registros públicos previstos al efecto y cuando el precio de venta o alquiler no rebase el máximo establecido al efecto. Además, la Ley de Vivienda contempla que la Administración ejerza derechos de adquisición preferente (esto es, derechos de tanteo dentro del plazo para el otorgamiento de la autorización y, tras el otorgamiento por un plazo similar, derechos de retracto), siempre que la legislación autonómica correspondiente así lo prevea. En nuestra opinión, esta última previsión carece de sentido, pues si la Comunidad Autónoma ha incorporado esos derechos de adquisición preferente a su legislación, su ejercicio viene amparado en las propias normas autonómicas⁶ y, si no lo ha hecho, la previsión de la Ley estatal no tiene eficacia práctica.
- iii. El art. 17 de la Ley de Vivienda crea la figura de la “vivienda asequible incentivada”, que consiste en aquella vivienda de titularidad privada a cuyo propietario la Administración competente podrá otorgar beneficios de carácter urbanístico (p. ej., incrementos de edificabilidad o asignación de nuevos usos), fiscal o de cualquier otro tipo, a cambio de (a) destinarlas al arrendamiento como residencia habitual de personas con dificultades para acceder a una vivienda a precios de mercado, (b) durante un tiempo determinado, y (c) siempre que la renta esté dentro de unos límites máximos de precios de alquiler. Podrán tener la consideración de viviendas asequibles incentivadas tanto viviendas de nueva promoción como preexistentes, siempre que cumplan con los requisitos señalados.
- iv. El art. 18 de la Ley de Vivienda regula, con alcance general, la figura de las ZMRT, que ya existían en alguna legislación autonómica⁷, “a los efectos de orientar las actuaciones públicas en materia de vivienda en aquellos ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población, en condiciones que la hagan asequible para su acceso en el mercado, de acuerdo con las diferentes necesidades territoriales” (art. 18.1). La declaración de un área como ZMRT deberá hacerse previa recopilación de la información necesaria, en un procedimiento que incorpore el correspondiente trámite

de información pública⁸, y tendrá una vigencia de tres años prorrogables si subsisten las circunstancias que la motivaron y previa justificación de las medidas adoptadas por las Administraciones públicas para revertir la situación (cfr. art. 18.2 de la Ley de Vivienda). La declaración se fundará en una *"memoria que justifique, a través de datos objetivos y fundamentada en la existencia de un especial riesgo de abastecimiento insuficiente de vivienda para la población residente, incluyendo las dinámicas de formación de nuevos hogares, en condiciones que la hagan asequibles"* en los siguientes términos: o bien que la carga media del coste de la hipoteca o del alquiler en el presupuesto personal o de la unidad de convivencia, más los gastos y suministros básicos⁹, supere el 30 % de los ingresos medios o de la renta media de los hogares¹⁰; o bien que el precio de compra o alquiler de la vivienda haya experimentado en los cinco años anteriores a la declaración como ZMRT un crecimiento acumulado de, al menos, un 3 % superior al del índice de precios de consumo de la comunidad autónoma correspondiente. La declaración de un ámbito territorial como ZMRT conllevará la redacción, por parte de la Administración competente, de un plan específico que propondrá las medidas necesarias para la corrección de los desequilibrios detectados, así como su calendario de desarrollo.

- v. De acuerdo con el art. 19 de la Ley de Vivienda, los Grandes Tenedores deberán colaborar con las Administraciones públicas competentes en materia de vivienda. A tal efecto, las Administraciones públicas competentes en materia de vivienda podrán exigir a los Grandes Tenedores en las ZMRT el cumplimiento de la obligación de colaboración y suministro de información sobre el uso y destino de las viviendas de su titularidad que se encuentren en tales ZMRT (p. ej., datos identificativos de la vivienda, año de construcción, superficie, régimen de utilización efectiva de la vivienda o justificación del cumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de vivienda establecidos en la propia ley). La información debe facilitarse en el plazo de tres meses desde la solicitud de la Administración e ir referida al año natural anterior. A partir de la información aportada, las Administraciones podrán establecer fórmulas de colaboración con los propietarios al objeto de favorecer el incremento de la oferta de alquiler asequible en la zona.
- vi. Finalmente, la disposición final cuarta de la Ley de Vivienda modifica el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (el "TRLRURJ"), para (a) incrementar los porcentajes de reserva de suelo para vivienda sujeta a algún régimen de protección pública establecidos en la legislación estatal (pasando del 30 % al 40 % para actuaciones de nueva urbanización y del 10 % al 20 % para las actuaciones de reforma o renovación de la urbanización en suelo urbanizado —sin establecer régimen transitorio específico para este incremento—) y (b) aclarar que el porcentaje que deberá ser destinado a vivienda en alquiler sujeta a un régimen de protección no podrá ser inferior al 50 %, salvo en casos excepcionales en los que el instrumento de ordenación urbanística lo justifique, atendiendo a las características de las personas demandantes de vivienda u otras circunstancias de la realidad económica y social.

4.2. Colaboración y cooperación en materia de vivienda

El capítulo II del título II de la Ley de Vivienda establece normas de coordinación interadministrativa para garantizar la efectividad de las políticas en materia de vivienda, imponiendo obligaciones de cooperación en materia de compartición de información, suscripción de convenios o protocolos generales de actuación y adopción de acuerdos en los órganos de cooperación que se establecen¹¹ (cfr. art. 20). Además, la Ley atribuye al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana la facultad de coordinar e impulsar iniciativas en materia de vivienda, y de proponer estrategias o medidas relacionadas con ella al Consejo de Ministros o a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (cfr. art. 22).

4.3. Actuaciones públicas en materia de vivienda

Por un lado, el capítulo III del título II de la Ley de Vivienda contiene una serie de normas en materia de planificación y programación estatal en materia de vivienda (cfr. art. 23) y, en concreto, la elaboración de planes en materia de vivienda y rehabilitación, regeneración y renovación urbana y rural a elaborar por la Administración General del Estado (cfr. art. 24). Entre las medidas que deberán incorporar estos planes destacan las *"fórmulas de colaboración público-privada que permitan crear un fondo de vivienda asequible o de cualquier otro tipo"* (art. 24.1). Este fondo será de titularidad privada y complementario al fortalecimiento de los parques públicos de vivienda (cfr. art. 25.2), y se regulará por los acuerdos alcanzados entre las Administraciones competentes y las asociaciones de entidades privadas gestoras de vivienda en alquiler (cfr. art. 25.4).

Por otro lado, el título III de la Ley de Vivienda contiene una serie de normas a observar por las Administraciones públicas competentes en materia de gestión de los parques públicos de viviendas, incluyendo aquellos *"regulados específicamente por la legislación autonómica en materia de vivienda, urbanismo y ordenación del territorio"* (art. 27.1, párrafo tercero). Según se ha apuntado ya, la norma parece obviar que la atribución exclusiva de estas competencias a la Comunidad Autónoma impide al Estado aprobar en esa materia normas básicas o supletorias desconectadas de cualquier otro título competencial.

4.4. Obligaciones de transparencia de las Administraciones públicas

El capítulo II del título IV de la Ley de Vivienda impone a la Administración General del Estado la obligación de publicar, con periodicidad anual, en sus respectivas sedes electrónicas, de acuerdo con lo previsto en el art. 38 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, información sobre los siguientes aspectos:

- i. Inventario actualizado del parque público de vivienda de su titularidad, incluyendo la identificación de las viviendas que lo componen, sus características fundamentales y situación de uso, y las características de las personas u hogares usuarios (cfr. art. 32).
- ii. Presupuesto invertido anualmente en los diferentes programas de política de vivienda, diferenciando ayudas al alquiler de vivienda, promoción de vivienda en alquiler social o asequible, promoción de vivienda sujeta a alguna clase de protección pública, programas

de intermediación en el alquiler, ayudas a la rehabilitación (para mejorar la eficiencia energética o promover la utilización de las energías renovables y la accesibilidad) y programas de regeneración o renovación urbana (cfr. art. 33).

- iii. Datos agregados sobre el uso y destino del parque de viviendas de su ámbito territorial, con indicación del número de viviendas o inmuebles de uso residencial habitados por hogares y que constituyan su residencia principal, y aquellos que se hayan identificado como deshabitados o vacíos, incluyendo, en su caso, aquellos a los que se les ha aplicado el recargo fiscal en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (“IBI”) previsto en la normativa reguladora de las haciendas locales (cfr. art. 34) y al que nos referimos en la sección 7.2.
- iv. Número de personas y hogares inscritos en los registros de demandantes de vivienda habilitados para el acceso a los diferentes programas de acceso a la vivienda, con indicación de sus principales características socioeconómicas (cfr. art. 35).
- v. Detalle del suelo disponible de titularidad estatal dotado de potencialidad edificatoria residencial en virtud de los instrumentos de ordenación urbanística (cfr. art. 36).

5. Contratación en materia de vivienda

5.1. Medidas de protección y transparencia en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda

El art. 31 de la norma regula¹² los derechos de información reconocidos en favor de los adquirentes o arrendatarios de viviendas. Así, se prevé una facultad de la persona interesada de requerir, antes de la formalización de la operación y de la entrega de cualquier cantidad a cuenta, determinada información, en formato accesible y en soporte duradero (p. ej., identificación del vendedor, arrendador y/o intermediario, condiciones económicas de la operación, certificado o cédula de habitabilidad¹³, superficie útil y construida, antigüedad del edificio y principales reformas, certificado de eficiencia energética, estado de ocupación o disponibilidad, identificación registral, cargas y gravámenes, régimen aplicable en caso de ser una vivienda protegida, información del grado de protección y limitaciones en caso de un inmueble protegido arquitectónicamente, etc.¹⁴).

Igualmente, se permite a la persona interesada solicitar información acerca de la detección de amianto u otras sustancias peligrosas o nocivas.

Todo lo anterior se regula como una facultad de la persona interesada, no como una obligación del vendedor o arrendador si no se da la previa solicitud del comprador o arrendatario.

Por último, si la vivienda que se pretende arrendar se sitúa en un área declarada como ZMRT, el propietario y, de haberlo, el intermediario, deben indicar, con anterioridad a la firma del contrato y haciéndolo constar en este, (i) tal circunstancia; (ii) la cuantía de la última renta del contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años; y (iii)

el valor que le pueda corresponder atendiendo al índice de referencia de precios de alquiler de viviendas (al que nos referiremos en la sección 5.2).

5.2. Arrendamientos para uso de vivienda: medidas relativas a su duración, renta y régimen de repercusión de gastos

5.2.1. En su disposición final primera, la Ley de Vivienda modifica el art. 10 ("*prórroga del contrato*") de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos ("LAU"), introduciendo *dos posibles ampliaciones de la duración del contrato*¹⁵.

A modo de recordatorio: (i) el art. 9 de la LAU ("*plazo mínimo*") establece, en su apartado 1, una duración mínima del contrato de arrendamiento de vivienda, potestativa para el arrendatario, pero obligatoria para el arrendador, de cinco años (si el arrendador es persona física) o de siete años (si es persona jurídica); y (ii) el art. 10.1 de la LAU establece que, finalizada esta duración mínima, si cualquiera de las partes no hubiese notificado su intención de no renovar el contrato (el arrendador con al menos cuatro meses de antelación y el arrendatario con al menos dos meses), el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años (con la posibilidad del arrendatario de resolver anualmente). Estos artículos han permanecido inalterados con la aprobación de la Ley de Vivienda.

Pues bien, la Ley de Vivienda introduce dos apartados en el mencionado art. 10 de la LAU:

- i. El nuevo art. 10.2 permite que, una vez finalizada la prórroga obligatoria del art. 9.1 o, en su caso, la prórroga tácita del art. 10.1, el arrendatario en "*situación de vulnerabilidad social y económica*" pueda solicitar una prórroga extraordinaria por un periodo máximo de un año, que deberá ser obligatoriamente aceptada por el arrendador si este es Gran Tenedor, salvo que las partes hayan firmado un nuevo contrato de arrendamiento. A este respecto, destacamos:
 - A. Que esta prórroga debe ser expresamente solicitada por el arrendatario. La norma no prevé con cuánta antelación, pero entendemos que debe ser antes de la fecha de finalización de la prórroga obligatoria (art. 9.1 de la LAU) o tácita (art. 10.1 de la LAU), según sea el caso.
 - B. Que el arrendatario deberá acreditar que se encuentra en tal "*situación de vulnerabilidad social y económica*" mediante un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico. De nuevo, tampoco dice la norma cuándo debe aportarse este certificado, pero entendemos que debe ser con la solicitud de prórroga o, como tarde, en la fecha de finalización de la prórroga obligatoria o tácita.
- ii. Por su parte, el nuevo art. 10.3 permite que, estando la vivienda habitual objeto de arrendamiento en un área declarada como ZMRT, una vez finalizada la prórroga obligatoria del art. 9.1 "*o el periodo de prórroga tácita previsto en el apartado anterior*" durante la vigencia

de tal declaración, el arrendatario pueda solicitar la prórroga del contrato por periodos anuales hasta un máximo de tres años. En relación con esta regulación, destacamos:

- A. Que la referencia al *"periodo de prórroga tácita previsto en el apartado anterior"* es francamente desafortunada y podría llevar a una interpretación, a nuestro juicio incorrecta, consistente en que la prórroga del nuevo art. 10.3 de la LAU únicamente puede aplicar una vez finalizada la prórroga obligatoria del art. 9.1 de la LAU y, de ser aplicable, la prórroga extraordinaria prevista en el nuevo art. 10.2, siendo por tanto incompatibles las prórrogas tácitas del art. 10.1 y del nuevo art. 10.3. Como decíamos, en nuestra opinión no puede sostenerse esa interpretación, en tanto que la prórroga del nuevo art. 10.2 (al igual que la del nuevo art. 10.3) no es *tácita*, sino que, según se ha expuesto, requiere la previa solicitud del arrendatario. Por tanto, creemos que esta referencia al *"periodo de prórroga tácita previsto en el apartado anterior"* no es más que un error del legislador, que debe entenderse hecha al art. 10.1 de la LAU. En consecuencia, entendemos que el orden debe ser: (1) prórroga obligatoria del art. 9.1; (2) en caso de ausencia de denuncia por alguna de las partes en los plazos establecidos, prórroga tácita del art. 10.1; (3) si el arrendatario se encuentra en *"situación de vulnerabilidad social y económica"* y la solicita, prórroga extraordinaria del art. 10.2; y (4) si la vivienda se encuentra en una ZMRT y el arrendatario la solicita, prórroga extraordinaria del art. 10.3.
- B. Que tampoco menciona el nuevo art. 10.3 con cuánta antelación debe solicitar el arrendatario esta prórroga extraordinaria, pero de nuevo entendemos que deberá ser antes de la finalización de la prórroga obligatoria, tácita o extraordinaria correspondiente.
- C. Que la solicitud del arrendatario deberá ser obligatoriamente aceptada por el arrendador, salvo (a) acuerdo de las partes en contrario o (b) que se haya suscrito un nuevo contrato entre las partes con las limitaciones de renta que sean de aplicación a la vivienda por estar ubicada en una ZMRT que se analizan más adelante; o (c) que el arrendador haya comunicado la necesidad de ocupar la vivienda para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial, cumpliendo con los requisitos y plazos del art. 9.3 de la LAU.

5.2.2. La misma disposición final primera, *además de modificar el art. 17.3 de la LAU para regular que el pago de la renta se realizará mediante medios electrónicos*¹⁶, añade dos nuevos apartados (6 y 7) en el art. 17 de la LAU, a través de los cuales establece *límites a la renta inicial que es posible pactar en contratos de arrendamiento que tengan por objeto viviendas situadas en áreas declaradas como ZMRT*. Así:

- i. En virtud del nuevo art. 17.6 de la LAU, la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder de la última renta que se hubiese estado pagando bajo un contrato de arrendamiento de vivienda en los últimos cinco años, una vez revisada conforme a la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior¹⁷. Excepcionalmente podrá superarse

este límite, pero nunca más allá del 10 % de la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años, si se da alguna de las siguientes circunstancias:

A. Que en los dos años anteriores a la fecha de celebración del nuevo contrato se hubiesen finalizado en la vivienda:

- actuaciones de rehabilitación (según lo previsto en el art. 41.1 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo¹⁸); o
- actuaciones de rehabilitación o mejora de la vivienda en las que se hubiese acreditado (a través de los certificados de eficiencia energética) un ahorro de energía primaria no renovable del 30 %; o
- actuaciones de mejora de la accesibilidad; o

B. Que el contrato de arrendamiento se firme por un periodo de diez o más años o se permita al arrendatario voluntariamente prorrogar la duración del contrato en los mismos términos y condiciones hasta llegar a un periodo de diez o más años.

ii. Asimismo, el nuevo art. 17.7 de la LAU establece en su primer párrafo, que, "*sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior*", cuando el arrendador sea un Gran Tenedor la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia; y en su segundo párrafo, que esta misma limitación se aplicará a los contratos de arrendamiento de vivienda situada en una ZMRT sobre el que no hubiese estado vigente ningún contrato de arrendamiento de vivienda en los últimos cinco años, siempre que así se recoja en la resolución del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana¹⁹. A este respecto, destacamos:

A. Que la Ley de Vivienda no ha incorporado finalmente la *vacatio legis* de dieciocho meses para la entrada en vigor de esta medida que preveía inicialmente el proyecto de ley presentado por el Gobierno en 2021, si bien el apartado seis de su disposición final primera introduce una disposición transitoria séptima en la LAU según la cual la regulación del nuevo art. 17.7 de la LAU se aplicará (a) a los contratos celebrados desde la entrada en vigor de la Ley de Vivienda; y (b) una vez se apruebe el referido sistema de índices de precios de referencia al que se refieren disposición adicional primera de la Ley de Vivienda (que prevé la conformación de una base de datos²⁰ de contratos de arrendamiento de vivienda con el objeto de incrementar la información disponible para el desarrollo del sistema de índices de referencia) y la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo (norma que modificó la LAU y en cuya citada disposición adicional segunda ya se preveía la creación de un sistema estatal de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda, así como la posibilidad de que las comunidades autónomas pudieran crear sus propios índices de referencia).

- B. Que la citada nueva disposición transitoria séptima de la LAU prevé, en su apartado 2, que el sistema de índices de precios de referencia se aprobará por resolución del departamento ministerial competente, por lo que se descarta la aplicación automática de los índices de referencia creados con anterioridad por algunas comunidades autónomas al amparo de lo previsto en la citada disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo (p. ej., Cataluña o la Comunidad Valenciana)²¹.
- C. La mención que hace el nuevo art. 17.7 de la LAU a que sus previsiones son "*sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior*" nos lleva a concluir que, cuando el arrendador sea Gran Tenedor, la renta de los contratos sobre viviendas situadas en ZMRT estará sujeta a un doble límite, es decir, no podrá ser superior ni a la que aplique en virtud de lo previsto en el nuevo art. 17.6 (última renta que hubiese estado en vigor en los últimos cinco años, una vez aplicada la cláusula de actualización anual, o subida de hasta el 10 % si concurre alguno de los requisitos antes citados) ni a la que resulte de la aplicación del sistema de índices de precios de referencia (una vez creado). Es decir, deberá ser la menor de los dos²².

5.2.3. En lo que respecta a la *repercusión de gastos*, el referido nuevo art. 17.6 de la LAU establece que, en contratos celebrados sobre viviendas situadas en ZMRT, no será posible repercutir cuotas o gastos que no estuviesen recogidos en el último contrato de arrendamiento de vivienda que hubiese estado en vigor en los últimos cinco años.

A este respecto, en tanto que la Ley de Vivienda ha mantenido prácticamente inalterado el art. 20 de la LAU (*Gastos generales y servicios individuales*) —la única modificación consiste en aclarar que los gastos de gestión inmobiliaria y los de formalización del contrato correrán a cargo del arrendador, con independencia de que sea persona física o jurídica, y no solo cuando sea persona jurídica como hasta ahora—, el régimen de repercusión de gastos bajo contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Vivienda es, en resumen, el siguiente:

- i. Para viviendas situadas en áreas declaradas como ZMRT: si en los cinco años anteriores hubiese estado en vigor un contrato de arrendamiento de vivienda, será posible pactar repercusión de gastos únicamente si tal repercusión se preveía en el anterior contrato; y si en los cinco años anteriores no hubiese estado en vigor ningún contrato de arrendamiento de vivienda, será posible pactar repercusión de gastos libremente (cumpliendo, eso sí, con los requisitos del art. 20 de la LAU); y
- ii. Para viviendas que estén situadas en áreas no declaradas como ZMRT, será posible pactar repercusión de gastos libremente (cumpliendo igualmente con los requisitos del art. 20 de la LAU).

5.2.4. En todo caso, debe tenerse presente que los contratos de arrendamiento sometidos a la LAU celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Vivienda seguirán rigiéndose por el régimen jurídico que les era de aplicación (es decir, por la LAU en la redacción aplicable al momento de celebración del contrato), sin perjuicio de que las partes puedan pactar la adapta-

ción del contrato a lo previsto en la nueva norma (cfr. disposición transitoria cuarta de la Ley de Vivienda).

5.2.5. No obstante, en lo que respecta a las *actualizaciones de la renta por cumplirse la correspondiente anualidad de vigencia del contrato* de arrendamiento de vivienda (tanto de los celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Vivienda como los posteriores) que procedan en lo que resta de 2023 y en 2024, se prorroga y modifica el régimen excepcional previsto en el art. 46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania (cfr. disposición final sexta de la Ley de Vivienda). Así:

- i. Para las actualizaciones anuales de la renta que procedan hasta el 31 de diciembre de 2023, la renta se actualizará de la siguiente forma: si el arrendador es un Gran Tenedor, según acuerden las partes, sin que la actualización de la renta pueda exceder del resultado de aplicar la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad²³ a la fecha de la actualización; y si el arrendador no tiene la condición de Gran Tenedor, según acuerden las partes y, a falta de acuerdo, la renta no podrá actualizarse por encima de la variación del Índice de Garantía de Competitividad a la fecha de la actualización.
- ii. Para las actualizaciones anuales de la renta que procedan entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2024, la renta se actualizará de este modo: si el arrendador es un Gran Tenedor, según acuerden las partes, sin que la actualización de la renta pueda exceder del 3 %; y si el arrendador no tiene la condición de Gran Tenedor, según acuerden las partes y, a falta de acuerdo, la renta no podrá actualizarse por encima del 3 %.

En ambos casos, la diferencia entre Grandes Tenedores y arrendadores que no tengan tal consideración es que, en el primer caso, no es posible pactar una actualización por encima del 2 % (resto de 2023) o 3 % (ejercicio 2024); mientras que, en el segundo, sí sería válido un pacto entre arrendador y arrendatario por el que la actualización de la renta superara tales umbrales. En la medida en que esto último depende de la voluntad del arrendatario, la diferenciación entre Grandes Tenedores y arrendadores que no lo son carece de efectividad práctica²⁴.

En lo que respecta a las actualizaciones anuales de la renta que procedan a partir del 1 de enero de 2025, se prevé la creación por el Instituto Nacional de Estadística y antes del 31 de diciembre de 2024 de un índice de referencia que se fijará como límite a tales actualizaciones (a los efectos del art. 18 de la LAU²⁵) y que tendrá el objetivo de "*evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento*" (cfr. disposición final primera, apartado cinco).

La mención que hace la Ley de Vivienda al art. 18 de la LAU parece dar a entender que la creación de este índice supondrá una modificación de tal artículo, por lo que es previsible que tan solo se aplique a los contratos suscritos con posterioridad a dicha modificación (o, al menos, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Vivienda, pero no a los suscritos anteriormente, como sí se aplican los mencionados límites del 2 % (2023) y 3% (2024)).

5.3. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda

Probablemente en previsión de la posible huida por arrendadores de vivienda a contratos celebrados por temporada (que, en virtud del art. 3 de la LAU, se consideran arrendamientos para uso distinto del de vivienda y, por tanto, no se rigen por lo previsto en el título II de la LAU, en el que se incardinan los artículos modificados por la Ley de Vivienda²⁶), la disposición adicional quinta de la Ley de Vivienda prevé la constitución, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la norma, de un grupo de trabajo para avanzar en una propuesta normativa de regulación de los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda y, en particular, de los arrendamientos por temporada.

6. Novedades procesales

6.1. Acción pública en materia de vivienda

El art. 5 de la Ley de Vivienda reconoce acción pública para impugnar, en vía administrativa y contencioso-administrativa, los actos dictados en aplicación de la norma, a *“las personas jurídicas sin ánimo de lucro que, mediante el ejercicio de esta acción, defiendan intereses generales vinculados con la protección de la vivienda”*, siempre que cumpla con los principios de buena fe e interdicción del abuso de derecho. Por lo que a su vertiente judicial se refiere, el ejercicio de la acción pública no podrá comprender en ningún caso una pretensión de reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, salvo que quien ejercite la acción sea quien esté legitimado por ostentar un derecho o interés legítimo afectado.

En todo caso, la renuncia o desistimiento de la acción pública no puede comportar contrapartidas económicas.

6.2. Nuevo requisito de admisibilidad para ciertas demandas de desahucio y ejecución hipotecaria

6.2.1. Los arts. 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (“RDL 11/2020”), introdujeron en el ordenamiento jurídico-procesal medidas consistentes en la suspensión de ciertos procedimientos civiles y penales en los que el demandante pretendía recuperar la posesión de un inmueble de su titularidad, siempre que se trate de Grandes Tenedores²⁷ y el demandado se encuentre en una situación de vulnerabilidad.

En concreto, estos preceptos facultaban al juez para adoptar una decisión de suspensión *“previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto”*, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el inquilino (art. 1 bis.2)²⁸. Tras esta suspensión, el letrado de la Administración de Justicia debía dar traslado a los servicios sociales competentes, a fin de que estos evacuaran, en el plazo de quince días, informe *“en el que se valore la situación de vulnerabilidad de la persona o*

personas que hayan fijado en el inmueble su vivienda, y se identifiquen las medidas a aplicar por la administración competente” (art. 1 bis.4).

En su concepción original, si el informe era evacuado por los servicios sociales de ese modo, el juez debía acordar la suspensión del procedimiento hasta el 30 de junio de 2023 y las Administraciones públicas competentes debían adoptar las medidas apropiadas para asistir al demandado, tras lo cual se levantaría la suspensión del procedimiento; en caso contrario, la suspensión del procedimiento se levantaba sin más trámite²⁹.

Estas medidas fueron inicialmente concebidas como temporales y transitorias, en la medida en la que se dirigían a paliar los efectos derivados de la pandemia provocada por el COVID-19. Pues bien, la disposición transitoria tercera de la Ley de Vivienda amplía su vigencia para el caso de que los demandantes sean Grandes Tenedores, de suerte que la reanudación de los procedimientos solo podrá acordarse si la parte actora acredita que se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que la propia Ley introduce en el ordenamiento jurídico procesal (y que a tal efecto debe ser creado por las Administraciones públicas competentes), bien aportando certificado expedido por los servicios competentes, bien mediante declaración responsable del demandante en la que manifieste haber acudido al servicio.

6.2.2. Además de lo anterior, la Ley de Vivienda modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“LEC”), a fin de introducir nuevos requisitos de admisibilidad en relación con el ejercicio de ciertas acciones que tienen por objeto bienes inmuebles, dirigidas a garantizar la protección de las personas vulnerables que podrían perder su vivienda en el transcurso del procedimiento³⁰.

De esta forma, la Ley de Vivienda modifica, entre otros, los arts. 439, 549, 655 y 685 de la LEC para condicionar la admisión de demandas de desahucio, demandas ejecutivas y la subasta de bienes inmuebles acaecida en procedimientos de esta clase al previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- i. Las demandas deberán especificar si el inmueble que constituye su objeto se corresponde con la vivienda habitual del ocupante, si el demandante es un Gran Tenedor³¹ y, en ese caso, si la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica. A estos últimos efectos, el demandante deberá aportar documento acreditativo emitido, con el consentimiento del demandado, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, de vigencia no superior a tres meses. Este requisito podrá entenderse cumplimentado si el demandante declara responsablemente que ha acudido a los servicios sociales competentes en los últimos cinco meses a fin de obtener ese documento y que han transcurrido dos meses desde que se solicitó sin que los servicios sociales competentes lo hayan expedido³². Habida cuenta de que el cumplimiento de este requisito depende en su práctica totalidad de la organización administrativa de las Comunidades Autónomas, en la medida en la que estas no cuenten con estructuras suficientes para evacuar las solicitudes que reciban, la segunda fórmula será la que se emplee mayoritariamente, evidenciando su nula eficacia a la hora de proteger a los demandados potencialmente vulnerables.

- ii. Para el caso de que, cumulativamente el inmueble sea vivienda habitual, la parte actora sea Gran Tenedor y el demandado sea efectivamente una persona vulnerable, las demandas solo se admitirán cuando el Gran Tenedor acredite que ha acudido a los sistemas de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones competentes, con base en el análisis de las circunstancias de ambas partes y las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda. Este requisito se acreditará, bien mediante el documento acreditativo del resultado de la conciliación o intermediación, bien mediante declaración responsable de haber acudido al servicio en los últimos cinco meses, y haber transcurrido dos meses desde que se instó el procedimiento sin que este se haya resuelto³³.

Las anteriores previsiones se completan con la nueva redacción que la misma disposición de la Ley de Vivienda da al art. 150.4 de la LEC, con arreglo al cual, cuando un órgano judicial acuerde el lanzamiento de los ocupantes de una vivienda, deberá dar traslado a las Administraciones competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, por si procediera su actuación.

7. Medidas tributarias

7.1. Deducciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (“IRPF”)

La disposición final segunda de la Ley de Vivienda introduce una serie de incentivos fiscales en relación con los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda que deben computarse en la liquidación del IRPF. Así, en estos supuestos, el rendimiento neto positivo se reducirá:

- i. En un 90 % cuando se hubiera formalizado un nuevo contrato sobre una vivienda situada en una ZMRT, en el que la renta inicial se hubiera rebajado en más de un 5 % en relación con la última renta del anterior contrato, una vez aplicada la cláusula de actualización anual.
- ii. En un 70 % cuando, no cumpliéndose los requisitos anteriores, se produzca alguna de las circunstancias siguientes: que el contribuyente hubiera alquilado por primera vez la vivienda, siempre que esta se encuentre situada en una ZMRT y el arrendatario tenga una edad comprendida entre 18 y 35 años, o cuando el arrendatario sea una Administración pública o entidad sin fines lucrativos que destine la vivienda al alquiler social o esté acogida a algún programa público de vivienda o calificación en virtud del cual la Administración competente establezca una limitación en la renta del alquiler.
- iii. En un 60 % cuando, no cumpliéndose los requisitos anteriores, la vivienda hubiera sido objeto de una actuación de rehabilitación³⁴ que hubiera finalizado en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del contrato de arrendamiento.
- iv. En un 50 %, en cualquier otro caso.

La entrada en vigor de esta medida se producirá el 1 de enero del año siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Los requisitos señalados deberán cumplirse en el momento de celebrar el contrato de arrendamiento, y la reducción es aplicable mientras se sigan cumpliendo.

7.2. Modificación del recargo en el IBI aplicable a las viviendas desocupadas con carácter permanente

La disposición final tercera de la Ley de Vivienda modifica el art. 72.4 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo ("TRLHL"), y confiere una nueva redacción al recargo en el IBI para viviendas vacías (50 % de la cuota líquida, si así lo regula la correspondiente ordenanza municipal). En concreto, la nueva redacción modifica la definición de vivienda vacía empleada hasta ese momento para la determinación del hecho imponible del recargo, que queda establecido en los siguientes términos:

"Tendrá la consideración de "inmueble desocupado con carácter permanente" aquel que permanezca desocupado, de forma continuada y sin causa justificada, por un plazo superior a dos años y pertenezca a titulares de cuatro o más inmuebles de uso residencial. Se considerarán justificadas las siguientes causas: traslado temporal por razones laborales o de formación, cambio de domicilio por situación de dependencia o razones de salud o emergencia social, inmuebles destinados a segunda residencia con un máximo de cuatro años de desocupación continuada, inmuebles sujetos a actuaciones de obra o rehabilitación u otras circunstancias que imposibiliten su ocupación efectiva, que la vivienda esté siendo objeto de un litigio que impida el uso o que se trate de inmuebles cuyos titulares, en condiciones de mercado, ofrezcan en venta, con un máximo de un año en esta situación, o en alquiler, con un máximo de seis meses en esta situación".

El cambio en la definición de vivienda vacía a efectos de determinar el hecho imponible es sustancial, por cuanto, en la regulación vigente hasta el momento, la aplicación del recargo del IBI se condicionaba a la definición de vivienda vacía contenida en la normativa sectorial autonómica, de suerte que, como no todas las Comunidades Autónomas definían ese concepto, no en todas ellas los Ayuntamientos podían exigir este recargo. Ahora, con la incorporación en el TRLHL de una definición autónoma y desconectada de la normativa sectorial autonómica, el recargo podría ser exigible en todos los municipios de España.

Además, los Ayuntamientos podrán aumentar el porcentaje de recargo hasta el 100 % si el periodo de ocupación es de más de tres años. También podrán los entes locales incrementar el recargo que corresponda en hasta un 50 % adicional (esto es, hasta un máximo del 150 %) en caso de inmuebles pertenecientes a titulares de dos o más inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados en el mismo término municipal.

El recargo se devengará el 31 de diciembre y se liquidará anualmente por los Ayuntamientos, una vez constatada la desocupación del inmueble en tal fecha previa audiencia del sujeto.

Notas

- 1 Se corresponden con aquellas áreas donde el acceso a la vivienda encuentra ciertos obstáculos. En las secciones 4.1 y 5.2 de este artículo se explica en detalle el régimen aplicable a las ZMRT.
- 2 De acuerdo con el art. 3.k) de la Ley de Vivienda, se entiende por Gran Tenedor la *"persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa"*. No obstante, este concepto presenta dudas interpretativas, tanto en lo que respecta a sus requisitos y cómo considerarlos en determinadas situaciones como, particularmente, en aquellos casos en los que colisiona con una definición de gran tenedor diferente contenida en la normativa autonómica en la materia. En cualquier caso, la cualificación de las cargas impuestas a ciertos propietarios frente a las generales inherentes al derecho de propiedad podrían ser cuestionables desde el punto de vista constitucional, al no parecer muy compatible con el principio de igualdad ante la Ley recogido en el art. 14 de la Constitución.
- 3 En ocasiones, da la sensación de que ese es el propósito de la Ley de Vivienda. Por ejemplo, el art. 16, al establecer las condiciones esenciales de la vivienda protegida, señala que las normas se dictan *"sin perjuicio de las condiciones y requisitos establecidos por la legislación y normativa de ámbito autonómico o municipal, que tendrán en todo caso carácter prevalente"*. Sin embargo, esas normas autonómicas o municipales, dictadas en el ejercicio de competencias exclusivas (de las Comunidades Autónomas o que estas hayan delegado en los entes locales), no son *prevalentes* sobre la norma *supletoria* estatal, sino que son las únicas válidas, de suerte que, si el legislador autonómico, con base en sus propios criterios de política legislativa, decide no regular esos elementos, no es dable la legislador estatal proveer de una regulación supletoria.
- 4 De acuerdo con el art. 3.l) de la Ley de Vivienda, *sinhogarismo* es aquella *"circunstancia vital que afecta a una persona, familia o unidad de convivencia que no puede acceder de manera sostenida a una vivienda digna y adecuada en un entorno comunitario y aboca a las personas, familias o unidades de convivencia que lo sufren a residir en la vía pública u otros espacios públicos inadecuados, o utilizar alternativas de alojamiento colectivo institucionalizado de las diferentes administraciones públicas o de entidades sin ánimo de lucro, o residir en una vivienda inadecuada, temporal o no, inapropiada o masificada, en una vivienda insegura, sin título legal, o con notificación de abandono de la misma, o viviendo bajo amenaza de violencia"*.
- 5 Así se colige con facilidad de la manifestación contenida en el art. 16.1 de la Ley de Vivienda: *"sin perjuicio de las condiciones y requisitos establecidos por la legislación y normativa de ámbito autonómico o municipal, que tendrán en todo caso carácter prevalente"*. Como ya se ha expuesto, no es que esas normas tengan carácter prevalente, es que si el legislador autonómico, competente exclusivo en materia de vivienda, decide no regular las cuestiones de las que trata el art. 16 de la Ley de Vivienda, no puede el legislador estatal regular estas con carácter supletorio.
- 6 Esto ocurre, por ejemplo, en la Comunidad Valenciana (*vid.* LORA GONZÁLEZ, C., y LÓPEZ IBÁÑEZ, A., "Derechos de adquisición preferente de la Administración valenciana en ciertas transmisiones de vivienda", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 54, pp. 145-153; CARVAJAL CERVERA, J., "El Tribunal Constitucional confirma que el establecimiento de derechos de adquisición preferente en favor de la Administración mediante Decreto-ley es conforme con la Constitución", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 62, *pro manuscripto*) o en las Islas Baleares (*vid.* LORA GONZÁLEZ, C., y BAENA SOLÍS, M., "Nuevas medidas de intervención sobre el mercado de vivienda de las Islas Baleares", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 56, pp. 201-211).
- 7 Por ejemplo, los "ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada" a que se refiere el art. 12.5 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña; o las "áreas de necesidad de vivienda" de la Comunidad Valenciana, contenidas en el catálogo aprobado por Orden 2/2021, de 20 de abril, de la Vicepresidencia Segunda y Consejería de Vivienda y Arquitectura Bioclimática.
- 8 Aunque la norma no lo especifica, cabe razonablemente identificar este trámite con uno de información pública de los previstos en el art. 83 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En consecuencia, los particulares podrían formular alegaciones en el seno del procedimiento seguido para la declaración de ZMRT.
- 9 El art. 3.e) de la Ley de Vivienda los define como *"el importe del coste de los suministros energéticos (de electricidad, gas, gasoil, entre otros), agua corriente, de los servicios de telecomunicación y de las posible contribuciones a la comunidad de propietarios, todos ellos de la vivienda habitual"*.
- 10 La Ley no concreta el ámbito espacial al que se refiere esa media de ingresos o renta de los hogares.
- 11 De acuerdo con el art. 21 de la Ley de Vivienda, estos órganos son la Conferencia Sectorial de Vivienda y Suelo, máximo órgano de cooperación en la materia entre Estado y Comunidades Autónomas, presidido por el ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana; la Comisión Multilateral de Vivienda y Suelo, constituido por las direcciones generales competentes en materia de vivienda y presidida por el secretario general de Agenda Urbana y Vivienda; y las Comisiones Bilaterales de Vivienda y Suelo, constituidas por los directores generales competentes del Estado y cada Comunidad Autónoma. Por otro lado, el art. 26 de la Ley de Vivienda establece el Consejo Asesor de Vivienda, como *"órgano colegiado, de carácter técnico, asesor y consultivo del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana en materia de programación estatal de la política de vivienda"*, integrado por representantes públicos y privados (asociaciones empresariales, asociaciones y colegios profesionales, entidades financieras, asociaciones del tercer sector, de la economía social y representativas de los intereses afectados por la ley, así como profesionales expertos en la materia, del ámbito universitario y de la investigación).
- 12 Por referencia y con un contenido similar a algunas leyes estatales y autonómicas ya vigentes (p. ej., la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).
- 13 Téngase en cuenta que algunas comunidades autónomas, como Madrid, la han suprimido.
- 14 En términos un tanto vagos, termina haciendo referencia a *"cualquier otra información que pueda ser relevante para la persona interesada"* (incluyendo aspectos de carácter territorial, urbanístico, físico-técnico, de protección patrimonial o administrativo).
- 15 Sin perjuicio de las prórrogas extraordinarias que se han ido aprobando desde marzo de 2020, primero para paliar las consecuencias de la pandemia del COVID-19 y posteriormente las de la guerra en Ucrania y la escalada del índice de precios de consumo. La última, en virtud del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, por la que, si el contrato finalizaba en o antes del 30 de junio de 2023, el arrendatario podía pedir una prórroga de hasta seis meses.

16 Salvo que alguna de las partes no tenga cuenta bancaria o acceso a medios electrónicos, en cuyo caso tal parte podrá solicitar que el pago sea en metálico y en la vivienda arrendada.

17 Si bien no es una cuestión clara, el tenor literal de la norma parece permitir que se aplique la actualización conforme a la cláusula inserta en el contrato anterior (habitualmente, la variación del índice de precios de consumo), y no corrigiéndola con los límites establecidos por la normativa de excepción que estableció un tope a la actualización de la renta (esto es, según la variación del Índice de Garantía de Competitividad, a su vez limitado al 2 %) que viene aplicando a las actualizaciones de la renta desde el 31 de marzo de 2022 en virtud del art. 46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo.

18 Es decir, o bien que se trate de actuaciones subvencionadas en materia de rehabilitación de viviendas en los términos previstos en el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril; o bien que se trate de actuaciones que tengan por objeto principal la reconstrucción de la vivienda mediante la consolidación y el tratamiento de las estructuras, fachadas o cubiertas y otras análogas, siempre que el coste global de las operaciones de rehabilitación exceda del 25 % del precio de adquisición si se hubiese efectuado esta durante los dos años inmediatamente anteriores al inicio de las obras de rehabilitación o, en otro caso, del valor de mercado que tuviera la vivienda en el momento de dicho inicio (a estos efectos, se descontará del precio de adquisición o del valor de mercado de la vivienda la parte proporcional correspondiente al suelo).

19 Lo que posibilita la aplicación de este límite (sistema de índices de precio de referencia) a arrendadores que no tengan la consideración de Gran Tenedor. A este respecto, el preámbulo de la Ley de Vivienda, al tratar sobre la aplicación del límite de índices de precios de referencia en áreas declaradas como ZMRT, hace referencia a su aplicación "cuando el propietario sea un gran tenedor, o en el caso de viviendas que no hubiesen estado arrendadas como vivienda habitual en los últimos cinco años cuando ello se justifique en la declaración de la zona".

20 Y no un registro de contratos de arrendamiento de vivienda, como preveía inicialmente el proyecto de ley presentado por el Gobierno en 2021.

21 En todo caso, el índice estatal "se realizará por ámbitos territoriales, considerando las bases de datos, sistemas y metodologías desarrolladas por las distintas comunidades autónomas" (cfr. disposición final primera, apartado seis) y, además, la norma prevé que, a su entrada en vigor, "se iniciará un proceso específico de colaboración entre el Departamento Ministerial competente en materia de vivienda y las comunidades autónomas que hayan desarrollado sistemas de referencia del precio del alquiler en sus respectivos ámbitos territoriales para asegurar la colaboración entre sistemas [...]" (cfr. disposición adicional primera).

22 Este doble límite (si bien con referencia a la renta contractual actualizada de conformidad con la variación del Índice de Garantía de Competitividad en lo que respecta al primero de ellos) se incluía expresamente, para cualquier tipo de arrendador (y no solo Grandes Tenedores), en la Ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda, que fue declarada parcialmente inconstitucional por cuestiones competenciales por la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2022, de 11 de marzo. La citada norma catalana incluía también excepciones para arrendamientos sobre viviendas de nueva edificación o resultantes de un proceso de gran rehabilitación, lo que no se prevé en la nueva norma estatal.

23 La última variación de este índice (periodo marzo 2022-marzo 2023) se sitúa en el 4,49 % ([Índice de garantía de la competitividad. Nota informativa \(ine.es\)](#)). No obstante, en virtud de lo previsto en el Anexo de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, cuando la tasa de variación del Índice de Garantía de Competitividad exceda el límite superior del objetivo a medio plazo de inflación del Banco Central Europeo (2 %), se considerará este como valor de referencia para las revisiones.

24 Vid. ABAD LLORIA, I., y RODRÍGUEZ LEVA, G., "La limitación extraordinaria de la actualización de la renta en contratos de arrendamiento de vivienda aprobada en respuesta a las consecuencias de la guerra en Ucrania", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 60, pp. 123-129.

25 Que, en su redacción actual y desde la reforma de la LAU de 2019, prohíbe pactar actualizaciones anuales a la renta por encima de la variación anual del índice de precios de consumo. Por tanto, aunque no lo dice expresamente, el legislador parece tener en mente un índice por debajo de tal variación.

26 Los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen, sin perjuicio de la aplicación imperativa de lo previsto en el título I y IV de la LAU, por la voluntad de las partes, en su defecto por lo previsto en el título III de la LAU y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil (arts. 4.1 y 4.3 de la LAU).

27 De acuerdo con el art. 4.1 del RDL 11/2020, se entendía como gran tenedor a los efectos de esa norma "la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m²".

28 En el caso de ocupantes sin título habilitante, esas condiciones consistirán en que el inquilino sea dependiente, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad, y en todo caso habrán de acreditar que se encuentran en alguna situación de vulnerabilidad económica (cfr. art. 1 bis.3).

29 El art. 168 del recentísimo Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, amplía la vigencia de la suspensión hasta el 31 de diciembre de 2023.

30 Algunas comunidades autónomas han intentado introducir normas de similares características en sus leyes autonómicas en materia de vivienda. El Tribunal Constitucional ha anulado sistemáticamente estas normas, al tratarse de cuestiones procesales cuya competencia corresponde exclusivamente al Estado, ex art. 149.1.6 de la Constitución (vid. LORA GONZÁLEZ, C., y BAENA SOLÍS, M., "Novedades recogidas en la reciente jurisprudencia constitucional en materia de vivienda", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 58, pp. 145-153).

31 Si el demandante alega no serlo, deberá aportar certificación emitida por el Registro de la Propiedad en la que consten los inmuebles de los que es titular.

32 Por tanto, en una lectura razonable de la norma, sin que se haya emitido el dictamen en cuestión, con independencia de que la Administración haya iniciado o no los trámites para ello. La Ley no regula prescripción o caducidad del derecho del particular a interponer la demanda con base en la declaración responsable de haber instado un pronunciamiento de la Administración por el hecho de que esta haya iniciado el procedimiento correspondiente.

33 Reiteramos las apreciaciones realizadas más arriba en relación con el transcurso del plazo de dos meses sin que la Administración haya resuelto sobre la cuestión, con independencia de que haya comenzado o no a tramitarlo.

34 De nuevo, según lo previsto en el art. 41.1 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

España

NOVEDADES EN MATERIA DE ASISTENCIA FINANCIERA: STS 582/2023, DE 20 DE ABRIL, Y MODALIDADES DE ASISTENCIA FINANCIERA PROHIBIDAS

Pablo Bonmatí Collado y Lorenzo de Benito Lobo
Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

Novedades en materia de asistencia financiera: STS 582/2023, de 20 de abril y modalidades de asistencia financiera prohibidas

La STS 582/2023, de 20 de abril, aprecia la concurrencia de asistencia financiera prohibida en una cláusula de un contrato de inversión por la que una sociedad garantiza a un nuevo socio una rentabilidad mínima. De esa forma, se confirma que la interpretación restrictiva de una norma prohibitiva no alcanza, en concreto, a la interpretación de la modalidad de prestación de la asistencia financiera, que es numerus apertus en la Ley de Sociedades de Capital ("LSC").

PALABRAS CLAVE:

ASISTENCIA FINANCIERA, CLÁUSULAS DE GARANTÍA DE VALOR Y RENTABILIDAD MÍNIMA GARANTIZADA, CONTRATOS DE INVERSIÓN.

Novelties regarding financial assistance: judgment 582/2023 and prohibited financial assistance modalities

Judgment 582/2023 of 20 April held that an investment agreement clause guaranteeing a new shareholder a minimum investment return constitutes prohibited financial assistance. The Supreme Court therefore confirms that the restrictive interpretation of a prohibitive rule does not extend, in particular, to interpreting the forms in which prohibitive financial assistance can be granted, which are open-ended under the Spanish Companies Law.

KEY WORDS:

FINANCIAL ASSISTANCE, VALUE RETENTION AND MINIMUM GUARANTEED RETURN CLAUSES, INVESTMENT AGREEMENTS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-7-2023**FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-7-2023**

Bonmatí Collado, Pablo; Benito Lobo, Lorenzo de (2023). Novedades en materia de asistencia financiera: STS 582/2023, de 20 de abril y modalidades de asistencia financiera prohibidas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 112-119 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Como es conocido, resulta histórica la preocupación del legislador español por los negocios que una sociedad pueda realizar sobre sus propias acciones o participaciones. De hecho, esta se ha proyectado siempre con tal grado de intensidad que ha conducido a, entre otros aspectos, una interdicción general de la posibilidad de que una sociedad anticipe fondos, conceda préstamos, preste garantías o facilite cualquier otro tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones (art. 150.1 LSC) o participaciones (art. 143.2 LSC) por un tercero.

Asimismo, se han derramado ya ríos de tinta acerca de los peligros que se pretenden evitar con las extensas restricciones a dichos negocios, de manera sucinta: (i) en el plano administrativo, el riesgo de abuso por parte de los administradores, que podrían influir de este modo en las reglas de formación de la voluntad social (e. g., facilitando el acceso al capital a terceros de su confianza que impulsen sus iniciativas, garanticen su permanencia o maximicen su retribución), así como amenazar el régimen de paridad de trato entre los socios (e. g., financiando a unos socios y a otros no, o influyendo en la competitividad de las ofertas de unos potenciales adquirentes frente a otros); y (ii) desde la perspectiva patrimonial, encubriendo una restitución de aportaciones o liquidación encubierta del patrimonio social en perjuicio de la función de cobertura que teóricamente desempeña el capital frente a los acreedores.

A pesar de conocer ciertas excepciones (i. e., en sede de sociedades anónimas, los negocios dirigidos a facilitar el acceso del personal de la empresa al capital o las operaciones efectuadas por las entidades de crédito en el marco de su actividad ordinaria), la prohibición de asistencia financiera se ha mantenido impasible a la dinamización del derecho de sociedades tanto nacional como comparado. Llama particularmente la atención que el legislador español no haya hecho uso de las posibilidades que le concede la liberalización del régimen de asistencia financiera bajo la reforma, al amparo de la Directiva 2006/68/CE, de la denominada 2.^a *Directiva Europea de Sociedades*, tras la cual se permite (pero no se obliga a) que los Estados miembros confieran validez a operaciones con un componente de asistencia financiera, siempre que se hagan en términos de mercado y se implementen mecanismos que aseguren que no se compromete la integridad del patrimonio indisponible (esto es, fundamentalmente, capital y reservas obligatorias).

Con todo, ante la indiferencia del legislador nacional por estos cambios normativos en el ámbito europeo, con el objetivo de promulgar una aplicación pragmática de la prohibición que persiga combatir los peligros anteriormente referidos, pero también, fundamentalmente, dado su carácter prohibitivo, la jurisprudencia ha venido acogiendo una interpretación restrictiva de la prohibición.

Así, conforme a la tesis jurisprudencial dominante, para ser ilícita, la asistencia debe prestarse específicamente para la adquisición de acciones, como motivo determinante de la operación. Si la finalidad financiera no existe o no es esencial, no puede afirmarse que se incurra en la prohibición. No obstante, como ha venido a confirmar la Sentencia del Tribunal Supremo 582/2023, de 20 de abril (la "Sentencia"), dicha interpretación restrictiva no alcanza en cambio a las modalidades de financiación, es decir, no tiene cabida ampararse en el argumento de la necesaria interpretación restrictiva de una norma prohibitiva para tratar de eludir su aplicación a través de un negocio atípico que no sea expresamente una financiación o una garantía real o personal.

En concreto, el Tribunal Supremo ha reconocido en la Sentencia la existencia de asistencia financiera prohibida en las cláusulas contractuales que regulan una compensación de la sociedad a un nuevo socio en caso de pérdida de valor de las acciones adquiridas por descenso de su cotización, si bien se reconoce que el negocio de asistencia financiera también puede servir como contraprestación de otros compromisos asumidos por los adquirentes, insinuando que en esos casos podría no contravenirse lo dispuesto en los artículos 143.2 y 150 LSC.

2. La sentencia del Tribunal Supremo 582/2023, de la Sala de lo Civil, de 20 de abril

2.1. La cláusula litigiosa y el compromiso de permanencia

Los hechos que dan origen a la Sentencia son la inversión por parte de una entidad de inversión de capital riesgo (el "Inversor") en una sociedad cotizada española de gestión de infraestructuras, tecnología y telecomunicaciones (la "Sociedad"). La referida inversión se formalizó mediante un acuerdo suscrito en octubre de 2013 entre el Inversor y la Sociedad, en el que se regulaba la entrada del Inversor en el capital de la Sociedad, a través de un aumento de capital mediante aportaciones dinerarias que debía ser aprobado e implementado por la Sociedad e íntegramente suscrito por el Inversor (el "Contrato de Inversión"). De este modo, poco tiempo después de la suscripción del Contrato de Inversión quedaba consumada la aportación del Inversor que, como contrapartida por su inversión (tres millones de euros), recibió un número de acciones calculado con base en el precio medio de cotización de las acciones de la Sociedad en el período de 30 días inmediatamente anterior a la firma del Contrato de Inversión.

El Contrato de Inversión contemplaba, además, los siguientes extremos bajo su cláusula primera (objeto):

- i. Un compromiso de permanencia del Inversor por un plazo de un año a contar desde el primer día de cotización de las acciones suscritas (el "Compromiso de Permanencia").
- ii. Un compromiso de la Sociedad de compensar al Inversor en caso de que, llegado el primer aniversario del Contrato de Inversión, el precio de cotización de las acciones suscritas resultara inferior a un valor predeterminado y superior al que se realizaba la inversión (la "Cláusula Litigiosa"). Así quedaba asegurada una rentabilidad mínima para el Inversor.

2.2. Ejecución de la Cláusula Litigiosa y pleito en primera y segunda instancias

Tras el primer aniversario del Contrato de Inversión, puesto que la cotización de la acción de la Sociedad se encontraba un 26 % por debajo del valor garantizado, la aplicación de los términos de la Cláusula Litigiosa resultaban en el devengo a favor del Inversor de una compensación de 787.648,85 euros por la pérdida de valor de las acciones adquiridas. Requerida al pago de esta cantidad, la Sociedad se opuso a llevarlo a cabo bajo el argumento de que su ejecución podía hacer incurrir a la Sociedad en un supuesto de asistencia financiera prohibida.

El Inversor procedió a interponer una demanda frente a la Sociedad en la que solicitaba la declaración de validez de la Cláusula Litigiosa, la declaración del incumplimiento por la Sociedad de lo pactado en la Cláusula Litigiosa y la condena al pago de las cuantías reclamadas a la Sociedad, junto con los intereses legales que se devengarán hasta el pago de dichos importes.

No obstante lo anterior, la Sentencia apunta como circunstancia fáctica que, una vez interpuesta la demanda e iniciado el pleito, el Inversor consiguió vender la totalidad de las acciones de la Sociedad adquiridas en el marco del Contrato de Inversión por un precio notablemente superior, no solo al de suscripción, sino también al valor mínimo garantizado por la Cláusula Litigiosa.

En la primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid n.º 11 desestimó íntegramente la demanda, determinando que la Cláusula Litigiosa constituía un "*pacto de garantía o aseguramiento y compensación de valor*" vinculado causalmente al aumento de capital, que otorgaba una ventaja al Inversor (la cobertura, durante un año, del riesgo de inversión) y que, por tanto, constituía asistencia financiera prohibida por el artículo 150.1 LSC, y declarando la Cláusula Litigiosa nula conforme a lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil.

El recurso de apelación frente a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil fue igualmente desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.^a). Este tribunal consideró que la redacción del artículo 150.1 LSC es lo suficientemente amplia como para considerar que el pacto incluido en la Cláusula Litigiosa, que aportaba una ventaja al Inversor, pudiera considerarse asistencia financiera prohibida, por ser un negocio jurídico de garantía relacionado con las propias acciones de la Sociedad. Además, se apuntaba que el hecho de que en el mismo Contrato de Inversión se regulara un Compromiso de Permanencia del Inversor no era óbice para considerar que la Cláusula Litigiosa tenía como finalidad la cobertura por parte de la Sociedad del riesgo de inversión. Por tanto, y a pesar de proceder una interpretación restrictiva de la prohibición, la Audiencia Provincial de Madrid determinó que el pacto de garantía establecido en el Contrato de Inversión encajaba en el supuesto residual del artículo 150.1 LSC ("*facilitar ningún [otro] tipo de asistencia financiera*") y que el elemento intencional de la Cláusula Litigiosa lo vinculaba funcionalmente al negocio de suscripción de acciones de la Sociedad, incurriendo, por tanto, en la prohibición legal de asistencia financiera.

3. La sentencia del Tribunal Supremo

3.1. Concurrencia de los presupuestos esenciales de la asistencia financiera prohibida

Tras la desestimación de las pretensiones del Inversor también en segunda instancia, dos fueron los motivos de su recurso de casación ante el Tribunal Supremo: (i) infracción por la sentencia de apelación del artículo 150.1 LSC, respecto a la apreciación de la concurrencia del presupuesto objetivo de prohibición de asistencia financiera; y (ii) infracción de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil (relativos a la interpretación de los contratos) y la jurisprudencia que los interpreta, respecto a la apreciación de la concurrencia del presupuesto subjetivo de la prohibición de asistencia financiera establecida en el artículo 150.1 LSC. Anticipamos, ya en este punto, que ninguno de ellos resultó exitoso.

Al justificar la desestimación de los motivos, el Tribunal Supremo comienza recordando el estricto régimen de prohibición de asistencia financiera existente en España, así como el hecho de que el legislador español no haya optado por una mayor flexibilización al amparo de las reformas europeas, para destacar de seguido los peligros potenciales de la asistencia financiera.

Sucesivamente, apunta ya el Alto Tribunal que el negocio en ciernes presenta todos los presupuestos esenciales para constituir un supuesto de asistencia financiera prohibida: (i) un acto de financiación por parte de la sociedad y a favor de un tercero (socio o no); (ii) un negocio de adquisición de acciones de la sociedad-asistente por parte del tercero-asistido; y (iii) un nexo causal entre el negocio de asistencia financiera y el de adquisición, por ser la finalidad de aquella asistencia favorecer o facilitar esa adquisición.

En cuanto al primer requisito, el Tribunal Supremo clasifica la Cláusula Litigiosa, aun cuando pacto atípico o innominado, como un acto de asistencia financiera, al entenderla comprendida dentro de la cláusula genérica de cierre contenida en la enumeración de negocios jurídicos que bajo la normativa de sociedades pueden constituir asistencia financiera (que, recordemos, es *numerus apertus*). Ello por cuanto la Sociedad asumiría una obligación o carga económica (potencial) vinculada con el acto de suscripción de acciones por parte del Inversor. Ciertamente, en este punto, resulta difícil alcanzar una conclusión distinta a la que formula el Tribunal, y es que la fenomenología del auxilio financiero bajo el artículo 150.1 LSC resulta tan amplia que, *de facto*, sería más fácil su formulación inversa: existe asistencia financiera salvo que la adquisición del capital la haga el adquirente íntegramente a su costa, sin ninguna clase de apoyo económico directo o indirecto por parte de la sociedad.

Sin detenerse en el segundo presupuesto ante su inequívoca concurrencia en el caso de autos, pues no resulta controvertido que exista un negocio de adquisición de acciones por parte de un tercero, el Tribunal Supremo dirige su atención al análisis de la apreciación del tercer y último presupuesto esencial de la asistencia financiera: la existencia de nexo causal. Recordemos que, este elemento, dotado de una gran subjetividad, supone que la operación se concierte precisamente al objeto de facilitar que la contraparte adquiera las acciones de la sociedad (en palabras

del Tribunal Supremo, v. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1994, es necesario que esos motivos personales —el propósito de financiar la adquisición— sea reconocido por las partes y se incorpore a la declaración de voluntad a modo de causa impulsiva o determinante). Se trata, pues, de un elemento de difícil apreciación, sin que baste, en teoría, el dolo eventual por parte de la sociedad asistente (e. g., no debe considerarse ilícito el negocio de adquisición realizado por un tercero a favor de quien la sociedad concedió, en el marco de sus actividades, un crédito no afecto a fin alguno).

No obstante, debido a su difícil prueba —el Contrato de Inversión no anunciaba que la inversión estuviera vinculada de manera determinante al compromiso de garantía de valor—, el Tribunal Supremo, como viene siendo habitual en casos como este, recurre en la Sentencia a su apreciación por indicios. Así, acogiendo la tesis sostenida por la juez de primera instancia, el Tribunal Supremo considera que, en el caso que nos ocupa, la existencia de nexo causal queda acreditada porque (i) temporalmente, ambos negocios (i. e., negocio de asistencia financiera y adquisición) surgen en unidad de acto, (ii) económicamente, la compensación a pagar por la Sociedad en caso de ser de aplicación la Cláusula Litigiosa estaba ligada al valor de suscripción de la acción; y (iii) jurídicamente, el pacto de aseguramiento y el de adquisición se regulaban en el mismo Contrato de Inversión.

3.2. La Cláusula Litigiosa como retribución del compromiso de permanencia

Con base en lo expuesto hasta este momento, convenimos que la interpretación del Tribunal Supremo es consistente con la que ha venido manteniendo tradicionalmente, con independencia de que consideremos que esta es o no acertada. En otras palabras, el Alto Tribunal se limita a apreciar, como ya había apuntado cierta doctrina académica, que los pactos de aseguramiento de valor pueden considerarse comprendidos dentro del elenco de supuestos de asistencia financiera.

No obstante, como novedad, los hechos enjuiciados presentan la particularidad de que el referido pacto de aseguramiento de valor se ve acompañado por un compromiso de permanencia en la Sociedad. Así, como uno de los principales argumentos para sostener la validez de la Cláusula Litigiosa, el Inversor sostuvo que la Cláusula Litigiosa no era sino una retribución del Compromiso de Permanencia. De aceptar por cierta dicha tesis, quedaría sin efecto uno de los presupuestos esenciales para poder apreciar la concurrencia de asistencia financiera: el nexo causal.

Sin embargo, es precisamente la relación de causalidad o, mejor dicho, la ausencia de esta a juicio del Tribunal, la que le conduce a desestimar el argumento del Inversor. En particular, aun admitiendo que el pacto de cobertura de valor retribuye en parte el Compromiso de Permanencia, la Sala considera que ello no impide apreciar que este mismo compromiso tenga también —y de forma prioritaria— la finalidad de favorecer o facilitar la adquisición realizada por el Inversor, incurriendo por ello en la prohibición legal. El motivo de la anterior interpretación según el Tribunal: la ausencia de elementos en el Contrato de Inversión que permitan vincular de forma exclusiva o principal la obligación de compensación y el Compromiso de Permanencia.

3.3. La nulidad del negocio de asistencia financiera

Ante la ausencia de prueba de una relación de causalidad entre la Cláusula Litigiosa y el Compromiso de Permanencia que pueda desvirtuar la interpretación más plausible a juicio del Tribunal (esto es, que la Cláusula Litigiosa se encontraba causalmente relacionada con el propio negocio de adquisición), el Tribunal Supremo desestima los motivos de casación invocados por el Inversor y confirma la declaración de nulidad de pleno derecho de la Cláusula Litigiosa *ex* artículo 6.3 del Código Civil.

Aunque no es una cuestión sobre la que el Alto Tribunal se detenga, conviene señalar que la Sentencia da un nuevo paso en la dirección de confirmar que, como ya se apuntaba en, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2018, la nulidad, como sanción ante la existencia de asistencia financiera (sin perjuicio de cualesquiera otros remedios que resulten aplicables, en particular el régimen de sanciones administrativas del artículo 157 LSC), ha de extenderse únicamente al negocio que articula la asistencia financiera (i. e., la Cláusula Litigiosa), y no así el negocio de adquisición, sobre cuya hipotética nulidad deberá decidirse de forma separada.

4. Valoración de la Sentencia

Al margen de la singularidad de pronunciarse por primera vez sobre los pactos de preservación de valor como posible supuesto detonante de asistencia financiera prohibida, la Sentencia resulta relevante por cuanto abre la posibilidad a que dichos pactos puedan constituir, en cambio, una retribución de otros compromisos asumidos por los inversores, reduciendo el riesgo de que se aprecie la nulidad de dichos pactos de compensación bajo la normativa relativa a negocios sobre acciones propias. En este sentido, la Sentencia deja entrever que, de haberse articulado de manera expresa en el Contrato de Inversión que la Cláusula Litigiosa suponía una contraprestación del Compromiso de Permanencia, podría haberse contemplado su validez, ello si bien desligar la Cláusula Litigiosa del negocio de asistencia financiera, calificándola como una mera contraprestación al Compromiso de Permanencia, se antoja a nuestro juicio difícil en la medida en que la concurrencia de los elementos clásicos del negocio de asistencia financiera prohibida seguirían presentes. No obstante, de aceptarse, esta misma idea sería extrapolable en nuestra opinión a otros hipotéticos compromisos habituales en esta clase de operaciones, en las que no resulta infrecuente que el Contrato de Inversión u otro instrumento (e. g., pacto de socios) recojan otras obligaciones del socio adquirente a favor de la sociedad (e. g., prestación de servicios, cesión de derechos de propiedad intelectual, concesión de financiación).

Con todo, a pesar de esta invitación a pensar en una flexibilización de la disciplina de asistencia financiera cuando esta no se proyecte de manera principal sobre la adquisición, consideramos que la Sentencia es poco ambiciosa al exigir la inclusión de manifestaciones expresas sobre la causalidad entre el negocio de asistencia financiera y el compromiso asumido por el Inversor para aceptar la existencia de un nexo causal suficiente que desvirtúe aquel que en otro caso podría existir entre el negocio de asistencia y la propia adquisición. Ciertamente, hacemos propias las dudas acerca de cómo tendría que articularse jurídicamente dicha declaración para poder deslindar totalmente el negocio de asistencia financiera de la propia adquisición. En este sentido, aunque

la Sentencia no se refiere de manera detallada a la prueba practicada (e. g., podrían ser especialmente relevantes a los efectos de determinar la intención de las partes al introducir la Cláusula Litigiosa las comunicaciones intercambiadas en el contexto de su negociación del Contrato de Inversión), no se identifica un solo elemento del Contrato de Inversión por el que proceda concluir de manera determinante que, en contra de lo sostenido por el Inversor, el compromiso indemnizatorio, ubicado en el Contrato de Inversión a renglón inmediatamente seguido del Compromiso de Permanencia, no fuera en realidad una contraprestación por este. Tampoco incluía el Contrato de Inversión ninguna referencia expresa a que la finalidad de la Cláusula Litigiosa fuese inducir de manera determinante a la inversión por parte del Inversor; sin embargo, esta es la apreciación por defecto que hace el Tribunal Supremo.

Del mismo modo, la Sentencia confirma el distanciamiento entre la postura sostenida por nuestros tribunales en relación con la aplicación de la normativa sobre asistencia financiera y la tesis sostenida por un sector relevante de nuestra doctrina que aboga por negar la existencia de asistencia financiera ilícita cuando esta se enmarca en una operación societaria sometida a un régimen legal propio de validez (tal es el caso de la disciplina sobre operaciones de aumento de capital, donde la propia ley contempla mecanismos específicos de control frente a los riesgos de la asistencia financiera, particularmente, respecto a los riesgos que afectan a la formación del capital social).

Finalmente, y a efectos meramente dialécticos, en caso de haberse avenido el Tribunal Supremo a los argumentos favorables a considerar la licitud de la Cláusula Litigiosa en tanto que remuneración del Compromiso de Permanencia, cabría preguntarse cómo hubiera reconciliado el Tribunal el pago que hubiera correspondido al Inversor en virtud de la Cláusula Litigiosa y, a su vez, el hecho de que finalmente este no hubiera experimentado ninguna pérdida de valor en el momento de liquidación de su inversión (al haber procedido a realizar esta a un precio notablemente superior al de suscripción). En este sentido, del texto de la Sentencia no subyace que existiese una suerte de opción de venta a favor de la Sociedad de modo que, en caso de devengarse la indemnización bajo la Cláusula Litigiosa, el Inversor pudiese quedar despojado de sus acciones y se le impida, como finalmente fue el caso, proceder a su venta posterior, sino, por el contrario, un mero compromiso indemnizatorio por la pérdida contingente de valor.

La creciente sofisticación de los contratos de inversión, particularmente cuando uno de los socios es un fondo de capital riesgo, que busca coberturas contractuales para mitigar el riesgo de la inversión, hace probable que, en el futuro, otras cláusulas de carácter similar a la Cláusula Litigiosa puedan ser objeto de análisis en sede de procedimientos judiciales, por constituir asistencia financiera, en caso de que se desprendan obligaciones de pago de la sociedad a un nuevo socio. Permaneceremos atentos a la influencia que en dichos casos puedan tener las apreciaciones realizadas en la Sentencia.

España

NOVEDADES EN TORNO A LA PRÓRROGA DE CONCESIONES PORTUARIAS TRAS LA ACLARACIÓN DEL RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY 27/1992

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

Novedades en torno a la prórroga de concesiones portuarias tras la aclaración del régimen transitorio de la Ley 27/1992

El pasado 25 de mayo, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 13/2013, en la que se aclara de forma expresa que las concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992 pueden beneficiarse de las prórrogas recogidas en el actual artículo 82.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Este foro de actualidad analiza y sintetiza los antecedentes y alcance de esta aclaración.

PALABRAS CLAVE:

DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA, CONCESIÓN PORTUARIA, PRÓRROGA, DT4

Developments in relation to extending port concessions after the transitory regime of Law 27/1992 is clarified

Law 13/2013 was published in the Official State Gazette on 25 May and expressly clarified that concessions existing as at the entry into force of Law 27/1992 can benefit from the extensions set out in article 82.2, as currently in force, of the Consolidated Text of the Law on State Ports and the Merchant Marine. This article analyses and summarises the background and scope of this clarification.

KEY WORDS:

TRANSITIONAL PROVISION FOUR, PORT CONCESSION, EXTENSION, DT4.

FECHA DE RECEPCIÓN: 13-7-2023**FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-7-2023**

Nägele García de Fuentes, Nicolás; Pérez Rodríguez, Diego José (2023). Novedades en torno a la prórroga de concesiones portuarias tras la aclaración del régimen transitorio de la Ley 27/1992. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 120-127 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El sector portuario ha tenido que esperar, pero finalmente se ha aprobado la aclaración del régimen transitorio aplicable a las concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (la “Ley 27/1992” y las “Concesiones Preexistentes”) a través de la Ley 13/2023, de 24 de mayo, por la que se modifican la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2021/514 del Consejo de 22 de marzo de 2021, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, y otras normas tributarias (la “Ley 13/2023”).

Ha sido la Ley 13/2013 la que ha previsto de forma expresa que las Concesiones Preexistentes pueden beneficiarse de todas las prórrogas recogidas en el artículo 82.2 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (el “TRLPEMM”). Y es que, en paralelo, esta misma propuesta legislativa se estaba tramitando a través del anteproyecto de ley de reforma del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y en una enmienda al proyecto de Ley de Movilidad Sostenible.

En este foro de actualidad, realizaremos una revisión de los antecedentes y alcance de esta importante novedad, así como de las alternativas de los concesionarios para incrementar su plazo concesional. Para facilitar su seguimiento, hemos recogido, como Anexo I, un cuadro-resumen con las diferentes redacciones que han estado vigentes del párrafo quinto de la disposición transitoria cuarta de la Ley 27/1992 (la “DT4”).

2. Antecedentes: la situación anterior a la Ley 13/2023

2.1. Origen y alcance de la disposición transitoria cuarta de la Ley 27/1992

Con anterioridad a la Ley 27/1992, las concesiones de dominio público portuario no estaban sometidas a un plazo máximo de duración —pudiendo, incluso, otorgarse por tiempo indefinido— y podían prorrogarse aun cuando no se hubiese reconocido tal posibilidad en el título concesional.

La situación cambió por completo con la entrada en vigor de la Ley 27/1992, que, por primera vez, prohibió la duración indefinida de las concesiones e impuso una vigencia máxima de 30 años.

En línea con lo anterior, su DT4 (ver apartado 1 del Anexo I) estableció un régimen transitorio para las Concesiones Preexistentes, con el propósito de equiparar a la baja su término con las nuevas concesiones a otorgar en el futuro. En lo que aquí interesa, la DT4 incorporó dos limitaciones significativas para las Concesiones Preexistentes con respecto a su duración:

- i. No podrían superar los 30 años contados desde la entrada en vigor de la Ley 27/1992 (párrafo 2 de la DT4). En consecuencia, quedarían automáticamente extinguidas al llegar a tal límite aun cuando el título concesional hubiese previsto un periodo concesional más largo.
- ii. Solo podrían prorrogarse si el plazo total —*i. e.*, inicial más prórrogas— no fuese superior a 30 años desde su otorgamiento (párrafo 5 de la DT4).

Es decir, la DT4 fijó el límite en 30 años para las Concesiones Preexistentes simplemente para alinearlos con el máximo al que podían aspirar los nuevos operadores tras la aprobación de la Ley 27/1992.

Posteriormente, se incorporaron en la normativa portuaria diferentes prórrogas “extraordinarias” que permitían superar el citado plazo “ordinario” de 30 años; en concreto: (i) el artículo 54.6 de la Ley 27/1992 —a través de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre—; (ii) y el artículo 107.2.c) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (la “Ley 48/2003”) —actual artículo 82.2.c) del TRLPEMM—. La Ley 48/2003 también incrementó el plazo “ordinario” de 30 a 35 años, por lo que se ajustó de igual forma la DT4 (ver apartado 2 del Anexo I).

En síntesis, el plazo “ordinario” de 35 años podía llegar a extenderse “extraordinariamente” en 17,5 años adicionales (*ex art.* 107 de la Ley 48/2003).

Se advirtió entonces una discordancia entre la literalidad de la redacción de la DT4 con los nuevos mecanismos “extraordinarios” para extender la duración de las concesiones, ya que, de seguirse el tenor de la DT4, se podía concluir que las Concesiones Preexistentes no podían optar a las prórrogas extraordinarias. Ante esta aparente contradicción, tanto nuestra doctrina administrativa (entre otros, informe de 28 de noviembre de 2013 —A.G. Entes Públicos 95/13—) como los tribunales (STSJ Baleares de 25 de octubre de 2019 núm. 474) concluyeron que, pese a la dicción de la DT4, no existía una justificación objetiva y razonable para restringir la posibilidad de obtener una prórroga “extraordinaria” a las Concesiones Preexistentes, ya que el legislador no pretendía discriminar entre unos y otros concesionarios meramente en función del momento de otorgamiento de su concesión.

2.2. El cambio de criterio interpretativo con la entrada en vigor de la Ley 18/2014

El anterior debate se reabrió con ocasión de una nueva modificación de la DT4 introducida por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (la “Ley 18/2014”) (ver apartado 3 del Anexo I).

Así, la Abogacía del Estado se separó de la posición teleológica (expuesta en el apartado 2.1) para mantener en su dictamen de 9 de marzo de 2015 —A. G. Entes Públicos 9/15 (R-106/2015)— una interpretación literal de la DT4 bajo la cual las Concesiones Preexistentes solo podrían extenderse más allá de los 35 años en los supuestos previstos en la disposición transitoria décima del TRLPEMM. En otras palabras, esta conclusión cerraba a las Concesiones Preexistentes el acceso a las prórrogas previstas en el artículo 82 del TRLPEMM si, como resultado, se superase ese término de 35 años.

Pese a que la dicción literal fuese sin duda mejorable, lo cierto es que concurrían razones solventes para sostener que la modificación introducida por la Ley 18/2014 no justificaba el cambio de criterio de la Abogacía del Estado.

Así, en la justificación a la enmienda al Proyecto de Ley de Movilidad Sostenible [Enmiendas (Congreso). *BOCG. Congreso de los Diputados* Núm. 121/000136 de 20/02/2023], el Grupo Parlamentario Mixto expuso que:

- i. No hay razones objetivas y fundadas para discriminar a los titulares de Concesiones Preexistentes con respecto al resto de concesionarios. Otros autores (TRIAS PRATS) llegan a la misma conclusión a través de una interpretación integradora de la DT4, la disposición transitoria décima y el artículo 82.2 del TRLPEMM, entendiendo que no existen razones que justifiquen la aplicación de un régimen de prórrogas más restrictivo a las Concesiones Preexistentes.
- ii. La imposibilidad de otorgamiento de prórroga a las Concesiones Preexistentes resulta inconsistente y contraria a la voluntad del legislador.

En este sentido, cabe tener en cuenta que esta modificación de la DT4 tiene su origen en la aceptación de una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso, cuya justificación fue la siguiente: *“Es preciso completar de forma coherente la regulación del régimen del plazo de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio; para ello es preciso relacionar ambas disposiciones transitorias. De lo contrario habría una contradicción entre ambas”* [Enmiendas (Congreso). *BOCG. Congreso de los Diputados* Núm. A-103-2 de 25/08/2014]. Es decir, su única voluntad fue alinear la DT4 y la disposición transitoria décima del TRLPEMM para asegurar el acceso a las ampliaciones de las concesiones preexistentes. En ningún caso se procuró vedar a las Concesiones Preexistentes la posibilidad de acceder a la prórroga extraordinaria que hasta la fecha venía concediéndose en atención a la interpretación teleológica de la DT4 desarrollada en el apartado 2.1.

3. La última modificación legislativa y sus consecuencias

En la práctica, la bien intencionada y mejorable redacción de la DT4 —incorporada por la Ley 18/2014— tuvo un importante efecto en el sector, pues detuvo la tramitación de las solicitudes de prórroga para las Concesiones Preexistentes que se hubiesen presentado tras la Ley 18/2014. De

ahí, la importancia del cambio introducido en la DT4 por la Ley 13/2023 (ver apartado 4 del Anexo I). Así, de su nueva redacción, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- i. Con carácter general, la duración de las Concesiones Preexistentes no podrá ir más allá de los 35 años contados desde la entrada en vigor de la Ley 27/1992 —por tanto, el 15 de diciembre de 2027—, aun cuando el título concesional hubiese previsto inicialmente una fecha de vencimiento posterior.
- ii. Como excepción, ese plazo podrá incrementarse, entre otros supuestos, cuando el concesionario hubiese obtenido una prórroga bajo alguna de las alternativas que han ido estando vigentes en la Ley 27/1992, la Ley 48/2003 o el TRLPEMM, así como una ampliación de plazo inicial reconocida en la disposición transitoria décima del TRLPEMM.

A efectos aclaratorios, la Ley 13/2013 ha suprimido las referencias en la DT4 a la disposición transitoria décima, dado que las ampliaciones *“constituyeron una medida de carácter temporal [...] que ya no está vigente”* (Enmienda (Senado). *BOCG. Senado* Núm. 494 de 18/05/2023). Es decir, este cambio legislativo busca depurar de la DT4 un mecanismo que ya no está disponible para los concesionarios, pero no afecta a las solicitudes que, en su caso, sigan en tramitación ni a la validez de las ampliaciones que ya se hayan concedido.

- iii. Se confirma que los titulares de Concesiones Preexistentes podrán solicitar prórrogas al amparo del artículo 82.2 del TRLPEMM y, por tanto, sobrepasar el límite de 35 años de duración. A tal efecto, no ha sido necesario ajustar el párrafo segundo de la DT4, puesto que, en última instancia, el párrafo quinto se configura como una excepción que permite superar el límite de 35 años impuesto por el párrafo segundo.
- iv. Asimismo, podrán acceder a estas prórrogas tanto las concesiones *“demaniales”*, como *“otros títulos de ocupación de dominio público”* existentes con anterioridad a la Ley 27/1992.

En definitiva, como se expone en la tramitación parlamentaria de la Ley 13/2023, se ha buscado corregir la literalidad de la norma para conectarla con la voluntad del legislador al aprobar la Ley 18/2014 y así evitar tratos discriminatorios entre ccesionarios.

4. Alternativas para extender el plazo concesional

En síntesis, como hemos desarrollado en otros trabajos previos, los titulares de una Concesión Preexistente tienen a su disposición las siguientes alternativas para incrementar su plazo concesional en los términos del artículo 82.2 TRLPEMM:

- i. Prórrogas ordinarias con un máximo de 50 años: (i) cuando se hayan previsto expresamente una o varias prórrogas en el título de otorgamiento (art. 82.2.a TRLPEMM); o (ii) cuando, en el título de otorgamiento no se haya reconocido tal posibilidad, el concesionario lleve a cabo una inversión superior al 20 % del valor actualizado de la inversión inicial que sea de interés para (a) mejorar la productividad; (b) la eficiencia energética o la

calidad ambiental de las operaciones portuarias; o (c) suponga la introducción de nuevas tecnologías o procesos que incrementen su competitividad (art. 82.2.b TRLPEMM).

- ii. Prórrogas extraordinarias con un máximo de 75 años: (i) cuando, en concesiones de interés estratégico o relevantes o que permitan mantener la competencia en un servicio portuario, el concesionario realice una inversión superior al 50 % del valor actualizado de la inversión inicial en una de las alternativas descritas en los apartados (a), (b) y (c) del párrafo 4.i.(ii) de este foro (art. 82.2.c1 TRLPEMM); o (ii) cuando el concesionario efectúe una contribución a la financiación de determinadas iniciativas para mejorar la posición competitiva de los puertos en su área de influencia y la intermodalidad. La contribución deberá ser superior a (a) la diferencia de valor, en el momento de la solicitud, entre la concesión sin prórroga y la concesión prorrogada, y (b) el 20 % de la inversión inicial actualizada (art. 82.2.c2 TRLPEMM).

Bibliografía

FERNÁNDEZ-QUIRÓS TUÑÓN, Tomás (2015). La modificación de los plazos de las concesiones portuarias. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 39, pp. 99-104.

NÄGELE GARCÍA DE FUENTES, Nicolás (2022). Prórroga y ampliación del plazo en las concesiones portuarias. En *Estudios de derecho marítimo en homenaje a Tomás Fernández-Quirós Tuñón*. Madrid, Asociación Española de Derecho Marítimo, pp. 157-176.

TRIAS PRATS, B. (2014). El nuevo régimen de duración de las concesiones portuarias en los puertos de interés general. *Revista Española de Derecho Administrativo*, pp. 269-291.

Anexo I

N.º	Versión	Párrafo quinto
1.	Redacción original de la Ley 27/1992	<p>Cinco.- En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de esta Ley en condiciones que se opongan a lo establecido en la misma o en las disposiciones que la desarrollen.</p> <p>Se entenderá, en todo caso, contraria a lo establecido en esta Ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de treinta años.</p>
2.	Modificación Ley 48/2003	<p>Cinco. En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de esta ley en condiciones que se opongan a lo establecido en la misma o en las disposiciones que la desarrollen.</p> <p>Se entenderá, en todo caso, contraria a lo establecido en esta ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de 35 años.</p>
3.	Modificación Ley 18/2014	<p>Cinco. En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de las concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, en condiciones que se opongan a lo establecido en esta Ley o en las disposiciones que la desarrollen y, en particular, la que diera lugar a un plazo que, acumulado al inicialmente otorgado exceda del límite de 35 años, excepto en los supuestos y condiciones a que se refiere la disposición transitoria décima de esta Ley</p>
4.	Modificación Ley 13/2023	<p>Cinco. En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de las concesiones u otros títulos de ocupación del dominio público portuario existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, en condiciones que se opongan a lo establecido en el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, o en las disposiciones que lo desarrollen y, en particular, a lo regulado en el artículo 82 del mismo texto refundido.</p>

España

NUEVA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE SOCIEDADES MERCANTILES

Marta Giner Vincueria

Abogada del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

Nueva Ley de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles

El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, deroga la Ley 3/2009, de 3 de abril, e introduce numerosas novedades en materia de modificaciones estructurales para, entre otras cuestiones, transponer la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas. En este foro se exponen los cambios más relevantes que trae esta nueva normativa.

PALABRAS CLAVE:

SOCIEDADES MERCANTILES, MODIFICACIONES ESTRUCTURALES, UNIÓN EUROPEA, TRASPOSICIÓN DE DIRECTIVAS.

New regulation in the field of structural modifications

Royal Decree-Law 5/2023 of 28 June repeals Law 3/2009 of 3 April and introduces new regulation in the field of structural modifications such as the transposition of Directive (EU) 2019/2121 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border transformations, mergers and spin-offs. This article gives an overview of the main changes brought about by this new regulation.

KEYWORDS:

COMMERCIAL COMPANIES, STRUCTURAL MODIFICATIONS, EUROPEAN UNION, TRANSPOSITION OF DIRECTIVES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-7-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-7-2023

Giner Vincueria, Marta (2023). Nueva ley de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 128-138 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 29 de junio de 2023 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, cuyo libro primero recoge la nueva regulación en materia de modificaciones estructurales (la “Nueva LME”).

La Nueva LME nace principalmente con el objetivo de transponer la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (en adelante, la “Directiva de Movilidad”), cuya regulación busca armonizar tres clases de modificaciones estructurales, siempre que conlleven un cambio de ley aplicable a las sociedades afectadas: (i) la transformación —que, hasta ahora, se ha venido llamando en España traslado internacional de domicilio—; (ii) la fusión transfronteriza (armonizada desde el año 2005); y (iii) la escisión transfronteriza a favor de sociedades de nueva creación. Sin embargo, las modificaciones introducidas por la Nueva LME superan el contenido de la Directiva de Movilidad, al haber optado el legislador español por integrar todo el régimen de modificaciones estructurales, internas y transfronterizas, en un marco común que toma como punto de partida la propia Directiva de Movilidad. Así, las soluciones que la Nueva LME prevé para las operaciones intraeuropeas se extienden también, con carácter general y con algunas modulaciones, a las modificaciones estructurales internas.

En definitiva, la Nueva LME introduce algunos cambios de fondo —principalmente en materia de protección de acreedores y trabajadores— y muchos cambios de forma, tal y como expondremos a continuación.

2. Entrada en vigor y régimen transitorio

La Nueva LME entra en vigor un mes después de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, esto es, el 29 de julio de 2023. Sin embargo, su disposición transitoria primera recoge un régimen transitorio para aquellas modificaciones estructurales cuyos proyectos hubieran sido aprobados por las sociedades implicadas con anterioridad a su entrada en vigor.

Aunque la redacción no es clara, entendemos de una interpretación razonable de la norma que se podrá seguir aplicando la Ley 3/2009 a aquellas modificaciones estructurales cuyos proyectos hu-

bieran sido formulados con anterioridad a la entrada en vigor de la Nueva LME, lo que aconseja, desde el punto de vista práctico, que se legitimen sus firmas o se haga uso de algún mecanismo alternativo para dotarlos de certeza de fecha. Este criterio parece ser compartido por la mayoría de la doctrina.

3. Principales cambios con respecto a la Ley 3/2009

3.1. Estructura

La Nueva LME no sigue la estructura de la Directiva de Movilidad ni tampoco la de la Ley 3/2009, ya que consta de una parte general, aplicable a todas las modificaciones estructurales (tanto internas como transfronterizas) y que incluye la regulación general del proyecto e informes de la modificación estructural, la publicidad preparatoria del acuerdo, la regulación del acuerdo de la junta y los mecanismos de protección de socios y acreedores; y una parte especial, donde se incluye el régimen aplicable a cada tipo de modificación estructural interna, a las modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas y a las extraeuropeas.

Por tanto, para tener una visión global sobre el régimen aplicable a cada modificación estructural, será necesario analizar conjuntamente las disposiciones comunes de la Nueva LME y las específicas de cada tipo de modificación estructural.

3.2. Ámbito de aplicación

La Nueva LME mantiene el ámbito de aplicación de la Ley 3/2009. Esto es, las modificaciones estructurales, tanto internas como transfronterizas de las sociedades mercantiles, aunque profundiza en el desarrollo de estas últimas, poco reguladas en la normativa anterior.

La Nueva LME reconoce de forma expresa la posibilidad de que tanto las sociedades en liquidación como las sociedades que se encuentren en concurso de acreedores o sometidas a un plan de reestructuración puedan, teóricamente, llevar a cabo modificaciones estructurales, siempre que no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios o se encuentren en liquidación concursal. Y decimos teóricamente porque la Nueva LME también exige que se adjunten al proyecto de modificación estructural los certificados que acrediten que las sociedades participantes se encuentran al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social. Nos resulta difícil compatibilizar esta exigencia con el hecho de que la sociedad esté inmersa en una situación de concurso o sometida a un plan de reestructuración, donde parece improbable que tenga deudas con todos sus acreedores, salvo con Hacienda y la Seguridad Social pero, al mismo tiempo, la previsión no debería impedir la realización de operaciones de reorganización empresarial si se quiere preservar el derecho de asociación o el de libertad de empresa.

3.3. Parte general

3.3.1. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE ACREEDORES, SOCIOS Y TRABAJADORES EN LA NUEVA LME

La principal novedad de la Nueva LME es la introducción de nuevos mecanismos de protección de los acreedores, socios y trabajadores de las sociedades afectadas por una modificación estructural. A continuación describimos cada uno de ellos.

- A. Protección de los acreedores: desaparición del derecho de oposición y sustitución por un sistema de garantías adecuadas

Tradicionalmente la protección a los acreedores en el contexto de una fusión o escisión se concretaba en la existencia de un derecho de oposición por el cual los acreedores cuyos créditos no estuvieran suficientemente garantizados podían oponerse a dichas operaciones. Esto suponía que estas operaciones no se podían llevar a cabo hasta que transcurriera el plazo legal de un mes para que los acreedores pudieran ejercer su derecho y la sociedad prestase garantía suficiente a satisfacción del acreedor o se le notificase la prestación de fianza solidaria por una entidad de crédito debidamente habilitada a estos efectos.

En la Nueva LME este derecho de oposición se suprime para dar paso a un sistema de “garantías adecuadas” que describimos más adelante. Los acreedores con derecho a esta protección son los mismos que hasta ahora —créditos no vencidos previos a la publicación del proyecto—, pero se incluye un concepto relevante para que puedan ser beneficiarios de la protección: deben ser titulares de un derecho de crédito que se vea perjudicado por la modificación estructural. Además, se recoge expresamente que el ejercicio de los derechos por parte de los acreedores no paralizará la modificación estructural ni impedirá su inscripción en el Registro Mercantil, lo que se traduce en que no será preciso aguardar ningún plazo para que estos ejerzan sus derechos —podrían ejercerlo, teóricamente, incluso una vez consumada la operación—.

El régimen completo de protección a los acreedores conforme a la Nueva LME se resume en lo siguiente:

- i. El proyecto de modificación estructural deberá recoger las implicaciones que tenga la operación para los acreedores, así como las garantías que, en su caso, les ofrezca la sociedad. Este ofrecimiento no es obligatorio.
- ii. Una vez publicado el proyecto, los acreedores serán informados para que, en su caso, presenten las observaciones que consideren oportunas. La junta general tomará nota de estas observaciones cuando apruebe la operación.
- iii. Se permite (pero no se obliga a) que el informe del experto independiente se pronuncie sobre la adecuación de las garantías ofrecidas por la sociedad a los acreedores.
- iv. Los acreedores que puedan demostrar que la satisfacción de sus créditos está en riesgo por la operación y no estén conformes con las garantías ofrecidas por la sociedad

o con la falta de aquellas podrán solicitar que se les reconozca el derecho a obtener garantías “adecuadas” de la sociedad dentro del mes posterior (en operaciones internas) o de los tres meses posteriores (en operaciones transfronterizas) a la publicación del proyecto (por tanto, no del acuerdo de modificación estructural, como era la regla general hasta ahora). El procedimiento varía en función de si ha habido pronunciamiento del experto independiente sobre las garantías y, de haberlo, si las consideró suficientes o insuficientes. En última instancia, será el juez de lo mercantil quien resuelva la controversia si los acreedores no se aquietan (previa opción de aumentarlas por la sociedad y previo informe de experto, si no lo ha habido).

- v. Los obligacionistas están sujetos al mismo régimen, salvo que la modificación estructural hubiera sido aprobada por la asamblea de obligacionistas. Esto mismo debería aplicar a los obligacionistas que, en los términos de la emisión, preaprobaron o autorizaron la modificación estructural de que se trate.

B. Protección de los socios: unificación de regulación para el ejercicio de derecho de separación o enajenación. Derecho a compensaciones en efectivo

La Nueva LME unifica la regulación de los supuestos en los que la Ley 3/2009 reconocía un derecho de separación o enajenación (en transformaciones internas, en las fusiones por absorción de sociedad participada al 90 % cuando no se elaboren los informes de administradores y de expertos sobre el proyecto de fusión y en las operaciones transfronterizas cuando vayan a quedar sometidos a una ley extranjera) para, en esos mismos casos, otorgar a los socios discrepantes o sin derecho de voto un derecho a enajenar sus acciones o participaciones a cambio de una compensación adecuada. También incluye la obligación de que el informe de experto, de haberlo, se pronuncie sobre la adecuación de la compensación en efectivo ofrecida a los socios. A estos efectos, el experto independiente deberá tener en cuenta “todo” precio de mercado de las acciones, participaciones o cuotas en la sociedad antes del anuncio del proyecto o el valor de la sociedad sin considerar el efecto de la operación propuesta. Los socios disconformes con la compensación en efectivo no podrán impugnar la operación, pero disponen de dos meses desde que la hubieran recibido o debido recibir para reclamar judicialmente o ante el tribunal arbitral previsto estatutariamente una compensación complementaria en efectivo.

Además, en los casos concretos de la fusión y la escisión, se excluye la posibilidad de impugnar la fusión por discrepancias en la ecuación de canje. A cambio, los socios disidentes o carentes de derecho de voto podrán reclamar judicialmente o ante el tribunal arbitral previsto estatutariamente un pago en efectivo, dentro del plazo de dos meses desde la publicación del acuerdo de la junta general. Esta regulación no supone más que convertir en imperativo legal el régimen potestativo y poco usado del antiguo artículo 38.II de la Ley 3/2009, que permitía pedir que un experto fijase la compensación cuando así lo previesen los estatutos o el acuerdo de la junta. La única novedad destacable en este punto es que la sociedad resultante de la fusión podrá, potestativamente, decidir compensar a los socios con acciones o participaciones propias en lugar del pago en efectivo.

Por último, como a los acreedores, se concede a los socios el derecho a presentar observaciones al proyecto de modificación estructural, de las que la junta debe tomar nota al aprobarlo.

C. Protección a los trabajadores: aumento de derechos de información y participación en el proceso

La Nueva LME otorga a los trabajadores los mismos derechos de participación en la elaboración de los documentos de la modificación estructural que a los socios y acreedores, concediéndoles el derecho a formular observaciones a la sociedad sobre la operación propuesta hasta cinco días antes de la junta general. A estos efectos, será precisa la publicación de un anuncio en el que se informe de tal derecho.

Además, como gran novedad en materia de protección de trabajadores, el informe de administradores deberá tener dos partes: una, como hasta ahora, destinada a los socios y otra destinada a los trabajadores (pudiendo la sociedad optar por preparar informes separados). El contenido del informe (o la parte de él) dirigido a los trabajadores deberá cubrir, al menos:

- i. Las consecuencias de la operación para las relaciones laborales y cualquier medida para preservar dichas relaciones.
- ii. Cualquier cambio sustancial en las condiciones de empleo o ubicación de los centros de actividad de la sociedad.
- iii. El modo en que (i) y (ii) afectan a las filiales de la sociedad.

Debe tenerse en cuenta que la sección del informe destinada a los trabajadores no será necesaria cuando la transformación sea interna ni cuando no haya más trabajadores que los que forman parte del órgano de administración o dirección.

3.3.2. NOVEDADES EN EL PROCEDIMIENTO

A. Proyecto

La Nueva LME prevé la necesidad de preparar un proyecto en todas las modificaciones estructurales (incluida la transformación). La regulación de su contenido es muy similar a la de la Ley 3/2009 para la fusión y escisión, con las siguientes novedades reseñables:

- i. Se debe recoger un calendario tentativo de la operación, lo que no estará exento de dificultad en el caso de las operaciones complejas. Entendemos que debería ser suficiente con proporcionar una indicación sobre cuándo se prevé consumir la operación o una suerte de calendario ciego.
- ii. El proyecto deberá incluir los certificados que acrediten que las sociedades participantes en la operación se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones

tributarias —entendemos que estatales— y frente a la Seguridad Social. Esto, como comentábamos antes, parece prevenir que las sociedades que hayan incurrido en este tipo de deudas puedan realizar modificaciones estructurales, lo que parece contrario al ámbito de aplicación que incluye la propia Nueva LME y probablemente a la libertad de empresa consagrada en la Constitución y a la libertad de circulación prevista en los Tratados de la Unión Europea. Debe recordarse que esta desafortunada previsión no estaba prevista en la Directiva de Movilidad y, seguramente, no tenga parangón en los países de nuestro entorno, lo que pone en situación de desventaja a nuestras compañías salvo que prevalezca, como entendemos debería ocurrir, una interpretación más razonable que no impida ejecutar la modificación estructural cuando existan deudas tributarias o frente a la Seguridad Social.

- iii. Se prevé expresamente la posibilidad de que todas las juntas de las sociedades participantes en la modificación estructural puedan modificar el proyecto, rechazando únicamente que cada una de ellas pueda modificarlo de forma unilateral. Eso sí, para la modificación del proyecto la mayoría debe ser la misma que la prevista para la aprobación del acuerdo de modificación estructural y habrán de respetarse las exigencias formales de información a los socios propias de cualquier junta general.

B. Informe de administradores

Como advertíamos en el apartado 3.3.1(C), la gran novedad en esta materia es que el informe de administradores debe tener ahora dos destinatarios, los socios y los trabajadores, pudiendo hacer un informe separado para cada uno de ellos.

C. Informe de experto independiente

Además de la inclusiones que mencionábamos en los apartados 3.3.1(A) y 3.3.1(B) relativas a la valoración sobre la adecuación de la compensación en efectivo ofrecida a los socios y las garantías ofrecidas a los acreedores, la Nueva LME aclara que solo es necesaria la segunda parte de este informe (relativa a la suficiencia del patrimonio aportado en la operación) cuando la nueva sociedad o la sociedad absorbente sea una sociedad anónima o comanditaria por acciones. También se ha aclarado que el informe tiene que estar vigente en el momento de celebración de las juntas generales que aprueben la fusión, y no en el momento de la inscripción de la escritura.

Por último, en las fusiones apalancadas, se suprime la necesidad de que el experto se pronuncie sobre la existencia de asistencia financiera, cambio que aplaudimos por las dificultades prácticas que generaba que un experto financiero se pronunciase sobre un tema —la existencia de asistencia financiera— estrictamente jurídico.

D. Otras novedades

- i. La Nueva LME limita a un máximo del 90 % las mayorías estatutarias para acordar las modificaciones estructurales y, además, excluye la posibilidad de que una modificación estructural se declare nula una vez inscrita (la norma anterior lo condiciona a

que “*se hubiera efectuado de conformidad con la ley*”). Por tanto, hay mayor certeza de ejecución de la modificación estructural.

- ii. Otra novedad de procedimiento, ya destacada, es que no será preciso esperar el tradicional mes de oposición de acreedores para llevar a cabo la modificación estructural.
- iii. Y, finalmente, se ha incorporado a la parte general el precepto simplificador de las operaciones aprobadas en junta universal y por unanimidad.

3.4. Parte especial

La Nueva LME mantiene la tipología de modificaciones estructurales internas (i. e., transformaciones por cambio de tipo social —ahora transformaciones internas—, fusiones y escisiones —incluyendo la segregación— y cesiones globales de activo y pasivo), pero altera la denominación de los traslados internacionales de domicilio, que pasan a llamarse *transformaciones transfronterizas*.

3.4.1. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES INTERNAS

En líneas generales, el régimen específico de cada tipo de operación no varía sustancialmente con respecto a la Ley 3/2009, salvo en los siguientes puntos:

- A. Se reconocen expresamente algunas operaciones que venían siendo aceptadas en la práctica. Por ejemplo:
 - i. La fusión de las sociedades íntegramente participadas por socios que tengan idéntica participación en todas las sociedades que se fusionen (fusiones entre “hermanas”) y las fusiones inversas, como supuestos asimilados a la fusión por absorción de sociedades íntegramente participadas.
 - ii. La escisión por segregación con creación de nuevas sociedades o en favor de sociedades íntegramente participadas como operaciones simplificadas, con una reducción de requisitos similar a la de la escisión simplificada. No obstante, no se prevé expresamente que pueda prescindirse del balance de escisión en estas segregaciones simplificadas, lo que no tiene sentido en el caso de segregaciones por creación y parece constituir un olvido del legislador que habrá que arreglar por la vía interpretativa.
- B. Se ha aclarado que el informe financiero semestral, que sustituye al balance de fusión en las sociedades cotizadas, no tiene por qué estar auditado, tal y como venía defendiendo la doctrina y a pesar de la discutible posición de algún registrador mercantil. E igualmente, se precisa que, en los casos en los que no sea necesario acuerdo de junta, no es necesario celebrar una junta que apruebe el balance de fusión. Esta disposición podría llevar a pensar que en estas operaciones ni siquiera haría falta auditar el balance de fusión.
- C. Con la eliminación del derecho de oposición de los acreedores parece que se abre la puerta a la posibilidad de formular los proyectos y aprobar en el mismo día las fusiones

o escisiones cuando se celebren juntas universales en todas las sociedades y se aprueben las operaciones por unanimidad —en las que no habrá necesidad de publicar o depositar los documentos de la operación ni hacer el anuncio para que los socios, trabajadores y acreedores muestren su opinión sobre la operación—. Lo mismo podría pensarse en los casos de las fusiones y escisiones simplificadas, donde ni siquiera se requiere informe de administradores. A falta de mayor detalle en la Nueva LME, será oportuno repensar cómo casa esta posibilidad con el respeto a los derechos que surgen para los trabajadores con la nueva normativa, aunque no parece descabellado sostener que en aquellas operaciones en que las condiciones laborales de los trabajadores afectados no se vean alteradas, se puedan encontrar mecanismos para acortar los plazos de las fusiones y escisiones al mínimo (e. g. con una notificación individualizada a cada empleado afectado o a los representantes de los trabajadores, si los hubiere, el mismo día en que se apruebe la operación).

3.4.2. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRANSFRONTERIZAS INTRAEUROPEAS

A las sociedades españolas que participen en modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas les resultan de aplicación las disposiciones comunes a todos los tipos de modificaciones estructurales, así como las específicas de cada una de ellas tal y como se aplicaría a una operación interna, con algunas salvedades. La principal salvedad consiste en la exigencia de que el Registro Mercantil expida un certificado previo a la modificación estructural que acredite el cumplimiento de las condiciones exigidas y del procedimiento legalmente previsto para la realización de la operación correspondiente. El registrador mercantil dispone de un plazo de tres meses para la expedición de dicho certificado, prorrogables —parece— por un período indeterminado de tiempo en caso de que la complejidad de la operación lo requiera, lo que no parece demasiado lógico. De hecho, conforme al artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, parecería que no podría ser nunca superior a seis meses. En cualquier caso, debe recordarse la obligación del registrador de resolver, sin que pueda retrasar sin más el procedimiento para evitar pronunciarse.

Además, la Nueva LME incluye un mecanismo de protección antifraude que habilita a los registradores mercantiles a ampliar el plazo de expedición del certificado previo por otros tres meses adicionales en el supuesto de que tengan sospechas fundadas de que la operación se realiza con fines abusivos o fraudulentos. Este plazo también podría parecer, por la literalidad de la norma, que puede ser prorrogado por un plazo indeterminado en caso de que la operación sea compleja y, en última instancia —como es obvio—, el registrador mercantil podría denegar la expedición del certificado si concluye de manera clara que la operación se está realizando de forma fraudulenta o con intención delictiva. Sus conclusiones deberán ser compartidas con la sociedad y la denegación del certificado podrá recurrirse judicialmente.

El certificado previo se debe compartir con la autoridad designada por el Estado miembro de destino como competente para el control de legalidad de la operación (en España, el Registro Mercantil) a través del sistema de interconexión de registros (BRIS, por sus siglas en inglés) y deberá ser accesible al público a través de este mismo sistema. Anticipamos dificultades relevantes con la implementación práctica de este requisito. En nuestra experiencia reciente en operaciones de fusión transfronterizas intracomunitarias, no se hace uso de este sistema y, aunque el Registro Mercantil español se adaptase de forma expedita a su uso, no sabemos cómo se desarrollará su

implementación en el resto de los países de la Unión Europea. Por tanto, la falta de alternativas en la Nueva LME a esta situación seguramente pondrá en jaque o dificultará la ejecución de las operaciones transnacionales en Europa. Confiamos en que la limitada utilización de BRIS en la práctica y sus carencias mejoren si finalmente se implementa la Directiva para la Modernización del Derecho de Sociedades en el Ámbito Digital, cuya propuesta fue adoptada por la Comisión Europea el pasado 29 de marzo y promete reducir la burocracia y facilitar las actividades transfronterizas de las sociedades de la Unión Europea.

En materia de protección de socios, cabe destacar que la Nueva LME mantiene el derecho de separación —ahora denominado con carácter general de enajenación— para aquellos socios de sociedades españolas que, como consecuencia de su participación en una modificación estructural, pasen a estar sometidos a una ley extranjera, siempre que hubieran votado en contra de su aprobación o no tuvieran derecho de voto. Sin embargo, se introduce una novedad relevante, y es que el adquirente de las participaciones o acciones de dicho socio disidente ya no tiene por qué ser únicamente la sociedad, sino que también podrán ser otros socios o incluso terceros propuestos por la sociedad. Además, se introduce la posibilidad de que los socios que no tengan o no hayan ejercido su derecho de separación puedan impugnar la relación de canje (sin afectar a la consumación de la operación) y reclamar un pago complementario en efectivo a los tribunales.

En cuanto a la protección de acreedores se refiere, es aplicable el mismo sistema de protección que en las operaciones internas ya expuesto en el apartado 3.3.1(A), siendo la novedad más relevante que en las transformaciones transfronterizas se prevé que, sin perjuicio de los acuerdos de elección de foro y convenios arbitrales aplicables, el Estado de origen mantenga un foro de competencia judicial durante los dos años posteriores a la efectividad de la transformación para que los acreedores cuyo crédito hubiera nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de transformación puedan demandar a la sociedad ante los tribunales de su domicilio anterior.

Por último, se modifica la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, para adaptar la regulación de los derechos de participación de los trabajadores, cuando alguna de las sociedades implicadas esté gobernada por un sistema que la reconozca, a las disposiciones de la Directiva de Movilidad.

3.4.3. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRANSFRONTERIZAS EXTRAEUROPEAS

Una de las grandes y más aplaudidas novedades de la Nueva LME es la inclusión de regulación para las modificaciones estructurales extraeuropeas que no se encuentran reguladas en la Directiva de Movilidad.

Mientras que la Ley 3/2009 solo regulaba de forma sucinta el traslado internacional de domicilio de sociedades españolas al extranjero (actualmente operaciones de transformación transfronteriza), la Nueva LME permite la realización de cualquier modificación estructural (i. e., transformaciones, fusiones, escisiones y cesiones globales de activo y pasivo) con sociedades que no formen parte de Espacio Económico Europeo.

En general, a las operaciones transfronterizas extraeuropeas les resulta de aplicación el mismo régimen legal que a las intraeuropeas, con la única excepción reseñable de que, en este caso, el certificado previo necesario para la realización de la modificación estructural se puede adaptar para dar cumplimiento a los requisitos específicos que pudieran ser exigibles conforme a la leyes aplicables al resto de las sociedades participantes. La otra modulación o excepción es que, naturalmente, a la sociedad extraeuropea le será de aplicación su normativa respecto del proceso de modificación estructural, lo que obligará a hacer un encaje de bolillos para diseñar un procedimiento que concilie ambas regulaciones, lo que no siempre será sencillo.

4. Conclusiones

En términos generales, la Nueva LME ha aclarado y mejorado muchos aspectos de la regulación de las modificaciones estructurales, sobre todo de las transfronterizas (intra- y extracomunitarias, sobre las que apenas existía regulación). Además, ha ido más allá de la transposición de la Directiva de Movilidad, creando un nuevo régimen para las operaciones internas que facilita su implementación (e. g., la supresión del derecho de oposición de acreedores). Como aspecto mejorable, su aprobación precipitada por Real Decreto-ley ha impedido la realización de un análisis más pausado de algunos temas que aún están por depurar en la Nueva LME y que, quizás, se podrían haber mejorado durante el debate parlamentario. Sirvan como muestra la inexistencia de un plazo cierto para la emisión del certificado previo por el registrador mercantil o la necesidad de incluir en el proyecto de modificación estructural una certificación de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias —no se sabe cuáles— y de la Seguridad Social.

Foro de Actualidad

España

LAS REFORMAS PROCESALES DEL REAL DECRETO-LEY 5/2023. ESPECIAL REFERENCIA A LA REFORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN LAS JURISDICCIONES CIVIL, PENAL, CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO Y SOCIAL

José María Blanco Saralegui, Manuel Álvarez Feijoo,
Xavier Codina García-Andrade y Mario Barros García

*Abogados de las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje; y de Fiscal
y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)*

Las reformas procesales del Real Decreto-Ley 5/2023. Especial referencia a la reforma del recurso de casación en las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativo y social

El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, acomete una gran cantidad de reformas legislativas. En el plano procesal, además de introducir diversas medidas de conciliación de la vida familiar de los profesionales del derecho en sentido amplio, es significativa la completa reforma del recurso de casación en todas las jurisdicciones, muy particularmente en la civil. Se pretende facilitar y racionalizar el trabajo de las distintas Salas del Tribunal Supremo, reducir sus plazos de respuesta y acentuar su función de formación de doctrina jurisprudencial.

cial, rechazando los asuntos que no justifiquen la intervención del más alto órgano de la jurisdicción ordinaria. La reforma obligará a los abogados a conocer los criterios de las distintas Salas al interpretar estas normas y ser mucho más breves y concisos en el planteamiento de los recursos de casación.

PALABRAS CLAVE:

RECURSO DE CASACIÓN, UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, FACILIDAD DE INADMISIÓN, PLAZOS PROCESALES.

The procedural reforms introduced in Royal Decree-Law 5/2023 of 28 June, especially on appeals before the Spanish Supreme Court

Royal Decree-Law 5/2023 of 28 June has implemented a number of legislative reforms. From a procedural perspective, in addition to introducing various measures for legal professionals to achieve a better work-life balance, cassation appeals have been completely reformed in all jurisdictions, especially in the civil jurisdiction. Royal Decree-Law 5/2023 aims to simplify and rationalise the work of the Supreme Court's various chambers, reduce their response times, and heighten their function in developing case law, rejecting cases that do not warrant the involvement of the highest-instance court of the judicial system. With this reform, lawyers will need to be familiar with how the various chambers interpret these rules and make their cassation appeals more concise and to the point.

KEYWORDS:

CASSATION APPEAL, CASE-LAW UNIFICATION, NON-ADMISSIBILITY, PROCEDURAL DEADLINES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 13-7-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-7-2023

Blanco Saralegui, José María; Álvarez Feijoo, Manuel; Codina García-Andrade, Xavier; Barros García, Mario (2023). Las reformas procesales del Real Decreto-Ley 5/2023. Especial referencia a la reforma del recurso de casación en las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativo y social. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 139-153 (ISSN: 1578-956X).

1. La reforma de la casación civil

1.1. Introducción

En lo que toca a la reforma de los recursos de casación, el preámbulo del Real Decreto-ley 5/2023 (el "RDL 5/2023") vincula la urgencia y necesidad de la medida con el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Y pone como paradigma determinados datos de la Sala Segunda y de la Sala Primera, sobre la que viene a afirmarse que solo se admiten entre un 18 y un 19 % de los recursos y que el trámite de admisión se ha disparado por encima de los dos años.

Si tales eran las circunstancias del Tribunal Supremo, y dado que eran perfectamente conocidas por el resto de los poderes públicos que la gestionan, es evidente que la reforma de la casación debió ser prioritaria sin tener por qué recurrir al régimen excepcional del Real Decreto-ley en los estertores de la legislatura.

1.2. Los aspectos claves de la reforma

- i. Se elimina el recurso extraordinario por infracción procesal. Permanece únicamente, por tanto, el recurso de casación, que podrá fundarse en la infracción de normas sustantivas o procesales, siempre que concurra —en ambos casos— interés casacional (art. 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o, en adelante, “LEC”).

Para que la Sala Primera pueda fijar jurisprudencia sobre algunas cuestiones procesales de mucha actualidad, la reforma será sumamente útil, y ello al margen de que las cuestiones sustantivas sean o no relevantes. Piénsese en problemas de preclusión (art. 400 LEC), de cosa juzgada positiva (art. 222.4 LEC), o de prejudicialidad civil o de otros órdenes, especialmente la prejudicialidad contenciosa en las acciones de daños por infracción de normas concurrenciales (art. 40 y ss. LEC), o la denominada “prejudicialidad comunitaria” o la necesidad de suspender procedimientos por la pendencia de procesos donde se han planteado cuestiones de interpretación o validez del derecho nacional en comparación con el derecho de la Unión Europea.

- ii. Se suprime la vía de acceso a casación por cuantía superior a 600.000 euros. Los únicos cauces de acceso son el interés casacional y la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo.

Hasta la fecha, el cauce del artículo 477.2.1.º se refería a la tutela civil de derechos fundamentales, con exclusión de los previstos en el artículo 24 de la Constitución. La exclusión del 24, que ya no opera, tenía sentido porque tal infracción se articulaba sobre la base del artículo 469.1.4.º LEC en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal.

Tal exclusión ya no está, y sin embargo son susceptibles del recurso de amparo —art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—: *“Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución”*, lo que excede del más limitado ámbito de los derechos protegidos por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Puede asistir a las partes la tentación de sobreexplotar esta vía de acceso, haciendo pasar por infracción de derechos fundamentales cuestiones de estricta legalidad ordinaria.

- iii. Se mantiene el concepto de interés casacional, y solo se modifica el supuesto relativo a que la sentencia recurrida aplique normas sobre las que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, eliminándose el requisito temporal de que la norma no lleve más de cinco años en vigor.

Mientras no existan Acuerdos interpretativos del Tribunal Supremo en sentido contrario, habrá que entender que siguen rigiendo, a estos efectos, los exigidos por el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, en cuanto a la necesidad e intensidad de

contradicción suficiente de Audiencias Provinciales. Permanece incólume, por supuesto, la identificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina reiterada en dos o más sentencias dictadas en el mismo sentido, y no contradichas por otras posteriores, con excepción de las sentencias dictadas por el Pleno o que fijen doctrina por razón de interés casacional.

Eliminar el criterio de la novedad de la norma aumenta la facultades de la Sala de fijar doctrina.

- iv. Se introduce un nuevo concepto de “interés casacional notorio”, que deberá apreciar la Sala Primera —o, en su defecto, las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en su ámbito competencial— solamente cuando la resolución impugnada se haya dictado en un proceso en el que la cuestión litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la ley estatal o autonómica.

Esta notoriedad trae causa directa de la excepción que, con carácter extraordinario, recogía el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional sobre criterios de admisión: *“No será imprescindible la cita de sentencias cuando, a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la ya establecida en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia”*.

El carácter más amplio de las prerrogativas admisoras que se atribuyen al Tribunal Supremo es claro: ese interés general se da *“cuando la cuestión afecte potencial o efectivamente a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso”*, lo cual profundiza claramente en la cada vez mayor discrecionalidad en la selección de los asuntos, siempre que exista vocación de resolver múltiples asuntos similares; que ello sea siempre posible en la litigación masiva civil y mercantil es otro debate que en algún momento ha de abordarse.

- v. Se introducen legislativamente previsiones que hasta la fecha solo constaban en los Acuerdos interpretativos del Pleno de la Sala Primera, y muy en particular los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017.

Entran aquí la necesidad de colegiación en la decisión de la Audiencia Provincial (art. 477.1 LEC) —lo que hace irrecurribles las resoluciones de Audiencias Provinciales cuando resuelven como tribunal unipersonal recursos contra resoluciones de juzgados de primera instancia sustanciados por razón de la cuantía, cuando esta se encuentra entre 3000 y 6000 euros—, la imposibilidad de cuestionar la valoración de la prueba y la fijación de hechos en el recurso de casación, salvo error de hecho, patente e inmediatamente verificable a partir de las propias actuaciones (art. 477.5 LEC), o todas las previsiones formales del artículo 481 LEC.

La asunción por el legislador de los criterios interpretativos del Tribunal Supremo refuerza la idea, por si quedase alguna duda, de que los Acuerdos adoptados por el Pleno de la Sala

Primera tienen un incuestionable valor normativo y forman parte del sistema de recursos, como ya ha reconocido en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional.

- vi. La vista pasa a ser decisión potestativa del Tribunal, que no se encuentra ya vinculado por la petición común de todas las partes.
- vii. Se recoge expresamente la habilitación legal que ya existía en la casación contencioso-administrativa para que la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo regule la extensión, formato y otras formalidades de los recursos, que hasta ahora tenían un valor orientativo.

Este es uno de los pasos fundamentales de la reforma. La Sala de Gobierno ya ha dictado un Acuerdo, de fecha 8 de septiembre de 2023, donde se establecen requisitos de forma muy similares a los de la jurisdicción contencioso administrativa (Times New Roman 12, interlineado, citas, etc) y la exigencia de cumplimentación de una carátula con datos muy relevantes de identificación del proceso.

Carecía completamente de sentido el distinto tratamiento de una y otra jurisdicción, y va en línea con los criterios adoptados por los más altos tribunales a lo largo del mundo, que fijan criterios formales sumamente estrictos. Lo que antes no pasaba de ser una recomendación, ahora será imperativo, por lo que los recursos que vulneren estas previsiones podrán ser inadmitidos por esta sola razón.

- viii. Existe un control de admisión previo por el letrado de la Administración de Justicia de la Sala Primera (o de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente) a través de decreto (art. 483.1 LEC); se limitará a comprobar que el recurso de haya interpuesto en plazo, que —en el caso de las infracciones procesales— se haya procedido a la oportuna denuncia previa en la instancia —tantas cuantas veces se pudo denunciar en las instancias anteriores—, el pago de los depósitos y, cuando sea necesario, el cumplimiento de los requisitos del artículo 449 LEC.

Ese decreto inadmisor podrá ser objeto de recurso de revisión ante el Tribunal Supremo o la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

La duda es si sigue vigente en toda su extensión el alcance del control por la Audiencia Provincial de los recursos extraordinarios fijado en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, o si, por el contrario, se ve restringido por la reforma legal. Recordemos que en dicho acuerdo se fijaba el control “*en primer término*” por las Audiencias Provinciales de las causas comunes a la inadmisión de los recursos a) a f), que incluían control también sobre el gravamen, la recurribilidad de las resoluciones o la postulación.

Creemos que la Audiencia Provincial no está autorizada para hacer apreciación sobre si concurre o no el interés casacional, incluso de constatarse de forma evidente que el recurso carece del más mínimo, porque sería cerrar la puerta a la excepción de notoriedad.

- ix. La inadmisión será por providencia sucintamente motivada, mientras que la admisión tendrá lugar a través de auto donde se expresen las razones de la admisión (art. 483.2 LEC).

Nuevamente, se invierte el mecanismo actual, en el que el auto de inadmisión contiene una intensa motivación, mientras que el auto de admisión no expresa las razones de la misma y es, en cierto modo, seriado, aunque periódicamente se observan referencias a que inicialmente se habían detectado posibles causas de inadmisión que, en una segunda lectura, llevan a la Sala a concluir que el asunto es admisible.

La norma general es la inadmisión, y no hace falta motivarla demasiado. Por el contrario, que se someta a una Sala con recursos escasos un determinado asunto ha de justificarse profusamente.

Repárese en que, a diferencia de la casación contenciosa, de la que en parte se toma ejemplo, el auto solo ha de explicar las *"razones"* que justifican la intervención de la Sala Primera o del Tribunal Superior de Justicia, mientras que en aquella el auto debe pronunciarse sobre *"la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso"*. Una diferencia sutil, pero importante.

- x. Desaparece la providencia de puesta de manifiesto a las partes de posibles causas de inadmisión, hasta hoy prevista en el artículo 483.3 LEC, por lo que no hay trámite de posible reconsideración por la Sala de Admisión ante eventuales errores de apreciación.
- xi. Las sentencias que estimen que hay oposición a la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión planteada se resolverán mediante auto, que ordenará la devolución del asunto al tribunal de procedencia para que acomode su decisión a la doctrina jurisprudencial.

Este sistema de reenvío, imitado de la casación francesa, es sumamente práctico. No obstante, no dejan de observarse ciertos problemas, porque en efecto, los jueces y tribunales están vinculados únicamente a la ley, y la justicia está servida por magistrados independientes en el ejercicio de su cargo (art. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El legislador español no ha optado nunca por un sistema de jurisprudencia vinculante, en el sentido en el que opera en otras jurisdicciones. Un juez o tribunal no puede ser sancionado por contravenir la jurisprudencia de un órgano superior, por lo que habrá que ver si existen Audiencias provinciales que acaben rebelándose contra esta imposición o si se plantean cuestiones de inconstitucionalidad de la norma.

1.3. Las normas transitorias

La entrada en vigor de todas estas disposiciones se producirá, de conformidad con la disposición final novena, al mes de la publicación del RDL 5/2023 en el BOE, esto es, el 29 de julio de 2023.

La disposición transitoria décima, en su apartado 4, establece las reglas con arreglo a las cuales los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de la norma deberán ser resueltos.

Con carácter general, se regirán por la legislación anterior, con independencia de la fecha en la que dichas resoluciones se notifiquen. Pero si procediera la inadmisión de los recursos por las causas previstas en las normas hasta entonces vigentes, se acordará por providencia sucintamente motivada, "*previa audiencia de las partes*".

Esa previa audiencia de las partes no parece que necesariamente obligue al Tribunal Supremo, o al Tribunal Superior de Justicia, a poner de manifiesto posibles causas de inadmisión, aunque sospechamos que un tribunal tan garantista como la Sala Primera se encargará de que el trámite sea muy similar al actual.

Del mismo modo, si concurren los requisitos previstos al efecto en el artículo 487.1 LEC, es decir, si ya existiera doctrina jurisprudencial sobre la cuestión o cuestiones planteadas y la sentencia se opusiera a ella, el recurso de casación y, en su caso, el recurso extraordinario por infracción procesal, podrán resolverse por medio de auto, que casará la sentencia y devolverá el asunto al tribunal de su procedencia para que dicte nueva resolución de acuerdo con esa doctrina jurisprudencial.

La única limitación a este precepto, por tanto, es que el asunto, al tiempo de la entrada en vigor de la norma, estuviera ya deliberado, votado y fallado, aunque no se hubiera redactado la sentencia; porque en la decisión de fallar estimando la casación por oposición a la doctrina jurisprudencial, realizada ante de la entrada en vigor de la norma, está ínsita la necesidad de casar la sentencia dictada y asumir la instancia.

2. La reforma de la casación penal

2.1. Introducción

La reforma de la casación penal comparte diagnóstico, planteamiento y finalidades con la civil. El preámbulo del RDL 5/2023 describe una situación de saturación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la que su carga de trabajo se ha visto aumentada en un 72 % en el periodo comprendido entre 2018 y 2022, habiéndose registrado en el año 2021 un 160 % más de recursos de casación que en 2015 (fecha de la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ["LECrím"] en materia de casación). Este incremento en el número de recursos ha producido una demora en su tramitación que lesionaría el derecho constitucional de los recurrentes a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas. La reforma plantea "*una serie de filtros*" en los trámites

de preparación y admisión de la casación penal con la finalidad de “*paliar esta situación*” y lograr “*una mayor agilidad*” en la tramitación de los recursos.

En definitiva, se limita el acceso al recurso de casación penal. Con ello, el primer objetivo de la reforma se verá muy probablemente cumplido: la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se reducirá significativamente. Restará por ver si, además, se consigue garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales de todos los recurrentes.

2.2. Los aspectos claves de la reforma

El RDL 5/2023 modifica los artículos 855, 858, 882 y 889 de la LECrim afectando específicamente a los requisitos de preparación y admisión en relación con los dos escenarios de acceso a la casación penal:

i. Casación en delitos castigados con penas potenciales de hasta 5 años de prisión

El primer escenario se corresponde con los procedimientos relativos a delitos castigados con penas potenciales de hasta 5 años de prisión (artículo 847.1.b de la LECrim). El enjuiciamiento en primera instancia de estos delitos corresponde a los Juzgados de lo Penal o al Juzgado Central de lo Penal, y el conocimiento de los recursos de apelación a las Audiencias Provinciales o a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Desde el año 2015, en virtud de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, el recurso de casación en estos supuestos (que se constituyó como una tercera instancia no existente hasta ese momento) tiene una pura finalidad de unificación de doctrina. Es decir, únicamente puede accederse a la casación por infracción de precepto penal sustantivo fundamentando el recurso en error de derecho.

El RDL 5/2023 añade una nueva carga formal para los potenciales recurrentes (nuevo artículo 855 párrafo segundo de la LECrim): deberán consignar, con la mayor claridad y concisión y en párrafos separados, la concurrencia de los requisitos exigidos por la LECrim para recurrir, identificado el precepto penal sustantivo que consideren infringido y explicando de modo sucinto las razones que funden la infracción.

En coherencia con esta nueva carga para los recurrentes, el RDL 5/2023 amplía las facultades de control formal de las Audiencias Provinciales o de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en fase de preparación del recurso de casación (nuevo artículo 858 párrafo segundo de la LECrim). El órgano de apelación podrá denegar la preparación del recurso por auto motivado en los siguientes supuestos: (i) cuando se aleguen motivos de casación distintos al error de derecho; (ii) cuando no se identifique el precepto penal sustantivo infringido; (iii) cuando no se consigne el “*breve extracto exigido*”, es decir, la explicación de las razones que funden la infracción; o (iv) cuando el contenido del recurso se aparte del ámbito del error de derecho.

ii. Casación en delitos castigados con penas potenciales superiores a 5 años de prisión

Este segundo escenario se corresponde con los procedimientos relativos a delitos castigados con penas potenciales por encima de los 5 años de prisión (artículo 847.1.a de la

LECrim). El enjuiciamiento en primera instancia de estos delitos corresponde a las Audiencias Provinciales o a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y el conocimiento de los recursos de apelación a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o a la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. En estos supuestos puede accederse a la casación con base en todos los motivos previstos en la LECrim: error de derecho, error en la apreciación de la prueba, quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional.

El RDL 5/2023 introduce por primera vez la posibilidad de inadmisión por razones de oportunidad en todos los escenarios y vías de la casación penal. Hasta la fecha la inadmisión por razones de oportunidad solo estaba prevista para aquellos procedimientos penales que accedían a la casación como tercera instancia, es decir, en unificación de doctrina habiendo sido enjuiciados en primera instancia por los Juzgados de lo Penal o por el Juzgado Central de lo Penal. En esos supuestos, el artículo 889 párrafo segundo de la LECrim permite a la Sala Segunda inadmitir el recurso por providencia dictada por unanimidad si se constata "*carencia de interés casacional*".

El nuevo artículo 889 párrafo tercero de la LECrim introducido con la reforma faculta a la Sala Segunda a inadmitir el recurso de casación en este segundo escenario por providencia "*sucintamente motivada*" y por unanimidad de sus magistrados si concurren dos requisitos cumulativos: (i) que el asunto carezca de "*relevancia casacional*" (está por ver si existe alguna diferencia material entre este concepto y el de "*interés casacional*" empleado en el párrafo segundo de este mismo artículo o si se trata de una divergencia puramente formal por deficiente técnica legislativa), y (ii) que la pena privativa de libertad efectivamente impuesta, o la suma de penas privativas de libertad impuestas, a los condenados en la instancia no sea superior a 5 años, o bien que se hayan impuesto penas distintas a la pena privativa de libertad con independencia de su duración.

En consecuencia, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ve ampliadas sus facultades de inadmisión de recursos por razones de oportunidad incluso en casos que se planteen como objetivamente graves en atención a las pretensiones ejercitadas por las partes (por ejemplo, podrán inadmitirse vía providencia recursos de casación en casos en que se hubiesen solicitado por las acusaciones penas de prisión muy por encima de los 5 años, pero en los que el tribunal de instancia imponga una pena de 4 años y 11 meses de prisión).

2.3. Norma transitoria

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición transitoria décima del RDL 5/2023, estas modificaciones se aplicarán únicamente a los recursos de casación que se interpongan tras la entrada en vigor de la reforma. Los recursos que se hubiesen presentado antes se continuarán sustanciando conforme a la legislación procesal penal anterior.

3. La reforma de la casación contencioso-administrativa

3.1. Introducción

En el ámbito contencioso-administrativo, el artículo 224 del RDL 5/2023 introduce una serie de reformas dirigidas a reducir la carga de trabajo existente en la fase de admisión del recurso de casación, provocado por la falta de efectivos en el Tribunal Supremo, pero también por el planteamiento ante el Alto Tribunal de cuestiones jurídicas esencialmente idénticas. La medida elegida por el legislador para alcanzar ese fin es crear la figura del recurso de casación testigo. A continuación se describen las novedades más significativas relativas a la casación contencioso-administrativa.

3.2. Los aspectos claves de la reforma

En relación con el recurso de casación, el RDL 5/2023 modifica los artículos 56, 88, 89, 90 y 94 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ("LJCA"). Estas modificaciones pueden agruparse en torno a dos ejes: potenciar la figura del recurso testigo y aclarar otras cuestiones relevantes.

- i. Las modificaciones dirigidas a potenciar la figura del recurso testigo
 - A. La existencia de un recurso de casación admitido a trámite puede dar lugar a la decisión de suspender la tramitación de aquellos recursos contencioso-administrativos que presenten una "*identidad jurídica sustancial*" con aquel. El nuevo apartado 5 del artículo 56 LJCA recoge esta posibilidad de suspensión, que será acordada por el juzgado o tribunal tras escuchar a las partes personadas por el plazo común de diez días. Esa decisión, adoptada bajo la forma de auto, no será susceptible de recurso alguno.

Para que el juzgado o tribunal puedan valorar la "*identidad jurídica sustancial*", el precepto exige que se hayan formulado la demanda y su contestación.

El auto de suspensión se remitirá al Tribunal Supremo con la finalidad de que este pueda remitir testimonio de su decisión al juzgado o tribunal correspondiente. Recibido ese testimonio, se escuchará a las partes personadas para que aleguen lo que a su derecho convenga, continuando tras ello la tramitación del recurso.

Esta medida puede provocar, a medio plazo, una disminución de recursos de casación, al adelantar a la instancia la ratio de la sentencia relevante del Tribunal Supremo. Si la Sala de instancia falla conforme a la misma, se desincentivaría el posterior recurso de casación.

- B. El artículo 94 LJCA se modifica para incorporar la figura del recurso de casación testigo. En aquellos supuestos en los que la Sección de Admisión aprecie la existencia de

un gran número de recursos que versen sobre una "*cuestión jurídica sustancialmente igual*", podrá admitir a trámite uno de ellos, siempre de conformidad con el resto de requisitos de admisibilidad de la LJCA, y ordenar la suspensión del resto hasta que se dicte sentencia en el recurso testigo (lo que el precepto califica en algún punto como "*sentencia de referencia*").

Tras la recepción de la sentencia de referencia en cada uno de los procedimientos suspendidos, las partes alegarán si desisten o si entienden que la sentencia de referencia no incide en su recurso. La Sección de Admisión viene obligada a inadmitir aquellos recursos formulados frente a sentencias de instancia cuyo fallo y razón de decidir son coincidentes con la sentencia de referencia. Si ese no es el caso, continuará la tramitación del recurso de casación, que debe cumplir en todo caso con los criterios generales ya previstos en los artículos 88 y 89 LJCA.

Una vez admitido a trámite el recurso, la sección del Tribunal Supremo correspondiente resolverá si continúa con su tramitación o dicta sentencia sin más trámite con remisión a lo establecido en la sentencia de referencia.

ii. La reforma aclara cuestiones relevantes del recurso de casación

Además de las cuestiones relativas al novedoso recurso testigo, el RDL 5/2023 también aclara varios aspectos importantes de las normas que rigen el recurso de casación.

Primero, se amplía el supuesto de interés casacional objetivo del artículo 88.3.b) LJCA, que ya no requerirá forzosamente un pronunciamiento expreso en el sentido de apartarse deliberadamente de la jurisprudencia previa, sino que también se admitirá cuando el apartamiento se haya hecho de forma inmotivada.

Segundo, la nueva redacción del artículo 90.3.a) LJCA obliga a la Sección de Admisión a motivar sucintamente la providencia que resuelva la inadmisión del recurso de casación por no apreciar la existencia de interés casacional objetivo.

Por último, se reducen algunos plazos. El más significativo es el que incorpora la nueva redacción del artículo 89.5 LJCA, que reduce el plazo establecido para que las partes comparezcan ante el Tribunal Supremo tras la preparación del recurso de casación, que pasa de treinta a quince días. Este cambio afecta sobre todo a la parte recurrida, que deberá preparar su escrito de oposición a la admisión en ese mismo plazo.

3.3. Norma transitoria

En cuanto al régimen transitorio, con carácter general, las nuevas normas resultan de aplicación a las resoluciones de los juzgados y tribunales que se dicten con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 5/2023 (como se decía, la fecha de entrada en vigor de estos cambios será el 29 de julio de 2023). Los únicos supuestos de aplicación inmediata son los que plantean la posibilidad de recurso de casación testigo.

4. La reforma de la casación social

4.1. Introducción

El artículo 226 del RDL 5/2023 tiene también por objeto la modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social ("LRJS"). Las disposiciones más relevantes de dicho precepto son las dirigidas a la modificación de la regulación legal del recurso de casación para la unificación de doctrina ("RCUD") con el objeto de dotar de mayor agilidad a su tramitación, según declara la exposición de motivos del RDL 5/2023.

4.2. Los aspectos claves de la reforma

El RDL 5/2023 introduce modificaciones de cierto calado en el RCUD, como son las siguientes:

- i. Se elimina el recurso de reposición que hasta ahora cabía contra el auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por el que se inadmitía el RCUD por falta de subsanación de defectos cuando la parte ya había sido advertida y requerida para subsanación y había dejado pasar el plazo sin efectuarla.
- ii. En materia de admisión a trámite del recurso, se modifica el artículo 225 de la LRJS para crear un nuevo motivo de inadmisión del RCUD, sistematizar las causas de inadmisión y reordenar la tramitación del procedimiento en este momento procesal. De esta manera, la falta de contradicción entre las sentencias comparadas pasa a ser un motivo de inadmisión a trámite del RCUD.

Asimismo, en el caso de incumplimiento manifiesto e insubsanable de los requisitos procesales para preparar o interponer el RCUD, carencia sobrevenida del objeto del recurso o falta de contradicción entre las sentencias comparadas, se prevé como único trámite previo a la inadmisión el traslado al Ministerio Fiscal, de no haber interpuesto el RCUD, por plazo de cinco días, para que informe sobre su admisión o inadmisión, eliminando el traslado a la parte recurrente a estos mismos efectos.

En el caso de que la posible causa de inadmisión del RCUD consista en la falta de contenido casacional de la pretensión o el haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales, se establece un trámite de audiencia al recurrente por plazo de cinco días, con ulterior informe del Ministerio Fiscal por otros cinco días, de no haber interpuesto el recurso.

Finalmente, en el caso de que la Sección de Admisión apreciare la falta de competencia funcional para el conocimiento del litigio, se concederá audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por un plazo común de tres días. Finalizado el plazo, se señalará dentro de los diez días siguientes para deliberación, votación y fallo, debiendo dictarse sentencia dentro de los diez días siguientes a la celebración de la votación.

- iii. El RDL 5/2023 añade un nuevo artículo 225 *bis* a la LRJS, que regula la suspensión de RCUD pendientes de tramitación en caso de identidad jurídica sustancial.

Conforme al nuevo precepto, cuando la Sección de Admisión de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo constate la existencia de un gran número de recursos que susciten una cuestión jurídica sustancialmente igual, podrá acordar la admisión de uno o varios de ellos para su tramitación y resolución preferente, suspendiendo el trámite de admisión de los demás hasta que se dicte sentencia en el primero o primeros.

Una vez dictada sentencia de fondo, se llevará testimonio a los recursos suspendidos y se notificará a los interesados afectados por la suspensión, dándoles un plazo de alegaciones de diez días a fin de que puedan interesar la continuación de su recurso de casación o desistir de él.

Efectuadas dichas alegaciones, y cuando no se hubiera producido el desistimiento, si la sentencia impugnada en casación resultase coincidente en su fallo y razón de decidir con lo resuelto por la sentencia o sentencias del Tribunal Supremo, se inadmitirán por providencia los recursos de casación pendientes.

Por el contrario, si la sentencia impugnada en casación no resultase coincidente en su fallo y razón de decidir con lo resuelto por la sentencia o sentencias previas, se dictará auto de admisión si se cumplieran los requisitos correspondientes. La Sala resolverá entonces si continúa con la tramitación o si dicta sentencia sin más trámite, remitiéndose a lo acordado en la sentencia de referencia y adoptando los demás pronunciamientos que considere necesarios.

4.3. Norma transitoria

La disposición transitoria décima del RDL 5/2023, en su apartado 5, establece que las modificaciones del régimen jurídico del RCUD serán de aplicación a aquellas resoluciones judiciales que se dicten con posterioridad a su entrada en vigor. Precisa, además, que la modificación del artículo 225 *bis* LRJS será de aplicación a los recursos de casación que, a la fecha de entrada en vigor del RDL 5/2023, ya se hubieran preparado y estuvieran pendientes de admisión. A esos efectos, cabrá acordar la suspensión del trámite de admisión de otros RCUD en atención a que cualquiera de los que ya hubiesen sido admitidos a trámite a la fecha de entrada en vigor de la norma sea declarado de tramitación y resolución preferentes conforme al nuevo artículo 225 *bis* de la LRJS.

5. Las medidas de conciliación de la vida familiar de los profesionales del derecho

5.1. Introducción

Algunas de las reformas procesales son tributarias de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

La exposición de motivos de la reforma avanza que el RDL 5/2023 introduce una serie de medidas que permiten una mayor conciliación de la vida personal y familiar con el desempeño profesional de las personas profesionales de la abogacía, la procura y los graduados y las graduadas ante los tribunales de justicia, así como la regulación de la baja por nacimiento y cuidado de menor como causa de suspensión del curso de los autos y no solo de las vistas u otros señalamientos. Además, comprende todas aquellas medidas que se consideran compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva de la ciudadanía y no ocasionadoras de indefensión, como la suspensión de vistas u otros actos procesales, de actos de comunicación y del curso del procedimiento cuando acontezcan determinadas circunstancias.

5.2. Las medidas en los órdenes civil, penal y social

La Ley de Enjuiciamiento Civil, que actúa además como supletoria de las demás normas que rigen los procesos de los demás órdenes —por lo que puede defenderse que las eventuales carencias regulatorias en las respectivas leyes de procedimiento puedan ser suplidas por esta—, se ve modificada, en síntesis, en los siguientes extremos:

- i. Pueden interrumpirse los plazos y demorarse los términos durante un plazo de tres días hábiles cuando los Colegios de Abogados o Procuradores o las partes personadas comuniquen causas objetivas de fuerza mayor que afecten a la persona profesional de la abogacía o de la procura, tales como nacimiento y cuidado de menor, enfermedad grave y accidente con hospitalización, fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad o baja laboral certificada por la seguridad social o sistema sanitario o de previsión social equivalente (art. 134.3 LEC).
- ii. Similares prerrogativas asisten a los “profesionales de la procura” en los casos de fuerza mayor antes descritos, permitiéndose la suspensión temporal del reenvío de notificaciones (art. 151.2 LEC).
- iii. La improrrogabilidad de los plazos cede, temporalmente, ante las mismas circunstancias de fuerza mayor que se acaban de describir (art. 179 LEC).
- iv. Por último, estas causas de fuerza mayor operan también ante la solicitud de posposición de vistas (art. 183 LEC) y suspensión de las mismas y otros actos procesales (art. 188 LEC).

En el orden penal, por su parte, el artículo 746 LECrim añade como causa de suspensión del juicio oral, en el caso del defensor de cualquiera de las partes, los supuestos de *"fallecimiento u hospitalización o intervención quirúrgica por causa grave, de un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad"*.

Y, por último, en el orden social, el artículo 83.4 de la LRJS hace remisión expresa a las causas de suspensión de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ampliándolas subjetivamente a los graduados sociales.

España

PUBLICACIÓN DEL ANTEPROYECTO DE LEY QUE PROPONE INTRODUCIR MODIFICACIONES AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Carlota Carro de Miguel

Abogada del Área de Derecho Pública, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

Publicación del Anteproyecto de Ley que propone introducir modificaciones al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea para dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022

El Anteproyecto de Ley propone introducir modificaciones al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión contenido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Se ha publicado el Anteproyecto de Ley que propone introducir modificaciones al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión contenido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en la Ley 40/2015,

de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022, dictada en el asunto C-278/20, en donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión es, en sí mismo, contrario al propio Derecho de la Unión Europea por vulnerar el principio de efectividad.

PALABRAS CLAVE:

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR, DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, MODIFICACIÓN LEGISLATIVA.

Publication of the Draft Bill to amend the State legislature liability framework for infringing European Union law in order to comply with the ruling of the Court of Justice of the European Union of 28 June 2022

The Draft Bill aims to amend the State legislature liability framework for breach of European Union law provided in Spanish Law 39/2015 of 1 October on the common administrative procedure for public authorities, Spanish Law 40/2015 of 1 October on the legal system governing the public sector and Spanish Law 29/1998 of 13 July governing administrative court proceedings.

The reason for the Draft Bill is to comply with the Court of Justice of the European Union judgment of 28 June 2022 (case C-278/20), which held that State legislature liability framework for infringing European Union law contravenes European Union law as it infringes the principle of effectiveness.

KEYWORDS:

STATE LEGISLATURE LIABILITY, EUROPEAN UNION LAW, LEGISLATIVE AMENDMENT.

FECHA DE RECEPCIÓN: 19-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 22-9-2023

Carro de Miguel, Carlota (2023). Publicación del Anteproyecto de Ley que propone introducir modificaciones al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 154-163 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

En las próximas páginas analizaremos las posibles modificaciones legislativas que el Gobierno ha planteado como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el "TJUE") de 28 de junio de 2022 dictada en el asunto C-278/20, que consideró que el régimen español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión es, a su vez y en sí mismo, contrario al Derecho de la Unión Europea por vulnerar el principio de efectividad (la "Sentencia del TJUE").

La Sentencia del TJUE consideró contrarios al Derecho de la Unión Europea algunos de los requisitos limitativos que se exigían para poder obtener una indemnización como consecuencia de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión.

Para dar cumplimiento a la Sentencia del TJUE, el Gobierno ha publicado el Anteproyecto de Ley (el "Anteproyecto") que modificaría la regulación sobre la responsabilidad patrimonial del Estado

legislador por infracción del Derecho de la Unión que contiene la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (la "LPACAP"), la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (la "LRJSP"), y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (la "LJCA").

2. Modificación propuesta de la LPACAP

El artículo 1 del Anteproyecto plantea la modificación el apartado 1 del artículo 67 de la LPACAP, que quedaría redactado de la siguiente manera:

"1. Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.

En los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartado 4, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma.

Cuando se trate de la responsabilidad patrimonial que se regula en el apartado 5 del artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, se producirá la prescripción del derecho a reclamar transcurrido un año desde que se haya publicado la sentencia del Tribunal Supremo o la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el supuesto del número 1º, contándose ese plazo desde la fecha de firmeza de la sentencia en el caso del número 2º".

El Anteproyecto prevé la modificación, por tanto, del tercer párrafo del apartado 1 del artículo 67 de la LPACAP, que desdobra en dos: por un lado, mantiene la regulación anterior en lo que respecta al *dies a quo* del plazo de prescripción en los supuestos de reclamación por la inconstitucionalidad de una norma, y, por otro, y en lo que aquí interesa, regula el plazo de prescripción en los supuestos de reclamación por normas contrarias al Derecho de la Unión Europea.

En este último supuesto, la LPACAP pasaría de regular el *dies a quo* del plazo de prescripción de un año únicamente desde de la publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declare el carácter contrario de la norma al Derecho de la Unión Europea, a regular el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción, bien desde que se haya publicado la sentencia del Tribunal Supremo o la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o bien desde la fecha de firmeza de la sentencia dictada por un órgano jurisdiccional nacional distinto del Tribunal Supremo que declare que la norma nacional es contraria

al Derecho de la Unión Europea en un proceso iniciado a instancia del particular, siempre que no se le haya indemnizado en el seno de dicho proceso.

Por tanto, el plazo de prescripción de un año ya no se vincula exclusivamente a la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, consecuencia lógica de la Sentencia del TJUE, ya que indica que no será necesario que haya existido un previo pronunciamiento expreso del TJUE sobre la disconformidad de las normas españolas con el Derecho de la Unión para iniciar una reclamación de responsabilidad patrimonial de este tipo. Ello por cuanto la Sentencia del TJUE consideró que supeditar la reparación por un Estado miembro del daño que haya causado a un particular al infringir el Derecho de la Unión a la exigencia de una declaración previa por parte del propio TJUE de un incumplimiento del Derecho de la Unión imputable a dicho Estado miembro es contrario al principio de efectividad del Derecho de la Unión.

3. Modificación propuesta de la LRJSP

El artículo 2 del Anteproyecto prevé, en su apartado 1, la modificación del apartado 5 del artículo 32 de la LRJSP, y, en su apartado 2, la modificación del apartado 6 del mismo artículo.

3.1. Modificación del apartado 5 del artículo 32 de la LRJSP por el apartado 1 del artículo 2 del Anteproyecto

La nueva redacción del apartado 5 del artículo 32 de la LRJSP pasaría a ser la siguiente:

“5. Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización en alguno de los supuestos siguientes:

1º. Que la declaración de la norma nacional como contraria al Derecho de la Unión Europea se haya efectuado por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o del Tribunal Supremo.

Para que proceda la indemnización en este supuesto será necesario que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. No será necesario haber obtenido sentencia firme desestimatoria en aquellos supuestos en que no exista una actividad administrativa impugnada.

2º. Que el particular haya obtenido, en un proceso iniciado a su instancia ante cualquier órgano jurisdiccional nacional, sentencia estimatoria firme en la que se declare que la norma nacional es contraria al Derecho de la Unión Europea, siempre que no hubiera sido debidamente restablecido o indemnizado en el seno de dicho proceso.

En los dos supuestos deberán cumplirse, asimismo, para que proceda reconocer la indemnización, todos los requisitos siguientes:

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares".

En el primer supuesto del apartado 5, como se aprecia, se materializa el cambio, también en este artículo, de que la declaración de que una norma es contraria a Derecho de la Unión puede realizarse también por el Tribunal Supremo (no únicamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

En los casos en los que el daño derive de una actuación administrativa impugnada, se mantiene el requisito de que es necesario que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra esa actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre y cuando se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea que posteriormente declare el Tribunal Supremo o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La mayor novedad que presenta el Anteproyecto es que el particular podrá reclamar, a partir de ahora, una indemnización no solo por los daños sufridos derivados de actuaciones administrativas contrarias al Derecho de la Unión, sino también por los daños derivados de un acto u omisión del legislador contrarios al Derecho de la Unión sin que exista una actuación administrativa impugnada. Así se indica al final del punto 1.º del apartado 5: *"no será necesario haber obtenido sentencia firme desestimatoria en aquellos supuestos en que no exista una actividad administrativa impugnada"*.

En el segundo supuesto del apartado 5 se indica que la indemnización procederá cuando el particular haya obtenido, en un proceso iniciado a su instancia ante cualquier órgano jurisdiccional nacional, sentencia estimatoria firme en la que se declare que la norma nacional es contraria a Derecho de la Unión Europea, siempre que no hubiera sido debidamente restablecido o indemnizado en el seno de dicho proceso. Ello implica que la declaración de que una norma es contraria a Derecho de la Unión puede realizarse también por el cualquier órgano jurisdiccional nacional. En consecuencia, se amplía el espectro, ya que la declaración de que una norma nacional es contraria a Derecho de la Unión Europea la pueden efectuar los órganos jurisdiccionales nacionales de cualquier nivel, el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En ambos casos se mantienen los requisitos relativos a que la norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares, el incumplimiento debe de estar suficientemente caracterizado y que ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el perjuicio sufrido por los particulares.

3.2. Modificación propuesta del apartado 6 del artículo 32 de la LRJSP por el apartado 2 del artículo 2 del Anteproyecto

La nueva redacción del apartado 6 del artículo 32 de la LRJSP pasaría a ser la siguiente:

"6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo que en ella se establezca otra cosa".

En este caso, la modificación se reduce a la eliminación de la referencia a la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, como consecuencia de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya no es el único órgano jurisdiccional competente para declarar la contradicción de una norma nacional con el Derecho de la Unión que dé lugar a la obtención de una indemnización por responsabilidad patrimonial.

3.3. Modificación propuesta del apartado 1 del artículo 34 de la LRJSP por el apartado 4 del artículo 2 del Anteproyecto

La nueva redacción del apartado 1 del artículo 34 de la LRJSP pasaría a ser la siguiente:

"1. En el caso de la responsabilidad patrimonial a que se refiere el apartado 4 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

En el supuesto de la responsabilidad patrimonial que se regula en el apartado 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en los términos que disponga la sentencia firme que declare la norma nacional contraria al Derecho de la Unión, sin que puedan verse afectadas situaciones jurídicas ya prescritas".

Con esta modificación, que afecta al segundo párrafo del apartado 1, se elimina el límite temporal de la indemnización a los daños causados en los cinco años anteriores a la sentencia del Tribunal de Justicia publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, cumpliendo así con el mandato de la Sentencia del TJUE que declaró que no se puede limitar la indemnización a los daños causados en los cinco años anteriores a una eventual sentencia del Tribunal de Justicia publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, sino que es necesario que la indemnización debe compensar íntegramente por los perjuicios efectivamente sufridos.

4. Modificación propuesta de la LJCA

La disposición final primera del Anteproyecto plantea en su apartado 1 la modificación del apartado 1 del artículo 86, en su apartado 2 la del apartado 3 del artículo 88, y, en su apartado 3 la del apartado 1 del artículo 89.

4.1. Modificación del apartado 1 del artículo 86 de la LJCA propuesta por el apartado 1 de la disposición final primera del anteproyecto

La nueva redacción del apartado 1 del artículo 86 de la LJCA pasaría a ser la siguiente:

"1. Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

En el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, únicamente serán susceptibles de recurso las sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos.

En todo caso, siempre cabrá recurso de casación contra las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando dichas sentencias declaren la contradicción de una norma nacional con el derecho europeo".

Por tanto, se añade una referencia al final del tercer párrafo del apartado 1 para permitir que se puedan recurrir en casación las sentencias que declaren contrarias al Derecho de la Unión Europea una norma nacional. Consideramos que esta es una forma de permitir al Tribunal Supremo unificar el criterio de los juzgados y tribunales sobre cuestiones de interpretación del Derecho de la Unión que pueden, además, tener efectos indemnizatorios.

4.2. Modificación del apartado 3 del artículo 88 de la LJCA por el apartado 2 de la disposición final primera del anteproyecto

La nueva redacción del apartado 3 del artículo 88 de la LJCA, sobre las presunciones de la existencia de interés casacional objetivo, pasaría a ser la siguiente:

"3. Se presumirá que existe interés casacional objetivo:

a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.

b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.

c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.

d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

f) Cuando la resolución impugnada haya declarado que una norma con rango de ley aplicable al caso es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin haber planteado previamente cuestión prejudicial.

No obstante, en los supuestos referidos en las letras a), d) y e) el recurso podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia".

La modificación pertinente se centra en el apartado f), en donde se añade un nuevo supuesto de presunción de interés casacional. En consecuencia, la reforma implica que se presumirá que existe interés casacional objetivo cuando se haya declarado una norma con rango de ley contraria a Derecho de la Unión Europea sin haber planteado con anterioridad una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4.3. Modificación propuesta del apartado 1 del artículo 89 de la LJCA por el apartado 3 de la disposición final primera del anteproyecto

La nueva redacción del apartado 1 del artículo 89 de la LJCA pasaría a ser la siguiente:

"1. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido.

En todo caso, la Administración competente para tramitar el expediente de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión en función del origen de la norma con rango de ley afectada, tendrá legitimación activa para recurrir en casación las sentencias dictadas en única o primera instancia que hayan declarado la contradicción entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión si se hubieran dictado en procedimientos en los que no haya sido parte y cuando de las referidas sentencias pudiera resultar responsabilidad patrimonial por vulneración del Derecho de la Unión".

La modificación pertinente se centra en el segundo párrafo del apartado 1, concediendo a la Administración legitimación activa para recurrir en casación las sentencias dictadas en única o primera instancia que hayan declarado la contradicción entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión si se hubieran dictado en procedimientos en los que no haya sido parte y cuando de las referidas sentencias pudiera resultar responsabilidad patrimonial por vulneración del Derecho de la Unión Europea.

Como se aprecia, se fomenta que el Tribunal Supremo se pronuncie para unificar el criterio de los juzgados y tribunales sobre la responsabilidad por infracción del Derecho de la Unión al permitir también a las Administraciones que no han sido parte el procedimiento recurrir en casación. Por tanto, se amplía el espectro para recurrir en casación las sentencias dictadas en única o primera instancia que hayan declarado la contradicción entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión, ya que se podrán recurrir en casación tanto por las partes intervinientes en el procedimiento como por aquellas Administraciones que, sin haber sido parte en el procedimiento, pudieran resultar responsables de la indemnización por responsabilidad patrimonial por vulneración del Derecho de la Unión declarada en la sentencia dictada en única o primera instancia.

4.4. Adición de un nuevo apartado 3 al artículo 107 de la LJCA

El Anteproyecto añade un nuevo apartado 3 al artículo 107 de la LJCA, que quedaría redactado de la siguiente manera:

"3. Igualmente se publicarán en el diario oficial correspondiente, y dentro del plazo de cinco días siguientes a su notificación, las sentencias que declaren la inaplicación de una norma del Derecho nacional por considerarla contraria al Derecho de la Unión".

Se otorga, por tanto, un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare la inaplicación de una norma del Derecho nacional por considerarla contraria al Derecho de la Unión para que esta se publique en el diario oficial que proceda.

5. Conclusiones

Las modificaciones propuestas por el Anteproyecto se verán materializadas en la reforma de tres importantes leyes: la LPACAP, la LRJSP y la LJCA.

Sin embargo, la reforma prevista no cambia sustancialmente el régimen actual de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión. Se destacan, como principales novedades, la posibilidad de obtener una indemnización cuando un particular haya sufrido daños derivados de un acto u omisión del legislador contrarios al Derecho de la Unión sin que exista una actuación administrativa impugnada, que se materializaría, como se ha visto, en la reforma del apartado 5 del artículo 32 de la LRJSP, así como la posibilidad de que la declaración de que la norma española es contraria a Derecho de la Unión puede efectuarse por cualquier órgano jurisdiccional nacional, por el Tribunal Supremo y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por último, cabe destacar que, en caso de aprobarse la futura ley, los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivados de la aplicación de una norma con rango de ley declarada contraria al Derecho de la Unión Europea que se encuentren en tramitación se sustanciarán de acuerdo con lo establecido en esa nueva ley. Así lo establece la disposición transitoria única del Anteproyecto y sería la única manera de dar cumplimiento a la Sentencia del TJUE.

Portugal

O RECONHECIMENTO DOS SCHEMES OF ARRANGEMENT PÓS BREXIT

Luís Bértolo Rosa e Diana Nunes

Advogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Lisboa)

O Reconhecimento dos Schemes of Arrangement pós Brexit

Os schemes of arrangement consistem numa figura híbrida entre um acordo entre devedor e credores e um mecanismo judicial de reestruturação, há muito sedimentada no direito inglês, e que veio a ser paulatinamente utilizada por sociedades inglesas e estrangeiras, em especial após a grande crise financeira de 2007-2008. Antes do Brexit, discutia-se se o reconhecimento dos schemes of arrangement deveria ser feito ao abrigo dos regulamentos da União Europeia em matéria de insolvência, sobre decisões em matéria civil ou comercial ou enquanto acordo que estabelece obrigações contratuais. Com a concretização do Brexit, foi relançada a discussão sobre o reconhecimento dos schemes of arrangement fora do Reino Unido, impondo-se uma reanálise da questão ao abrigo de outros instrumentos jurídicos de direito internacional público e privado e, também, de direito interno.

PALAVRAS-CHAVE:

SCHEMES OF ARRANGEMENT, REESTRUTURAÇÃO, INSOLVÊNCIA, BREXIT, REGULAMENTO 1346/2000, REGULAMENTO 44/2001, REGULAMENTO 1215/2012, REGULAMENTO 848/2015, REGULAMENTO ROMA I, CONVENÇÃO DE LUGANO DE 2007, CONVENÇÃO DA HAIA DE 30 DE JUNHO DE 2005, CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA E DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Recognising schemes of arrangement after Brexit

Schemes of arrangement are a hybrid figure, long established in English law, that include an agreement between the debtor and its creditors and a judicial mechanism for restructuring. They have been gradually used by English and foreign companies, especially after the 2007-08 financial crisis. Before Brexit, there was a debate as to whether schemes of arrangement should be recognised under European Union insolvency regulations, in judgments in civil or commercial matters, or as an agreement establishing contractual obligations. After Brexit,

the debate on the recognition of schemes of arrangement outside the United Kingdom has surfaced again, and the issue is being re-examined under other legal instruments of public and private international law and, particularly, of national law.

KEYWORDS:

SCHEMES OF ARRANGEMENT, RESTRUCTURING, INSOLVENCY, BREXIT, REGULATION 1346/2000, REGULATION 44/2001, REGULATION 1215/2012, REGULATION ROME I, LUGANO CONVENTION 2007, HAGUE CONVENTION OF 30 JUNE 2005, INSOLVENCY AND RESTRUCTURING CODE, CIVIL PROCEDURAL CODE.

FECHA DE RECEPCIÓN: 1-8-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 2-8-2023

Rosa, Luís Bértolo; Nunes, Diana (2023). O Reconhecimento dos Schemes of Arrangement pós Brexit. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 164-180 (ISSN: 1578-956X).

1. Enquadramento

Os *schemes of arrangement* são uma forma de reestruturação há muito sedimentada no direito inglês — desde o século XIX —, nos termos da qual uma sociedade e os seus credores e/ou acionistas acordam em determinadas medidas de reestruturação¹, sendo posteriormente objeto de homologação por um Tribunal.

De acordo com o disposto no § 895² da Parte 26 do *Companies Act 2006*, um *arrangement* consiste na “reorganisation of the company’s share capital by the consolidation of shares of different classes or by the division of shares into shares of different classes, or by both of those methods”.

Como veremos em maior detalhe, os *schemes of arrangement* são um mecanismo de reestruturação especialmente simples, flexível e eficiente² — desde logo, pela inexistência de quaisquer requisitos relativamente ao conteúdo das medidas de reestruturação ou reorganização do *arrangement* —, o que motivou o incremento da sua utilização ao longo dos anos por sociedades com sede dentro e fora do Reino Unido³, especialmente desde a crise financeira de 2007-2008. Isto é, os *schemes of arrangement* foram sucessivamente procurados por sociedades com sede fora do Reino Unido quando as alternativas oferecidas pelos respetivos sistemas domésticos de insolvência não contemplavam uma solução igualmente simples, flexível e eficiente para uma reestruturação (do passivo, do ativo ou de ambos) e que permitisse que essa reestruturação tivesse lugar antes de a sociedade entrar em situação de insolvência ou de insolvência iminente ou provável.

Sendo os *scheme of arrangement* uma figura híbrida entre um acordo entre devedor e credores e um mecanismo judicial de reestruturação, era muito discutível qual o enquadramento que os mesmos deveriam merecer no âmbito dos diversos Regulamentos da União Europeia potencialmente aplicáveis, até à concretização do *Brexit*⁴.

No pós-Brexit, deixando de se aplicar ao Reino Unido os referidos Regulamentos da União Europeia, a resposta para a questão do reconhecimento dos *schemes of arrangement* passou a ter que ser analisada de um prisma de direito internacional privado convencional — em particular, na Convenção de Lugano de 2007 e na Convenção de Haia de 30 de junho de 2005 —, mas,

sobretudo, à luz do direito internacional privado de cada Estado-Membro, o que, no caso português, convocará a aplicação das normas relevantes do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e do Código de Processo Civil.

2. O reconhecimento de schemes of arrangement

2.1. Considerações gerais: os schemes of arrangement ingleses

Recorrendo às palavras de Jo Windsor, “un scheme es un procedimiento legal que permite a una sociedad llegar a un acuerdo o compromiso con sus miembros o acreedores (o cualquier clase de ellos) que, en caso de ser aprobado por la mayoría de los destinatarios y tras su aprobación judicial, resultará vinculante para ellos, hayan o no votado a favor del mismo”⁵.

Os *schemes of arrangement* caracterizam-se por permitir, com um elevado grau de flexibilidade, que as partes convençionem as medidas de reestruturação que melhor se adequam ao caso concreto (quer se trate de reestruturação societária e/ou de reestruturação de dívida, entre outros). Assim, podemos encontrar *schemes of arrangement* que sejam *creditor-focused*, prevendo essencialmente medidas de reestruturação e de recuperação de dívida vencida (como, por exemplo, extensões de maturidade ou perdões de dívida ou, ainda, a transmissão de ativos⁶, ou *member-focused*, nos casos em que estabelecem medidas de reestruturação societária, com alterações ao capital social e/ou ao funcionamento e organização dos órgãos societários⁷. De igual modo, os *schemes of arrangement* podem envolver a transferência total ou parcial da sociedade ou dos seus bens, assim como a sua fusão com uma outra sociedade, ou mesmo a sua liquidação.

Uma particularidade relevante dos *schemes of arrangement* prende-se com a circunstância de permitirem que todas as medidas de reestruturação ou reorganização sejam discutidas, aprovadas e implementadas sem que a sociedade tenha que suspender as suas operações ou que fazer intervir um terceiro na condução dos seus negócios, já que os administradores mantêm pleno controlo sobre a sociedade. Aliás, uma sociedade não precisa de estar insolvente ou em situação de insolvência provável ou iminente para se submeter a um *arrangement*, o que permite salvaguardar o valor da empresa antes de entrar em incumprimento com os seus credores e, conseqüentemente, assegurar uma recuperação mais eficiente para os mesmos.

Atualmente, os *schemes of arrangement* estão regulados na Parte 26 do *Companies Act 2006* e envolvem, em regra, três fases.

A primeira fase inicia-se com um pedido dirigido ao Tribunal para que convoque uma assembleia de credores e/ou de acionistas (ou de classes de credores e/ou acionistas, conforme o caso⁸, a fim de submeter um *arrangement* a votação. Em regra, o *arrangement* é elaborado pelo conselho de administração da sociedade e posteriormente apresentado aos credores e/ou acionistas que irão intervir no mesmo⁹. Contudo, têm legitimidade para formular esse pedido a sociedade devedora, qualquer credor ou sócio e, ainda, o liquidatário ou o administrador da insolvência, caso a sociedade se encontre em liquidação ou insolvente¹⁰. A convocação da assembleia de credores e/ou de acionistas deve ser sempre acompanhada de uma declaração, indicando quais os efeitos

pretendidos com o *arrangement* e qual o impacto que o *arrangement* terá para os direitos ou interesses dos administradores e/ou financiadores da sociedade, em particular nos casos em que esse impacto seja distinto daquele que resultará para os demais credores¹¹.

Verificados os respetivos requisitos processuais acima elencados, passar-se-á à segunda fase: a realização da assembleia de credores e/ou de acionistas. Esta assembleia destina-se à discussão e aprovação do *arrangement* proposto, para que o será necessário reunir votos favoráveis de 75% dos credores ou acionistas convocados, pessoalmente ou através de procurador¹² ou, sendo formadas classes, se todas as classes votarem a favor do plano (aplicando-se o critério de 75% para a aprovação dentro de cada classe)¹³.

Por sua vez, a terceira fase consistirá na homologação, designada de *court sanction*, do acordo alcançado em sede de assembleia de credores e/ou de acionistas. Assim, tendo obtido a maioria de aprovação acima referida, o Tribunal poderá homologar o *arrangement*. A homologação do *arrangement* depende ainda da apreciação do Tribunal se o *arrangement* inclui alguma disposição com impacto sobre a situação de um credor que não tenha aprovado o mesmo¹⁴ e, tal como apontado pela doutrina, se o *arrangement* corresponde a um acordo que um gestor criterioso — *an intelligent and honest man*¹⁵ — razoavelmente aprovaria. Ademais, o Tribunal tem poderes para promover reestruturações ou fusões societárias¹⁶. Em caso de homologação, o *arrangement* é vinculativo para todos os credores ou acionistas (ou classe de credores ou de acionistas, conforme o caso) e para a própria sociedade¹⁷. O *arrangement* aprovado pelos credores e/ou acionistas (ou respetivas classes) e homologado pelo Tribunal só produzirá efeitos depois de depositado no Registrar of Companies¹⁸.

2.2. O reconhecimento de schemes of arrangement pré-brexit

A flexibilidade e eficiência dos *schemes of arrangement* é desde há muito reconhecida por vários operadores no mercado europeu, que, ao longo dos anos, procuraram nesta figura uma forma de reestruturação. Com efeito, não raras vezes sociedades com sede fora do Reino Unido — mas relativamente às quais os tribunais ingleses entendiam manter jurisdição, por estar verificada uma conexão com este ordenamento jurídico — recorreram aos *schemes of arrangement*.

Admitindo que estão verificados os respetivos requisitos de competência internacional¹⁹ e que não está em causa uma prática de forum shopping²⁰, a questão essencial que se colocava (e, como veremos adiante, continua a colocar) prende-se com o reconhecimento e execução dos *schemes of arrangement* noutros Estados-Membros da União Europeia.

Antes de avançar, cumpre sublinhar que, quando aludimos ao “reconhecimento dos *schemes of arrangement*”, estamos naturalmente a referir-nos ao reconhecimento das decisões judiciais proferidas pelos tribunais britânicos no quadro desse procedimento e, em especial, ao reconhecimento da decisão de homologação (*sanction*) do *arrangement*, pois é (só) ela que confere eficácia ao *arrangement* aprovado pela maioria dos acionistas e/ou credores da sociedade. É neste sentido que nos referimos e nos referiremos, por facilidade de expressão, ao “reconhecimento dos *schemes of arrangement*”.

Previamente à saída do Reino Unido da União Europeia, as respostas para este problema procuravam-se, essencialmente, em três instrumentos jurídicos: (i) o Regulamento (CE) n.º 1346/2000, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência ("*Regulamento 1346/2000*") e, posteriormente, o Regulamento (UE) 2015/848, de 20 de maio de 2015 ("*Regulamento 848/2015*"), (ii) o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial ("*Regulamento 44/2001*") e, posteriormente, o Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012 ("*Regulamento 1215/2012*") e (iii) o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais ("*Regulamento Roma I*").

Quanto ao Regulamento 1346/2000, refira-se que, nos termos do seu artigo 2.º, alínea a), este apenas se aplica aos processos de insolvência identificados no seu Anexo A, no qual não estavam incluídos os *schemes of arrangement* ingleses. O mesmo se verificava relativamente ao Regulamento 848/2015, cujo artigo 1.º, alínea a), contém uma disposição idêntica e cujo Anexo A omitia os *schemes of arrangement*. Assim, os *schemes of arrangement* estavam fora do âmbito de aplicação tanto do Regulamento 1346/2000 como do seu sucessor, o Regulamento 848/2015²¹.

No que concerne o Regulamento 44/2001, era igualmente duvidosa a sua aplicação aos *schemes of arrangement*, na medida em que este expressamente exclui do seu âmbito de aplicação "as falências, as concordatas e os processos análogos" (cfr. artigo 1.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento 44/2001)²² e poder-se-ia concluir que os *schemes of arrangement* configuram processos análogos aos processos de insolvência. E, mesmo admitindo-se que os *schemes of arrangement* estariam abrangidos pelo âmbito de aplicação do Regulamento 44/2001, um segundo problema surge quanto à interpretação do artigo 22.º, n.º 2, do referido diploma, nos termos do qual um Estado-Membro tem competência exclusiva "em matéria de validade, de nulidade ou de dissolução das sociedades ou outras pessoas colectivas que tenham a sua sede no território [desse] Estado-Membro, ou de validade ou nulidade das decisões dos seus órgãos"²³. Entendendo-se que os *schemes of arrangement* poderiam configurar uma decisão dos órgãos sociais de uma determinada sociedade, ter-se-ia então que concluir que os tribunais ingleses apenas teriam competência para homologar *arrangements* relativamente a sociedades com sede em Inglaterra ou no País de Gales, os quais seriam reconhecidos nos termos dos artigos 32.º e seguintes do Regulamento 44/2001²⁴ e que estaria afastado o reconhecimento de *arrangements* relativos a sociedades estrangeiras, atento o disposto no artigo 35.º, n.º 1, do Regulamento 44/2001²⁵. As questões mantiveram-se também ao abrigo do Regulamento 1215/2012, que veio revogar o Regulamento 44/2001, mas que não sofreu alterações de relevo quanto ao tema que aqui nos ocupa.

Por fim, a respeito do Regulamento Roma I, a resposta não era igualmente clara, por se poder entender que os *schemes of arrangement* estariam excluídos do seu âmbito de aplicação material nos termos do artigo 1.º, n.º 2, alínea f), do referido diploma, que exclui "as questões reguladas pelo direito das sociedades e pelo direito aplicável a outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, tais como a constituição, através de registo ou por outro meio, a capacidade jurídica, o funcionamento interno e a dissolução de sociedades e de outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, bem como a responsabilidade pessoal dos sócios e dos titulares dos órgãos que agem nessa qualidade relativamente às obrigações da sociedade ou entidade".

Significa, assim, que em nenhum destes instrumentos jurídicos se encontrava uma resposta absolutamente clara e inequívoca relativamente ao reconhecimento dos *schemes of arrangements* britânicos noutros Estados-Membros da União Europeia^{26,27}. Contudo, com o Brexit, impõe-se agora que a questão seja analisada à luz de outros instrumentos jurídicos de direito internacional público e privado e, em especial, de direito interno.

2.3. O reconhecimento de schemes of arrangement pós-brexit

Em virtude do Brexit, tanto o Regulamento 1215/2012 (“Bruxelas I bis”) como o Regulamento 848/2015 (insolvência) deixaram de se aplicar ao Reino Unido. Recorde-se que estes dois Regulamentos não são de aplicação universal, o que significa que, em regra (e salvo disposição em contrário), apenas cobram efeito quando a lei ou o tribunal por eles designado for a lei ou o tribunal de um Estado-Membro da União Europeia. Não sendo este o caso, aplicam-se as regras das convenções internacionais em matéria judiciária e, na sua falta, as regras de direito interno dos Estados²⁸.

Para obviar a este inconveniente e facilitar a circulação (*i.e.*, o reconhecimento) das decisões dos tribunais britânicos nos diferentes países europeus, o Reino Unido solicitou a adesão à Convenção de Lugano de 2007²⁹, da qual são partes a Dinamarca, a Islândia, a Noruega, a Suíça e a própria União Europeia. Porém, a União Europeia bloqueou a adesão do Reino Unido, por considerar que a Convenção de Lugano era uma medida de promoção do mercado interno no quadro da relação UE-EFTA/EEE e que, sendo o Reino Unido um país terceiro sem ligação especial ao mesmo, a cooperação judiciária civil deveria ser promovida através das Convenções da Haia³⁰.

Deste modo, o único instrumento em vigor entre o Reino Unido e a União Europeia em matéria de cooperação judiciária civil é a Convenção da Haia de 30 de junho de 2005, relativa aos acordos de eleição de foro. Trata-se, porém, de uma convenção de âmbito relativamente limitado, exigindo não só que as partes tenham celebrado um pacto de jurisdição como também que esse pacto seja exclusivo, isto é, atribua competência aos tribunais de um Estado Contratante com exclusão de quaisquer outros.

Podemos, por isso, afirmar que, em grande medida, a questão do reconhecimento dos *schemes of arrangement* deixou de poder ser analisada à luz de um direito *supranacional uniforme*, como eram os Regulamentos 848/2015 e 1215/2012 da União Europeia, e passou a ter de ser abordada à luz do direito interno de cada Estado-Membro. Daí a importância de analisar *se e de que forma* os *schemes of arrangement* podem ser reconhecidos à luz do direito português, o que constitui o objeto dos próximos capítulos.

2.4. O reconhecimento em Portugal de schemes of arrangement pós-Brexit

2.4.1. O REGIME DO CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA E DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (“CIRE”) regula, nos artigos 288.º e seguintes, o reconhecimento em Portugal de “*processos de insolvência estrangeiros*”.

Neste contexto, “*estrangeiro*” significa que o processo de insolvência em apreço corre termos num Estado que não é membro da União Europeia, uma vez que, de contrário, aplicar-se-ia o Regulamento 1215/2012. Ora, após o Brexit, o *scheme of arrangement* constitui inequivocamente um processo “*estrangeiro*”, na aceção que acabamos de referir. Pergunta-se, porém, se também pode ser qualificado como um “*processo de insolvência*” para este efeito.

Parece seguro afirmar que o *scheme of arrangement* não possui as características próprias de um processo de insolvência em sentido estrito, na medida em que não pressupõe que a sociedade objeto do *arrangement* se encontre impossibilitada de cumprir as suas obrigações ou com capitais próprios negativos nem tem como desiderato a satisfação dos credores.

Porém, parece-nos também que o conceito de “*processo de insolvência*”, quando empregado nos artigos 288.º e seguintes do CIRE, poderá ser suscetível de aplicação analógica (quicá, mera interpretação extensiva) a processos pré-falimentares que têm como objetivo a recuperação ou a reestruturação do passivo do devedor. Com efeito, no direito internacional privado europeu, o conceito de insolvência tem sido empregado em sentido muito amplo, como atesta o Regulamento 848/2015, que se aplica indiferentemente a processos de insolvência *stricto sensu* e a processos cuja finalidade consiste em “*evitar a insolvência do devedor ou a cessação das suas atividades*”³¹. Se este tipo de processos não se considerar abrangido pelos artigos 288.º e seguintes do CIRE, haverá uma *desarmonia* assinalável entre o direito internacional privado português e europeu, porquanto as situações pré-insolvenciais que, no direito internacional privado europeu, são equiparadas à insolvência e reguladas em conjunto com ela, estariam excluídas desse mesmo regime no direito internacional privado português. Semelhante exclusão pode ter sérios inconvenientes para o devedor “*estrangeiro*” (*i.e.*, aquele cujo centro dos principais interesses se situar fora da União Europeia) que pretenda recorrer a um processo de recuperação ou preventivo da insolvência, por duas ordens de razão principais:

- i. Primeiro, porque obriga o devedor a requerer a revisão de todas as sentenças proferidas pelo tribunal “*estrangeiro*” no âmbito do processo de recuperação “*estrangeiro*”, nos termos do disposto nos artigos 978.º e seguintes do Código de Processo Civil (“*CPC*”). Ora, o processo de revisão consagrado no CPC estabelece requisitos mais exigentes do que os previstos no CIRE e apresenta a desvantagem assinalável de ser um “*processo de partes*”, obrigando o devedor a individualizar as pessoas “*contra quem pretende fazer valer a sentença*”, o que conflitua com a tendencial universalidade dos processos de recuperação, que afetam todos ou, pelo menos, um elevado número de credores do devedor, nem sempre totalmente determinados. Do ponto de vista prático, poderá ser muito difícil ao devedor identificar todos os credores contra os quais pretende fazer valer, em Portugal, as decisões tomadas no processo de recuperação estrangeiro. Além de que os tribunais poderão ser confrontados com processos de revisão com dezenas ou centenas de requeridos, tantos quantos os credores contra os quais o devedor pretende fazer valer a sentença estrangeira em Portugal.
- ii. Segundo, devido à incerteza quanto à determinação do direito aplicável segundo as regras de conflito portuguesas, uma vez que, afastado o princípio da universalidade da *lex fori concursus* consagrado para o processo de insolvência no artigo 276.º do CIRE, não é claro qual a lei que regula as medidas de reestruturação aprovadas no processo de recuperação (*v.g.*, a *lex contractus*, a lei pessoal do devedor, a *lex fori* do tribunal onde pende o processo, etc.).

Por todos estes motivos, inclinamo-nos para uma interpretação ampla dos artigos 288.º e seguintes do CIRE, estendendo o conceito de “*processo de insolvência*” de modo a abranger os processos de recuperação e preventivos da insolvência.

Assim sendo, resta saber se os *schemes of arrangement* são qualificáveis como processos de recuperação de empresa, preventivos da insolvência, e, como tal, passíveis de subsunção ao conceito amplo de “*processo de insolvência*” dos artigos 288.º e seguintes do CIRE.

A nosso ver, haverá que distinguir os *schemes of arrangement* tradicionais da sua “nova versão”, os denominados *restructuring plans*. Os *schemes of arrangement* tradicionais, previstos na Parte 26 do *Companies Act 2006*, foram o mecanismo a que as empresas europeias recorreram após a crise financeira de 2007-2008 para reestruturar o seu passivo e evitar a insolvência, valendo ao Reino Unido o epíteto de “capital europeia das reestruturações”³². Os novos “*restructuring plans*”, introduzidos em junho de 2020 e previstos na Parte 26-A do *Companies Act 2006*, são bastante semelhantes aos *schemes of arrangement*, na medida em que também visam alcançar um “*compromise or arrangement*” entre a sociedade e (uma maioria d)os seus credores ou acionistas, que, depois de homologado (*sanctioned*) pelo tribunal, será eficaz em relação a todos. As principais novidades residem no facto de os “*restructuring plans*” (i) se circunscreverem a sociedades em dificuldades financeiras (“*companies in financial difficulty*”), tendo como propósito prevenir, mitigar ou ultrapassar essas dificuldades, e (ii) admitirem o *cross-class cram-down*, valendo-lhes o qualificativo de “*super schemes*”.

Posto isto, os *schemes of arrangement* tradicionais não são, parece-nos, qualificáveis como um “*processo de insolvência*” para efeitos do disposto nos artigos 288.º e seguintes do CIRE. O primeiro motivo que nos leva a afastar essa qualificação prende-se com o facto de os *schemes* tradicionais serem um processo judicial cujo objeto e finalidade não se circunscreve à recuperação de empresas em dificuldades, à reestruturação do passivo ou à prevenção da insolvência. Além de o recurso a um *scheme* tradicional não pressupor que a empresa acesse dificuldades financeiras, não existem limitações quanto ao objeto e teor do *arrangement* a homologar pelo tribunal, o qual pode consistir em medidas de reestruturação societária, fusões, transferências de ativos, etc. O segundo motivo prende-se com o facto de, no direito inglês, os *schemes of arrangement* tradicionais serem matéria de direito societário e não de direito da insolvência e recuperação de empresas. Não se trata apenas da circunstância de estarem regulados no *Companies Act 2006* e de se aplicarem apenas a *companies*. Trata-se da posição formal do Reino Unido, ao fazer introduzir, no Considerando 16 do Regulamento 848/2015, uma precisão que visava distinguir os *schemes of arrangement* tradicionais dos processos de insolvência e recuperação de empresas: “os processos que se baseiam no direito geral das sociedades não exclusivamente consagrado às situações de insolvência não deverão considerar-se baseados nas leis no domínio da insolvência”³³. Sucede que, na qualificação de um instituto jurídico estrangeiro, como é caso dos *schemes of arrangement*, o intérprete deve ter em consideração “o conteúdo e função” que o mesmo desempenha no ordenamento jurídico de origem (artigo 15.º do Código Civil). Ora, como flui do exposto, parece lícito concluir que o “conteúdo e função” que os *schemes of arrangement* tradicionais desempenham no ordenamento jurídico do Reino Unido não se reconduz à recuperação de empresas e à prevenção da insolvência, mas antes à *reorganização interna ou externa das sociedades comerciais, seja a que nível for*. Em terceiro e último lugar, parece-nos que poderia haver uma certa incoerência em

qualificar os *schemes of arrangement* tradicionais como “*processos de insolvência*” depois do Brexit quando nunca o haviam sido anteriormente, enquanto os Regulamentos 1346/2000 e 848/2015 ainda se aplicavam ao Reino Unido.

Em contraponto, pensamos que os novos *restructuring plans*, previstos na Parte 26-A do *Companies Act 2006* e vocacionados para sociedades em dificuldades financeiras, configuram “*processos de insolvência*” (na aceção ampla que preconizamos) para efeitos do disposto nos artigos 288.º e seguintes do CIRE. Com efeito, os *restructuring plans* só se aplicam nos casos em que a sociedade “*enfrente ou venha provavelmente a enfrentar dificuldades financeiras que afetam, afetarão ou poderão afetar a sua capacidade de continuar a desenvolver a sua atividade*” e em que a finalidade do *compromise or arrangement* consista em “*eliminar, reduzir, prevenir ou mitigar os efeitos*” de qualquer uma das supramencionadas dificuldades financeiras³⁴. Parece-nos, por isso, que este novo tipo de *schemes of arrangement* desempenha, no ordenamento jurídico inglês, uma função de recuperação de empresas e de prevenção da insolvência, aplicando-se exclusivamente a casos de insolvência, insolvência iminente ou situação económica difícil³⁵. Ora, segundo a interpretação que preconizamos, o conceito de “*processo de insolvência*” empregado nos artigos 288.º e seguintes do CIRE abrange este tipo de institutos jurídicos, que visam prevenir a insolvência. Além disso, o argumento histórico no sentido da não equiparação a processos de insolvência, retirado do Considerando 16 do Regulamento 848/2015, não é aplicável a estes *restructuring plans*, na medida em que a consagração dos mesmos só teve lugar em 2020, sendo, por isso, muito posterior ao aludido Regulamento. Acresce ainda o facto de os novos *restructuring plans*, embora localizados sistematicamente “*no direito geral das sociedades*” inglês (*Companies Act 2006*), se encontrarem exclusivamente vocacionados para situações de insolvência ou análogas, contrariamente ao que sucedia com os *schemes of arrangement* tradicionais.

Em síntese, entendemos que o regime de reconhecimento previsto nos artigos 288.º e seguintes do CIRE não é aplicável aos *schemes of arrangement* tradicionais, previstos na Parte 26 do *Companies Act 2006*, mas é-o relativamente aos novos *restructuring plans*, previstos na Parte 26-A do *Companies Act 2006*.

No caso dos *schemes of arrangement* tradicionais, isto significa que o reconhecimento dos mesmos passará necessariamente pelo processo especial de revisão de sentença estrangeira, regulado nos artigos 978.º e seguintes do CPC.

No caso dos novos *restructuring plans*, significa que o reconhecimento será recusado pelo tribunal português nos casos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 288.º do CIRE. Neste contexto, importa chamar a atenção para a alínea a), da qual resulta que o tribunal português só pode reconhecer a sentença que homologa um *restructuring plan* ao abrigo da Parte 26-A do *Companies Act 2006* se a competência do tribunal britânico se fundar num dos critérios referidos no artigo 7.º do CIRE. Ora, estando em causa sociedades (*companies*), os critérios relevantes são, em alternativa, a sede do devedor ou o centro dos seus principais interesses (*i.e.*, o lugar onde o devedor administra o seu património de forma habitual e cognoscível por terceiros). Por conseguinte, só deverá ser reconhecido em Portugal um *restructuring plan* (Parte 26-A do *Companies Act 2006*) oriundo do Reino Unido se o devedor (*in casu*, a sociedade) estiver sediado no Reino Unido ou aí tiver o centro dos seus principais interesses. De contrário, o reconhecimento deverá ser negado.

2.4.2. O REGIME DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como vimos no capítulo anterior, o reconhecimento em Portugal dos *schemes of arrangement* que apelidámos de “tradicionais” (por contraposição aos novos *restructuring plans*) terá de ser efetuado através do processo de revisão de sentenças estrangeiras, previsto nos artigos 978.º e seguintes do CPC. Naturalmente, a sentença revidenda será a decisão do tribunal britânico que homologa (*sanction*) o *arrangement*, conferindo a este última eficácia e força vinculativa.

A ação de revisão é dirigida contra as pessoas “*contra as quais se pretende fazer valer a sentença*”, que ocupam a posição de requeridos no âmbito do processo, devendo ser proposta no Tribunal da Relação da área onde estas pessoas se encontram domiciliadas ou sedeadas (artigo 979.º do CPC). Havendo pessoas domiciliadas ou sedeadas em distritos judiciais diferentes, prevalece o domicílio ou sede do maior número (artigo 82.º do CPC). Saliente-se que a circunstância de a ação de revisão ser um “processo de partes”, dirigido contra pessoas determinadas, pode constituir uma desvantagem prática significativa para o reconhecimento de *schemes of arrangement*, designadamente quando os mesmos afetem ou sejam suscetíveis de afetar número muito elevado de pessoas (*v.g.*, os credores de determinada sociedade), nem sempre perfeitamente determinadas ou facilmente determináveis.

Posto isto, o sistema português de revisão de sentenças estrangeiras é meramente formal, o que significa que, em princípio, os tribunais portugueses não sindicarão o mérito da decisão estrangeira e limitar-se-ão a verificar, nalguns casos oficiosamente e, noutros, por iniciativa dos requeridos ou do Ministério Público, se a mesma satisfaz certos requisitos formais, designadamente os previstos no artigo 980.º do CPC.

Percorrendo o elenco do artigo 980.º do CPC, deparamos com quatro requisitos que merecem referência especial a propósito do reconhecimento, em Portugal, de *schemes of arrangement* britânicos. É sobre eles que nos debruçaremos nos parágrafos seguintes.

Em primeiro lugar, o *scheme of arrangement* não pode ser reconhecido se versar sobre matérias da competência exclusiva dos tribunais portugueses, as quais se encontram discriminadas no artigo 63.º do CPC. Entre essas matérias avulta a insolvência e a revitalização de sociedades com sede em Portugal (cfr. artigo 63.º, alínea e), do CPC). Coloca-se, então, a questão de saber se um *scheme of arrangement* pode ser qualificado como *matéria de insolvência ou de revitalização* de uma sociedade. Se a resposta for afirmativa, significa que um *scheme of arrangement* relativo a uma sociedade com sede em Portugal não pode ser reconhecido no nosso País. Porém, parece-nos não ser esse o entendimento correto. Como explicámos no capítulo anterior, os *schemes of arrangement* são um mecanismo de índole societária e de geometria variável, cujo objeto e finalidade não se circunscreve à recuperação de empresas em dificuldades, à reestruturação do passivo ou à prevenção da insolvência. No direito internacional privado da União Europeia, os *schemes of arrangement* não eram considerados um processo de insolvência ou de recuperação de empresas, como atesta o facto de estarem excluídos do âmbito de aplicação dos Regulamentos 1346/2000 e 848/2015. Assim sendo, até por uma questão de coerência e harmonia do ordenamento jurídico, parece-nos que os *schemes of arrangement* não devem ser qualificados como *matéria de insolvência ou revitalização* para efeitos da alínea e) do artigo 63.º do CPC e da consequente atribuição de competência exclusiva aos tribunais portugueses. Significa isto que, a nosso ver, o artigo 63.º do

CPC, em particular a sua alínea e), não constitui obstáculo ao reconhecimento em Portugal de um *schemes of arrangement* britânico.

Em segundo lugar, o *scheme of arrangement* não pode ser reconhecido se a competência do tribunal britânico tiver sido provocada em fraude à lei, ou seja "com manipulação dos elementos de facto ou de direito dos quais dependa o estabelecimento da competência internacional do tribunal de origem"³⁶. Trata-se de uma análise que terá de ser feita *caso-a-caso*, atendendo às circunstâncias concretas do mesmo. Porém, importa ter presente que o direito inglês prevê um conjunto muito amplo de pressupostos atributivos de competência internacional em matéria de *schemes of arrangement*. Assim sendo, antecipamos que, na maioria dos casos, seja relativamente fácil a uma sociedade preencher pelo menos um desses pressupostos, sem necessitar de "manipular" quaisquer elementos de facto ou de direito ou, pelo menos, sem necessitar de fazê-lo ostensivamente. Admitimos, por isso, que raramente se verifique, na prática, um caso de fraude à lei que obste ao reconhecimento dos *schemes of arrangement*.

Em terceiro lugar, o *scheme of arrangement* não pode ser reconhecido se, no processo que culminou na prolação da sentença homologatória (*court sanction*), não tiverem sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes. Sem prejuízo de a análise ter de ser feita *caso-a-caso*, em função da forma como decorreu o *scheme of arrangement* concreto, importa sublinhar que a estrutura do processo obedece, em abstrato, ao princípio do contraditório, na medida em que, previamente à homologação do *arrangement*, o tribunal realiza uma audiência na qual todos os interessados têm o direito de participar e se pronunciar sobre a homologação ou a sua recusa^{37,38}.

Em quarto e último lugar, o *scheme of arrangement* não pode ser reconhecido se "conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português". A este propósito, cumpre ter presente que a reserva de ordem pública internacional deve ser aplicada a título absolutamente excepcional, em casos de ofensa grave ao núcleo de princípios estruturantes do ordenamento jurídico português³⁹. Do mesmo modo, cumpre ter presente que o ordenamento jurídico português admite que sejam adotadas medidas de reestruturação do passivo de um devedor sem o acordo de todos os credores individualmente afetados, desde que essas medidas tenham sido aprovadas por uma maioria de credores e sejam objeto de controlo jurisdicional. É o que acontece, por exemplo, no quadro do processo especial de revitalização e é também o que pode acontecer no quadro de um *scheme of arrangement*. Assim sendo, parece-nos que o reconhecimento de um *scheme of arrangement* não conduzirá, *a priori*, a qualquer resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado Português. Claro está, porém, que esta conclusão *a priori* terá sempre de ser confirmada em função das características de cada *scheme of arrangement* em concreto.

Para concluir, resta aludir brevemente ao privilégio da nacionalidade, consagrado no n.º 2 do artigo 983.º do CPC. Em apertada síntese, se o requerido for uma pessoa singular ou coletiva de nacionalidade portuguesa, pode obstar ao reconhecimento dos *schemes of arrangement* se invocar e provar cumulativamente que (i) a decisão lhe teria sido mais favorável se o tribunal britânico tivesse aplicado o direito material português e que, (ii) de acordo com o direito internacional privado português, o direito material português seria aplicável ao caso.

Como é bom de ver, o privilégio da nacionalidade constitui uma exceção de prova bastante difícil, em virtude da complexidade dos seus requisitos, sobretudo no contexto dos *schemes of arrangement*. Com efeito, não é de todo claro qual o critério de determinação do *direito material aplicável* a um *scheme of arrangement*. Suponha-se que o *arrangement* introduz alterações nas obrigações contratuais do devedor, como por exemplo um perdão ou redução de créditos ou uma moratória. Deverá, por este simples facto, qualificar-se o *scheme of arrangement* como matéria do foro da lei reguladora das obrigações (*lex contractus*)? Convocar-se-á o Regulamento Roma I? Esta parece ter sido a posição perfilhada por vários especialistas em direito internacional privado alemães: nas obrigações reguladas pelo direito inglês, o *scheme of arrangement* aplicar-se-ia por integrar a *lex contractus*⁴⁰. Salvo o devido respeito, temos as maiores reservas quanto a esta solução. Primeiro, porque o Regulamento Roma I exclui expressamente do seu âmbito de aplicação "*as questões reguladas pelo direito das sociedades*", como nos parece ser inequivocamente o caso dos *schemes of arrangement*. Segundo, porque as medidas resultantes do "*arrangement*" não resultam do acordo das partes (como é próprio do Regulamento Roma I), mas da decisão de um tribunal, podendo inclusivamente contrariar a vontade do credor. Terceiro, porque esta tese, levada até às últimas consequências, implicaria que os *schemes of arrangement* só se aplicassem quando a lei reguladora das obrigações afetadas fosse a lei inglesa, uma vez que integrariam o "estatuto obrigacional". Ora, esta conclusão contraria a finalidade dos *schemes of arrangement*, que são um instrumento de *reestruturação do capital e/ou do passivo* de uma sociedade e, como tal, não podem estar na dependência da lei aplicável às obrigações a reestruturar, sob pena de gerar um puzzle de impossível solução.

Aqui chegados, cumpre reconhecer que são mais as dúvidas do que as respostas no que se refere à determinação do direito material aplicável às medidas previstas no *scheme of arrangement*, pelo que seria temerário tomar, para já, uma posição. Limitamo-nos, por isso, a registar que o privilégio da nacionalidade poderá constituir um sério obstáculo ao reconhecimento de *schemes of arrangement*, sobretudo quando a lei aplicável à obrigação for a lei portuguesa e a sociedade visada pelo *scheme* não se encontrasse numa situação económica difícil ou de insolvência iminente ou atual, uma vez que, fora destas três situações, o ordenamento jurídico português não admite a reestruturação de obrigações sem o acordo do credor.

Resta-nos concluir, dizendo que, apesar de tudo, nos parece genericamente viável o reconhecimento um *scheme of arrangement* em Portugal através do processo especial de revisão de sentença estrangeira regulado no CPC, pese embora reconhecendo que poderá não ser a solução ideal do ponto de vista da celeridade e simplicidade.

3. Conclusão

Na década posterior à grande crise financeira de 2007-2008, o *scheme of arrangement* britânico foi um instrumento privilegiado de recuperação preventiva de sociedades sedeadas noutros Estados-Membros da União Europeia, sobretudo aqueles que não dispunham de mecanismos pré-insolvenciais de reestruturação de dívida.

Em virtude da sua natureza híbrida, de raiz societária e independente da situação económico-financeira da empresa, o *scheme of arrangement* não foi considerado um processo de natureza insolvencial nem se lhe aplicaram os regulamentos europeus de insolvência 1346/2000 e 848/2015. A grande vantagem da inaplicabilidade destes regulamentos foi a de permitir aos tribunais britânicos continuar a aplicar as suas próprias regras de competência internacional para conhecer de *schemes of arrangement* de sociedades estrangeiras. Caso contrário, só teriam competência para conhecer de *schemes* relativos a empresas cujo centro dos principais interesses (COMI) estivesse localizado no Reino Unido. A grande desvantagem residiu no facto de os *schemes of arrangement* não beneficiarem do reconhecimento automático atribuído pelos regulamentos europeus de insolvência às decisões proferidas nos processos por eles abrangidos. Deste modo, nunca foi inteiramente claro qual o fundamento do reconhecimento dos *schemes of arrangement* britânicos nos restantes Estados-Membros da União Europeia, sem prejuízo de ter acabado por prevalecer o entendimento de que se aplicariam as regras dos Regulamentos de Bruxelas I e I bis ao reconhecimento da decisão de homologação (*court sanction*) do *arrangement*.

Após o Reino Unido ter abandonado a União Europeia (o chamado “Brexit”), a questão do reconhecimento dos *schemes of arrangement* britânicos nos Estados-Membros continua a colocar-se, mas agora à luz de um enquadramento jurídico totalmente distinto, uma vez que os regulamentos europeus deixaram de se aplicar às decisões dos tribunais britânicos e a adesão do Reino Unido à Convenção de Lugano de 2007 parece estar adiada *sine die*.

Neste breve ensaio, concluímos que os *schemes of arrangement* que tenham sido instaurados junto dos tribunais britânicos após o término do período de transição do Brexit (ocorrido em 31 de dezembro de 2020) não poderão beneficiar do regime de reconhecimento previsto nos artigos 288.^o e seguintes do CIRE, razão pela qual a sentença que os homologar carecerá de ser revista e confirmada nos termos dos artigos 978.^o e seguintes do CPC para produzir efeitos em Portugal, o que — embora se afigure abstratamente viável — acarretará previsivelmente maiores dificuldades práticas do que sucedia anteriormente.

Concluímos ainda que a nova modalidade de *schemes of arrangement*, denominados de *restructuring plans* e introduzidos em 2020 na Parte 26-A do *Companies Act*, configura um processo preventivo da insolvência e, como tal, está sujeita ao regime de reconhecimento dos artigos 288.^o e seguintes do CIRE, donde resulta que os *restructuring plans* só podem ser reconhecidos em Portugal se o devedor estiver sediado no Reino Unido ou aí tiver o centro dos seus principais interesses.

Resta apontar que, de 2007 em diante, a generalidade dos Estados-Membros consagraram nos seus ordenamentos jurídicos procedimentos de recuperação preventiva pré-insolvenciais, mais ou

menos inspirados nos *schemes of arrangement* britânicos. Este facto, conjugado com as iniciativas legislativas em curso por parte da União Europeia, permitem supor que a necessidade das empresas europeias recorrerem a *schemes of arrangement* junto dos tribunais britânicos tenderá a ser cada vez menor. A nosso ver, esta tendência acentuar-se-á com as dificuldades acrescidas no reconhecimento pelos Estados-Membros dos *schemes of arrangement* britânicos em virtude do Brexit e da conseqüente inaplicabilidade do Regulamento de Bruxelas I bis.

Não obstante, qualquer que venha a ser a relevância futura dos *schemes of arrangement* para as empresas europeias, parece poder afirmar-se que o seu sucesso despertou a atenção dos legisladores europeus para a premente necessidade de prever mecanismos de reestruturação preventiva dos devedores, evitando o recurso ao processo de insolvência, e contribuiu, assim, para a expansão e generalização desse tipo de mecanismos nos ordenamentos jurídicos da Europa continental. Nessa medida, deve-se (também) aos *schemes of arrangement* um dos desenvolvimentos mais positivos e importantes do direito falimentar a nível europeu nas últimas décadas.

Notas

- 1 Cfr. ELMS, Lynda e CAMACHO, Teresa (2012). Schemes of arrangement: to what extent has the new Spanish scheme been inspired by its English equivalent? *Corporate Rescue and Insolvency*, Vol. 5, pp. 180 a 182. No mesmo sentido, PAYNE, Jennifer (2013). Cross-border Schemes of Arrangement and Forum Shopping. *European Business Organization Law Review*, 14, p. 564.
- 2 Como referem Angél Carrasco Perera e Elisa Torralba Mendiola, os schemes of arrangement são uma demonstração do “*natural pragmatismo y deferencia hacia los poderes discrecionales del juez*” do ordenamento jurídico inglês. Para mais desenvolvimentos, cfr. CARRASCO PERERA, Ángel e TORRALBA MENDIOLA, Elisa (2011). «Schemes of Arrangement» ingleses para sociedades españolas: una crítica. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, pp. 349 a 362.
- 3 Cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, pp. 564 e 565, fazendo especial referência ao caso Re Rodenstock GmbH, no âmbito do qual a sociedade de direito alemão Rodenstock GmbH se submeteu a um scheme of arrangement, justificando a competência internacional dos tribunais ingleses por ter sido essa a lei e jurisdição de eleição entre a sociedade e o seu principal credor, o que veio a ser admitido pelo High Court.
- 4 Utilizamos a expressão «Brexite» para nos referirmos à saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atômica, materializada no Acordo 2019/C 384 I/01, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1580206007232&uri=CELEX%3A12019W/TXT%2802%29>.
- 5 Cfr. WINDSOR, Jo (2011). Una Visión Panorámica de los Schemes of Arrangement Ingleses. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal – Anales de Doctrina, Praxis Jurisprudencia y Legislación*, p. 554.
- 6 Como refere Jo Windsor, os schemes of arrangement podem contemplar cram-down schemes (alteração das condições de pagamento das dívidas, incluindo perdões de dívida), pre-pack schemes (transferência de negócio para um terceiro) ou distribution schemes (pagamento de dívidas mediante distribuição de ativos pelos credores). Para mais desenvolvimentos, cfr. WINDSOR, Jo (2011), *op. cit.*, pp. 556 e 557.
- 7 Neste sentido, cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, p. 564.
- 8 As classes poderão ser formadas para reunir os credores e/ou acionistas por grupos de interesses, nos casos em que se revele particularmente difícil obter o voto de todos os credores e/ou acionistas de forma individual. Sobre esta matéria, cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, p. 566.
- 9 Cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, pp. 565 e 566.
- 10 Cfr. § 896, (1) e (2) da Parte 26 do Companies Act 2006.
- 11 Cfr. § 897, (1) a (3) da Parte 26 do Companies Act 2006.
- 12 Cfr. § 899, (1) da Parte 26 do Companies Act 2006.
- 13 Cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, p. 566.
- 14 Cfr. § 899, (5) da Parte 26 do Companies Act 2006.
- 15 Cfr. ELMS, Lynda e CAMACHO, Teresa (2012), *op. cit.*, pp. 180 a 182. Em sentido semelhante, *vid.* PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, p. 567, afirmando a citada autora que o Tribunal tem a faculdade de não homologar um arrangement se entender que a maioria dos credores que compõem uma determinada classe não votou de acordo com o interesse comum dessa mesma classe. Igualmente sobre esta questão, esclarecem Angél Carrasco Perera e Elisa Torralba Mendiola que “*el juez sancionará el compromiso o arreglo, si éste resulta ser justo y razonable en el trato de todos los intereses divergentes*”. Para mais desenvolvimentos, cfr. CARRASCO PERERA, Ángel e TORRALBA MENDIOLA, Elisa (2011), *op. cit.*, p. 349.
- 16 Cfr. § 899, (4) da Parte 26 do Companies Act 2006.
- 17 Cfr. § 899, (3) da Parte 26 do Companies Act 2006.
- 18 Cfr. § 900 e 901A a 901L da Parte 26 do Companies Act 2006. Neste sentido, *vid.* PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, p. 566.
- 19 Como esclarece Jennifer Payne, os tribunais ingleses têm admitido ter jurisdição para homologar schemes of arrangement apresentados por sociedades com sede fora do Reino Unido, desde que (i) possam ser consideradas sociedades (“companies”), ao abrigo do disposto no Insolvency Act 1986, o que inclui também sociedades estrangeiras, e (ii) exista conexão suficiente com a Inglaterra ou País de Gales (por exemplo, mediante a existência de atividade comercial, a propriedade de bens, ou até mesmo quando a lei inglesa é a lei aplicável aos contratos celebrados com os credores). Cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, pp. 569 a 571. Quanto à experiência espanhola, veja-se CARRASCO PERERA, Ángel e TORRALBA MENDIOLA, Elisa (2011), *op. cit.*, p. 350, afirmando que “*se discute aún si es legítimo que un juez inglés pueda aprobar un scheme concerniente a una sociedad deudora que no tiene en aquella jurisdicción su centro de intereses principales* [COMI, en la jerga del Reglamento sobre Procedimientos de Insolvencia-RPI] o un establecimiento, que permitiera abrir allí un procedimiento de insolvencia territorial”.
- 20 Para mais desenvolvimentos sobre este tema, cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, pp. 564 a 589. Em particular, esta autora argumenta que “*the approach of the EU has not been to harmonise insolvency laws, or preinsolvency restructuring arrangements, but rather to attempt to unify the national rules on jurisdiction. While this remains the case, diversity among Member States as to their restructuring regimes is likely to lead companies like Rodenstock to seek to make use of mechanisms in other Member States that are perceived to be more valuable and beneficial as a restructuring tool*”. Não obstante, à presente data, com a publicação da Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019 — já transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro —, e a nova proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, publicada em 7 de dezembro de 2022, parece-nos que há efetiva preocupação por parte da União Europeia em harmonizar os regimes da insolvência dos Estados-Membros, como mecanismo de promoção da União dos Mercados de Capitais. De resto, sublinha-se apenas que com a saída do Reino Unido da União Europeia as diretivas acima referidas deixaram de lhe ser aplicáveis.

21 Sobre esta questão, afirmam ainda Angél Carrasco Perera e Elisa Torralba Mendiola que, uma vez que os schemes of arrangement (i) não exigem que a sociedade esteja numa situação de insolvência (ou, sequer, de insolvência iminente ou provável) e (ii) podem contemplar um acordo de reestruturação societária ou de qualquer outra espécie, totalmente distinto dos propósitos típicos de liquidação ou reestruturação de passivo de um processo de insolvência, o Regulamento 1346/2000 é manifestamente inaplicável. Para mais desenvolvimentos, CARRASCO PERERA, Ángel e TORRALBA MENDIOLA, Elisa (2011), *op. cit.*, pp. 352 a 355.

22 Cuja redação se manteve inalterada no Regulamento 1215/2012.

23 Correspondente ao atual artigo 24.º, 2) do Regulamento 1215/2012.

24 Correspondentes aos artigos 36.º e seguintes do Regulamento 1215/2012.

25 Nos termos do artigo 35.º, n.º 1, do Regulamento 44/2001, “as decisões não serão igualmente reconhecidas se tiver sido desrespeitado o disposto nas secções 3, 4 e 6 do capítulo II ou no caso previsto no artigo 72.º”. Esclareça-se que a norma do artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento 44/2001, relativa à competência exclusiva do Estado-Membro da sede em matéria de dissolução de sociedades está incluída na secção 6 do referido regulamento. De igual modo, no artigo 45.º, n.º 1, alínea e), subalínea ii), “a pedido de qualquer interessado, o reconhecimento de uma decisão é recusado se a decisão desrespeitar o disposto no Capítulo II, Secção 6”. A diferença consiste na circunstância de o Tribunal do Estado-Membro em que se requer o reconhecimento já não ter poderes para, oficiosamente (isto é, sem o “pedido de qualquer interessado”), recusar o reconhecimento, com base na violação de normas de competência estabelecidas no Regulamento.

26 Para mais desenvolvimentos sobre esta questão, ainda que com especial foco sobre o reconhecimento dos schemes of arrangement no ordenamento jurídico espanhol, cfr. CARRASCO PERERA, Ángel e TORRALBA Mendiola, Elisa (2011), *op. cit.*, pp. 359 a 362.

27 No contexto da União Europeia, está agora em discussão uma nova proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que visa harmonizar certos aspetos do direito da insolvência, a propósito da qual nos parece relevante destacar — pela sua afinidade com o tema dos schemes of arrangement — a proposta de regulamentação dos processos pre-pack. Estes processos também tiveram origem jurisprudencial no direito inglês e têm vindo a ser admitidos paulatinamente nos ordenamentos jurídicos de outros Estados-Membros, como a Espanha e os Países Baixos. Os processos pre-pack consistem essencialmente em processos sumários de liquidação da empresa devedora (no todo ou em parte) e visam, através de um processo competitivo de venda, preparar, negociar e antecipar o mais possível a venda da empresa ou unidade produtiva ao melhor proponente antes da abertura formal do processo de insolvência. O principal objetivo dos processos pre-pack é, então, permitir a liquidação da empresa de forma célere, em condições de mercado e assegurando a continuidade da empresa, em resultado da situação provável de insolvência do devedor. Independentemente do caminho que a proposta de diretiva ainda terá que percorrer — bem como da transposição que vier a ser feita nos ordenamentos internos de cada um dos Estados-Membros —, vemos a regulamentação dos processos pre-pack como um passo adicional a fim de consagrar mecanismos simplificados e eficientes de reestruturação de empresas a nível da União Europeia. Do mesmo modo, as questões relativas ao forum shopping e à inexistência de um mecanismo de reconhecimento e execução automática dos schemes of arrangement poderiam ficar ultrapassadas com a implementação dos processos pre-pack, sujeitos a regras uniformes, estruturadas e consistentes, dentro da União Europeia, sendo certo, porém, que em virtude do Brexit a diretiva que vier a ser aprovada não será aplicável ao Reino Unido. O texto da proposta de diretiva pode ser consultado no seguinte link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0702>.

28 Cfr., a título de exemplo, o parágrafo 44 do Relatório Virgós-Schmidt, a propósito da Convenção relativa aos Processos de Insolvência de 23-11-1995, antecessora dos Regulamentos 1346/2000 e 848/2015: “the Convention (...) covers only the «intra-Community effects» of insolvency proceedings. The Convention governs only internal conflicts of the Community with two further limitations: (a) the Convention does not govern all intra-Community conflicts. It covers only cases where the centre of the debtor’s main interests is located in a Contracting State. When the centre of the debtor’s main interests is outside the territory of a Contracting State, the Convention does not apply. In such a case, it is up to the private international law of Member States to decide whether insolvency proceedings may be opened against the debtor and on the rules and conditions to be applied; (...) (b) Even when the centre of a debtor’s main interests is in a Contracting State and the Convention is applicable, its provisions are restricted to relations with other Contracting States. Where non-Member States are concerned, it is the responsibility of each Member State to define the appropriate conflict rules”.

29 Convenção relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, assinada em Lugano, a 30-10-2007.

30 Cfr. a comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho de 04-05-2021, COM(2021) 222, disponível em eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0222.

31 Cfr. artigo 1.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Regulamento 848/2015.

32 Cfr. MCCORMACK, Gerard (2022). *EU Insolvency Law - Cross Border Insolvency Law in Comparative Focus*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 17: “schemes of arrangement contributed to the UK becoming the restructuring capital of Europe with financially stretched foreign companies flocking to the UK to restructure their debts by means of a scheme of arrangement”.

33 Cfr. RINGE, Wolf-Georg (2016). Article 3. In Bork, Reinhard e van Zwielen, Kristin, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford University Press, 148, § 3.104, escreve o seguinte: “In the run-up to the 2015 reform, when policy-makers sought to extend the scope of the EIR 2000, the UK government insisted that schemes of arrangement should not be covered by the EIR. They were successful in defending this position, and new Recital 16 clarifies that «proceedings that are based on general company law not designed exclusively for insolvency situations should not be considered to be based on laws relating to insolvency» and hence not within the scope of the EIR recast”.

34 Cfr. § 901A do Companies Act 2006, introduzido pelo Corporate Insolvency and Governance Act 2020: “(1) The provisions of this Part [leia-se, Part 26-A] apply where conditions A and B are met in relation to a company. (2) Condition A is that the company has encountered, or is likely to encounter, financial difficulties that are affecting, or will or may affect, its ability to carry on business as a going concern. (3) Condition B is that (a) a compromise or arrangement is proposed between the company and (i) its creditors, or any class of them, or (ii) its members, or any class of them, and (b) the purpose of the compromise or arrangement is to eliminate, reduce or prevent, or mitigate the effect of, any of the financial difficulties mentioned in subsection (2).”

35 Este entendimento vai ao encontro da posição assumida pelo High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, em *Re Gategroup Guarantee Limited* [2021] EWHC 304, segundo a qual um scheme of arrangement ao abrigo da Parte 26-A do Company Act 2006 (um “restructuring plan”) estava excluído do âmbito de aplicação da Convenção de Lugano de 2007 por consubstanciar um caso de “falência, concordata e outros processos análogos” (cf. artigo 1.º, n.º 2, alínea b), da Convenção de Lugano de 2007).

36 Cfr. ABRANTES GERALDES, António dos Santos, PIRES DE SOUSA, Luís Filipe e PIMENTA, Paulo, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, p. 427.

37 Este problema terá sido suscitado, pela primeira vez, por uma decisão do tribunal de segunda instância de Celle, na Alemanha, o qual recusou reconhecer a decisão homologatória do tribunal britânico, considerando que a mesma não devia ser qualificada como uma sentença na aceção do Regulamento 44/2001 (em vigor naquela época), por, entre outros motivos, o processo não revestir natureza contraditória. No entanto, a posição do tribunal de Celle quanto à natureza não-contraditória dos schemes of arrangement ficou, tanto quanto sabemos, isolada, desde logo porque o próprio Supremo Tribunal Federal Alemão concluiu o contrário, em sede de recurso, no seu acórdão de 15-02-2012 - IV ZR 194/09. Cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, pp. 584-586.

38 Quanto a este tema, Ángel Maria Ballesteros Barros escreve o seguinte: *"la resolución dictada por el tribunal inglés sancionando el SoA [scheme of arrangement] habrá sido dictada tras una fase procesal contradictoria, con posibilidad de debate contradictorio en el curso de la audiencia de los acreedores afectados por el SoA y con posibilidad de apelación ante los tribunales superiores ingleses frente a la resolución emitida antes de que se someta a reconocimiento la misma"*. Cfr. BALLESTEROS BARROS, Ángel María (2011). El reconocimiento en España del Scheme of Arrangement de derecho inglés tras el Brexit. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, n.º 1, p. 78. No mesmo sentido, vide PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, pp. 566-567 e 585.

39 Quanto a esta matéria, o Supremo Tribunal de Justiça já teve ocasião de afirmar o seguinte, no seu acórdão de 26-09-2017, processo n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1: *"Mesmo que não seja possível determinar, a priori, o conteúdo da cláusula geral da ordem pública internacional, é latamente consensual a ideia de que o mesmo é enformado pelos princípios estruturantes da ordem jurídica, como são, desde logo, os que, pela sua relevância, integram a Constituição em sentido material, pois são as normas e princípios constitucionais, sobretudo os que tutelam direitos fundamentais, que não só enformam como também conformam a ordem pública internacional do Estado, o mesmo sucedendo com os princípios fundamentais do Direito da União Europeia e ainda com os princípios fundamentais nos quais se incluem os da boa-fé, dos bons costumes, da proibição do abuso de direito, da proporcionalidade, da proibição de medidas discriminatórias ou espoliadoras, da proibição de indemnizações punitivas em matéria cível e os princípios e regras basilares do direito da concorrência, tanto de fonte comunitária, quanto de fonte nacional."*

40 Cfr. SWIERCZOK, Arthur (2014). Recognition of English Solvent Schemes of Arrangement in Germany. *The King's Student Law Review*, Vol. 5, no. 1 (Spring 2014), p. 91: *"Although, as seen, a solvent SoA [scheme of arrangement] is not a new contract, it may still constitute one way of extinguishing the obligations in the sense of Art. 12(1)(d) Rome I. And, in fact, this view is largely shared by the academic literature. The consequence of this is that, where the contractual obligations affected by the SoA are governed by English law, the effects of the SoA are also determined by English law. In other words, the choice of English law as the lex contractus for the obligations in question implies an ex ante subjection under a possible English SoA including its substantive effects. However, a German Court is obliged to recognise these substantive law effects under Rome I"*. Pela nossa parte, não podemos concordar com este Autor, nem com a tese que perfilha. As medidas previstas no scheme of arrangement só cobram eficácia em virtude da decisão judicial homologatória. Consequentemente, as medidas previstas no scheme não podem ser reconhecidas pelo simples facto de a lei reguladora da obrigação ser a lei inglesa, uma vez que isso implicaria reconhecer eficácia a uma sentença britânica sem a mesma ter sido revista e confirmada, ou por outra forma reconhecida.

Foro de Actualidad

Portugal

IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE AS TRANSMISSÕES ONEROSAS DE IMÓVEIS: CADUCIDADE DA ISENÇÃO APLICÁVEL À AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS POR INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO

António Castro Caldas, Catarina Fernandes
e Mariana Mathias Quartau

Advogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Lisboa)

Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis: Caducidade da isenção aplicável à aquisição de imóveis por instituições de crédito

O presente artigo visa analisar a isenção de Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis ("IMT") estabelecida no artigo 8.º do Código do IMT ("CIMT") e aplicável a determinadas aquisições de imóveis por instituições de crédito e sociedades comerciais cujo capital seja direta ou indiretamente por aquelas dominado e, em particular, os casos em que tal isenção deixa de ter aplicação ao abrigo do artigo 11.º, n.º 6, do CIMT, na redação introduzida pela Lei do Orçamento do Estado para 2020, com particular enfoque na aplicação da referida norma no tempo.

PALAVRAS-CHAVE:

IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE AS TRANSMISSÕES ONEROSAS DE IMÓVEIS; ISENÇÃO; INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO; CADUCIDADE; APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO; PROTEÇÃO DA CONFIANÇA; SEGURANÇA JURÍDICA; LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS.

Real Estate Transfer Tax: expiry of the exemption on the acquisition of real estate by credit institutions

This article analyses the Real Estate Transfer Tax (“RETT”) exemption established in article 8 of the RETT Code that applies to certain acquisitions of real estate by credit institutions and commercial companies over whose capital they have direct or indirect control and, in particular, the cases when the exemption ceases to apply under article 11(6) of the RETT Code, as amended by the State Budget Law for 2020, with a particular focus on how the exemption applies over time.

KEYWORDS:

REAL ESTATE TRANSFER TAX; EXEMPTION; CREDIT INSTITUTIONS; EXPIRY; APPLICATION OF THE LAW OVER TIME; PROTECTION OF CONFIDENCE; LEGAL CERTAINTY; LEGITIMATE EXPECTATIONS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 1-8-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 2-8-2023

Caldas, António Castro; Fernandes, Catarina; Quartau, Mariana Mathias (2023). Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis: Caducidade da isenção aplicável à aquisição de imóveis por instituições de crédito. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 181-188 (ISSN: 1578-956X).

1. Breve enquadramento

O presente artigo centra-se na análise da isenção de IMT estabelecida no artigo 8.º do CIMT e aplicável à aquisição de imóveis por instituições de crédito e por sociedades comerciais cujo capital seja direta ou indiretamente por aquelas dominado.

Em particular, no que diz respeito ao regime de caducidade desta isenção, importa analisar a alteração introduzida à norma constante do artigo 11.º, n.º 6, do CIMT pela Lei n.º 2/2020, de 31 de março de 2020, que aprovou o Orçamento do Estado para 2020 (em diante “LOE 2020”), com efeitos a 1 de abril de 2020.

Antes da aprovação da LOE 2020, o artigo 11.º, n.º 6, do CIMT, sob a epígrafe “*Caducidade das isenções*” previa que a isenção de IMT do artigo 8.º do CIMT deixaria de ter aplicação: “(...) *se os prédios não [fossem] alienados no prazo de cinco anos a contar da data da aquisição*”.

Na redação introduzida pela LOE 2020, a referida norma passou a prever que as aquisições deixam de beneficiar da isenção de IMT do artigo 8.º do CIMT: “(...) *se os prédios não forem alienados no prazo de cinco anos a contar da data da aquisição ou [nos casos em que] o adquirente seja uma entidade com relações especiais, nos termos do n.º 4 do artigo 63.º do Código do IRC*”.

Com a referida alteração legislativa, a manutenção da isenção de IMT passa a implicar não só a venda dos imóveis adquiridos pelas instituições de créditos e demais entidades previstas na lei no prazo de 5 anos mas também inexistência de relações especiais entre as entidades alienantes e adquirentes.

É, pois, fulcral delimitar, o âmbito de aplicação temporal da nova causa de caducidade desta isenção de IMT, tendo por base as regras gerais de aplicação da lei no tempo, os princípios com

assento constitucional da confiança e da segurança jurídica e, bem assim, a jurisprudência recente disponível em matéria de aplicação das leis no tempo no domínio do Direito Fiscal.

2. Isenção de IMT aplicável à aquisição de imóveis por instituições de crédito e respetivas causas de caducidade

O artigo 8.º, n.º 1, do CIMT, sob a epígrafe: "*Isenção pela aquisição de imóveis por instituições de crédito*" estabelece que beneficiam de uma isenção de IMT as aquisições de imóveis por parte de instituições de crédito que as destinem à realização de créditos resultantes de empréstimos concedidos ou de fianças prestadas, desde que efetuadas em processo de execução movido por essas instituições ou por outro credor ou, ainda, em processo de falência ou de insolvência.

A isenção a que se refere este n.º 1 do artigo 8.º do CIMT é ainda aplicável às aquisições de imóveis pelas instituições de crédito que resultem de atos de dação em cumprimento, desde que a entrega dos imóveis se destine à realização de créditos resultantes de empréstimos ou fianças prestadas pelas entidades adquirentes nos termos explicitados no n.º 2 da referida norma.

Nos termos do n.º 3 do artigo 8.º do CIMT poderão ainda beneficiar destas isenções as aquisições de imóveis por sociedades comerciais cujo capital seja direta ou indiretamente dominado por instituições de crédito, nos termos e casos previstos na lei.

Porém, nos termos do n.º 6 do artigo 11.º do CIMT, na redação atualmente em vigor e que foi introduzida pela LOE 2020, deixam de beneficiar da referida isenção de IMT não só as aquisições em que os imóveis não sejam alienados no prazo de cinco anos a contar da data da aquisição (como já previa esta norma antes das alterações) mas também as aquisições em que os imóveis, apesar de vendidos no prazo de cinco anos, o venham a ser a favor de entidade com a qual o alienante mantenha relações especiais, tal como definidas para efeitos do regime de preços de transferência.

Sobre o conceito de relações especiais, o artigo 63.º, n.º 4, do Código de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas ("CIRC"), estabelece que: "*(...) existem relações especiais entre duas entidades nas situações em que uma tem o poder de exercer, directa ou indirectamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra*" o que se considera verificado nas situações enunciadas na referida norma.

O tema central do presente artigo prende-se com o âmbito temporal de aplicação da nova redação da norma de caducidade da isenção de IMT do artigo 8.º do CIMT, mormente do novo requisito de caducidade que foi aditado ao artigo 11.º, n.º 6, do CIMT pela LOE 2020 e que está relacionado com a existência de relações especiais entre alienante e adquirente sendo útil, para esse efeito, atender às regras gerais de aplicação da lei no tempo e aos princípios que lhes subjazem.

3. Aplicação da nova redação do artigo 11.º, n.º 6, do CIMT à luz das regras de aplicação da lei no tempo e dos princípios que lhes subjazem

Para que compreenda o âmbito de aplicação temporal da nova redação dada ao artigo 11.º, n.º 6, do CIMT, importa, antes de mais, determinar a data de entrada em vigor da LOE 2020.

A LOE 2020 estabeleceu, no seu artigo 430.º, que a data de entrada em vigor do diploma seria o dia seguinte ao da sua publicação. Tendo a referida lei sido publicada no Diário da República n.º 64/2020, 1º Suplemento, Série I de 31.03.2020, a mesma entrou em vigor no dia 1 de abril de 2020.

Determinada a entrada em vigor da LOE 2020, importa compreender se todas as alienações efetuadas no prazo de cinco anos a contar da aquisição de imóveis por instituições de crédito com aplicação da isenção do artigo 8.º do CIMT antes da entrada em vigor da nova lei (*i.e.*, antes de 1 de abril de 2020) determinam a caducidade da isenção se forem efetuadas a favor de entidade com relações especiais nos termos e para os efeitos previstos no artigo 63.º, n.º 4, do Código do IRC independentemente de os imóveis serem alienados no prazo de cinco anos a contar da aquisição.

Não resultando do referido diploma legal qualquer regime ou norma transitória especial destinada a delimitar o âmbito de aplicação temporal da nova lei, importa recorrer às regras gerais de aplicação da lei no tempo.

Resulta do artigo 12.º do Código Civil (“CC”) que a lei nova só rege para o futuro, o que significa que esta não pode ser aplicada retroativamente e, por conseguinte, não pode reger acerca de factos pretéritos.

No domínio jurídico-fiscal, estabelecem os artigos 103.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (“CRP”) e 12.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária (“LGT”) que a lei fiscal só pode valer para o futuro, não podendo dispor acerca de atos praticados quando ela ainda não existia, sob pena de se permitir que o Estado imponha determinadas consequências a uma realidade após a sua verificação, sem que os intervenientes (no caso, as instituições de crédito) tivessem podido adequar a sua atuação às novas regras.

Esta exigência revela preocupações não só relacionadas com o princípio da proteção da confiança dos cidadãos, princípio este estruturante de qualquer Estado de direito democrático, mas também com o princípio da legalidade já que, numa atitude de lealdade e integridade para com os seus destinatários, a lei só deve reger para o futuro.

É, aliás, neste sentido que deve ser entendida a opção do legislador constituinte de, na revisão constitucional de 1997, consagrar no artigo 103.º, n.º 3, da CRP a regra da proibição da retroatividade da lei fiscal desfavorável. Com esta consagração constitucional não se visou explicitar uma simples refração dos princípios gerais da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos

constitucionalmente consagrados no artigo 2.º da CRP e inerentes a toda a atividade do Estado de direito democrático, mas sim expressar uma regra absoluta de definição do âmbito de validade temporal das leis criadoras ou agravadoras de impostos prevenindo, assim, a existência de um perigo abstrato de grave violação daquela confiança.

Na ausência de uma norma transitória especial, e considerando a norma sobre a qual nos debruçamos nesta sede e o regime previsto no artigo 12.º do CC, sempre será de concluir que a nova redação do n.º 6 do artigo 11.º do CIMT não pode aplicar-se a imóveis que tenham sido adquiridos antes de 1 de abril de 2020. Isto porque, em relação a estes, existe a confiança fundada de que a manutenção da isenção depende somente da venda dos imóveis adquiridos com aplicação da isenção do artigo 8.º do CIMT ser efetuada no prazo de cinco anos a contar da data da aquisição, independentemente da entidade a quem, em concreto, sejam alienados os imóveis. Assim, por hipótese, uma instituição de crédito que tenha adquirido imóveis em 2 de janeiro de 2017 com aplicação da isenção constante do artigo 8.º do CIMT, na expectativa de que a manutenção da isenção dependia apenas da alienação ocorrer nos cinco anos posteriores, e que, em 1 de janeiro de 2022 (dentro do prazo de cinco anos exigido para efeitos da manutenção da isenção) venda o imóvel a uma entidade com a qual tenha relações especiais, deverá manter a isenção de IMT do artigo 8.º do CIMT aplicada aquando da aquisição em 2 de janeiro de 2017.

Esta é a única posição que se compagina com o princípio constitucional da proteção da confiança e da segurança jurídica, constitucionalmente consagrados no artigo 2.º da CRP enquanto corolários de qualquer Estado de Direito.

No nosso entendimento, a nova redação do n.º 6 do artigo 11.º do CIMT e, com ela, o aditamento de novos pressupostos (no caso, da impossibilidade de alienação a entidades com as quais existam relações especiais) para manutenção da isenção de IMT do artigo 8.º do CIMT só deveria poder valer para instituições de crédito que tenham adquirido imóveis com aplicação do referido benefício fiscal em ou após 1 de abril de 2020 (*i.e.*, após a entrada em vigor da nova redação do artigo 11.º, n.º 6, do CIMT introduzida pela LOE 2020).

Conforme antecipado acima, as regras da aplicação da lei no tempo radicam nos princípios da confiança e da segurança jurídicas, essenciais em qualquer Estado de Direito democrático como é o Estado Português e com especial relevância no domínio tributário. É, de facto, imperativo que não sejam frustradas, de modo infundado e injustificado, as expectativas legítimas dos cidadãos, e menos ainda as expectativas que assentem na própria lei. Isto porque, ao planear a sua atividade e ao gerir o seu dia-a-dia, os contribuintes precisam de poder confiar na lei tributária, fundando nesta muitas decisões cujos efeitos se prolongam no tempo.

Se, no caso em análise, fosse de aplicar o n.º 6 do artigo 11.º do CIMT na redação introduzida pela LOE 2020 a todas as alienações ocorridas em ou após 1 de abril de 2020 (algumas delas relativas a imóveis adquiridos na vigência da redação anterior da norma, sublinhe-se), estar-se-ia perante um caso de retrospetividade da lei fiscal, potencialmente violador dos princípios da confiança e da segurança jurídica, e, bem assim, das legítimas expectativas dos contribuintes. Na verdade, é particularmente sensível admitir-se que a lei encoraje um determinado comportamento por parte de uma entidade que, confiando num determinado regime fiscal, adquire um imóvel com aplicação de uma isenção condicionada à venda num determinado prazo (no caso, de cinco anos), para

mais tarde ser surpreendida por uma alteração legislativa que adita novas causas de caducidade e sujeita, por conseguinte, a alienação desse mesmo imóvel a um regime mais gravoso para efeitos da manutenção da isenção de IMT aplicada aquando da aquisição.

Ademais, conforme teve oportunidade de salientar a doutrina disponível a propósito desta questão: *"O problema da retrospetividade da lei fiscal coloca-se com maior acuidade ainda nos casos de eliminação de benefícios fiscais"*. Isto porque, com a *"(...) criação de benefícios o legislador encoraja diretamente certo comportamento por parte do sujeito passivo, considerado meritório por razões variadas de ordem extrafiscal. O contribuinte não pode ter a expectativa de que se mantenham intocados para todo o sempre os benefícios de que aproveita, amarrando-se o legislador a um princípio de continuidade incompatível com a evolução da economia, da sociedade e do sistema político. Mas a verdade é que a eliminação súbita de benefícios fiscais pode acarretar uma lesão grave das expectativas dos contribuintes, com consequências económicas de relevo"* (cf. Sérgio Vasques *Manual de Direito Fiscal*, 2.^a Edição, Almedina, 2019, pág. 351). Ora, este mesmo raciocínio deve ser transposto, com as devidas adaptações, para casos como o que ora nos ocupa, em que são aditadas à lei novas causas de caducidade que dificultam ou impossibilitam mesmo a manutenção de isenções de que os contribuintes já beneficiavam e relativamente às quais tinham a legítima expectativa de continuidade e manutenção.

No nosso entendimento, todas as operações de venda a realizar até 31 de março de 2025 por referência a imóveis adquiridos até 31 de março de 2020 deveriam poder continuar a beneficiar da isenção de IMT prevista no artigo 8.º do CIMT desde que os imóveis tenham sido ou sejam alienados num prazo de cinco anos a contar da data de aquisição e com total independência da existência de relações especiais entre as entidades alienantes e adquirentes, sob pena de violação dos princípios constitucionais da proteção da confiança e da segurança jurídica previsto no artigo 2.º da CRP, enquanto corolários do princípio do Estado de direito democrático.

4. Jurisprudência recente sobre temas idênticos

Quanto às questões acima enunciadas no ponto 3, a jurisprudência fiscal tem vindo, em geral, a admitir que a confiança legitimamente depositada pelos contribuintes na manutenção do regime fiscal contemporâneo dos investimentos que decidiram realizar, além de digna de tutela, não pode deixar de considerar-se atingida pelas consequências da aplicação retroativa de novos pressupostos / condições de manutenção / causas de caducidade que venham a ser aditados a uma qualquer isenção fiscal.

Em particular, quanto à aplicação retroativa de novos pressupostos de caducidade de uma isenção de IMT aplicável aos fundos e sociedades de investimento imobiliário para arrendamento habitacional, teve oportunidade de salientar o Tribunal Constitucional que: *"(...) no âmbito tributário, as mutações da ordem jurídica não podem atingir as expectativas criadas ao abrigo da lei antiga em termos incompatíveis com aquele mínimo de certeza e de segurança que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar, como dimensões essenciais do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição."* (Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 175/2018, de 5 de abril de 2018).

Neste mesmo sentido e seguindo o mesmo racional decidiu um tribunal arbitral em decisão arbitral, de 6 de abril de 2021, proferida no âmbito do processo arbitral n.º 375/2020-T: *"Ao originar a caducidade das isenções fiscais previstas no âmbito do IMT e do Imposto de selo por via do aditamento dos novos pressupostos, não contemplados na lei vigente à data da aquisição dos imóveis, a aplicação retroativa das alterações introduzidas pela Lei n.º 83-C/2013 frustra as expectativas legitimamente inculcadas nos fundos investidores pelo regime fiscal em vista (e sob incentivo) do qual tais aquisições foram decididas realizar, violando aquele mínimo de certeza e de segurança que todos os intervenientes no tráfego jurídico, ao planearem a sua ação e ao realizarem as suas escolhas, devem poder depositar na ordem jurídica de um Estado de Direito."*

Tendo o Tribunal Arbitral concluído na referida decisão arbitral que: *"A norma contida no n.º 2 do artigo 236.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, em conjugação com o n.º 15 do artigo 8.º do Regime jurídico aplicável aos FIIAH e às SIIA, na versão decorrente das alterações levadas a cabo pela aludida Lei, de acordo com a qual as isenções em sede de IMT e de Imposto de Selo previstas nos n.ºs 7, alínea a), e 8, daquele artigo 8.º caducam se o imóvel adquirido não for arrendado no prazo de três anos, contados de 1 de janeiro de 2014, é inconstitucional por violação do princípio da proteção da confiança (art. 2.º da CRP)."*

Da referida jurisprudência — cujo racional e critério orientador aplica-se, com as devidas adaptações, ao presente caso —, resulta que o que deve relevar no plano da confrontação da nova redação do n.º 6 do artigo 11.º do CIMT com os princípios da tutela ou proteção da confiança e da segurança jurídica é, efetivamente, a integração de novos pressupostos para a aplicação e manutenção da isenção fiscal, pressupostos esses com os quais os contribuintes não podiam legitimamente contar aquando da aquisição de imóveis ocorrida antes da entrada em vigor da nova redação do artigo 11.º, n.º 6, do CIMT (*i.e.*, antes do dia 1 de abril de 2020).

Entendemos, assim, que a nova redação do n.º 6 do artigo 11.º do CIMT só deve aplicar-se para o futuro e, por conseguinte, não pode prejudicar as instituições de crédito que tendo adquirido imóveis com aplicação da isenção de IMT prevista no artigo 8.º do CIMT até 31 de março de 2020 tenham vendido ou venham a vender tais imóveis, no prazo de cinco anos a contar da aquisição, a entidades com as quais tenham relações especiais nos termos previstos no artigo 63.º, n.º 4, do CIRC.

Uma interpretação diferente daquela que propugnamos seria suscetível de provocar um efeito surpresa indesejado e de defraudar as legítimas e fundadas expectativas dos contribuintes, devendo ser julgada inconstitucional por violação grosseira dos princípios constitucionais da proteção da confiança e da segurança jurídica consagrados no artigo 2.º da CRP.

5. Conclusão

Em jeito de conclusão, é inadmissível em qualquer Estado de direito democrático interpretar a nova redação dada ao artigo 11.º, n.º 6, do CIMT no sentido de que a mesma exige, para efeitos de manutenção da isenção de IMT prevista no artigo 8.º do CIMT aplicada a uma aquisição de imóvel ocorrida até 31 de março de 2020, não só a alienação dos imóveis no prazo de cinco anos como também a alienação dos imóveis a entidades que não tenham relações especiais com as entidades alienantes.

No nosso entendimento, tal interpretação normativa deve ser julgada inconstitucional por violação do princípio da confiança na medida em que a exigência de que os imóveis não sejam alienados a entidades com relações especiais com o alienante não decorria da lei aquando da aquisição dos imóveis, não se descortinando qualquer interesse constitucionalmente protegido cuja salvaguarda pudesse justificar a lesão da confiança legítima e fundada dos contribuintes na manutenção do regime fiscal anterior.

Deve, assim, considerar-se que as instituições de crédito que adquiriram imóveis até 31 de março de 2020 (*i.e.*, antes da entrada em vigor da nova redação do artigo 11.º, n.º 6, do CIMT introduzida pela LOE 2020) com o benefício constante do artigo 8.º do CIMT e que alienaram ou venham a alienar tais imóveis no prazo de cinco anos a contar da data da aquisição mantêm a referida isenção de IMT, não sendo de aplicar a nova causa de caducidade de inexistência de relações especiais entre as entidades alienantes e adquirentes constante do artigo 11.º, n.º 6, do CIMT na redação introduzida pela LOE 2020 em vigor desde 1 de abril de 2020.

Foro de Actualidad

Latinoamérica

LA FUNCIÓN DE SUBSISTENCIA DE LAS AGUAS COMO UNO DE LOS NUEVOS EJES DEL CÓDIGO DE AGUAS CHILENO

Sergio Jaque

Asociado Grupo Recursos Hídricos de Chile

La función de subsistencia de las aguas como uno de los nuevos ejes del Código de Aguas chileno

El Código de Aguas ("CA") históricamente reguló cuestiones de índole sectorial, sin adentrarse mayormente en temas asociados al consumo humano, al saneamiento y al uso doméstico de subsistencia (función de subsistencia), siendo catalogado como una norma jurídica de orden productivista, desarrollada en gran parte al alero de la agricultura, con un foco principalmente destinado al otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) y a cómo estos se podían ejercer adecuadamente por parte de sus titulares. Producto de la reciente reforma al CA se introdujo en dicho cuerpo legal un completo estatuto jurídico asociado a la función de subsistencia de las aguas, asignándole —desde luego— una prioridad sobre las otras funciones de las aguas, como la ecosistémica y la productiva.

PALABRAS CLAVE:

CÓDIGO DE AGUAS CHILENO, DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS, AGUAS SUBTERRÁNEAS, AGUAS SUPERFICIALES.

The role of water subsistence as a new central feature of the Chilean Water Code

The Water Code historically regulated industry sector matters, avoiding major issues associated with human consumption, sanitation and subsistence domestic use (subsistence function). It was classed as a productivist regulation, developed largely under the auspices of agriculture and focused mainly on granting and exercising water use rights.

KEYWORDS:

CHILEAN WATER CODE, WATER USE RIGHTS, GROUNDWATER, SURFACE WATER.

FECHA DE RECEPCIÓN: 11-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 15-9-2023

Jaque, Sergio (2023). La función de subsistencia de las aguas como uno de los nuevos ejes del Código de Aguas chileno. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 189-194 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El Código de Aguas (“CA”) históricamente reguló cuestiones de índole sectorial, sin adentrarse mayormente en temas asociados al consumo humano, al saneamiento y al uso doméstico de subsistencia (función de subsistencia). Fue catalogado como una norma jurídica de orden productivista, desarrollada en gran parte al alero de la agricultura, con un foco principalmente destinado al otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) y a cómo estos se podían ejercer adecuadamente por parte de sus titulares (incluida su protección frente a terceros). El Código contemplaba figuras como el traslado del ejercicio de los DAA, la imposición de servidumbres de acueducto, la posibilidad de cambiar el uso de los DAA sin que mediara una autorización administrativa, la existencia de instrumentos de gestión hídrica como las áreas de restricción y zonas de prohibición (aguas subterráneas) y declaraciones de agotamiento (aguas superficiales), etc.

Solo algunas normas abordaban la función de subsistencia de las aguas, sin que existiese un tratamiento orgánico y sistematizado que le diera un sustento legal a la mencionada función, ni mucho menos un principio general que la reconociera. En la práctica, esto significó que fuesen los Tribunales Superiores de Justicia los encargados de ir configurando la mencionada función, principalmente a propósito del derecho humano al agua, ampliamente reconocido a nivel internacional.

Producto de la reciente reforma al CA (Ley N.º 21.435 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile* de 6 de abril de 2022 [“Reforma”]) se introdujo en dicho cuerpo legal un completo estatuto jurídico asociado a la función de subsistencia de las aguas, asignándole —desde luego— una prioridad sobre las otras funciones de las aguas, como la ecosistémica y la productiva. Se reforzaron, además, las normas preexistentes y se reguló en detalle el modo de asegurarlas.

En el presente foro se expondrán las normas que existían antes de la Reforma y aquellas que configuran el mencionado estatuto, relevando la importancia de estas en un escenario de extrema sequía que afecta hace más de una década al país.

2. Normativa previa a la reforma

Como se mencionó, antes de la Reforma existían solo algunas normas que podían asociarse a la función de subsistencia de las aguas, relacionadas con:

- i. La expropiación de derechos de aprovechamiento de aguas para satisfacer menesteres domésticos de una población, por no existir otros medios para obtener el agua (art. 27).

- ii. La posibilidad de cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque de ello resultara menoscabarse el agua de que se alimentara algún otro pozo (art. 56). Es importante hacer presente que esta norma se refiere a las aguas subterráneas y que no existía una norma similar para las aguas superficiales.
- iii. La posibilidad de reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua, mediante la denegación de solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas en trámite, facultad radicada en el presidente de la República, con informe de la Dirección General de Aguas ("DGA") (art. 147 bis).
- iv. La declaración de zonas de escasez hídrica por parte del presidente de la República, que permitía a la DGA redistribuir las aguas de una determinada fuente hídrica con el objeto de reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía, en caso de que las organizaciones de usuarios no hubieran llegado a un acuerdo. Si bien esta norma estaba concebida de manera general, en algunos casos se aplicó para asegurar el suministro de agua potable y consumo humano para parte importante de la población de la zona central de Chile (art. 314).
- v. La distribución de aguas en cauces en que no se hubieran constituido organizaciones de usuarios (art. 315).

Cabe destacar que muchas de estas normas se aplicaron en contados casos en que, producto de la extrema sequía, se recurrió a ellas. Además, se generaron algunas discusiones sobre su alcance e interpretación, lo que puede explicar que la autoridad las aplicara con cierto recelo y en pocas ocasiones, pese a su evidente necesidad.

3. Normativa post reforma

Como antes de la Reforma solo existían un puñado de normas que directa o indirectamente podían asociarse a la denominada función de subsistencia de las aguas, sin que se contara con un principio general que reflejara su importancia, ni tampoco con instrumentos de gestión hídrica que la privilegiarían —principalmente— frente a los usos productivos del agua, tanto en el otorgamiento de nuevos DAA como al momento de limitarlos, fue necesario incluir en el CA un completo estatuto jurídico sobre la materia (reforzando algunas de las normas preexistentes), que es el que a continuación revisamos.

Como principio general se incluyó en el CA que las aguas cumplen diversas funciones (subsistencia, que incluye el uso para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia; preservación ecosistémica; y productivas), y se declaró que siempre prevalecerá, tanto en el otorgamiento como en la limitación de DAA, la de subsistencia (artículo 5 bis).

Enseguida se define usos domésticos de subsistencia como *"el aprovechamiento que una persona o una familia hace del agua que ella misma extrae, con el fin de utilizarla para satisfacer sus necesidades de bebida, aseo personal, la bebida de sus animales y cultivo de productos hortofrutícolas"*.

Sobre este punto la Reforma introduce una novedosa norma al ordenamiento de aguas chileno, consistente en que cualquier persona —con la finalidad de satisfacer las necesidades humanas de bebida y usos domésticos— podrá extraer aguas provenientes de las vertientes, de las nacientes cordilleranas o de cualquier forma de recarga natural que aflore superficialmente, sin que esta extracción reporte utilidad económica alguna, en la medida que no exista un tercero que le provea el servicio (art. 20). Una norma análoga existía para aguas subterráneas, como ya se indicó.

Por otro lado, el CA reformado incluye una serie de hipótesis normativas que pueden significar la pérdida de DAA, sea por caducidad, extinción, renuncia, o término de la concesión (en este último caso respecto a los nuevos DAA que se otorguen, mientras que los antiguos mantienen su naturaleza de derecho real con plena propiedad e indefinidos en el tiempo), las que de gatillarse provocarán como efecto que las aguas quedarán libres para ser reservadas por el Estado para asegurar la función en comento, pudiendo ser entregadas a prestadores de servicios sanitarios (art. 5 ter).

A su vez, las aguas quedarán disponibles para la constitución de nuevos DAA, priorizando el uso de subsistencia, cuando un juez cancele la inscripción de dominio, por no pago del precio de la subasta de un derecho adjudicado en un remate por no pago de patentes (art. 129 bis 13).

En lo que respecta a la limitación de DAA existentes y que se encuentren en ejercicio, el CA instauró entre otras medidas la reducción temporal de aguas superficiales (art. 17) y subterráneas (art. 62), que se gatilla si la explotación de las aguas por algunos usuarios ocasiona perjuicio a otros titulares de derechos, y la limitación de DAA subterráneos, en el evento de que su explotación produzca una degradación del acuífero o de una parte de él al punto de afectar su sustentabilidad, con el fin de evitar un riesgo de afectación de una determinada fuente, o bien habiéndose materializado (si estas medidas son ineficaces, la DGA suspenderá el ejercicio de todos los DAA involucrados).

Pues bien, tanto para la aplicación de la reducción temporal como para la ponderación del riesgo o afectación antes indicada (reducción temporal y limitación de DAA), la DGA deberá considerar y aplicar la función de subsistencia, lo que busca asegurar que dichos instrumentos de gestión hídrica efectivamente se enfoquen en el consumo humano, saneamiento y usos domésticos de subsistencia.

Reforzando la función de subsistencia de las aguas y el rol central que esta adquiere en un país que sufre de una fuerte y prolongada sequía, el legislador contempló dos normas excepcionabilísimas que tal vez en otras circunstancias no se hubieran aprobado. Estas normas consisten en la posibilidad de constituir DAA radicada en el presidente de la República, aun cuando no exista disponibilidad, en la medida que exista un informe previo de la DGA que justifique tanto que se constituyen con la sola finalidad de garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, como que no ha sido posible la aplicación de otras normas del CA o que estas no han sido efectivas (art. 147 quáter); y la posibilidad de que la misma autoridad constituya directamente el DAA prescindiendo del procedimiento de constitución consagrado en el CA (art. 148), que contempla etapas de admisibilidad de la solicitud, publicidad, oposiciones de terceros, visitas técnicas, etc.

Finalmente, en materias de redistribución de las aguas en el marco de declaratorias de zonas de escasez hídrica, se facultó a la DGA para exigir a las Juntas de Vigilancia (tipo de organización de usuarios que agrupa a titulares de DAA de un cauce natural) con el objeto especial de garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, la presentación de un acuerdo de redistribución. Dicho acuerdo debe contener las condiciones técnicas mínimas y las obligaciones y limitaciones que aseguren que en la redistribución de las aguas, entre todos los usuarios de la cuenca, prevalezcan los usos para el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, y se precave la comisión de faltas graves o abusos.

Si bien la redistribución de las aguas existía con anterioridad a la Reforma, esta puso el énfasis en la función de subsistencia de las aguas, sin dejar lugar a dudas en la prioridad que esta tiene. Además, aclara que no procederá una indemnización en caso alguno si la menor proporción de aguas que reciba un titular de derechos fuese a consecuencia de la priorización del consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia (art. 314). Este punto generaba discusiones bajo la antigua normativa asociada a la redistribución, inhibiendo en muchos casos a la autoridad de asumir la redistribución de las aguas (en caso de que no hubiera acuerdo entre los usuarios), por el temor a demandas de indemnización de perjuicios.

Respecto a cauces artificiales, la norma en comento dispuso que aquellas asociaciones de canalistas o comunidades de aguas que al interior de sus redes de distribución abastezcan a prestadores de servicios sanitarios deberán adoptar las medidas necesarias para que, con la dotación que les corresponda por la aplicación del acuerdo de distribución, dichos prestadores reciban el caudal o los volúmenes requeridos para garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia.

4. Conclusión

La legislación de aguas chilena logró un gran avance en materia de aseguramiento del consumo humano, saneamiento y uso doméstico del agua, mediante la consagración expresa de la denominada función de subsistencia, la cual es prioritaria frente a cualquier otro uso que requiera dársele a dicho vital elemento.

Lo anterior se ve reflejado en gran parte del sistema regulatorio, ya que incide e influye en diferentes permisos e instrumentos de gestión hídrica, que van desde la constitución de nuevos DAA hasta aquellos relacionados con su ejercicio. Además, se le entregan al presidente de la República potestades extraordinarias, que incluso permiten la constitución de DAA sin disponibilidad.

El desafío que se vislumbra es que tanto la DGA como el presidente de la República apliquen la nueva normativa con apego estricto a la legalidad vigente, evitando la comisión de arbitrariedades y desviaciones de poder. Asimismo, resulta esperable que esta normativa se compatibilice en la mayor medida posible con otras funciones de las aguas, como la ecosistémica e incluso las productivas, de manera tal que los recursos hídricos se aprovechen eficientemente.

En línea con lo anterior, se han levantado algunas voces relativas a que este nuevo estatuto jurídico pueda ser aprovechado por las empresas prestadoras de servicios sanitarios de agua potable y alcantarillado para relajar el cumplimiento de sus obligaciones, relacionadas —especialmente— con la continuidad del servicio (cantidad de aguas), por ejemplo, postergando o simplemente dejando de construir y mejorar la infraestructura sanitaria asociada a dicho servicio (estanques, redes de conducción, etc.). Lo anterior es producto de que el agua está asegurada por ley, con prioridad sobre cualquier otro uso.

Foro de Actualidad

Unión Europea

RESPONSABILIDAD DE LOS OPERADORES DE MERCADOS ELECTRÓNICOS POR INFRACCIONES MARCARIAS COMETIDAS POR TERCEROS VENDEDORES A TRAVÉS DE SU PLATAFORMA (SENTENCIA DEL TJUE DE 22 DE DICIEMBRE DE 2022, C-148/21 Y C-184/21)

Álvaro Seijo Bar y Olatz Robredo Arnedo

Abogados del Grupo de Derecho Digital e Intangibles de Uría Menéndez (Madrid)

Responsabilidad de los operadores de mercados electrónicos por infracciones marcarias cometidas por terceros vendedores a través de su plataforma (Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2022, C-148/21 y C-184/21)

Un operador de un mercado electrónico que integra ofertas propias y de terceros usa el signo idéntico a una marca de la Unión del que están provistos sin consentimiento del titular los productos ofrecidos por los terceros vendedores si un usuario normalmente informado y razonablemente atento puede establecer un vínculo entre los servicios del operador y el signo y, en particular, cuando el usuario podría tener la impresión de que es ese operador quien comercializa, él mismo, en su propio nombre y por cuenta propia, los productos provistos de ese signo.

PALABRAS CLAVE:

PLATAFORMAS, MERCADOS ELECTRÓNICOS, MARCAS, USO, INFRACCIÓN, PUERTO SEGURO.

Online marketplace operator liability for trademark infringements committed by third-party sellers through their platform (CJEU Judgment of December 22, 2022, C-148/21 and C-184/21)

An online marketplace operator that incorporates its own and third-party sellers' offers uses an identical sign to an EU trademark in the goods offered by third-party sellers without the proprietor's consent if a well-informed and reasonably observant internet user establishes a link between the services of that operator and the sign, and, in particular, when the user may form the impression that the operator itself is marketing, in its own name and on its own account, the goods bearing that sign.

KEYWORDS:

PLATFORMS, MARKETPLACES, TRADEMARKS, USE, INFRINGEMENT, SAFE HARBOUR.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-7-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-7-2023

Seijo Bar, Álvaro; Robredo Arnedo, Olatz (2023). Responsabilidad de los operadores de mercados electrónicos por infracciones marcarias cometidas por terceros vendedores a través de su plataforma (sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2022, C-148/21 y C-184/21). *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 195-204 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La creciente relevancia que han adquirido los mercados electrónicos o *marketplaces* en el comercio global está fuera de toda duda. El crecimiento exponencial que han experimentado entidades como Amazon o Alibaba ha hecho que estos operadores hayan alcanzado una cuota significativa en el mercado del comercio minorista. Sin embargo, este rápido crecimiento también ha dado lugar a un aumento de las actividades ilícitas realizadas por terceros que operan a través de estas plataformas, entre otros, mediante la venta de productos que infringen derechos marcarios.

El legislador europeo, desde una época bien temprana, ha tenido presente la eventual responsabilidad de estos proveedores en su calidad de prestadores de servicios intermediarios en la sociedad de la información. Así, ya en la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (la "Directiva de Comercio Electrónico"), se estableció un régimen de puerto seguro a los efectos de eximir de responsabilidad a estos operadores siempre que careciesen de conocimiento efectivo del ilícito o que, aún teniendo ese conocimiento, actuasen con la diligencia debida frente a la infracción.

Ello ha ido acompañado de un abundante cuerpo jurisprudencial del TJUE, que, en respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales de los Estados miembros, ha dictado relevantes sentencias que han ido delimitando la responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico por las infracciones marcarias cometidas en su seno por terceros usuarios de sus servicios.

Hasta la fecha, el TJUE había considerado que, en estos supuestos, los operadores de plataformas de comercio electrónico no hacían por sí mismos un uso de la marca infringida, por lo que no se les venía atribuyendo responsabilidad bajo la normativa de marcas, sino, en su caso, en aplicación

de otras reglas de atribución de responsabilidad y, para ello, ha analizado la concurrencia de los requisitos de aplicación del puerto seguro previsto en la Directiva de Comercio Electrónico. No obstante, en la Sentencia de 22 de diciembre de 2022, *Louboutin v. Amazon*, C-148/21 y C-184/21, (“Sentencia Louboutin v. Amazon”, ECLI:EU:C:2022:1016), el TJUE ha dado un paso más allá en la responsabilización de los operadores de mercados electrónicos, considerando por primera vez que pueden infringir derechos marcarios por sí mismos, sin acudir a la regla del control o conocimiento efectivo.

2. Marco jurídico y jurisprudencial

Como se ha avanzado, hasta la fecha la responsabilidad de los operadores de *marketplaces* ha venido realizándose desde la perspectiva de la Directiva de Comercio Electrónico y, en concreto, del régimen de puerto seguro recogido en su artículo 14. Conforme a este artículo, se exige de responsabilidad a aquellos operadores que carezcan de conocimiento efectivo de que la información que transmitían o almacenaban era ilícita o, en caso de tener ese conocimiento, actúen con prontitud para retirarla o imposibilitar el acceso.

Por lo que respecta a la responsabilidad de las plataformas por las infracciones de derechos marcarios cometidas en su seno, este supuesto fue analizado por el TJUE en sus paradigmáticas Sentencias de 23 de marzo de 2010, *Google France y Google*, C-236/08 a C-238/08 (“Sentencia Google France”, ECLI:EU:C:2010:159) y de 12 de julio de 2011, *L’Oréal v. eBay*, C-324/09 (“Sentencia L’Oréal v. eBay”, ECLI:EU:C:2011:474).

En ambos casos, el TJUE entendió (i) que los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información, incluyendo los operadores de mercados electrónicos, no hacían uso de los signos controvertidos en el sentido de los artículos 9.1 del Reglamento 40/94 sobre la marca comunitaria y 10.1 de la Directiva 89/104 entonces vigentes (actualmente sustituidos por los artículos 9.2 del Reglamento 2017/1001 de marca de la Unión Europea [“RMUE”] y 10.2 de la Directiva 2015/2436), sino que eran los terceros vendedores quienes realizaban el uso infractor; y (ii) que, por tanto, para dilucidar su eventual responsabilidad era preciso analizar si estos operadores podían ser considerados responsables por estos actos de terceros o si, de lo contrario, debían quedar exonerados conforme a lo previsto en el artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico (*vid.* Sentencias Google France [§ 99] y L’Oréal v. eBay [§ 105]).

En este contexto, el TJUE resolvió que, para que al operador de la plataforma le fuese de aplicación el artículo 14, debía limitarse a hacer un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus usuarios. En cambio, si realizaba un tratamiento activo que le permitiera adquirir conocimiento o control de tales datos no podría beneficiarse de este régimen de puerto seguro, pues en estos casos se entiende que el operador tiene (o debe tener) conocimiento efectivo del ilícito.

A estos efectos, el TJUE especificó que el mero hecho de recibir una retribución por su servicio, fijar las formas de remuneración o dar información general sobre el servicio no eran, por sí mismos, elementos suficientes para impedir la aplicación de la exención de responsabilidad (*vid.* Sen-

tencia Google France, § 116). Sin embargo, circunstancias como la participación en la redacción del mensaje comercial que acompaña al anuncio o la optimización y promoción de las ofertas de venta sí determinan un papel activo que permite el conocimiento de los datos almacenados (*vid.* Sentencia L'Oréal v. eBay, § 114 a § 123).

Asimismo, el TJUE señaló que, para considerar que existe conocimiento efectivo, basta con que concurra cualquier situación fáctica que permita al operador tomar cuenta de los hechos o circunstancias en cuestión. A estos efectos, son formas válidas de adquirir conocimiento tanto las investigaciones realizadas por la propia iniciativa del operador como las notificaciones de terceros, si bien, en este último caso, habrá de atenderse a si tales notificaciones son suficientemente precisas y fundadas (Sentencia L'Oréal v. eBay, § 121 y § 122). A los efectos de determinar si el operador conocía o debía conocer la ilicitud de los hechos, el TJUE especificó que lo relevante era determinar si ese operador había tenido "*conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido deducir ese carácter ilícito*" y retirar los contenidos o inhabilitar el acceso a estos (Sentencia L'Oréal v. eBay, § 120).

Recientemente se ha publicado el Reglamento 2022/2065/UE relativo a un mercado único de servicios digitales, conocido como *Digital Services Act*, que será de aplicación a partir del 17 de febrero de 2024 (en adelante, la "DSA"). En lo que se refiere a responsabilidad de los servicios intermediarios, la DSA viene a positivizar algunos de los criterios sentados por la jurisprudencia del TJUE, pero también incorpora algunas novedades. Entre estas últimas, su artículo 6.3 añade una nueva exclusión a la exoneración de responsabilidad. En particular, no se beneficiarán del puerto seguro aquellos operadores cuya forma de presentar la información o hacer posible la transacción induzca al consumidor medio a creer que es el propio operador (o un tercero que actúa bajo su autoridad o control) el que proporciona la información o el producto o servicio. De esta forma, la DSA trata de ofrecer mayor protección a los consumidores que contraten en estas plataformas en aquellos supuestos en que la forma de presentación de las ofertas no permita discernir claramente si la transacción se está efectuando con un tercero o con el propio titular de la plataforma.

Precisamente durante la *vacatio legis* de la DSA el TJUE ha dictado la Sentencia Louboutin v. Amazon, que —como veremos— anticipa la aplicación de algunos de estos nuevos postulados de la DSA al ámbito marcario, lo que supone un cambio en la línea jurisprudencial previa del TJUE en esta materia.

3. La sentencia Louboutin v. Amazon

3.1. Supuesto de hecho y cuestión prejudicial planteada

La cuestión prejudicial trae causa de sendas demandas interpuestas, respectivamente, ante el Tribunal de Distrito de Luxemburgo y ante el Tribunal de empresas francófono de Bruselas (Bélgica) por Louboutin, titular de la marca de la Unión Europea n.º 0874489 correspondiente al uso del color rojo (Pantone 18-1663TP) para la suela exterior de sus zapatos de tacón alto, contra Amazon, por la existencia de ofertas de zapatos con suela roja comercializados por terceros vendedores en Amazon sin consentimiento de Louboutin.

Con base en estos hechos, los órganos jurisdiccionales remitentes cuestionan si el artículo 9.2 RMUE debe interpretarse en el sentido de que el operador de un mercado electrónico que integra ofertas propias y de terceros usa él mismo un signo idéntico a una marca, cuando terceros proveedores ofrecen en ese mercado, sin consentimiento del titular de la marca, productos idénticos a aquellos para los que está registrada la marca. A estos efectos, se plantea si es pertinente que ese operador (i) presente las ofertas de modo uniforme, combinando anuncios de productos que vende en su nombre y por cuenta propia y los de terceros; (ii) incluya su logotipo de distribuidor de renombre en los anuncios; y (iii) ofrezca a los terceros vendedores servicios complementarios consistentes en asistencia para elaborar los anuncios y fijar los precios o almacenar y enviar los productos. Asimismo, se pregunta si ha de considerarse la percepción de los usuarios del sitio de Internet en cuestión.

3.2. Análisis de la cuestión prejudicial

El TJUE comienza su respuesta en la Sentencia *Louboutin v. Amazon* analizando si el operador de la plataforma, por sí mismo, realiza un uso de la marca de *Louboutin*. Para ello, recuerda el concepto de uso en el sentido del artículo 9.2 RMUE conforme a la jurisprudencia de la Unión, que establece que solo utiliza el signo aquél que tiene el dominio, directo o indirecto, del acto que constituye el uso, de modo que tiene efectivamente la capacidad de poner fin a ese uso. Asimismo, trae a colación la doctrina establecida en las Sentencias *Google France* y *L'Oréal v. eBay* conforme a la cual, para considerar que una plataforma usa el signo por sí misma, no basta con que esta haya creado las condiciones técnicas necesarias para que un tercero lo use y recibir una remuneración por ello (§ 29 a § 31 de la Sentencia *Louboutin v. Amazon*).

Con base en esta doctrina, hasta el momento el TJUE había entendido siempre que eran los terceros vendedores, y no la plataforma, quienes hacían uso del signo infractor (Sentencias *Google France*, § 99, y *L'Oréal v. eBay*, § 105, si bien en el caso de esta última el TJUE consideró que sí concurrían las circunstancias para excluir la aplicación del puerto seguro del artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico). El TJUE incluso tuvo ocasión de resolver una cuestión prejudicial relativa a Amazon en su Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020, *Coty Germany v. Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267 (“Sentencia *Coty Germany v. Amazon*”). En esa ocasión, el TJUE reiteró su doctrina previa e, incluso, añadió que el servicio de logística de Amazon, en cuyo marco almacenaban los productos reputados infractores, tampoco constituía una infracción marcaria en tanto que el almacenamiento no se realizaba para la venta por cuenta propia ni se incorporaba el signo a la comunicación comercial propia de Amazon (*vid.*, Sentencia *Coty Germany v. Amazon*, § 37 a § 49).

Sin embargo, en la Sentencia *Louboutin v. Amazon* el TJUE concluye —por primera vez en relación con ventas realizadas por usuarios a través de su plataforma— que el operador de un *marketplace* puede estar utilizando por sí mismo los signos controvertidos y, por tanto, infringir los correspondientes derechos marcarios.

A estos efectos, el TJUE recurre al concepto de *comunicación comercial* a fin de dilucidar si un operador como Amazon puede estar utilizando en su comunicación comercial propia los signos comprendidos en los anuncios publicados por los vendedores usuarios de la plataforma. Así, el

TJUE indica que comunicación comercial “*designa toda forma de comunicación dirigida a terceros, destinada a promover su actividad, sus productos o sus servicios o a indicar el ejercicio de esa actividad*”. Por tanto, el operador de la plataforma estará utilizando un signo en su propia comunicación comercial cuando “*los terceros puedan considerar que ese signo forma integrante de esta y que, por tanto, está comprendido en la actividad de dicha empresa*” (§ 39 de la Sentencia Louboutin v. Amazon). Ello ocurrirá cuando la forma de presentación de los anuncios pueda llevar a un usuario medio y razonablemente atento de ese mercado electrónico a establecer un vínculo entre el operador y el signo en cuestión (§ 43 de la Sentencia Louboutin v. Amazon).

Ese vínculo existirá, en particular, en aquellos casos en que un usuario normalmente informado y razonablemente atento podría creer que es el operador del *marketplace* (en este caso, Amazon) quien comercializa en su propio nombre y por cuenta propia el producto para el que se utiliza dicho signo (§ 48 de la Sentencia Louboutin v. Amazon).

A continuación, el TJUE establece una serie de factores que revisten especial relevancia para dilucidar cuándo el usuario medio establece el referido vínculo y que se refieren especialmente al modo de presentación de los anuncios y a la naturaleza y amplitud de los servicios prestados por el operador del mercado electrónico (§ 49 a § 54 de la Sentencia Louboutin v. Amazon):

- i. En primer lugar, el TJUE destaca la relevancia de la transparencia en la presentación de las ofertas y anuncios, de modo que los usuarios puedan distinguir fácilmente las ofertas procedentes del operador de las procedentes de terceros vendedores. De este modo, la presentación uniforme de los anuncios propios y de terceros puede hacer que el usuario genere ese vínculo que haga que se considere que es el propio operador quien incorpora el signo controvertido a su propia comunicación comercial.
- ii. Asimismo, según el TJUE, la promoción de los anuncios de terceros a través de menciones como “*las mejores ventas*”, “*los más demandados*” o “*los más ofertados*”, sin distinguirlos de los productos propios del operador, puede reforzar la impresión del consumidor de que los productos son promovidos por el operador en su propio nombre.
- iii. Lo mismo ocurrirá en los casos en que se incluya la marca de distribuidor del propio operador en cada uno de los anuncios de terceros.
- iv. Finalmente, el ofrecimiento de servicios complementarios como la gestión del almacenamiento, envío y devolución de los productos o prestar un servicio de atención las preguntas de los usuarios también contribuye a que el consumidor pueda percibir que es el operador del *marketplace* quien ofrece los productos por cuenta propia.

Por tanto, con base en los anteriores parámetros, los tribunales remitentes deberán decidir si Amazon hace uso por sí misma de los signos controvertidos.

Esta doctrina contrasta con las anteriores sentencias en la materia, donde el TJUE había rechazado directamente que los operadores de las plataformas en cuestión, incluyendo Amazon, realizaran por sí mismas un uso del signo controvertido en el sentido del artículo 9.2 RMUE.

El TJUE es plenamente consciente de esta contradicción o cambio de doctrina. De hecho, en los apartados 33 y 34 de la Sentencia Louboutin v. Amazon, el TJUE trata de justificar por qué en este caso ha llegado a conclusiones distintas de las alcanzadas apenas dos años antes en la Sentencia Coty Germany v. Amazon amparándose en los distintos términos en que fueron formuladas las cuestiones prejudiciales en uno y otro caso, así como en el distinto objeto de ambas. En particular, el TJUE destaca que en el asunto anterior el órgano jurisdiccional remitente *"había indicado sin ambigüedad que ese operador no tenía conocimiento de que los productos en cuestión infringían un derecho de marca, que él mismo no había ofrecido los productos a la venta ni los había comercializado, y que tampoco tenía intención de hacerlo él mismo"*, y que en ese supuesto no se preguntaba sobre *"la relevancia de que el sitio de Internet de venta en línea en cuestión incluya, además del mercado electrónico, ofertas de venta del propio operador de ese sitio"*.

Por otro lado, el análisis del TJUE suscita algunas reflexiones sobre cuestiones que no son abordadas explícitamente en la Sentencia Louboutin v. Amazon, pero que son relevantes a los efectos de su interpretación:

- i. La primera de ellas atañe al concepto de *usuario medio* empleado por el TJUE como parámetro para determinar si la presentación de los anuncios permite discernir cuáles son propios del operador del *marketplace* y cuáles de terceros vendedores. Si bien el TJUE no es del todo consistente en cuanto a la terminología (utiliza, indistintamente, los términos *consumidor* [§ 41], *internauta* [§ 42] y *usuario* [§ 43 y siguientes]), la expresión que emplea con carácter principal es la de *"usuario normalmente informado y razonablemente atento de ese sitio de Internet"*.

Esta noción no es extraña a nuestros oídos, pues se aproxima y mucho a la de *"consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz"* empleada en la jurisprudencia de la Unión desde la Sentencia de 16 de julio de 1998, C-210/96 (§ 31) y, en el ámbito marcario, desde las Sentencias de 22 de junio de 1999, C 342/97 (§ 25 y § 26), y de 20 de marzo de 2003, C-291/00 (§ 52), siendo hoy en día el parámetro comúnmente utilizado para evaluar la existencia de riesgo de confusión en derecho de marcas.

Así, cabe plantearse si el usuario medio al que se refiere el TJUE en la Sentencia Louboutin v. Amazon responde o no al mismo concepto que el consumidor medio utilizado tradicionalmente en el ámbito marcario. Ello es relevante, puesto que el usuario medio de un *marketplace* (en el que se venden infinidad de productos) no coincide necesariamente con el consumidor medio de cada uno de los productos que se venden en él (y que puede llegar a ser mucho más sofisticado y atento que el usuario medio de la plataforma).

La Sentencia Louboutin v. Amazon parece apuntar a que, efectivamente, se trata de conceptos diferentes con funciones diferentes. En efecto, mientras que en el ámbito marcario deberá evaluarse si existe o no riesgo de confusión atendiendo al concepto de *"consumidor medio del tipo de producto o servicio de que se trate"* (criterio que se remonta a la Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 1997, C-251/95), en cambio, en la Sentencia Louboutin v. Amazon, el TJUE establece como sujeto medio relevante el *"usuario normalmente informado y razonablemente atento de ese sitio de Internet"*.

Por tanto, todo apunta a que, ante una posible infracción marcaria en un mercado electrónico, el juzgador deberá, por un lado, analizar si existe una diferenciación clara entre las ofertas propias y ajenas desde el prisma del usuario medio del *marketplace* y, por otro lado, realizar el análisis de riesgo de confusión marcaria desde la perspectiva del consumidor medio de la categoría de productos o servicios en liza. Esta distinción, que podría parecer contradictoria, cobra sentido si se tiene en cuenta que el grado de atención o sofisticación que pueda tener el consumidor para discernir entre los signos no necesariamente coincidirá con el que esa misma persona tenga para dilucidar si el concreto vendedor del producto es el propio operador o un tercero.

- ii. La segunda reflexión se refiere a la interconexión entre la Sentencia Louboutin v. Amazon y la DSA (publicada dos meses antes de que el TJUE la dictase y que será de aplicación a partir del 17 de febrero de 2024). Esta interconexión se puede apreciar en dos direcciones.

Por un lado, pese a que la Sentencia Louboutin v. Amazon no contiene ninguna referencia a la DSA, su influencia parece evidente en tanto que la solución alcanzada por el TJUE es prácticamente idéntica a lo dispuesto por el artículo 6.3 de la DSA en materia de protección de los consumidores. En efecto, este precepto excluye de la exención de responsabilidad aquellos supuestos en los que la *"plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control"*.

Por otro lado, los criterios señalados por el TJUE como relevantes para dilucidar cuándo el consumidor puede percibir que está adquiriendo los productos o servicios directamente de la plataforma van más allá de los ejemplos incluidos en el considerando 24 de la DSA (que se limitan a aquellos casos en que no se muestre la identidad del vendedor o la plataforma se presente como vendedora). Por tanto, la Sentencia Louboutin v. Amazon da una pista de en qué dirección puede ir la futura interpretación del TJUE del artículo 6.3 de la DSA.

Finalmente, debe aclararse que, como señala el TJUE en el apartado 37 de la Sentencia Louboutin v. Amazon, la cuestión de si los operadores hacen uso de los signos controvertidos por sí mismos se plantea con independencia de que puedan ser considerados responsables por las infracciones marcarias cometidas por terceros vendedores, en la medida en la que no puedan ampararse en el artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico (o en el artículo 6 de la DSA, una vez que entre en vigor). Por tanto, en aquellos casos en que se concluya que el operador de la plataforma no ha utilizado por sí mismo el signo controvertido, deberá analizarse si cabe una eventual responsabilidad por tercero o procede aplicar el puerto seguro previsto en la citada normativa.

3.3. Respuesta a la cuestión prejudicial

Con base en el razonamiento expuesto, el TJUE respondió a la cuestión prejudicial declarando que *"el operador de un sitio de Internet de venta en línea que integra, además de sus propias ofertas de venta, un mercado electrónico utiliza él mismo [en el sentido del artículo 9.2 RM] un signo idéntico*

a una marca de la Unión ajena, para productos idénticos a aquellos para los que está registrada la marca, cuando terceros vendedores ofrecen para su venta en dicho mercado, sin el consentimiento del titular de la marca, tales productos provistos de ese signo, si un usuario normalmente informado y razonablemente atento de ese sitio establece un vínculo entre los servicios de ese operador y el signo en cuestión, lo que ocurre, en particular, cuando, habida cuenta de todos los elementos que caracterizan la situación, ese usuario podría tener la impresión de que es ese operador quien comercializa, él mismo, en su propio nombre y por cuenta propia, los productos provistos de ese signo".

Además, el TJUE precisa que *"es pertinente a este respecto que dicho operador utilice un modo de presentación uniforme de las ofertas publicadas en su sitio de Internet, mostrando al mismo tiempo los anuncios de los productos que vende en su nombre y por cuenta propia y los de los productos ofrecidos por terceros vendedores en dicho mercado, que incluya su propio logotipo de distribuidor de renombre en todos esos anuncios y que ofrezca a los terceros vendedores, en el marco de la comercialización de los productos provistos del signo en cuestión, servicios complementarios consistentes, en particular, en el almacenamiento y el envío de dichos productos"*.

4. Conclusiones

La Sentencia Louboutin v. Amazon ha supuesto un cambio de paradigma en el análisis de la responsabilidad de los operadores de plataformas de comercio electrónico por las infracciones marcarias cometidas por terceros vendedores en su seno.

Hasta el momento, el TJUE venía entendiendo que estos operadores no hacían uso de los signos controvertidos en el sentido del artículo 9.2 RMUE y 10.2 de la Directiva 2015/2436 y, por tanto, no cometían por sí mismos una infracción marcaria. Solo en caso de no superar el test del conocimiento efectivo y diligencia debida del artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico, podían ser responsabilizados por los actos ilícitos cometidos por los terceros vendedores que operasen a través de sus plataformas.

Sin embargo, en la Sentencia Louboutin v. Amazon el TJUE concluye por primera vez que en este tipo de supuestos el operador de una plataforma de comercio electrónico puede hacer uso por sí mismo del signo controvertido (y, por tanto, ser sujeto infractor y no meramente responsable por la infracción cometida por un tercero).

Para llegar a esta conclusión, el TJUE recurre al concepto de *comunicación comercial*, estableciendo que el operador usará por sí mismo el signo controvertido cuando el usuario medio del sitio de Internet pueda percibir que es ese operador quien comercializa en su propio nombre y por cuenta propia el producto para el que se utiliza dicho signo. En estos casos, el TJUE entiende que el operador estaría incorporando el signo a su comunicación comercial y, por tanto, usando el signo para promocionar la actividad de su empresa.

A estos efectos, el TJUE establece una serie de parámetros a los que los tribunales nacionales deberán atender para dilucidar cuál es la percepción del usuario de la plataforma respecto a quién es su contraparte contractual.

Esta evolución de la doctrina jurisprudencial del TJUE se produce en un contexto de progresiva responsabilización de las plataformas respecto de los ilícitos llevados a cabo por sus usuarios, del que la muestra más evidente son las nuevas normas europeas en la materia, entre otras, la recientemente aprobada DSA, cuyo artículo 6.3 (que el TJUE a buen seguro habrá tenido presente) contiene una regla prácticamente idéntica a la establecida por la Sentencia *Louboutin v. Amazon*. En todo caso, habrá que esperar a la aplicación de esta jurisprudencia por los tribunales nacionales para poder tener mayor claridad de cómo deben configurar las plataformas de mercados electrónicos sus resultados de búsqueda y la presentación gráfica de los anuncios para evitar ser consideradas responsables directas de usos infractores relativos a productos ofertados por los usuarios de sus servicios.

Foro de Actualidad

Unión Europea

EL CASO TOWERCAST Y LA REVISIÓN DE CONCENTRACIONES *EX POST* MEDIANTE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 102 TFUE

Violeta Marinas Serra

*Abogada del Área de Competencia y Derecho de la UE de Uría Menéndez
(Bruselas)*

El caso Towercast y la revisión de concentraciones *ex post* mediante la aplicación del artículo 102 TFUE

*Este foro resume la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Towercast, que aclara la interacción entre el artículo 102 del TFUE y las concentraciones económicas. Esta sentencia valida la revisión *ex post* de concentraciones de empresas con posición dominante que escapan, en un principio, al control de concentraciones, mediante la utilización del prisma del abuso de posición de dominio.*

PALABRAS CLAVE:

ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO, REVISIÓN *EX POST* DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.

The Towercast case and *ex post* merger review under article 102 TFEU

*This article summarises the recent judgment of the European Court of Justice in the Towercast case, which clarifies the interaction between Article 102 TFEU and economic concentrations. The judgment validates the *ex post* review of concentrations of undertakings with a dominant position that initially escape merger control, through the prism of an abuse of dominant position.*

KEYWORDS:

ABUSE OF DOMINANT POSITION, *EX POST* REVIEW OF ECONOMIC CONCENTRATIONS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-7-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-7-2023

Marinas Serra, Violeta (2023). El caso *Towercast* y la revisión de concentraciones *ex post* mediante la aplicación del artículo 102 TFUE. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 205-211 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Las críticas expresadas en los últimos años ante las rendijas que deja el régimen de control de concentraciones en la Unión Europea ("UE") y el temor ante la insuficiencia de este para capturar las llamadas *killer acquisitions* han dado como resultado unos años tumultuosos para el régimen de concentraciones.

Para suplir estas supuestas lagunas, las autoridades de competencia y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") se han armado de inventiva y han recurrido a la reinterpretación de figuras y jurisprudencia que parecían haber quedado superadas tras el establecimiento de un régimen de control de concentraciones en la UE y en los Estados miembros.

En primer lugar, la Comisión Europea (la "Comisión") reinterpretó su política de aplicación del art. 22 del Reglamento del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (el "Reglamento de Concentraciones"). Este artículo, cuya utilización había sido desincentivada anteriormente por la Comisión si el Estado miembro interesado no tenía jurisdicción sobre la concentración, permite ahora a los Estados miembros remitir a la Comisión aquellas concentraciones que, pese a no cumplir con los umbrales de concentración nacionales (ni europeos), amenacen de forma significativa la competencia y puedan afectar al mercado interior. Este cambio de sentido de la Comisión con relación al art. 22 fue avalado en julio de 2022 por el Tribunal General en su sentencia del caso *Illumina* (cuyo recurso está pendiente de resolución ante el TJUE).

Adicionalmente, el caso *Towercast*, del que trataremos en las siguientes páginas, ha supuesto la (re)aplicación del art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") a las concentraciones, haciendo uso de una jurisprudencia del TJUE que parecía haber quedado desfasada. Es decir, el caso *Towercast* ha aumentado el poder de revisión que tienen las autoridades de competencia sobre las concentraciones que escapan de un control *ex ante* bajo el régimen de control de concentraciones nacional o de la CE, mediante la posibilidad de escrutinio posterior bajo el prisma de un abuso de posición dominante.

Cabe precisar que la aplicación de la prohibición de abuso de posición de dominio a concentraciones había ido resurgiendo en diferentes Estados miembros a lo largo de los años con diferentes resultados. No obstante, en ningún caso la cuestión había escalado a nivel de la UE con anterioridad.

Por ejemplo, cabe mencionar el asunto de *Utopia* en Luxemburgo, en el que en 2016 el Consejo de la Competencia afirmó su competencia en ese caso (pese a que Luxemburgo no posee un régimen de control de concentraciones), siguiendo un razonamiento similar al que después ha adoptado el TJUE en el caso *Towercast* (y que examinaremos a continuación). Por su parte, en Bélgica,

encontramos el caso *Alken-Maes/AB InBev (Bosteels)*, en el que en 2017 la Autoridad Belga de la Competencia ("ABC") rechazó la aplicación del art. 102 TFUE a las concentraciones por parte de las Autoridades Nacionales de Competencia ("ANC") (debido a que entendía que el Reglamento de Concentraciones era la única norma aplicable a las concentraciones). Sin embargo, dado que la ley belga no preveía tal exclusión explícita, sostuvo que las concentraciones podían ser evaluadas en virtud de la norma de derecho interno de prohibición de abuso de una posición de dominio. Por último, en Italia, en el caso *TicketOne*, la Autoridad Italiana de Defensa de la Competencia sancionó, entre otras, a las empresas del grupo TicketOne por unas complejas conductas de abuso de posición de dominio que incluían algunas concentraciones. No obstante, el Tribunal Administrativo Regional de Lazio anuló esta decisión en marzo de 2022 y sostuvo que las concentraciones solo podían evaluarse sobre la base del marco jurídico para el control de las concentraciones y, por lo tanto, no podía considerarse que fuesen un elemento clave de una estrategia abusiva.

En consecuencia, se puede decir que el caso *Towercast* ha aportado cierta unificación de criterio sobre esta materia. No obstante, en este camino, el TJUE ha creado muchos interrogantes que merece la pena examinar.

2. Breve resumen del caso Towercast

El caso *Towercast* surge en 2017 por una denuncia de la empresa Towercast ante la Autoridad Francesa de Defensa de la Competencia ("AFC") en la que impugnaba una concentración entre dos competidores. En su denuncia, Towercast consideraba que la concentración en cuestión constituía un abuso de posición dominante por parte de la adquirente, TDF (la compañía incumbente en el mercado), al obstaculizar la competencia en los mercados mayoristas de producción y de distribución de servicios de difusión de televisión digital terrestre.

Esta concentración se había cerrado casi un año antes y no se había notificado, ya que la operación no superaba los umbrales de notificación de Francia ni de la UE. La operación tampoco había sido objeto de remisión a la Comisión bajo el art. 22 del Reglamento de Concentraciones.

La AFC, en contra del análisis realizado por sus servicios de instrucción, desestimó la denuncia, por lo que Towercast recurrió la decisión ante el Tribunal de Apelación de París.

En su resolución, el Tribunal de Apelación de París expresa, en esencia, las siguientes dudas:

- i. Si la jurisprudencia *Continental Can*, anterior a la adopción de un sistema europeo de control de concentraciones, podría seguir aplicándose. En la STJUE de 21 de febrero de 1973 (C-6/71), *Continental Can*, el TJUE indicó que *"puede constituir un abuso el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce dicha posición hasta el punto de que el grado de dominación así alcanzado obstaculice sustancialmente la competencia, es decir, deje subsistir únicamente a las empresas cuyo comportamiento dependa de la empresa dominante"*.
- ii. Por un lado, el art. 102 TFUE es una disposición con efecto directo y, además, el considerando 7 del Reglamento de Concentraciones precisa que este artículo es *"aplicabl[e] a*

determinadas concentraciones según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia". Por otro lado, el art. 21(1) del Reglamento de Concentraciones indica que *"el presente Reglamento sólo será aplicable a las concentraciones"* (o la redacción en inglés, más contundente, *"this Regulation alone shall apply to concentrations"*).

Por consiguiente, el Tribunal de Apelación de París plantea una cuestión prejudicial en la que pregunta al TJUE si la exclusión prevista en el art. 21 del Reglamento de Concentraciones (que indica que solo este reglamento se aplica a las concentraciones) se opone a que una operación que no ha sido sometida a una revisión *ex ante* pueda ser considerada como constitutiva de un abuso de posición dominante por una autoridad nacional.

3. Las conclusiones de la abogada general Kokott y la sentencia del TJUE

La Abogada General emitió sus conclusiones el 22 de octubre de 2022. De ellas, cabe resaltar los siguientes razonamientos:

- i. Los umbrales de notificabilidad (europeos o nacionales) cumplen, por un lado, una función de reparto de competencia entre la Comisión y las ANC, y, por otro, establecen una presunción *iuris tantum* de que las concentraciones que los rebasan pueden tener efectos perjudiciales para la competencia, por lo que requieren un control *ex ante*. Sin embargo, nada dicen en cuanto a la posibilidad de que en determinados casos se lleve a cabo, en virtud del art. 102 TFUE, un control *ex post*.
- ii. El Reglamento de Concentraciones no es una *lex specialis* que pueda obstar, modificar o limitar la aplicabilidad directa del derecho primario como el TFUE. Por tanto, el examen de los efectos potencialmente perjudiciales de una concentración se atribuye *"preferentemente"* (que no *"solo"* como dice el art. 21 del Reglamento de Concentraciones) al Reglamento de Concentraciones.
- iii. *Continental Can* debe entenderse en el contexto de la situación legislativa entonces vigente, pero no ha quedado sin objeto.

Finalmente, en cuanto a la seguridad jurídica (o la ausencia de esta) derivada de la aplicación del art. 102 TFUE y la sentencia *Continental Can* a una concentración, la Abogada General distingue dos situaciones:

- i. Aquel escenario en el que, como en *Towercast*, no existió ningún control *ex ante*. Según Kokott, no cabe ninguna duda de que el art. 102 TFUE es aplicable a este tipo de concentraciones.
- ii. Los casos en los que se hubiese llevado a cabo un control *ex ante*, bien por una ANC o por la Comisión, darían lugar técnicamente a un "doble control" paralelo o sucesivo de una concentración. Para superar este obstáculo, Kokott recurre (de manera, a mi parecer,

contradictoria con su razonamiento anterior sobre el principio de jerarquía normativa y de primacía de derecho de la UE) al principio de *lex specialis derogat legi generali*. Kokott niega tal contradicción afirmando que el art. 102 TFUE sigue siendo aplicable “*en principio*”. Sin embargo, una concentración autorizada de conformidad con las normas especiales del control de concentraciones, cuyos efectos en la estructura del mercado y en las condiciones de la competencia se declarasen compatibles con el mercado interior, (ya) no podría calificarse, por sí misma, de abuso de posición dominante en el sentido del art. 102 TFUE.

En cuanto a las consecuencias de una infracción por la aplicación complementaria del art. 102 TFUE a una concentración, la Abogada General indica que estas no conllevarán “*forzosamente*” la obligación de proceder a la desconcentración y “*solo habría que temer la imposición de una multa*”.

En su Sentencia de 16 de marzo de 2023, el TJUE acogió la opinión de la Abogada General, y sostuvo que el Reglamento de Concentraciones no excluye un control *ex post* de las concentraciones que no alcancen el umbral de notificabilidad.

4. Consecuencias prácticas del caso Towercast

La Sentencia *Towercast* ha brindado (o ha hecho recordar) a las ANC una herramienta adicional para revisar operaciones sobre las que no tienen jurisdicción *ex ante* bajo el régimen de control de concentraciones. En este sentido, creo relevante resaltar los siguientes puntos:

- i. Tras el caso *Towercast*, las empresas con una cuota de mercado importante que quieran llevar a cabo una concentración tendrán que analizar no solo si esta cumple los umbrales de notificación (en los Estados miembros o en la UE), sino, si estos no se cumplen, si la operación podría tener efecto en el comercio entre Estados miembros (y por tanto sería técnicamente aplicable el art. 102 TFUE de manera *ex post*). Dado que la afectación del comercio entre Estados miembros es un criterio que se cumple con mucha facilidad, esta cuestión añade una gran inseguridad jurídica.
- ii. No solo se pueden poner en tela de juicio bajo el art. 102 TFUE aquellas concentraciones que tengan lugar a partir de ahora, sino también las que se llevaron a cabo hace años. Esta consecuencia, que fue alegada por TDF para limitar los efectos temporales de la Sentencia *Towercast*, fue rechazada por el TJUE.
- iii. Si bien la Sentencia *Towercast* no es clara al respecto, bajo mi punto de vista, una operación notificada y aprobada en un Estado miembro no podría ser revisada (y potencialmente sancionada) por otro Estado miembro bajo el art. 102 TFUE. No se respetaría el principio de seguridad jurídica ni se evitaría un doble control de la concentración si se permitiese que un Estado miembro cuestionase una operación de concentración no notificable (y que ha sido aprobada en otro Estado miembro) utilizando el art. 102 TFUE.

- iv. Una concentración que involucre a un operador dominante y que vaya a ser revisada posteriormente bajo la óptica del art. 102 TFUE no necesariamente va a constituir un abuso de posición de dominio. Como se estableció en *Continental Can* y recuerda el TJUE en la Sentencia *Towercast*, la mera constatación de un refuerzo de la posición de una empresa no es suficiente para calificarlo de abuso. Debe establecerse, además, que el grado de dominio alcanzado mediante la concentración obstaculiza sustancialmente la competencia, es decir, que deja a las empresas en una situación de dependencia respecto de la de dominio.
- v. Si, finalmente, una ANC llega a la conclusión de que una empresa dominante ha abusado de su posición de dominio por la consecución de una concentración, según el art. 7 del Reglamento 1/2003 la Comisión podrá imponer a la empresa infractora cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y necesario para producir el cese efectivo de la misma. Cabe preguntarse, por tanto, ante una infracción de abuso causada por una concentración que acarrea una acumulación tal de cuota de mercado que obstaculiza sustancialmente la competencia, dejando solo subsistir a las empresas dependientes de la empresa dominante, si las autoridades competentes considerarían la posibilidad de un remedio de comportamiento o la imposición de una multa (como indica Kokott) lo suficientemente eficaz para poner fin a la infracción en cuestión. Esto, salvo que el abuso se cometiese en el pasado y la empresa resultante haya perdido cuota de mercado y yo no sea dominante, en cuyo caso, podría entenderse la aptitud de la imposición de una multa.
- vi. Finalmente, considero que la aplicación de la jurisprudencia *Towercast* en nuestro país tendrá menos relevancia práctica que en el resto de los Estados miembros debido al umbral de cuota de mercado. Pensemos que deben notificarse ante la CNMC aquellas operaciones en las que, con carácter general, se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 % en un mercado relevante y, según indica la Comisión, no es probable que una empresa sea dominante si su cuota de mercado es inferior al 40 %.

5. Conclusión

La Sentencia *Towercast* ha aclarado a las ANC y tribunales de los diferentes Estados miembros cómo debe interpretarse la sentencia *Continental Can* tras la adopción de un régimen de control de concentraciones y, por tanto, la interacción entre este y el art. 102 TFUE. No obstante, en la práctica, el caso *Towercast* ha introducido un grado adicional de incertidumbre para las operaciones de concentración que se añade al ya establecido por el reciente cambio de política de la Comisión sobre el art. 22 del Reglamento de Concentraciones.

La Sentencia *Towercast* ya ha tenido efecto en las ANC. El 22 de marzo de 2023, la ABC comunicó la apertura de una investigación a Proximus por un posible abuso de posición dominante, en relación con la adquisición de los activos del principal/último operador alternativo de telecomunicaciones, edpnet België. El 21 de junio de 2023, la ABC adoptó una serie de medidas cautelares para evitar la consecución de esta concentración, que, según indica, constituye, *prima facie*, y en aplicación de la doctrina *Towercast*, un abuso de posición de dominio.

Como reflexión final, me pregunto cómo puede obtener una empresa dominante algo de seguridad jurídica ante la posible revisión de una concentración vía art. 102 TFUE. Puesto que la revisión mediante el art. 102 debe ser, necesariamente, a “hecho consumado” (a no ser que se impongan medidas cautelares) y la operación en cuestión no cumpliría, por definición, los umbrales de notificación, una empresa dominante, ante esa tesitura, no tendría más opción que intentar notificar de algún modo la operación si no quiere evitar la incertidumbre de que esta pueda ser cuestionada años después de su realización. Quizás este es, finalmente, el objetivo del TJUE.

Unión Europea

A VUELTAS CON EL *GREENWASHING*: LA NUEVA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE ALEGACIONES MEDIOAMBIENTALES

Cristina Suanzes Díez y Marc Calvo Carmona

*Abogados del Grupo de Derecho Digital e Intangibles de Uría Menéndez
(Madrid y Barcelona)*

A vueltas con el *greenwashing*: la nueva Propuesta de Directiva sobre alegaciones medioambientales

*La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la justificación y comunicación de alegaciones medioambientales explícitas tiene como objeto dar un paso más en la lucha que el legislador europeo ha iniciado contra el ecoblanqueamiento o blanqueo ecológico (popularmente conocido como *greenwashing*).*

Para ello, el legislador sugiere un cambio en el modo de valorar y justificar las alegaciones medioambientales explícitas, de tal forma que, de aprobarse esta Propuesta en sus términos actuales, sería un tercero oportunamente acreditado al efecto quien valore ex ante si las alegaciones medioambientales están adecuadamente justificadas y emita un certificado de conformidad. Además, los comerciantes deberán poner a disposición de los consumidores determinada información sobre la justificación de la alegación medioambiental.

PALABRAS CLAVE:

GREENWASHING, PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES, PROPUESTA DE DIRECTIVA, ALEGACIONES MEDIOAMBIENTALES, ALEGACIONES VERDES.

Grappling with greenwashing: the new Proposal for a Directive on green claims

The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on substantiation and communication of explicit environmental claims aims to further the European legislature's fight against greenwashing.

To this end, the legislature encourages a shift in how explicit environmental claims are assessed and justified, so that, if this Proposal is approved in its current terms, it would be a duly accredited third party assessing ex ante whether the environmental claims are adequately justified and issuing a certificate of conformity. In addition, traders would have to provide consumers with specific information on the substantiation of the environmental claim.

KEYWORDS:

GREENWASHING, UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES, PROPOSAL FOR A DIRECTIVE, ENVIRONMENTAL CLAIMS, GREEN CLAIMS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 25-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 27-9-2023

Suanzes Díez, Cristina; Calvo Carmona, Marc (2023). A vueltas con el *greenwashing*: la nueva Propuesta de Directiva sobre alegaciones medioambientales. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 212-227 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La preocupación por la incidencia que las actividades empresariales tienen sobre el clima está llevando a que, cada vez más, los consumidores tomen en consideración el impacto medioambiental de los productos y servicios (e incluso de las propias empresas) como factor relevante para adoptar una decisión de compra o, al menos, interesarse o no por una determinada opción.

Precisamente por ello, también ha ido generando una mayor preocupación el conocido como ecoblanqueamiento o blanqueo ecológico (*greenwashing* en terminología inglesa), que incluye todas aquellas prácticas mediante las cuales las empresas sugieren o crean de alguna otra manera la impresión —falsa, inexacta o no contrastada— de que un bien o servicio tiene un impacto positivo o nulo en el medio ambiente, o de que es menos dañino para el medio ambiente que los bienes o servicios competidores. Un caso paradigmático es el uso, cada vez más generalizado, de términos como “sostenible”, “respetuoso con el medio ambiente”, “verde” o “consciente”, que podrían llegar a transmitir al consumidor la idea (en ocasiones infundada) de que un producto o servicio determinado no tiene ningún tipo de impacto en el medio ambiente.

Como muestra de la preocupación de las autoridades de la Unión Europea por este fenómeno, la Comisión Europea ha llevado a cabo dos estudios sobre alegaciones medioambientales (en 2014¹ y en 2020²). En el segundo estudio, la Comisión Europea consideró que más de la mitad de las alegaciones medioambientales analizadas (sobre una muestra de 150) proporcionaban información vaga, engañosa o infundada sobre las características medioambientales de los productos y que en el 40 % de los casos las alegaciones no contaban con ninguna justificación.

Estos estudios se complementaron en noviembre de 2020 con un cribado de sitios web llevado a cabo de forma coordinada por la Comisión y las autoridades nacionales de consumo, en el que se analizaron 344 alegaciones medioambientales³. Las conclusiones de este barrido también fueron

rotundas: a ojos de las autoridades, un 42 % de las alegaciones medioambientales analizadas parecían engañosas.

Las autoridades europeas ya han llevado a cabo distintos pasos dirigidos a erradicar estas prácticas. Así, en el marco del Pacto Verde Europeo⁴, la Comisión Europea publicó el 30 de marzo de 2022 la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información (la "Propuesta de Directiva de Transición Ecológica"). De esta novedad legislativa ya se dio cuenta en estas mismas páginas⁵ y, como se expuso, no parece proporcionar directrices especialmente novedosas, sino que (salvo por contadas excepciones) se ha limitado a recoger y sistematizar principios que, en la práctica, ya se venían aplicando.

El siguiente paso de las autoridades europeas ha sido una nueva Propuesta de Directiva que la Comisión Europea publicó el 22 de marzo de 2023, también en el marco del Pacto Verde Europeo: la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la justificación y comunicación de alegaciones medioambientales explícitas (la "Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales" o simplemente la "Propuesta"). Esta nueva propuesta incorpora una regulación novedosa y, de aprobarse en los términos propuestos por la Comisión, supondrá un giro en la forma en la que se han tratado hasta ahora las alegaciones medioambientales en la Unión Europea.

En las líneas que siguen se expondrá la regulación vigente a la que están sometidas las alegaciones medioambientales, para así contrastarla con las (significativas) novedades que ofrece la Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales. Asimismo, se repasarán algunos casos de *greenwashing* destacados que, a nuestro parecer, ejemplifican muy bien los retos a los que quiere hacer frente la Propuesta.

2. La regulación actual de las alegaciones medioambientales

2.1. El concepto de alegación "engañosa"

La Unión Europea cuenta con un régimen armonizado en relación con las alegaciones publicitarias realizadas por los empresarios, que es el establecido en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (la "Directiva 2005/29"). En el caso de España, la Directiva 2005/29 se ha transpuesto a través de distintas normas; entre otras, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (la "LGP"); la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (la "LCD"), o el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (el "TRLUCU").

Este conjunto normativo establece, en relación con las conocidas como prácticas comerciales “engañosas”, las siguientes pautas:

- i. En primer lugar, para evitar ser consideradas engañosas, las alegaciones deben ser veraces, lo que supone que no deben contener información falsa.
- ii. Asimismo, la información tampoco puede presentarse de tal forma que, incluso siendo cierta, pueda inducir a error a los consumidores, lo que obliga a presentarla de forma especialmente clara y precisa.
- iii. Los empresarios no están obligados a acreditar la exactitud de sus alegaciones publicitarias antes de utilizarlas, pero, en el caso de que sean requeridos para ello por un tribunal o autoridad administrativa, deberán suministrar las pruebas fehacientes que sustenten la exactitud de sus alegaciones (*vid.* el artículo 12 de la Directiva 2005/29).

En este sentido, existen distintos legitimados que pueden actuar ante la deslealtad de una alegación publicitaria, al menos en España. En primer lugar, la LCD faculta a distintos actores (por ejemplo, competidores, consumidores o asociaciones y organismos de defensa de los derechos de los consumidores) a presentar acciones de competencia desleal frente a las prácticas engañosas. Asimismo, el TRCLU (así como la normativa de consumo autonómico) califica el uso de alegaciones engañosas como una infracción en materia de consumo que puede ser sancionada por las autoridades de consumo competentes. Por último, los sistemas de autorregulación publicitaria también se han revelado un mecanismo eficaz para evaluar la veracidad de las alegaciones publicitarias.

Así pues, el marco general bajo el cual se analiza el carácter engañoso de las alegaciones publicitarias es relativamente sencillo: los empresarios pueden utilizar las alegaciones que estimen oportunas y, solo en el caso de que su veracidad sea discutida, tendrán la carga de acreditarla.

Este régimen general quiebra en ciertos sectores económicos en los que, debido al carácter particularmente sensible de los productos o servicios ofrecidos (por ejemplo, en el ámbito de la salud o de servicios y productos financieros), el legislador ha impuesto requisitos adicionales o, en ocasiones, solo permite utilizar alegaciones cuya veracidad haya sido acreditada previamente. Así sucede, por ejemplo, en el caso de los alimentos, en los que solo es posible utilizar las declaraciones de propiedades saludables que han sido aprobadas previamente por la Comisión Europea y que se han recogido en los correspondientes listados (*vid.* el art. 10 del Reglamento (CE) n.º 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos). En un sentido similar, las alegaciones y reivindicaciones de productos cosméticos están sujetas a una regulación especial, el Reglamento (UE) n.º 655/2013 de la Comisión, de 10 de julio de 2013, por el que se establecen los criterios comunes a los que deben responder las reivindicaciones relativas a los productos cosméticos. En el caso de productos y servicios bancarios, la Circular 4/2020, de 26 de junio, del Banco de España, sobre publicidad de los productos y servicios bancarios establece determinadas medidas encaminadas a procurar que la publicidad sea clara, suficiente, objetiva y no engañosa.

Otro ejemplo más extremo es el de los productos sanitarios, cuya publicidad está sujeta a la autorización previa de la autoridad sanitaria (*vid.* el artículo 102.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad).

2.2. La inclusión de las alegaciones medioambientales en la regulación de las alegaciones engañosas

La Directiva 2005/29 no incluye ninguna referencia explícita a las alegaciones medioambientales —al igual que tampoco diferencia otro tipo de alegaciones publicitarias por su objeto—. Asimismo, salvo por algunas referencias en el ámbito de la autorregulación publicitaria sectorial⁶, en España tampoco existen normas que regulen expresamente qué son y cómo deben llevarse a cabo este tipo de alegaciones.

No obstante, a pesar de esta ausencia de regulación específica, no existen dudas de que las alegaciones medioambientales también deben someterse a los principios establecidos en la Directiva 2005/29, que resulta de aplicación general.

Por ejemplo, la Comisión Europea, en su Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, publicada el 29 de diciembre de 2021 (la "Guía")⁷, reconoce que, aunque *"la DPCD no contiene normas específicas sobre las declaraciones medioambientales"*, esta norma *"proporciona una base jurídica para velar por que los comerciantes no realicen declaraciones medioambientales engañosas para los consumidores"*. Mediante esta Guía, la Comisión Europea recoge el guante de otras autoridades de consumo nacionales, como la neerlandesa⁸, la húngara⁹ o la británica¹⁰, que ya habían alcanzado previamente esta conclusión.

Esta ha sido también la posición adoptada por tribunales y organismos del sistema de la autorregulación publicitaria, que no han dudado en calificar como potencialmente engañosas las alegaciones medioambientales utilizadas por los empresarios en aquellos casos en los que no se aportaban pruebas que permitiesen acreditar su exactitud.

Así, por ejemplo, el Jurado de la Publicidad de Autocontrol, en una resolución de 18 de noviembre de 2022¹¹, analiza la pieza publicitaria utilizada por un referido proveedor de agua a domicilio en televisión y en Internet. En particular, el proveedor había ofrecido sus servicios bajo la alegación *"elige la forma más cómoda y sostenible de beber agua en casa"*. En este caso, Autocontrol consideró que la alegación controvertida era engañosa porque, aunque el proveedor aportó documentación acreditativa de que el consumo de su servicio de agua era más sostenible que la compra de agua embotellada, no demostró que fuera la forma más sostenible de consumir agua en casa, ya que, por ejemplo, no tuvo en cuenta el agua del grifo. Asimismo, al tratarse de una alegación excluyente, el Jurado consideró que las pruebas aportadas por el anunciante no eran suficientes para fundamentar la alegación, ya que solo se referían a la sostenibilidad del anunciante y no a la de cada uno de los competidores en el sector del agua embotellada.

De forma curiosa, en una resolución posterior (de 26 de mayo de 2023)¹², el Jurado de Autocontrol analizó la licitud de la alegación "*disfruta de una forma cómoda y sostenible de beber agua embotellada en casa*" utilizada por el mismo proveedor. En este caso, la conclusión alcanzada por el Jurado de Autocontrol fue la contraria: si bien confirmó que la alegación debía analizarse bajo la perspectiva de las prácticas comerciales engañosas, entendió que no existiría engaño. En particular, la empresa anunciante fue capaz de acreditar que en su página web ofrecía a los consumidores, de manera suficientemente destacada e inmediatamente antes de la publicidad reclamada, las razones que justificaban la sostenibilidad de este servicio.

En todo caso, y por si aún quedaba alguna duda, la Propuesta de Directiva de Transición Ecológica clarifica la situación actual mediante la modificación del apartado primero, letra b), del artículo 6 de la Directiva 2005/29, de manera que la información sobre el "*impacto medioambiental o social*" de los productos se configura, de forma expresa, como un extremo relevante para enjuiciar la existencia de engaño.

En suma, bajo el régimen vigente —y aún más con el refuerzo de la Propuesta de Directiva de Transición Ecológica— ya existen herramientas que permiten controlar el uso que los empresarios hacen de las alegaciones medioambientales.

3. Un nuevo marco para las alegaciones medioambientales: la Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales

Como se ha adelantado, en el marco del Pacto Verde Europeo la Comisión Europea ha aprobado —por el momento— dos Propuestas de Directivas cuyo objeto es, precisamente, la regulación de las alegaciones medioambientales: (i) la Propuesta de Directiva de Transición Ecológica y (ii) la Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales, sobre la que versa este artículo y que funciona como una *lex specialis* o complemento respecto de la anterior. En efecto, mientras que la Propuesta de Directiva de Transición Ecológica establece pautas generales aplicables (entre otras) a las alegaciones medioambientales, la Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales detalla obligaciones muy concretas (y, como veremos, en ocasiones gravosas) que los empresarios deberán cumplir para utilizar este tipo de alegaciones publicitarias.

En los siguientes epígrafes expondremos las múltiples novedades incluidas en esta Propuesta.

3.1. **Ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales**

La Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales tiene por objeto regular, con carácter general, todas las alegaciones medioambientales explícitas, definidas en su artículo 2.2) de forma muy amplia como toda "*alegación medioambiental enunciada en formato textual o contenida en una etiqueta medioambiental*".

No obstante, la Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales es consciente de que existen normas que regulan, en relación con determinados productos y servicios, la facultad (o incluso la obligación) de ofrecer información en materia de sostenibilidad. Este es el caso de ciertos productos calificados expresamente por las normativas sectoriales como “ecológicos” (e. g., determinados plaguicidas, fertilizantes y antimicrobianos). Otro ejemplo destacado lo encontramos en ciertas iniciativas presentes en el ámbito financiero, como los “préstamos verdes” o los “seguros de vivienda verdes”, en los cuales se utiliza esta denominación para destacar que la oferta está supeditada al cumplimiento de una serie de criterios medioambientales definidos por el vendedor o proveedor.

Por este motivo, la Propuesta prevé que sus normas no resultarán aplicables a los sistemas de etiquetado medioambiental y a las alegaciones medioambientales explícitas que se regulen en una serie de normas comunitarias listadas en su artículo 1.2, así como en cualquier otra norma, presente o futura, que establezca condiciones específicas para la realización de alegaciones medioambientales sobre productos o comerciantes concretos o los sistemas de etiquetado medioambiental. También se excluyen de su ámbito de aplicación los informes de sostenibilidad presentados por las empresas, voluntaria u obligatoriamente, de conformidad con las normas europeas o las directrices internacionales.

3.2. Obligación de justificar la exactitud de las alegaciones

Uno de los principales retos a los que se enfrentan las alegaciones medioambientales es la dificultad que existe, en ciertos casos, para justificar debidamente su veracidad. Así lo reconoce la Propuesta en su considerando 21 en relación con las alegaciones relativas a la “neutralidad climática”, explicando que *“estas alegaciones se basan a menudo en la «compensación» de las emisiones de gases de efecto invernadero mediante «créditos de carbono» generados fuera de la cadena de valor de la empresa, por ejemplo, a partir de proyectos forestales o de energías renovables”* y que *“las metodologías en las que se basan las compensaciones varían ampliamente y no siempre son transparentes, exactas o coherentes”*.

Fuera del ámbito de la Unión, un ejemplo ilustrativo y reciente de esta problemática es la resolución dictada en junio de 2023 por la Comisión Suiza de Equidad¹³ (organismo autorregulador de la industria de la publicidad y las comunicaciones en esa jurisdicción) en relación con la Copa del Mundo de 2022, celebrada en Qatar. En concreto, ante la reclamación presentada por varias ONG, la Comisión Suiza de Equidad analizó las afirmaciones de la FIFA en relación con esta competición, que se presentó como el *“primer Mundial neutro en carbono”* de la historia al comprometerse a *“compensar todas las emisiones de CO₂”* del torneo. Para ello, la FIFA había estimado en 2021 las emisiones de CO₂ que produciría el Mundial y había ideado una serie de medidas para compensarlas.

Pues bien, en el procedimiento seguido ante la referida Comisión Suiza de Equidad, la FIFA no pudo demostrar la exactitud de sus cálculos de emisiones y se constató que no existe un método generalmente aceptado para calcular dichas emisiones.

La Propuesta trata de dar respuesta a esta situación: más allá de exigir que las alegaciones medioambientales estén justificadas (como ya hacía la Propuesta de Directiva de Transición Ecológica y antes la Directiva 2005/29), obliga a las empresas a justificar sus alegaciones mediante una evaluación que deberá cumplir con una serie de requisitos preestablecidos. Además, esta evaluación deberá actualizarse cuando existan circunstancias que puedan afectar a la exactitud de la alegación y, en todo caso, al menos cada cinco años.

En concreto, el artículo 3 de la Propuesta establece que esta evaluación deberá:

- i. especificar si la alegación está relacionada con la totalidad, parte o determinados aspectos de un producto, o con todas o parte de las actividades de un comerciante;
- ii. basarse en pruebas científicas ampliamente reconocidas, utilizar información precisa y tener en cuenta las normas internacionales pertinentes;
- iii. demostrar que los impactos medioambientales, los aspectos medioambientales o el comportamiento medioambiental que son objeto de la alegación son significativos desde el punto de vista del ciclo de vida;
- iv. tener en cuenta todos los aspectos o impactos medioambientales que sean significativos para evaluar dicho comportamiento cuando se haga una alegación sobre el comportamiento medioambiental;
- v. demostrar que la alegación no es equivalente a los requisitos aplicados por la ley a los productos del grupo de productos o a los comerciantes del sector;
- vi. facilitar información sobre si el producto o comerciante presenta resultados significativamente mejores en lo que respecta a los impactos medioambientales, los aspectos medioambientales o el comportamiento medioambiental que son objeto de la alegación que la práctica habitual para los productos del grupo de productos de que se trate o para los comerciantes del sector pertinente;
- vii. determinar si la mejora de los impactos medioambientales, los aspectos medioambientales o el comportamiento medioambiental objeto de la alegación causa un perjuicio significativo en relación con los impactos medioambientales en el cambio climático, el consumo de recursos y la circularidad, el uso sostenible y la protección de los recursos hídricos y marinos, la contaminación, la biodiversidad, el bienestar de los animales y los ecosistemas;
- viii. separar las compensaciones de emisiones de gases de efecto invernadero utilizadas de las emisiones de gases de efecto invernadero como información ambiental adicional, especificar si dichas compensaciones están relacionadas con reducciones o absorciones de emisiones, y describir cómo las compensaciones en las que se basan presentan un alto grado de integridad y se contabilizan correctamente para reflejar el impacto en el clima que se alega;

- ix. incluir información primaria a disposición del comerciante sobre los impactos medioambientales, los aspectos medioambientales o el comportamiento medioambiental que sean objeto de la alegación; e
- x. incluir información secundaria pertinente sobre los impactos medioambientales, los aspectos medioambientales o el comportamiento medioambiental que sea representativa de la cadena de valor específica del producto o del comerciante sobre el que se presenta una alegación, en los casos en que no se disponga de información primaria.

Asimismo, en relación con las alegaciones medioambientales comparativas, el artículo 4 prevé los siguientes requisitos adicionales para su justificación:

- i. usar información equivalente para la evaluación de los impactos, los aspectos o el comportamiento medioambientales de los productos comparados;
- ii. usar datos e información obtenidos de manera equivalente para los productos o comerciantes objeto de comparaciones;
- iii. tener en cuenta que la cobertura de las fases a lo largo de la cadena de valor debe ser equivalente en el caso de los productos y los comerciantes comparados, garantizando que se atiende a las fases más significativas para los productos y comerciantes comparados;
- iv. tener en cuenta que la cobertura los impactos, los aspectos o el comportamiento medioambientales debe ser equivalente en el caso de los productos y comerciantes comparados, garantizando que se atiende los que son más significativos para todos los productos y comerciantes comparados;
- v. establecer las hipótesis utilizadas para la comparación de manera coherente para los productos y comerciantes comparados; y
- vi. en el caso de las alegaciones comparativas sobre la mejora de los impactos (en comparación con la versión anterior del producto), incluir la explicación del impacto de la mejora en otros aspectos e impactos y la indicación del año de referencia.

En todo caso, la propia Comisión reconoce (*vid.* el considerando 31) que incluso estos requisitos pueden ser insuficientes para justificar adecuadamente ciertas alegaciones especialmente complejas (por ejemplo, las referencias a la "neutralidad climática" a la que ya nos hemos referido), por lo que se podrán adoptar normas adicionales con indicaciones más detalladas "*para medir y calcular los aspectos, los impactos y el comportamiento medioambientales, determinando qué actividades, procesos, materiales, emisiones o uso de un producto o comerciante inciden de forma significativa o no pueden incidir en los aspectos e impactos medioambientales pertinentes*".

Así (y siempre y cuando la Propuesta sea aprobada en unos términos similares a los de su versión actual), deberemos estar a la espera de nuevas normas que concreten, al menos en ciertos casos, los aspectos que deben contemplarse en la justificación de determinadas alegaciones medioambientales.

3.3. Verificación *ex ante* de las alegaciones medioambientales

Con base en lo expuesto hasta ahora podría parecer que la Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales, más allá de establecer aspectos más específicos que deben ser tenidos en cuenta de cara a justificar la veracidad de una alegación medioambiental, aporta poco al régimen vigente.

No obstante, los artículos 10 y 11 de la Propuesta establecen un cambio radical del campo de juego: si hasta ahora la norma era que las alegaciones medioambientales (como la gran mayoría de las alegaciones publicitarias) debían poder ser justificadas en el marco de un procedimiento administrativo o judicial que las pusiera en duda, la Propuesta establece que la justificación deberá ser verificada antes de ser utilizada. Y no solo eso: esta verificación *ex ante* deberá ser realizada por un tercero independiente acreditado por las autoridades (un “verificador”), quien deberá emitir certificado de conformidad.

En cuanto a estos verificadores, la Propuesta explica que deberán ser acreditados siguiendo los procesos definidos en el Reglamento (CE) n.º 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008. Esto implica que, salvo que se cambie el sistema actual, estos verificadores deberán ser acreditados en España por la Entidad Nacional de Acreditación (“ENAC”) e incluidos en los listados mantenidos por este organismo¹⁴.

La Propuesta también define de forma detallada los requisitos que deben cumplir los verificadores para ser acreditados por los Estados miembros, requisitos que van encaminados a garantizar su plena independencia y un elevado nivel de conocimiento técnico. En particular, los verificadores deberán:

- i. ser independientes del producto que lleve la alegación medioambiental o del comerciante asociado a ella;
- ii. abstenerse de emprender ninguna actividad que pueda entrar en conflicto con su independencia de criterio o su integridad en relación con las actividades de verificación (obligación que se extenderá a sus máximos directivos y al personal responsable de llevar a cabo las tareas de verificación);
- iii. actuar con el máximo nivel de integridad profesional y con la competencia técnica requerida, estando libres de cualquier presión o incentivo, especialmente de índole financiera, que pueda influir en su apreciación o en los resultados de sus actividades de verificación;
- iv. disponer conocimientos especializados, el equipo y la infraestructura necesarios; y
- v. disponer de un número suficiente de personal debidamente cualificado y experimentado encargado de llevar a cabo las tareas de verificación.

Finalmente, se prevé que el personal de los organismos verificadores esté sujeto a obligaciones de confidencialidad y que, en el caso de subcontratar tareas específicas, el verificador mantendrá toda la responsabilidad.

Así pues, las alegaciones medioambientales se alejan del régimen fijado en la Directiva 2005/29 y se acercan al sistema propio de productos en los que la salud e higiene tienen una importancia capital, como los alimentos o los productos sanitarios. Con la diferencia, eso sí, de que en este caso no nos encontramos ante una regulación sectorial que se aplique a ciertos operadores especializados, sino ante una normativa transversal con potencial para afectar a prácticamente cualquier agente del mercado.

3.4. Comunicación de las alegaciones

Además de realizar una justificación *ex ante* y por parte de un tercero acreditado, la Propuesta también exige que las alegaciones medioambientales se acompañen de información adecuada sobre la justificación (incluida información sobre el producto o las actividades del comerciante; aspectos, impactos o desempeños cubiertos por la alegaciones o, cuando corresponda, los estudios y cálculos subyacentes; las explicaciones oportunas, el certificado de conformidad y la identificación del verificador). Esta información puede proporcionarse, bien de forma física, bien a través de un enlace web, código QR o equivalente.

Es cierto que en el pasado ya se había considerado que la aportación de información plena sobre la justificación de la alegación medioambiental era un factor a tener en cuenta para analizar su potencial carácter engañoso. En particular, la Comisión en su Guía defiende que, para evitar ser consideradas engañosas, las alegaciones medioambientales vagas o genéricas (por ejemplo, “respetuoso con el medio ambiente” o “sostenible”) debían ir acompañadas de información que permitiese justificarlas debidamente. Este criterio también había sido utilizado por el Jurado de Autocontrol (que, como hemos visto en el epígrafe 2.2, ha considerado recientemente que la alegación “*disfruta de una forma cómoda y sostenible de beber agua embotellada en casa*” no era engañosa en la medida en la que en la misma página web el anunciante facilitaba la información que permitía justificarla).

No obstante, es indudable que la Propuesta va mucho más allá: no se trata de un factor más a tener en cuenta al analizar la veracidad de la alegación, sino de una obligación legal cuyo incumplimiento, como veremos más adelante, queda sujeta a un régimen sancionador estricto. Y, además, se extiende sin limitación a cualquier tipo de alegación medioambiental.

3.5. Etiquetas medioambientales

En relación con las etiquetas de medioambientales —definidas, por referencia a la Propuesta de Directiva de Transición Ecológica, como “*toda marca de confianza, marca de calidad o equivalente, con carácter voluntario y público o privado, que tenga por objeto diferenciar y promocionar un producto, un proceso o una empresa con referencia a sus aspectos medioambientales o sociales, o a ambos*”—, la Propuesta las sujeta a las mismas obligaciones de justificación, verificación y comunicación que ya hemos expuesto.

Asimismo, la Propuesta muestra también la preocupación de la Comisión por el elevado número de etiquetas medioambientales que han proliferado en los distintos Estados miembros, tanto por parte de autoridades públicas como de operadores privados, y que “*presentan diferencias*

importantes en cuanto a su funcionamiento en lo que respecta, por ejemplo, a la transparencia y amplitud de las normas o métodos utilizados, la frecuencia de las revisiones o el nivel de auditoría o verificación" (considerando 39). Por este motivo, la Propuesta fija unos requisitos que todos los sistemas de etiquetado medioambiental deberán cumplir y prohíbe a los Estados miembros establecer nuevos sistemas nacionales o regionales de etiquetado medioambiental. Esta prohibición no tiene efectos retroactivos, pero los sistemas nacionales o regionales vigentes antes de la fecha de transposición de la Propuesta solo podrán seguir concediendo etiquetas si cumplen con los requisitos definidos. Así pues, se busca que, al menos en el ámbito público, solo puedan establecerse sistemas de etiquetado medioambiental con arreglo al Derecho de la Unión.

La Propuesta prevé el establecimiento de procedimientos de autorización para los sistemas de etiquetado medioambiental que (i) sean implementados por operadores privados o (ii) sean establecidos por autoridades de terceros países para aplicarse a etiquetas que se usarán en el territorio comunitario.

En todo caso, todos los sistemas autorizados serán incluidos en una lista, de forma que se asegure su publicidad.

3.6. Facultades de control, supervisión y sanción

La Propuesta exige a las autoridades nacionales mantenerse vigilantes ante su incumplimiento, así como realizar controles periódicos al respecto.

La Propuesta también fija las bases de un sistema sancionador que, sin perjuicio de que deberá ser concretado por cada Estado miembro, apunta a ser especialmente gravoso. En efecto, la Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales utiliza una terminología muy parecida a la de la normativa en materia de protección de datos al requerir la imposición de sanciones "*efectivas, proporcionadas y disuasorias*".

En esta línea, además de establecer los criterios que deberán ser tenidos en cuenta para valorar la gravedad de la infracción (entre los que se incluyen parámetros típicos de este tipo de disposiciones, como la naturaleza, gravedad, escala y duración de la infracción, el carácter doloso o negligente del infractor o la reincidencia), la Propuesta establece tres tipos de sanciones que las legislaciones nacionales deberán incorporar a sus ordenamientos:

- i. multas económicas, cuyo importe máximo deberá ser de, al menos, el 4 % de la cifra de negocios del comerciante en el Estado miembro afectado (lo que faculta a los Estados miembros a disponer tipos máximos incluso más elevados);
- ii. la confiscación de los ingresos obtenidos a raíz de la infracción; y
- iii. la exclusión temporal, por un período máximo de doce meses, de los procesos de contratación pública y del acceso a la financiación pública, y en particular de los procedimientos de licitación, las subvenciones y las concesiones.

3.7. Ampliación de la legitimación pasiva

El régimen vigente en la actualidad en España faculta a las asociaciones de consumidores para formular ciertas acciones frente al uso de alegaciones engañosas, tanto ante las autoridades competentes como ante los tribunales.

La Propuesta pretende extender esta legitimación, ampliándola en su artículo 16 a *"personas físicas o jurídicas u organizaciones que, con arreglo al Derecho de la Unión o nacional, tengan un interés legítimo"*, considerando expresamente incluidas en esta definición a *"las organizaciones o entidades no gubernamentales que promuevan la salud humana, el medio ambiente o la protección de los consumidores"*.

Aunque habrá que esperar para analizar cómo se transpone esta previsión y qué requisitos se exigen, es previsible que tenga como consecuencia un aumento en la conocida como litigiosidad climática.

3.8. Excepciones para pequeñas empresas

La Comisión es consciente de que la Propuesta es sumamente ambiciosa y, por lo tanto, también gravosa, hasta el punto de que puede ser inasumible para ciertas empresas. En este sentido, el considerando 30 de la Propuesta es muy ilustrativo cuando expone que *"la carga administrativa acarreada por la justificación y verificación de las alegaciones medioambientales podría resultar desproporcionada para las empresas más pequeñas"*. Por este motivo, se prevé expresamente que las microempresas (i. e., las de menos de diez personas y un volumen de negocios anual inferior a dos millones de euros) estén exentas de algunas de las obligaciones principales establecidas por la Propuesta. En concreto, (i) la obligación de llevar a cabo una evaluación de la justificación de las alegaciones; (ii) la exigencia de que dicha evaluación sea validada por un verificador; y (iii) la necesidad de comunicar una serie de información (incluida la justificación) al realizar la alegación. No obstante, si las microempresas deciden solicitar voluntariamente un certificado de conformidad, entonces sí deberán cumplir con este régimen.

3.9. Desarrollo legislativo

A pesar del elevado grado de detalle que busca la Propuesta, no deja de ser una norma general que debe aplicarse a una gran multitud de casuísticas y sectores, con la dificultad añadida de que, según reconoce la propia Propuesta, la determinación del impacto medioambiental de un producto o servicio supone un ejercicio especialmente complejo.

Posiblemente por este motivo, la Propuesta está llena de referencias a futuros actos legislativos a aprobar por la propia Comisión (como ya hemos avanzado, por ejemplo, en el punto 3.2). Así, por ejemplo, el artículo 3.4 prevé la adopción de normas para regular los requisitos aplicables a alegaciones medioambientales específicas, y los artículos 8.4 prevén la adopción de normas para definir en mayor detalle la autorización de los sistemas de etiquetado medioambiental.

3.10. Plazo y transposición

Como se avanzaba al comienzo de este trabajo, el texto de la Propuesta no ha sido todavía aprobado y la tramitación parlamentaria llevará todavía un tiempo y debe tenerse en cuenta que, a lo largo del proceso de tramitación parlamentaria, pueden introducirse modificaciones en el texto de la Propuesta.

Además, como Directiva, la Propuesta establecerá los principales objetivos a alcanzar por los Estados miembros, pero estos objetivos deberán ser transpuestos en los ordenamientos nacionales (proceso durante el cual podrán introducirse regulaciones locales específicas que vayan más allá de los mínimos fijados en la Propuesta).

En lo que a plazos de transposición se refiere, se prevé que los Estados miembros dispongan de dieciocho meses para adoptar las disposiciones nacionales correspondientes que deberán aplicarse en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales.

4. Efectos prácticos y valoración

Como se ha dado cuenta en las líneas que anteceden, la Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales es una propuesta ambiciosa que persigue implementar cambios reales destinados a erradicar y perseguir el ecoblanqueamiento, blanqueo ecológico o *greenwashing*, prácticas que, por el momento y de acuerdo con las conclusiones que la propia Comisión Europea ha extraído de diversos estudios, están extendidas en el mercado comunitario.

La Propuesta, si se aprueba en los términos actuales, supondrá un cambio notable en las pautas generales de valoración y análisis de la veracidad de las alegaciones publicitarias que contengan mensajes medioambientales, de tal forma que estas alegaciones, antes de utilizarse, deberán haber sido verificadas por un tercero independiente de acuerdo con unos parámetros y condiciones previstos en la propia Directiva. Además, las alegaciones medioambientales tendrán que acompañarse de la información acerca de su justificación. Todo ello, acompañado de un régimen sancionador que, aunque habrá que ver cómo se articula en los distintos Estados miembros, la propia Directiva apunta a que será exigente.

A pesar de estas evidentes novedades, el sistema que sugiere la Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales no deja de estar alineado con las recomendaciones y propuestas que distintos organismos nacionales de los Estados miembros han ido publicando en los últimos años respecto a las alegaciones medioambientales.

Nos referimos, entre otros, a las Directrices de Declaraciones de Sostenibilidad emitidas en el año 2021 —y recientemente actualizadas en el 2023— por la Autoridad de Consumidores y Mercados de los Países Bajos (ACM)¹⁵ o la Guía equivalente publicada por la Autoridad de Competencia y Mercados (CMA)¹⁶ que, por ejemplo, ya recomiendan que las alegaciones medioambientales

vayan acompañadas de las explicaciones y justificaciones necesarias y que esta justificación esté disponible para los consumidores.

La Propuesta tiene una obvia vocación generalista pues pretende ser de aplicación a todas las casuísticas y todos los sectores y, en este sentido, el legislador es prudente al advertir que muy probablemente será necesario un ulterior desarrollo legislativo para adaptar estas normas generales a los requisitos o particularidades de distintos sectores económicos.

A efectos prácticos, la entrada en vigor e implementación de esta Directiva puede suponer un impacto económico importante para determinadas empresas. Así, las alegaciones medioambientales existentes que no cumplan con los criterios de la Directiva deberán ser eliminadas, lo que puede requerir importantes ajustes. Por lo demás, ya se advierte que la verificación de determinadas alegaciones medioambientales —por ejemplo, aquellas alegaciones referidas a la totalidad de actividades de un determinado grupo empresarial— puede plantear una alta complejidad y, paralelamente, un elevado coste. Creemos, en todo caso, que es posiblemente pronto para valorar el impacto real de la Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales y habrá que esperar a ver si, durante la tramitación, se producen modificaciones relevantes en su articulado.

5. Conclusiones

- i. La Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales aprobada recientemente por la Comisión Europea se enmarca dentro de un conjunto de iniciativas promovidas por el legislador europeo que tratan de reducir las prácticas engañosas con consumidores en el ámbito del ecoblanqueamiento o blanqueo ecológico (*greenwashing*), esto es, aquellas prácticas comerciales por las que, mediante la exageración o enfatización de los beneficios medioambientales, se traslada el mensaje de que una determinada organización o un producto o servicio determinado es más sostenible de lo que en realidad es.
- ii. En este contexto, la Propuesta plantea introducir cambios significativos en el análisis de la veracidad de las alegaciones publicitarias que contengan mensajes medioambientales. Entre estos cambios, destaca la obligación de que un tercero verifique la justificación de las alegaciones medioambientales antes de ser utilizadas y la exigencia de que este tipo de alegaciones vayan acompañadas de la información sobre su justificación.
- iii. A pesar de tratarse de una Propuesta innovadora y ambiciosa, se trata de una normativa que busca resultar de aplicación general a multitud de casuísticas y sectores y que, por tanto, no tiene en cuenta las particularidades de determinados sectores. Es muy probable —y así lo deja entrever ya la propia Propuesta de Directiva de Alegaciones Medioambientales— que en futuro cercano esta Propuesta se complemente con otras normas sectoriales que busquen abordar las particularidades de distintos sectores económicos de forma específica.

Notas

- 1 <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ae7f9aa1-bdea-4ad2-82d1-835549c3ce2a/language-en>.
- 2 Environmental claims in the EU: Inventory and reliability assessment, Final report («Alegaciones medioambientales en la UE: inventario y evaluación de la fiabilidad. Informe final»), Comisión Europea, 2020. Disponible en: <https://circabc.europa.eu/ui/group/44278090-3fae-4515-bcc2-44fd57c1d0d1/library/b11ba10b-5049-4564-b47a-51a9bc9003c8/details?download=true>.
- 3 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_269.
- 4 COM(2019) 640 final de 11 de diciembre de 2019.
- 5 <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8200/documento/ajum60art.pdf?id=13178&forceDownload=true>.
- 6 Es el caso, por ejemplo, del Código de Autorregulación para una comunicación responsable en el sector de la perfumería y la cosmética (<https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2016/02/c%C2%A2digo-de-autorregulaci%C2%A2n-para-una-comunicaci%C2%A2n-responsable-en-el-sector-de-perfumer%C2%BOa-y-cosmctica-stanpa.pdf>) o el Código de Comunicación Comercial del Vino (https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2021/03/codigo-comunicacion-comercial-vino_2021.pdf).
- 7 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021XC1229%2805%29>.
- 8 <https://www.acm.nl/en/publications/guidelines-sustainability-claims-summary>.
- 9 https://www.gvh.hu/pfile/file?path=en/for_professional_users/guidance-documents/szakmai_felhaszn_tajekoztatok_zold-iranymutatas_2020_a&inline=true.
- 10 <https://www.gov.uk/government/publications/green-claims-code-making-environmental-claims>.
- 11 Resolución de 18 de noviembre de 2023 de la Sección Séptima del Jurado de Autocontrol [n.º de asunto 183/R/OCTUBRE 2022].
- 12 Resolución de 26 de mayo de 2023 de la Sección Séptima del Jurado de Autocontrol [n.º de asunto 88/R/MAYO 2023].
- 13 <https://www.faire-werbung.ch/de/swiss-commission-for-fairness-upholds-complaints-against-fifa/>.
- 14 <https://www.enac.es/entidades-acreditadas/buscador-de-acreditados>.
- 15 www.acm.nl/system/files/documents/guidelines-sustainability-claims_0.pdf.
- 16 assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1018820/Guidance_for_businesses_on_making_environmental_claims.pdf.

Internacional

JUEGOS OLÍMPICOS Y LOS *DISPUTE BOARDS* COMO ALTERNATIVA PARA PREVENIR Y RESOLVER CONFLICTOS

Ana Amorín Fernández y Alberto Fernández Matía

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

Juegos Olímpicos y los *dispute boards* como alternativa para prevenir y resolver conflictos

*Los Juegos Olímpicos constituyen un gran desafío logístico y económico para las ciudades sede y sus respectivos gobiernos. Los *dispute boards* son un mecanismo técnico y muy flexible de prevención y resolución de disputas, cuyo empleo en las obras de construcción de estos eventos y, en concreto, en las Olimpiadas de Londres 2012 y Río de Janeiro 2016, ha demostrado ser un factor de gran relevancia para evitar las disputas, ahorrar costes y lograr la consecución última de objetivos en tiempo y forma.*

PALABRAS CLAVE:

DISPUTE BOARDS, JUEGOS OLÍMPICOS, DISPUTAS, MÉTODOS ALTERNATIVOS DE PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS, CONSTRUCCIÓN.

The Olympic Games and *dispute boards*: an alternative dispute avoidance and resolution methods

*The Olympic Games represent an important logistical and economic challenge for host cities and their respective governments. *Dispute boards* are a technical –and highly flexible– dispute avoidance and resolution mechanism that has been used in construction works related to the Games, in particular for the 2012 London and the 2016 Río de Janeiro Olympic Games, and has proven to be an important tool to prevent disputes, save costs and achieve objectives on time.*

KEYWORDS:

DISPUTE BOARDS, OLYMPIC GAMES, DISPUTES, ALTERNATIVE DISPUTE AVOIDANCE AND RESOLUTION METHODS, CONSTRUCTION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-7-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-7-2023

Amorín Fernández, Ana; Fernández Matía, Alberto (2023). Juegos Olímpicos y los *dispute boards* como alternativa para prevenir y resolver conflictos. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 228-236 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción: los Juegos Olímpicos y sus posibles conflictos

Desde sus orígenes en la antigua Grecia, los Juegos Olímpicos han estado vinculados a la prevención de las disputas. No conviene olvidar que, durante su celebración, se establecía una tregua entre las distintas ciudades-Estado de Grecia (conocida como *tregua olímpica* o *paz olímpica*), por la que se suspendía temporalmente las guerras entre las polis, con el objetivo de que los deportistas pudieran desplazarse de forma segura a Olimpia para participar en los Juegos.

Si bien en la actualidad las circunstancias han cambiado mucho, lo cierto es que la celebración de unos Juegos Olímpicos todavía lleva consigo la necesidad de evitar, en la medida de lo posible, las disputas entre todas las distintas partes involucradas en su organización. La planificación para acoger una competición deportiva de grandes dimensiones es inmensa y debe desarrollarse dentro de un periodo de tiempo preestablecido, y en este contexto una controversia puede dar lugar a una dilación no asumible.

En efecto, y al contrario de lo que ocurre con otros proyectos de construcción, en las Olimpiadas no es admisible el más mínimo de los retrasos. La ciudad sede de los Juegos debe asegurar que todas las instalaciones e infraestructuras estarán terminadas y funcionando debidamente el día en el que la competición comience. Ello impone una gran presión a los Gobiernos locales, regionales e incluso estatales, así como al conjunto de actores del sector privado involucrados, quienes deben garantizar que el proyecto finalizará en plazo y hacerlo mientras padecen el escrutinio del resto de los países del mundo (y sobre todo de aquellas otras ciudades candidatas que no han sido escogidas como sede).

No obstante, no se puede ignorar que los grandes proyectos de construcción se caracterizan precisamente por sufrir numerosos y repetidos retrasos. Por mencionar algunos ejemplos, el suministro de materiales procedente de distintos países, las distintas normativas aplicables de transporte, el clima, la capacidad financiera de los subcontratistas o del propio encargado del proyecto, entre otros muchos factores, pueden afectar directamente a la consecución de los objetivos, generando disputas entre todas las partes involucradas en el proyecto (disputas que muchas veces se estancan e impiden que los trabajos continúen su normal desarrollo).

En este contexto, los *dispute boards* se presentan como una herramienta de enorme utilidad para evitar disputas y garantizar la culminación del proyecto olímpico a tiempo.

2. Qué es un *dispute board*

Los *dispute boards* son un mecanismo híbrido de prevención y resolución de controversias consistente en un panel, mesa o junta de expertos (normalmente, formada por uno o tres miembros) que, con carácter general, asiste a las partes de un proyecto de manera continuada en el tiempo, detectando y evitando posibles desavenencias y, en su caso, resolviendo de forma vinculante los potenciales conflictos que se le sometan.

Su uso es muy frecuente para prevenir y resolver controversias en grandes proyectos de construcción o ingeniería. En particular, el recurso a un *dispute board* es especialmente recomendable en proyectos donde se requiere una gran inversión de capital, así como en contratos de mediana o larga duración.

Algunos países, como Chile o Perú, han regulado expresamente los *dispute boards* como mecanismo aplicable a supuestos de contratación pública. No obstante, la realidad es que en la mayor parte de los proyectos internacionales, las facultades, modo de constitución y reglas procedimentales de los *dispute boards* están reguladas por contrato. En este sentido, esta figura ha sido descrita por muchos autores como una "criatura contractual" (*a creature of contract*), debido al papel esencial que juega la autonomía de la voluntad y la necesaria colaboración de las partes.

Asimismo, el uso de los *dispute boards* es promovido por instituciones internacionales de gran prestigio, como el Banco Mundial, la International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) y la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF).

El carácter de los *dispute boards* es netamente preventivo y técnico (no es un arbitraje, tampoco es mediación), puesto que su objetivo principal es evitar el escalamiento de los potenciales conflictos (el conocido como *efecto bola de nieve*) según estos surgen, encontrando soluciones prácticas y razonables para todos los involucrados, de tal manera que el proyecto pueda continuar sin interrupciones y conseguir sus objetivos.

Así, los *dispute boards* son un mecanismo que, principalmente, permite que las partes minimicen y prevengan disputas con la asistencia de un tercero, de modo que se pueda controlar los costes y cumplir los plazos del proyecto. En palabras del profesor Miguel Ángel Fernández-Ballesteros: "Los DB son, sobre todo, una forma amable (*soft*) de aproximarse a las desavenencias. No pretenden tanto resolverlas como impedir que nazcan. Y se involucran —a veces se entrometen— en un complejo proyecto empresarial en marcha. Por eso, este peculiar modo de "resolver" conflictos tiene contenido técnico (*pericial o de expertos conocedores*), pero también de avenencia, de prevención y hasta de formalidad procesal. Y, sobre todo está muy atento a la celeridad en la decisión (*se aspira a que sea in real time*)". De hecho, si se analizara su naturaleza jurídica bajo derecho español, lo cierto es que un *dispute board* no regido por normas de derecho administrativo y que resuelva disputas de derecho privado a lo que más se asemeja es a una modalidad de arbitrio de tercero, esto es, una institución de gran tradición en nuestro ordenamiento jurídico.

La tipología de *dispute boards* puede ser muy variada, en función lo que las partes decidan en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad. Así lo veremos en algunos de los ejem-

plos que expondremos seguidamente. En cualquier caso, cabe mencionar la distinción entre un *standing dispute board*, el cual se constituye al inicio del propio contrato y acompaña a las partes durante la ejecución del proyecto; y un *dispute board ad hoc*, el cual se forma *a posteriori*, esto es, una vez que la controversia ya ha surgido. Por lo tanto, mientras que la labor esencial de un *standing dispute board* es la de prevenir disputas a lo largo del desarrollo del proyecto (y, subsidiariamente, la resolución de estas disputas), el *dispute board ad hoc* tendrá como objetivo fundamental resolver controversias ya existentes y propiamente formalizadas entre las partes.

En relación con lo anterior, la eficacia de las resoluciones de los *dispute boards* dependerá en última instancia de la modalidad que escojan las partes y de la configuración del panel que estas hayan acordado en el contrato, pudiendo emitir desde meras recomendaciones (es el caso de los conocidos como *dispute review board*) hasta decisiones jurídicamente vinculantes para las partes (los denominados *dispute adjudication board*).

3. *Dispute boards* y su uso en los Juegos Olímpicos

Como se ha indicado con anterioridad, las Olimpiadas llevan consigo el desarrollo de proyectos que implican, entre otros, la construcción de grandes infraestructuras, tales como estadios, pistas, piscinas, centros de entrenamiento y competición o residencias para deportistas y delegaciones; también suponen la renovación de complejos ya existentes y necesarios para que los Juegos se desarrollen de manera adecuada. Además, la ciudad sede debe garantizar la debida prestación de servicios básicos, como transporte, suministro de alimentos y productos deportivos, así como el correcto funcionamiento del gas, electricidad, agua y telecomunicaciones, entre otras muchas cuestiones.

En este contexto, existen dos precedentes de gran relevancia en los que el uso de *dispute boards* (con diferentes estructuras y funciones) ha resultado ser todo un éxito: los Juegos Olímpicos de Londres (2012) y Río de Janeiro (2016), tal y como se explicará a continuación. Seguidamente, se expone brevemente la información conocida sobre las últimas ediciones de los Juegos Olímpicos y su vinculación con los *dispute boards*, así como su posible proyección de futuro.

3.1. El caso de Londres 2012

La cláusula de resolución de disputas que se acordó para los contratos relacionados con los Juegos Olímpicos de Londres siguió el modelo *New Engineering Contract* o *NEC Engineering and Construction Contract* (NEC3), un sistema creado por la UK Institution of Civil Engineers que ofrece una guía para la redacción de documentos relacionados con proyectos de ingeniería civil, construcción y mantenimiento, con el fin de obtener licitaciones y otorgar y administrar contratos. El modelo NEC3 fue ajustado, no obstante, para garantizar el cumplimiento de las exigencias establecidas por el Comité Olímpico Internacional.

De acuerdo con lo anterior, la cláusula en cuestión recogió un proceso escalonado que incluía dos modelos de *dispute boards* distintos: (i) un órgano llamado Independent Dispute Avoidance Panel

(IDAP) y (ii) un *adjudication panel* (AP). Finalmente, se estableció el recurso a la vía jurisdiccional. Se analizan a continuación cada uno de los elementos de la cláusula.

El IDAP estaba integrado por un total de once profesionales del ámbito de la construcción. Su finalidad principal consistía en encontrar soluciones rápidas a las potenciales controversias que podían surgir entre los contratistas y la Autoridad de la Ejecución Olímpica a medida que el proyecto se iba desarrollando, con el fin de evitar que las desavenencias se convirtiesen en auténticas disputas formales entre las partes. Por lo tanto, el panel se constituyó de acuerdo con el formato de *standing dispute board*. El IDAP se reunía periódicamente para hacer seguimiento de la evolución de los proyectos. A cada uno de los miembros del órgano se le asignaron también proyectos específicos dentro de la organización de los Juegos, con el objetivo de que pudieran prestarle la debida atención a cada uno de ellos.

El siguiente escalón de la cláusula preveía el recurso a un órgano de evitación y resolución de disputas constituido por paneles de expertos divididos en distintas áreas de conocimiento, i. e., el adjudicador o el AP, constituido por doce miembros también expertos en construcción. Todas aquellas disputas que no fueran susceptibles de resolución a través del proceso consultivo encargado al IDAP serían remitidas al AP. De acuerdo con la información disponible, únicamente dos disputas en total fueron remitidas al AP, lo cual prueba el éxito del uso combinado de un *dispute board* con un método adjudicador como el que se constituyó para Londres 2012.

Finalmente, como último paso de la cláusula de resolución de disputas, se preveía el recurso a la vía jurisdiccional en el supuesto de que alguna de las partes no estuviera conforme con la decisión emitida por los miembros del *dispute board*. El órgano judicial competente para resolver estas disputas era la Technology and Construction Court. No obstante, según los datos publicados, no se inició ninguna acción legal por los contratistas en relación con el proyecto, lo que nuevamente es un síntoma del éxito del mecanismo de prevención y resolución de disputas aplicado en Londres 2012.

3.2. El caso de Río 2016

En cuanto a los Juegos de Río de Janeiro 2016, se acordó incorporar un *dispute board* en los contratos de construcción relacionados con el proyecto. La ya mencionada Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), una organización sin ánimo de lucro constituida en 1996 y entidad de referencia dedicada a promover el empleo de los *dispute boards*, participó en el diseño del mecanismo de prevención y resolución de disputas de los Juegos de Río y ofreció un programa de formación a los expertos que formarían parte de los *dispute boards*.

De esta forma, la DRBF decidió constituir un modelo de *dispute board ad hoc* (esto es, creado una vez la disputa ya hubiera surgido entre las partes), formado a su vez por dos paneles distintos: (i) un *dispute board* integrado por tres miembros, escogidos dos de ellos por cada una de las partes y el tercero de mutuo acuerdo por los dos miembros previamente seleccionados; y (ii) un panel de presidentes (*dispute board chairs*) encargados de presidir los *dispute boards* de tres miembros mencionados en el punto (i) anterior. Los miembros de ambos modelos fueron escogidos de una lista de expertos locales certificados y con formación suficiente de acuerdo con las características del proyecto.

Asimismo, al tratarse de un modelo de *dispute board* creado específicamente para estos Juegos, las reglas del panel se redactaron siguiendo los principios de *ConsensusDocs* (en concreto, 200.4 y 200.5), i. e., un conjunto de documentos estandarizados creado en 2007 por veinte organizaciones distintas del ámbito de la ingeniería, construcción y arquitectura.

Se estableció un *dispute board* distinto para cada uno de los contratos suscritos en relación con los Juegos. Los paneles emitían opiniones escritas cuando se solicitaban por las partes del contrato, y se permitía también solicitar la emisión de una decisión vinculante. Como método heterocompositivo posterior y definitivo, se estableció la vía arbitral.

En el caso de Río 2016, se creó asimismo una figura novedosa, el gestor institucional del programa o *program manager*, cuya función era coordinar las actividades de los *dispute boards* y servir como centro de resolución de eventuales cuestiones procesales o burocráticas relativas a estos paneles, actuando como una suerte de órgano administrativo del *dispute board* (función que, por cierto, desempeñan en la actualidad numerosas instituciones arbitrales, tales como la Cámara de Comercio Internacional, que en 2015 publicó un reglamento sobre *dispute boards* en virtud del cual actúa como entidad nominadora).

3.3. El caso de Tokio 2020

Los Juegos de Tokio 2020 estuvieron rodeados de numerosos escándalos, entre los que cabe destacar la manipulación de contratos, la existencia de sobornos y otras controversias relacionadas con el diseño original del estadio y del propio logo olímpico.

No existe información pública disponible relativa al uso de *dispute boards* en los contratos relacionados con este proyecto. En general, los contratos de construcción estándar en Japón suelen establecer un mecanismo escalonado de resolución de disputas, en el que las partes están inicialmente obligadas a remitir sus controversias al Committee for Adjustment of Construction Work Disputes, que ofrece servicios de mediación, conciliación y arbitraje. Los *dispute review boards*, esto es, la modalidad en la que el panel únicamente emite opiniones o recomendaciones (no vinculantes), rara vez se emplean en contratos de construcción domésticos.

3.4. Los futuros casos de París 2024, Los Ángeles 2028 y Brisbane 2032

Las próximas Olimpiadas se celebrarán en París en 2024. El modelo de París es novedoso, pues la mayoría de las infraestructuras ya existían con anterioridad y la ciudad únicamente debe construir una parte del proyecto. En concreto, París debe erigir un nuevo estadio, tramos adicionales de trenes y una piscina olímpica. El resto del plan lo constituyen obras de renovación de infraestructuras ya existentes (como es el caso de la Villa Olímpica, que utilizará edificios ya construidos).

No obstante, lo cierto es que la ciudad está experimentando retrasos ocasionados principalmente por el impacto de la guerra de Ucrania en el sector de la siderurgia. París constituye así un ejemplo de cómo circunstancias inesperadas pueden ocasionar retrasos y complicaciones incluso en proyectos donde únicamente una parte de las instalaciones deben construirse “desde cero”. En este contexto, el recurso a paneles de expertos con conocimiento constante de la evolución del

proyecto supondría una herramienta adicional para evitar que las disputas que puedan surgir a raíz de estos retrasos impidan la consecución de los objetivos franceses para 2024.

Las dos siguientes ediciones de los Juegos Olímpicos tendrán lugar en Los Ángeles en 2028 y Brisbane en 2032. Varios autores y expertos ya han manifestado que el uso de un *dispute board* puede ser una de las herramientas clave para garantizar el éxito último de estos proyectos. En este sentido, los ejemplos de Londres 2012 y Río 2016, con todas sus lecciones prácticas, podrían consagrarse como modelos a seguir para estas ciudades.

Por último, y pese a que no es objeto del presente foro, es importante destacar que el uso de *dispute boards* no debería limitarse a proyectos como los Juegos Olímpicos, sino que su flexibilidad, agilidad y pericia técnica los hacen especialmente útiles en otros eventos multitudinarios donde también se lleven a cabo importantes inversiones en infraestructuras, como mundiales de fútbol, rugby o Fórmula 1, así como en el contexto de la celebración de congresos internacionales de gran alcance, entre los que cabe citar el Mobile World Congress o las próximas Expo de 2025 (Japón) y 2027 (Serbia).

4. Conclusión

Los Juegos Olímpicos representan un gran desafío logístico y económico para las ciudades sede y sus respectivos Gobiernos. El proyecto en su conjunto, que precisa de una estrecha colaboración público-privada, debe finalizar necesariamente en la fecha preestablecida, sin que sea posible retraso alguno en la consecución de sus hitos principales.

Los *dispute boards* son un mecanismo flexible, rápido y de carácter netamente técnico cuyo objetivo principal es la resolución amistosa de los conflictos, normalmente con carácter preventivo, para permitir que las partes puedan completar el proyecto sin retrasos y sobrecostes. Por ello, el uso de los *dispute boards* en el contexto específico de unos Juegos Olímpicos permite que un panel de expertos realice un continuo seguimiento del desarrollo del proyecto, evitando cualquier tipo de dilación indebida y colaborando en la evolución exitosa de la inversión.

Los casos exitosos de Londres 2012 y Río 2016 constituyen un claro ejemplo de lo anterior. Los *dispute boards* constituidos en ambos casos contribuyeron decisivamente a evitar que numerosos conflictos entre las partes contractuales terminasen en vía jurisdiccional o arbitral, lo que permitió que el proyecto culminase en tiempo y forma.

Bibliografía

AGENCIAS (2023). Escándalo en Japón por amaños en los contratos de Tokio 2020. *La Vanguardia*, 27 de febrero de 2023. Recuperado de: <https://www.lavanguardia.com/deportes/olimpiadas/20230227/8786679/juegos-olimpicos-tokio-2020-amanos-japon.html>.

ALANDETE, Belén (2021). Implementar los dispute boards en España, ¿por qué no? Diario La Ley, n.º 9821, de 30 de marzo de 2021. Recuperado de: https://www.broseta.com/wp-content/uploads/2021/03/DLL_N9821_BAS_Implementar_dispute_Boards.pdf.

ALTMAN, Gustavo (2018). Dispute board é saída eficaz para solução de conflito, apontam especialistas. Página web del despacho L.O. Baptista Advogados, 15 de noviembre de 2018. Recuperado de: <https://www.baptista.com.br/dispute-board-e-saida-eficaz-para-solucao-de-conflito-apontam-especialistas/>.

ARCHITECTURE OF THE GAMES (2013-2023). Paris 2024. Recuperado de: <https://architectureofthegames.net/paris-2024/>.

BARROS DE FIGUEIREDO, Augusto y NETO, Silva (2019). Os dispute boards no Brasil: Evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution*, Vol. 1, n.º 2 (2019) Jul./Dez. Recuperado de: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/44>.

BLAMIRE-BROWN, Charles. PARRA MARTÍNEZ, Sofía (2021). Using dispute boards to avoid and resolve construction disputes. Página web del despacho Pinsent Masons, 9 de diciembre de 2021. Recuperado de: <https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/using-dispute-boards-to-avoid-and-resolve-construction-disputes>.

CLARK, Wayne (2021). *Construction Disputes. Seeking Sensible Solutions*. London Publishing Partnership.

CONSTRUCTION EUROPE (2021). Dispute boards can be an effective resolution for projects. Recuperado de: <https://www.construction-europe.com/news/dispute-boards-can-be-an-effective-resolution-for-projects/8013676.article>.

CORBET, SYLVIE (2023). Paris rushing to finish 2024 Olympics construction work. Página web de CBC, 24 de enero de 2023. Recuperado de: <https://www.cbc.ca/sports/olympics/paris-construction-delay-1.6724194>.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel (2014). *Avenencia o ADR. Negociación, mediación, peritajes, conciliación, pactos y transacciones*. Madrid, Iurgium.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; ARENAS GARCÍA, Rafael y DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto (2016). *Derecho de los negocios internacionales*. Iustel.

GOV.UK. Olympic Delivery Authority. Recuperado de: <https://www.gov.uk/government/organisations/olympic-delivery-authority/about>.

INTERNATIONAL RISK MANAGEMENT INSTITUTE (IRMI). *ConsensusDocs*. Recuperado de: <https://www.irmi.com/term/insurance-definitions/consensusdocs>.

JOHNSON, Alex. STEPHEN, Evans (2017). To W3 or Not to W3: Dispute Avoidance Under NEC4. Página web del despacho Squire Patton Boggs, julio de 2017. Recuperado de: <https://www.squire-pattonboggs.com/~media/files/insights/publications/2017/08/construction-and-engineering-update-summer-2017/construction-and-engineering-summer-update-newsletter.pdf>.

MIERS, Christopher (2015). Real Time Dispute Resolution in Rio de Janeiro... Since you Cannot Delay the Olympic Games. Kluwer Arbitration Blog, 25 de mayo de 2015. Recuperado de: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/05/25/real-time-dispute-resolution-in-rio-de-janeiro-since-you-cannot-delay-the-olympic-games/>.

NEC SUITE OF CONTRACTS. Recuperado de: <https://www.neccontract.com/>.

NUVIALA, Irene (2021). *Los Dispute Boards como mecanismo jurídico de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción. Un análisis desde la perspectiva del derecho transnacional*. Tesis extraída del repositorio de la Universidad de Zaragoza. Recuperado de: <https://zaguan.unizar.es/record/106186/files/TESIS-2021-158.pdf>.

PARÍS 2024. Recuperado de: <https://www.paris2024.org/en/>.

PINHEIRO, Kaira (2023). Disputes Boards: An Overview of the Asia-Pacific Region. Página web del Australian Disputes Centre. Recuperado de: https://disputescentre.com.au/disputes-boards-an-overview-of-the-asia-pacific-region/#_ftn27.

RAVENSROFT, Tom (2021). Five architecture and design controversies that rocked the Tokyo Olympics. Página web de Dezeen, 6 de agosto de 2021. Recuperado de: <https://www.dezeen.com/2021/08/06/tokyo-2020-olympics-controversies-architecture-design/>.

STEPHENSON, Andrew. GOLDSMITH, Lucy, FRITH, Harrison (2023). Dispute boards and the Olympic Games: A tried and tested method of dispute avoidance. Página web del despacho Corrs Chambers Westgarth, 2 de marzo de 2023. Recuperado de: <https://www.corrs.com.au/insights/dispute-boards-and-the-olympic-games-a-tried-and-tested-method-of-dispute-avoidance>.

WADE, Stephen (2023). Dispute centered around redevelopment of historic Tokyo park, iconic stadiums. Página web de Associated Press, 17 de mayo de 2023. Recuperado de: <https://apnews.com/article/japan-jingu-gaien-tokyo-olympics-yuriko-koike-8bf674be85dd882fdc61d44fe8221a1a> .

Foro de Actualidad

Derechos Humanos

EL ARTÍCULO 35.11 DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 DE EXTRANJERÍA: MECANISMO PARA LA ASUNCIÓN DE TUTELA DE MENORES EXTRANJEROS POR PARTE DE DETERMINADAS ENTIDADES DEDICADAS A LA PROTECCIÓN DE MENORES

Aina Valls Bolta y Julia Rodrigo Sanz

Abogadas del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Valencia)

El artículo 35.11 de la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería: mecanismo para la asunción de tutela de menores extranjeros por parte de determinadas entidades dedicadas a la protección de menores

Las administraciones autonómicas asumen ope legis la tutela de los menores extranjeros no acompañados, los cuales se encuentran en situación de desamparo. El artículo 35.11 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ("LOEX") introdujo un mecanismo innovador en virtud del cual esa tutela podía ser asumida por "organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores", a través de la suscripción de convenios

por parte de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. El precepto analizado contiene una regulación exigua y poco detallada sobre el contenido y régimen jurídico de esos convenios. Adicionalmente, no existen precedentes administrativos o jurisprudenciales sobre la interpretación y aplicación del artículo 35.11 de la LOEX. Ante ello, el presente artículo pretende identificar los elementos esenciales para el funcionamiento y viabilidad jurídica de este mecanismo.

PALABRAS CLAVE:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO, TUTELA, PROTECCIÓN DE MENORES.

Article 35.11 of Basic Law 4/2000 non-national's rights: a way for non-governmental organisations, foundations and entities that protect children to assume their guardianship

Spain's regional governments assume legal guardianship of unaccompanied non-national minors who are deprived of parental care. Article 35.11 of Basic Law 4/2000 of 11 January on the rights, freedoms and social integration of non-nationals in Spain ("Basic Law 4/2000") introduced an innovative mechanism through which "non-governmental organisations, foundations and entities committed to child protection" can assume such guardianship if the General State Administration and the regional governments sign agreements to that effect. But that provision does not stipulate what these agreements should contain and how they should be regulated, providing only minimal detail. Nor are there administrative precedents or case law on how article 35.11 of Basic Law 4/2000 is to be interpreted or applied. This article aims to identify the essential elements for this mechanism to function and be legally viable.

KEYWORDS:

MINOR'S BEST INTEREST, UNACCOMPANIED NON-NATIONAL MINORS, GUARDIANSHIP, CHILD PROTECTION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 1-6-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 6-6-2023

Valls Bolta, Aina; Rodrigo Sanz, Julia (2023). El artículo 35.11 de la Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería: mecanismo para la asunción de tutela de menores extranjeros por parte de determinadas entidades dedicadas a la protección de menores. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 237-248 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

De conformidad con los artículos 172.1 y 222 del Código Civil, la tutela de los menores extranjeros no acompañados que estén en situación de desamparo corresponde, por ministerio de la ley, a las entidades públicas a las que las Comunidades Autónomas hayan encomendado la protección de menores.

Por excepción a la anterior norma general, la LOEX introduce en su artículo 35.11 la novedosa posibilidad de que la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas puedan establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados.

El citado precepto continúa fijando el contenido mínimo del convenio, que comprende el número de menores cuya tutela se compromete a asumir la entidad en cuestión, el lugar de residencia y los medios materiales que se destinarán a la atención de los menores. Adicionalmente se refiere

al procedimiento de constitución de tutela y, en concreto, al órgano competente para constituirla (juez del lugar donde vaya a residir el menor), al promotor de la constitución de tutela (administración autonómica bajo cuya custodia esté el menor) y a los requisitos para constituirla (aportación del convenio y conformidad de la entidad que vaya a asumir la tutela). Por último, finaliza el artículo haciendo referencia a la normativa aplicable a la tutela, esto es, al Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y demás normas sobre protección de menores.

El artículo 35.11 de la LOEX fue introducido en la Ley Orgánica 2/2009 mediante una enmienda cuyos firmantes eran los diputados del Grupo Parlamentario Mixto, concretamente del partido Coalición Canaria. Esta enmienda se propuso en el contexto de la denominada *crisis de los cayucos* en 2009, cuando se produjo un extraordinario número de llegadas de personas a las islas Canarias por vía marítima.

El informe de la ponencia de esta reforma normativa concluye que la finalidad perseguida por la norma es doble: por un lado, mejorar el sistema de gestión y ordenación de los flujos migratorios, teniendo en cuenta el contexto de la citada *crisis de los cayucos*; y, por otro lado, lograr el interés superior del menor, mejorando su integración y el tratamiento de su situación al disponer de nuevos instrumentos, como el artículo 35.11 de la LOEX. Dicha doble finalidad permite interpretar desde un punto de vista finalista o teleológico el alcance y los efectos de la norma.

Este precepto nunca ha sido aplicado, por lo que no existen precedentes administrativos o jurisprudenciales sobre su interpretación y aplicación. El presente artículo tiene por objeto exponer la forma en que debe interpretarse este precepto y los elementos fundamentales en él contenidos para que este instrumento, establecido en nuestra legislación vigente, pueda ser puesto en marcha con viabilidad jurídica.

2. Artículo 35.11 de la LOEX: finalidad e interpretación a la luz del principio del interés superior del menor

2.1. Finalidades perseguidas por el precepto

2.1.1. MEJORA DEL SISTEMA DE GESTIÓN Y ORDENACIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS

La llegada a España de menores con perfiles de especial vulnerabilidad que requieran de una atención especializada, en contextos de afluencias con un elevado número de llegadas, puede tensionar los recursos ordinarios de la Administración competente. Pese a ello, el principio del interés superior del menor no puede verse atenuado o excepcionado por esta causa.

La llamada *crisis de los cayucos* en Canarias inspiró el artículo 35.11 de la LOEX, habiendo apreciado el legislador la improcedencia de que la Comunidad Autónoma de Canarias tuviese que asumir por sí sola las consecuencias de esos flujos migratorios extraordinarios.

En situaciones como la expuesta, podemos encontrarnos ante menores extranjeros con circunstancias de especial vulnerabilidad (solicitante de protección internacional, víctima de abusos, violencia, etc.), que puedan incurrir en el riesgo de no recibir una atención urgente y adecuada a sus necesidades por una tensión en los recursos ordinarios de la administración autonómica. El artículo 35.11 de la LOEX permite ofrecer a esos menores una atención urgente y adecuada a sus necesidades, y, por tanto, constituye un instrumento a disposición de las Comunidades Autónomas para dar un tratamiento prioritario a estos casos especialmente sensibles. Este instrumento de colaboración público-privada va en línea con lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014) SEC(2010)534. Este documento señala que el enfoque que hay que aplicar para el respeto de los derechos de los niños *"también debería basarse en la solidaridad y la responsabilidad compartida entre los Estados miembros y los países de origen y tránsito, así como en la cooperación reforzada con organizaciones especializadas de la sociedad civil y las organizaciones internacionales"*.

2.1.2. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El interés superior del menor es un principio general del derecho que debe regir toda actuación o medida adoptada respecto de un menor (artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño; artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil —"LOPJM"—). Desde un punto de vista jurídico, el interés superior del menor deberá ser, en cada caso, la consideración primordial a tener en cuenta cuando una autoridad (administrativa o judicial) adopte una decisión que afecte al menor, debiendo prevalecer sobre cualquier otra consideración.

El artículo 35.11 de la LOEX persigue lograr el interés superior del menor con una mejora de atención a los niños y niñas. Para entender la lógica de este precepto hay que prestar atención a las circunstancias específicas del fenómeno al que pretende dar respuesta: *"la infancia en movimiento"*. Nos hallamos ante unos menores de edad que viajan solos en un proceso migratorio y que pueden tener unas necesidades de atención e integración especiales. Pueden encontrarse en circunstancias de especial vulnerabilidad, como ser solicitantes de asilo o víctimas de situaciones de abusos o violencia. Estas circunstancias no concurren en otros menores tutelados o concurren de forma muy excepcional. Pues bien, esas circunstancias especiales pueden justificar que, en determinados casos, la respuesta óptima a las necesidades de atención pueda ser la asunción de la tutela por parte de entidades privadas especializadas en la protección de menores.

Efectivamente, es preciso prestar atención a que el artículo 18 de la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, establece que, respecto de menores que hayan sido víctimas de *"cualquier forma de abuso, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano o degradante o que hayan sido víctimas de conflictos armados"*, los Estados miembros tienen las siguientes obligaciones: (a) procurar que tengan acceso *"a los servicios de rehabilitación"*, (b) velar por que se les preste *"atención psicológica adecuada"* y (c) proporcionar *"asistencia cualificada cuando sea necesario"*.

Por su parte, el artículo 19 de la mencionada Directiva trata específicamente el supuesto de los menores extranjeros no acompañados, y obliga a los Estados miembros a que se adopten, lo más rápidamente posible, *"las medidas necesarias para asegurar la representación de los menores no acompañados mediante una tutela legal o, en su caso, la representación mediante una organización nacional encargada del cuidado y bienestar del menor, o bien otro tipo de representación adecuada"*.

Atendiendo a lo anterior, el legislador europeo identifica que los menores pueden haber sido víctimas de abusos o situaciones de violencia grave, lo que genera unas obligaciones de asistencia cualificada para los Estados miembros. Asimismo, respecto de los menores extranjeros no acompañados (con carácter general), se obliga a los Estados miembros a establecer una tutela o representación adecuada.

Aunque estas disposiciones están centradas en los menores solicitantes de protección internacional, los rasgos de vulnerabilidad identificados por el legislador comunitario muestran la necesidad de aplicar los máximos recursos cualitativos para la atención de estos menores de edad.

Con estos parámetros, el artículo 35.11 de la LOEX puede constituir un mecanismo idóneo para cumplir con las obligaciones de atención de menores de edad extranjeros en situación de vulnerabilidad y con el principio del interés superior del menor. Es un instrumento que permite a las Administraciones públicas competentes promover la asunción de la tutela de menores con necesidades especiales (por razones de vulnerabilidad) por parte de entidades especializadas en estos casos.

2.2. Encaje del artículo 35.11 de la LOEX con las disposiciones del Código Civil en materia de tutela de menores

A los efectos que interesan al presente artículo, pueden destacarse tres previsiones del Código Civil en materia de tutela ordinaria:

- i. Las administraciones autonómicas tienen encomendada la asunción de la tutela de los menores desamparados en su territorio, por ministerio de la ley (artículos 172.1 y 222 del Código Civil).
- ii. No obstante, si existiesen personas que por sus relaciones con el menor u otras circunstancias pudiesen asumir la tutela en interés del menor, el juez designado promoverá el nombramiento del tutor que considere idóneo (artículos 172.4, 214 y 222 del Código Civil).
- iii. Las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores, podrán ser designados tutores (artículo 212 del Código Civil).

Una lectura en conjunto de estas disposiciones del Código Civil permitiría concluir (incluso sin existir el artículo 35.11 de la LOEX) la viabilidad jurídica de que una persona jurídica sin ánimo de lucro y que tuviese como fin la protección de los menores pudiese asumir la tutela de menores extranjeros no acompañados. Por tanto, la innovación jurídica que supone el artículo 35.11 de la LOEX no constituye una norma especial contradictoria a la norma general, sino una aplicación específica de lo ya previsto en el Código Civil para este colectivo de menores de edad.

3. Partes del convenio

Como se ha visto, el artículo 35.11 de la LOEX faculta a *“la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas para establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores”* con el objetivo de que estas últimas asuman la tutela ordinaria de menores extranjeros no acompañados. El elemento subjetivo del convenio estaría conformado por las siguientes partes:

3.1. La Comunidad Autónoma

En el caso de los menores extranjeros no acompañados que se encuentran en situación de desamparo, será la Comunidad Autónoma donde radiquen la que deba asumir su tutela por ministerio de la ley. Por tanto, es lógico y necesario que la administración autonómica, actuando a través del órgano competente para la tramitación y firma del convenio, sea parte de ese convenio de colaboración.

3.2. La Administración General del Estado

En primer lugar, conviene aclarar que la participación de la Administración General del Estado no respondería al ejercicio de sus competencias en materia de extranjería, ya que los acuerdos de los artículos 35.11 y 35.12 de la LOEX no afectan a las competencias sobre extranjería del Estado.

Sentado lo anterior, el artículo 35.11 de la LOEX genera dudas acerca de si es indispensable que participen simultáneamente en todos los convenios que se suscriban al amparo del artículo 35.11 de la LOEX la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma correspondiente (*“La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con [...]”*), o si, por el contrario, la participación de la Administración General del Estado es potestativa. En relación con esta disyuntiva pueden plantearse las siguientes consideraciones:

- i. Argumento a favor del carácter facultativo de la participación de la Administración General del Estado: en una interpretación sistemática del artículo 35 de la LOEX podemos apreciar que las Comunidades Autónomas pueden llegar a acuerdos con otras Comunidades Autónomas para asumir la tutela de menores extranjeros, sin que en tales casos sea necesaria la participación de la Administración General del Estado (artículo 35.12 de la LOEX). Si se llega a la conclusión de que no es necesaria la participación de la Administración estatal en la derivación de menores entre diferentes Comunidades Autónomas, tampoco parecería necesaria en el traspaso de la tutela de una Comunidad Autónoma a una entidad privada especializada.
- ii. Argumento en contra del carácter facultativo de la participación de la Administración General del Estado: una interpretación que permitiese la firma de estos convenios de forma individual por parte de las Comunidades Autónomas con entidades privadas supondría que la Administración General del Estado también tendría que poder firmar esos convenios de forma individual (esto es, dando lugar a un convenio entre la Administración

General del Estado y la entidad privada). No parece acertado jurídicamente que pueda celebrarse un convenio del artículo 35.11 de la LOEX sin contar con la participación de la Comunidad Autónoma que tiene bajo su tutela a los menores de edad.

A la vista de los anteriores argumentos, una interpretación razonable conduce a concluir que no es indispensable, pero sí conveniente, la participación de la Administración General del Estado en la suscripción de los convenios entre las Comunidades Autónomas y las entidades privadas. Aunque en términos estrictamente jurídicos sería defendible que esa participación no es indispensable, la conveniencia de que la Administración General del Estado sea también parte del convenio puede sustentarse en la aportación de ciertas ventajas, tales como que esta última puede promover contactos entre las otras partes y llevar a cabo labores de coordinación entre los dos sujetos principales de la relación, esto es, entre las Comunidades Autónomas y las entidades privadas participantes del convenio.

Otra ventaja adicional de la participación de la Administración General del Estado en el convenio es la posibilidad de que esta pueda aportar financiación sirviéndose de esta vía como fundamento legal, pues el legislador ha previsto el mecanismo del artículo 35.11 de la LOEX para aportar un recurso extraordinario a las Comunidades Autónomas que puedan tener tensionados sus recursos ordinarios en materia de protección de menores. Resulta razonable, pues, que el Estado, en esa función de fomento y coordinación, pueda aportar financiación (eventualmente a través de subvenciones públicas) para que ese mecanismo sea eficaz y logre el fin previsto por el legislador.

3.3. Organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores

El artículo 35.11 de la LOEX únicamente precisa que la tutela se podrá atribuir en virtud del convenio a organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades "*dedicadas a la protección de menores*". Más allá de esta premisa, no existe ningún requisito específico sobre la aptitud, capacidad y solvencia de estas entidades. Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que los principios generales del derecho (en especial, el principio del interés superior del menor) sí requieren que esas entidades que asuman la tutela reúnan una serie de criterios específicos que las conviertan en óptimas. Por ello, entendemos que, además de ser una entidad sin ánimo de lucro de las mencionadas entre cuyos fines figure la protección y asistencia a menores, tal y como establece el artículo 212 del Código Civil, se debe exigir plena capacidad, ausencia de causa de inhabilidad, solvencia técnica y determinada aptitud y solvencia económica (y poder asegurarla durante el tiempo que esté prevista la tutela) y medios y personal adecuado. Todos estos aspectos en detalle, dado que resultarán esenciales para el correcto traspaso y ejercicio de la tutela, deberán preverse suficiente y ordenadamente en el convenio.

4. Beneficiarios del convenio: los menores cuya tutela será asumida por las organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores

El artículo 35.11 de la LOEX se limita a establecer que se podrá atribuir la tutela de los *"menores extranjeros no acompañados"*, sin especificar si deben cumplir algún requisito adicional, tal como edad o perfil de vulnerabilidad. No obstante, parece coherente que se priorice en su aplicación a los menores en situaciones de especial y reforzada vulnerabilidad, como son los menores solicitantes de protección internacional o los menores en riesgo de ser víctimas de trata de personas.

El informe del Defensor del Pueblo sobre *"Migración en Canarias"* (2021) puso de relieve que, a pesar del número significativo de menores con necesidad de protección internacional detectado en su análisis, no se había registrado ni una sola solicitud de protección internacional en todo el año 2020 y, por este motivo, citaba el mecanismo del artículo 35.11 de la LOEX como un instrumento idóneo para ofrecer la atención necesaria a estos menores.

Por otro lado, la Observación General N.º 6 (2005) sobre el *"Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen"*, elaborada por el Comité de los Derechos del Niño, indicaba que estos menores están sujetos a una *"mayor exposición a la explotación y abusos sexuales, al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil (también a beneficio de sus familias de adopción) y a la privación de libertad"*, siendo *"particularmente vulnerables a la explotación y los malos tratos"*, unos peligros que son mayores para los menores, ya que adicionalmente están *"particularmente expuestas a la violencia de género y, en particular, a la violencia doméstica"*.

Al respecto conviene señalar que existe una voluntad legislativa de reforzar la cooperación público-privada en materia de extranjeros en situación de vulnerabilidad, de la que es reflejo no solamente el artículo 35.11 de la LOEX, sino también el artículo 59 bis.6 del mismo cuerpo legal, que establece la posibilidad de colaborar con las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y protección de las víctimas de la trata de seres humanos, así como el artículo 146.2 del 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, que también prevé la necesidad de recursos específicos para aquellos menores extranjeros no acompañados que hayan sido víctimas de trata de seres humanos.

5. Naturaleza jurídica del convenio del artículo 35.11 de la LOEX y régimen jurídico aplicable

El convenio del artículo 35.11 de la LOEX no tiene la naturaleza jurídica de un contrato del sector público sujeto a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ("LCSP"), puesto que no es un contrato oneroso con obligaciones sinalagmáticas y recíprocas, ni tampoco tiene por objeto la prestación de un servicio o la gestión de un servicio público.

En consecuencia, la LCSP no será aplicable, en este caso, ni en relación con el procedimiento de preparación y selección de los entes privados que suscribirán el convenio ni en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de este.

El convenio previsto en el artículo 35.11 de la LOEX constituye uno de los supuestos de los convenios que pueden suscribir las Administraciones públicas de conformidad con los artículos 47 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, la cual deberá complementar las mínimas previsiones del artículo 35.11 de la LOEX en lo relativo a su régimen jurídico, contenido y procedimiento de aprobación.

Por consiguiente, estos convenios pueden ser suscritos por Administraciones públicas entre sí o *"con sujetos de derecho privado para un fin común"* (artículos 47.1 y 48.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, "LRJSP"), siendo un instrumento que da cabida a la formalización de un acuerdo entre las administraciones autonómicas y estatal y las organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores.

La suscripción de estos convenios debe *"mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera"* (artículo 48.3 de la LRJSP). Este requisito se cumpliría en el presente caso atendiendo a la específica finalidad perseguida por el artículo 35.11 de la LOEX.

En cuanto a su duración, los convenios deben tener necesariamente una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años según el artículo 49.h de la LRJSP. Antes de la finalización del plazo de duración del convenio, las partes podrán acordar por unanimidad la prórroga del convenio por un periodo de cuatro años adicionales o su extinción.

Este plazo máximo solamente afectará a los compromisos entre las partes del convenio, pero no afectará a las tutelas constituidas por el juez competente respecto de menores concretos, que podrían tener, por hipótesis, una duración superior a cuatro años en función de la edad del menor en el momento de inicio de la tutela.

En cuanto a la financiación de la actividad objeto de los convenios celebrados al amparo del artículo 35.11 de la LOEX, en la medida que su celebración supone que entidades privadas asumirán la tutela de menores extranjeros no acompañados y que, junto con la asunción de la tutela, se asu-

men también obligaciones, responsabilidades y costes relevantes, es razonable que los costes de la tutela reciban una financiación pública.

Es preciso que en el convenio quede reflejada toda la información sobre esa financiación (compromisos asumidos, administración o administraciones responsables de la financiación, etc.).

No existe una única solución posible sobre el modo de estructurar esos fondos públicos, pero podemos apuntar como opciones la financiación por parte de la Comunidad Autónoma y de la Administración General del Estado mediante subvención directa a las fundaciones, pues la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, dispone que es viable jurídicamente la concesión directa de subvenciones (esto es, sin un procedimiento de pública concurrencia, cuando existan razones de interés público, social y humanitario o una combinación de ambas fuentes de financiación).

6. Procedimiento aplicable para la suscripción del convenio y su ejecución

6.1. Formalización del convenio

El artículo 35.11 de la LOEX no regula ningún procedimiento para la aprobación y formalización del convenio. Tampoco identifica si ese procedimiento debe instarse de oficio o puede iniciarse a instancia de parte.

De conformidad con los principios y reglas generales sobre procedimiento administrativo común, debe considerarse que este procedimiento puede iniciarse a instancia de parte, por lo que la entidad privada interesada podrá presentar la documentación relativa al proyecto ante la administración autonómica competente para que esta valore la procedencia de aplicar el mecanismo establecido en el artículo 35.11 de la LOEX. Paralelamente, se podrá iniciar la tramitación del procedimiento administrativo para la aprobación del convenio y su formalización por las partes.

La segunda fase del procedimiento consistiría en la identificación, por parte de la entidad privada interesada, de los menores vulnerables que pudiesen verse favorecidos por el mecanismo del art. 35.11 de la LOEX, atendiendo a sus necesidades específicas, con la previa autorización de la administración autonómica competente. Habida cuenta de que el objetivo de estas actuaciones es identificar a los menores con perfiles e historias de especial vulnerabilidad (necesidades de protección internacional, víctimas de violencia y/o abusos, etc.), cuya tutela pudiesen asumir de forma idónea las entidades privadas, lo conveniente sería que tal misión de identificación se llevase a cabo sobre el terreno, mediante el envío de personal durante un periodo de tiempo limitado.

Necesariamente, esta misión de identificación requerirá de la aprobación de la administración autonómica competente, incluyendo la autorización necesaria para que ese personal pueda acceder a los centros e instalaciones donde están alojados los menores extranjeros, la identificación de la persona responsable de la administración autonómica competente que supervisa la misión

y ejerce como persona de enlace, y una descripción del tiempo y actuaciones que se desarrollarán. Sobre la financiación de los costes de estas actuaciones, debería valorarse la posibilidad de otorgar una subvención en estos momentos o esperar a la formalización del convenio del artículo 35.11 de la LOEX para regular esta cuestión.

Esta misión de identificación finalizaría con un informe elaborado por el personal de la entidad privada interesada que sería puesto a disposición del órgano correspondiente de la administración autonómica competente.

Atendiendo a la identificación de menores vulnerables que pueden requerir de una atención de urgencia, la administración autonómica competente podría acordar desde ese momento la guarda provisional de los menores por parte de la entidad privada interesada, previamente a la suscripción del convenio, en atención al interés superior del menor.

En relación con esta medida de protección de guarda provisional, es necesario precisar que la tutela la seguirá manteniendo, provisionalmente, la Comunidad Autónoma correspondiente, sin que sea necesaria la autorización judicial por tratarse de una medida administrativa que podría ser acordada por la administración autonómica competente, siempre y cuando tenga competencias para ello.

En caso de que la medida de protección de guarda provisional sea adoptada, será necesaria la coordinación con la Comunidad Autónoma donde vaya a residir el menor, por lo que la administración autonómica a la que corresponda la tutela del menor en cuestión deberá comunicar previamente a la Comunidad Autónoma de destino su intención de que un menor de edad tutelado sea trasladado al territorio de la otra Comunidad Autónoma, en régimen de guarda provisional por alguna de las entidades privadas interesadas y en el marco del convenio del artículo 35.11 de la LOEX.

El procedimiento para la suscripción del convenio deberá ceñirse a la normativa autonómica que regule los convenios que pueden suscribir las Administraciones públicas de conformidad con los artículos 47 y siguientes de la LRJSP. Sin perjuicio de las particularidades de la normativa de cada Comunidad Autónoma, antes de la aprobación del convenio y su suscripción, la administración autonómica competente deberá, entre otros asuntos, preparar una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión; preparar un informe sobre cobertura presupuestaria del gasto en caso que del convenio se derivaran obligaciones económicas; acreditar el carácter financieramente sostenible del convenio mediante el correspondiente documento contable, y recabar el informe preceptivo de los servicios jurídicos.

Para el caso de que la Administración General del Estado fuese parte del Convenio, de acuerdo con la LRJSP, el Ministerio competente del Gobierno de España debería preparar una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico y el carácter no contractual de la actividad en cuestión, además de recabar el informe del servicio jurídico y acreditar la existencia de crédito presupuestario cuando el Estado asuma, en el ámbito de sus competencias, los compromisos frente a terceros.

El convenio se perfeccionará por la prestación del consentimiento de las partes, deberá ser registrado en los registros de cada una de las administraciones firmantes y deberá publicarse oficialmente.

6.2. Procedimiento judicial para la constitución de la tutela

Suscrito el convenio, a solicitud de la administración autonómica competente, se iniciaría el procedimiento judicial para la constitución de las tutelas de los menores concretos por la entidad privada interesada, al cual le serán de aplicación los artículos 43 y siguientes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015), y supletoriamente se aplicará la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y el Código Civil, en las disposiciones relativas a la tutela.

Finalmente, constituida la tutela, correspondería a la entidad privada interesada, a la administración autonómica y al órgano judicial competente adoptar las medidas necesarias para la ejecución del convenio y el seguimiento de la tutela.

7. Conclusiones

El artículo 35.11 de la LOEX es una norma especial que, siendo acorde con las disposiciones del Código Civil sobre la tutela de menores, supone una herramienta innovadora que responde a un fenómeno muy concreto, esto es, *la infancia en movimiento*, y que permite atribuir la tutela de estos menores a fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores, todo ello atendiendo al interés superior del menor. Dicha norma, que hasta el momento no se ha aplicado, puede ser una herramienta útil en un futuro tanto para afrontar futuras crisis migratorias como para aliviar la tensión de recursos acumulada.



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