63

Diciembre 2023

Actualidad Jurídica Uría Menéndez

Tribuna Abierta

Sobre la desjudicialización de la justicia civil
Ignacio Díez-Picazo

Artículos

Métodos indiretos de determinação da matéria tributável de empresas insolventes
António Castro Caldas, Catarina Fernandes e Isabel Aparício

Experiencias recientes en la jurisprudencia contencioso-administrativa española en materia de opas
Manuel Vélez Fraga, Miguel Martínez Gimeno y Eduardo Ayala González

El elemento subjetivo del tipo infractor en materia de *gun-jumping*: desarrollos desde el asunto Bergé
Álvaro Angulo Garciandía

El llamado "Caso Convenios" en Chile: consecuencias, lecciones y desafíos para el traspaso de fondos públicos a privados
José Luis Lara Arroyo y María José Luna Bravo

Foro de Actualidad

España
Portugal
Unión Europea
Internacional
Derechos Humanos

URÍA MENÉNDEZ

COMITÉ EDITORIAL
Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
Antonio Manuel Morales Moreno, *Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Fernando Rodríguez Artigas, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Pantaleón Prieto, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Vicente Cuñat Edo, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Gómez Pomar, *Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Pomapeu 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, Gloria Marín Benítez

REDACTORES
Alejandro Anca Alamillo y José Antonio González Salgado

OBRA EN CUBIERTA:
Nuno Cera, *A room with a view #11* (Hotel Puerta de America, Madrid)

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

63

Diciembre 2023

URÍA MENÉNDEZ

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

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

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

Sumario

Tribuna Abierta

9 Sobre la desjudicialización de la justicia civil
Ignacio Díez-Picazo

Artículos

23 Métodos indiretos de determinação da matéria tributável de empresas insolventes
António Castro Caldas, Catarina Fernandes e Isabel Aparício

41 Experiencias recientes en la jurisprudencia contencioso-administrativa española en materia de opas
Manuel Vélez Fraga, Miguel Martínez Gimeno y Eduardo Ayala González

61 El elemento subjetivo del tipo infractor en materia de gun-jumping: desarrollos desde el asunto Bergé
Álvaro Angulo Garciandia

76 El llamado "Caso Convenios" en Chile: consecuencias, lecciones y desafíos para el traspaso de fondos públicos a privados
José Luis Lara Arroyo y María José Luna Bravo

Foro de Actualidad

España

93 Regímenes tributarios especiales para impatriados: una comparación con Italia y Portugal desde la modificación operada por la Ley de Fomento del ecosistema de las empresas emergentes
Alberto Artamendi Gutiérrez y Reyes Nieto Arévalo (con la colaboración de Matteo Viani, dottore Commercialista)

110 La prejudicialidad contencioso-administrativa en los procedimientos civiles de reclamación de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia: práctica reciente
Linda Guerra Henríquez y Valentina Pacella Garay

122 El Tribunal Constitucional confirma que la regulación de derechos de adquisición preferente a favor de la Administración mediante decreto-ley es conforme a la Constitución
Javier Carvajal Cervera

134 AUDAX y préstamos ICO Covid: la reciente doctrina de la CNMC en la aplicación del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia
Isabel María Fernández Pérez

142 Circulares internas del Banco de España y garantías del particular frente a las visitas de inspección: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo n.º 914/2023, de 4 de julio
Carlos Lora González

152 Los motivos económicos válidos y la ventaja fiscal a regularizar en operaciones de reestructuración empresarial
Teresa Morales Gil, Silvia Iborra y Candela Pérez

162 La declaración de zonas de mercado residencial tensionado en Cataluña
Joan Andreu Cortada y Rafael García-Perrote Martínez

174 El Registro Central de Titularidades Reales: cuestiones prácticas e interrogantes
Xavier Codina García-Andrade e Iñigo Ormaeche Lendínez

Portugal

184 Decreto-Lei n.º 80/2023, de 6 de setembro. O procedimento excecional de atribuição de capacidade de ligação à rede de instalações de consumo de energia elétrica em zonas de grande procura
Gonçalo Andrade e Sousa e Vera Galhardo Simões

191 A desconsideração inversa da personalidade jurídica: o arresto de bens de uma sociedade para garantia de uma dívida de uma pessoa singular
Luís Bértolo Rosa e Mafalda Fuzeta da Ponte

Unión Europea

202 El régimen de autorización de subvenciones extranjeras entra en aplicación
Edurne Navarro Varona e Inés Pajares de Dios Tarancón

209 La reforma del mercado de la electricidad en la Unión Europea
Roberto Fernández Castilla y Laura Martín de la Hera

Internacional

219 Novedades en materia de inversiones extranjeras directas: el nuevo Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores
Marina Pulido y Celia García Paredes

227 El régimen jurídico de las transferencias internacionales de datos personales entre Europa y EE. UU.
Leticia López-Lapuente y Mirian Goitia

Derechos Humanos

238 Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los Órganos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 y 13 de junio de 2023
Carlos Cervera Yñesta y Diego Sánchez Borjas

259 Directrices para las colaboraciones

Tribuna Abierta

Tribuna Abierta

SOBRE LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL

Ignacio Díez-Picazo

Catedrático de Derecho Procesal. Abogado

Sobre la desjudicialización de la justicia civil

La necesidad de desjudicialización de la justicia civil se ha convertido en un mito, en un axioma. Se trata más bien de una política que debe ser abordada con ciertas cautelas o prevenciones. Debe precisare con claridad cuál es el fin primordial de cada medida: descongestionar los tribunales; eficiencia de costes y tiempo; evitar la controversia. El exceso de litigiosidad se maneja como un tópico que conviene cuando menos poner en cuestión. Los MASC no deben incurrir en formalismos ni hiperregulación. Son preferibles las políticas basadas en incentivos voluntarios (nudges). Debe criticarse la administrativización de controversias civiles, que puede considerarse inconstitucional. Los mismos fines que se pretenden lograr con medidas de desjudicialización se pueden lograr también por otras vías.

PALABRAS CLAVE:
Desjudicialización; Justicia Civil; Litigiosidad; Costes de la Justicia.

On "dejudicialising" civil law disputes

The need to "dejudicialise" civil law disputes has become an ideal, a kind of accepted truth. On the contrary, it is a strategy that requires caution and forward planning. Each measure's main aim needs to be established: free up the courts; cost and time efficiency; avoid disputes. Excess litigation is viewed as a hot topic that should be put into question. ADR mechanisms should not be overly formalistic or regulated. Policies based on voluntary incentives (nudges) are preferable. Handling civil disputes in administrative courts, which can be deemed unconstitutional, should not be an option. There are other means of achieving the same goals as those that "dejudicialising" measures pursue.

KEY WORDS:
"Dejudicialisation", civil law disputes, litigation, cost of justice.

FECHA DE RECEPCIÓN: 16-11-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 26-11-2023

Díez-Picazo, Ignacio (2023). Sobre la desjudicialización de la justicia civil. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 9-20 (ISSN: 1578-956X).

1. Una excusatio non petita

Este es un artículo de opinión. No sé si es propiamente un trabajo jurídico al uso. Lo es su tema, pero poco más, porque no encontrará el lector en estas páginas un examen *de lege lata* de institución alguna; y tampoco pretendo propiamente hacer visiones prospectivas o de política jurídica —a las que me confieso aficionado—, aunque alguna haré. Lo que sí encontrará el lector son opiniones sobre ciertas prevenciones o cautelas que me parecen importantes en el tema que el título anuncia.

Abordaré algunas cuestiones y verteré algunas ideas sobre el tópico, casi diría el mito, de la necesidad de desjudicialización de la justicia. Las consideraciones se limitarán a la justicia civil, porque es la que conozco —en alguna medida— a la vez como académico y profesional. El término *desjudicialización* se usa también en el orden penal, pero con un ámbito y un sentido bien distintos. Y se usa también en el ámbito político, y ahí ya con un sentido que no tiene absolutamente nada que ver con lo que pretendo tratar. Lo que digo lo circunscribo, por tanto, a la justicia civil (que engloba obviamente la denominada *mercantil*).

Escribo estas páginas con cierto temor y prevención, o, por mejor decir, con temor y prevención mayores de los que tengo como inevitable tendencia. Mi razón para escribir algo sobre la desjudicialización de la justicia civil es que desde hace años percibo la conversión de la desjudicialización de la justicia civil en un mito. Desjudicializar ha pasado a ser un verbo que parece que ha de evocar necesariamente a cualquier jurista sensaciones positivas y juicios favorables sin restricción. Y hacer oposición o crítica a la supuestamente incuestionable necesidad de desjudicialización de la justicia civil implica riesgos de inmediata descalificación.

Avanzo que no pretendo desmitificar sin más. No me opongo por principio a medidas de desjudicialización. Sé además que peco de simplista y poco riguroso al escribir concisamente, y sin aparato bibliográfico, acerca de un tema sobre el que se han escrito millares de páginas valiosas (las no valiosas no tienen unidad de medida). Mas lo cierto es que lo que vengo percibiendo a mi alrededor, y hablo básicamente de España, me ha conducido al funesto vicio de pensar. Diré en mi descargo que lo que expondré no son ocurrencias, sino reflexiones, aunque solo sea porque no son de ayer o anteayer. Y aunque incurriré en el error de simplificar lo complejo —lo que no me gusta nada cuando lo aprecio en otros—, me guía el mencionado propósito de exponer prevenciones frente al mito de la desjudicialización. A esos efectos trataré más el boceto que los detalles, el bosque más que los árboles. E insisto: tratar de prevenir no significa en absoluto situarse sin más en la oposición.

2. Desjudicializar es una política

Aunque sea empezar con una obviedad, conviene tener muy presente a la hora de analizar, estudiar, debatir y hacer propuestas sobre la llamada desjudicialización de la justicia civil que desjudicializar es una política, o un conjunto de políticas.

Desjudicializar consiste en imponer o promover que asuntos o controversias civiles que normalmente son resueltas por los jueces sean resueltas o evitadas por vías distintas al ejercicio de la jurisdicción por un juez en un proceso civil. Como se dice en obras generales de Derecho procesal civil, abarca *otras instituciones para la paz jurídica* distintas del proceso civil, otras instituciones de *autocomposición* y *heterocomposición* de controversias. Esa desjudicialización es de dos tipos: *externa* e *interna*. Llamo *externa* a la que se produce extramuros del conjunto orgánico de la Administración de Justicia; e *interna* a la que se produce dentro de este. La desjudicialización externa engloba principalmente los llamados medios alternativos de solución de conflictos (MASC), que constituyen ya por sí mismos un abanico muy diverso de instituciones. Abarca también la *administrativización* de controversias, esto es, la encomienda de la solución de conflictos a entes administrativos. MASC y *administrativización* son fenómenos distintos, aunque en ocasiones se solapan. La desjudicialización interna consiste básicamente en la atribución de competencias a los letrados de la Administración de Justicia (LAJ). También creo que debe incluirse la derivación de asuntos a la llamada jurisdicción voluntaria, incluso cuando la misma sigue teniendo carácter judicial.

Como se ve, lo que llamamos *desjudicialización* abarca una panoplia muy heterogénea de expedientes, técnicas e instituciones: MASC, *administrativización*, LAJ, jurisdicción voluntaria.

Desjudicializar no es un axioma, ni un valor irrefutable. Si lo fuera habría que implementar la desjudicialización de manera intensa y extensa en todo tiempo y lugar. Y criticar a quienes no lo hicieran o se opusieran. Por decirlo así, habría que operar siempre con un programa de máximos y mantener la judicialización de los litigios en el mínimo. Sin embargo, la desjudicialización no es un principio indiscutible. Es una política jurídica. Tiene pros y contras. Por tanto, puede ser deseable o no. Puede serlo solo en cierta medida. O serlo en función de coordenadas de espacio y tiempo. Lo deseable para la España de 2023 puede no serlo para otro lugar u otro tiempo. O serlo solo para ciertos sectores. La ponderación de fines y medios tiene que ser cuidadosamente debatida y argumentada, caso por caso.

Además, la desjudicialización, como política, no es un fin en sí misma. Es instrumental. Es un medio para otros fines. Y hay que determinar cuál queremos alcanzar o cuando menos queremos primar.

Aun aceptando el simplismo imputable a la síntesis, casi siempre se alude a tres *fines* de la desjudicialización: i) descongestionar el sistema (por sintetizar, un fin de *descarga*); ii) facilitar la solución eficiente de controversias por vías alternativas, porque el proceso judicial supone un problema en términos de acceso, coste y duración (por sintetizar, un fin de *eficiencia*); y iii) evitar la controversia (un fin de *evitación*). Puede parecer reduccionista, pero el debate pivota prácticamente siempre sobre estos tres puntos. Se alude a la imperiosa necesidad de descargar de asuntos a nuestros tribunales, porque se trata de litigios, controversias o conflictos que pueden ser solventados por otras vías sin necesidad de acudir a un largo, costoso e incierto proceso judicial. Se alude también a la necesidad de implementar mecanismos eficientes que permitan la solución de controversias a quien no se puede permitir o le resulta oneroso y disuasorio el proceso judicial en términos de coste y/o duración. En fin, se habla de evitar que la controversia llegue a surgir. Resumiendo, *descarga*, *eficiencia, evitación*.

Es importante indicar que no son fines que se puedan ni deban mezclar. No conforman un cóctel. Cada concreta medida de desjudicialización ha de estar primordialmente encaminada a una cosa o a otra. O se trata de descongestionar, o se trata de favorecer el acceso a soluciones eficientes, o se trata de evitar que la controversia surja. El diseño institucional, el incentivo, o la norma deben tener un *telos* claro, al menos en términos de preponderancia. No todo a la vez. No se puede estar en misa y repicando. Puede ser legítimo desjudicializar para descargar, pero no sobre la base de aducir que se busca la eficiencia; porque de ser así habría que hacerlo aunque la justicia civil no estuviera congestionada. Y si se trata de evitar el pleito, esto es legítimo perseguirlo al margen de cuál sea el grado de sobrecarga del sistema o de que haya mecanismos alternativos eficientes para solventar la controversia ya surgida.

En todo caso, además, me permitiré dejar apuntado que un debate en términos de descarga, eficiencia y evitación será siempre un debate consecuencialista. Un genuino debate principialista nos conduciría a debatir qué mecanismos de paz jurídica son genuinamente indispensables o intrínsecamente de mayor valor. Este es un debate casi iusfilosófico. Si hay abolición de la justicia privada, transacción y proceso judicial se alzan como los géneros de toda especie, a mi parecer. Dejémoslo ahí.

3. El tópico del exceso de litigiosidad

Vivimos bombardeados por la idea de que hay un gran *exceso de litigiosidad*. Mi impresión es desde hace tiempo que las cuentas a este respecto se pueden hacer de muchas maneras. Podría y quizás debería extenderme sobre la ilustración de este aserto, pero espero la indulgencia del lector sobre que el tópico, sea acertado o no, es real en cuanto tal. Mi maestro Andrés de la Oliva lo calificaría de *tópico corrosivo*, expresión con la que se refiere a aquellos tópicos que se instalan de manera tan firme que corroen a muchos el pensamiento crítico.

Pues bien, frente al tópico, cabría hacerse la pregunta *naif*. ¿Seguro? ¿Por qué? ¿Estamos realmente seguros de que vivimos en un país en el que existe un *exceso* de litigiosidad civil? ¿Por qué hacemos o admitimos esta afirmación? ¿Cuál es el rasero o medida que permite hacer tal juicio?

Con frecuencia hago notar que una parte del tópico es nominalista. *Litigiosidad* es término negativo. Evoca *per se* algo que resulta mejor que a uno no le pase. Pleitos tengas y los ganes. ¿Y si simplemente cambiamos la palabra litigiosidad por la expresión *acceso a la justicia*? ¿Afirmaríamos con la misma facilidad que vivimos en un mundo o, más limitadamente, en un país en que hay un exceso de *acceso a la justicia*? ¿Cuándo, en qué momento hay *exceso*? ¿Cuál es el parámetro para delimitar el *exceso*? ¿Se nos ocurriría decir que hay un *exceso* de prestación sanitaria o educativa? El tópico está tan extendido y es tan corrosivo que hasta se proyecta (así lo hacía el decaído proyecto de ley de eficiencia procesal) acuñar como conceptos jurídicos el *abuso público de la justicia* o la *utilización irresponsable de derecho de acceso a la jurisdicción*. ¿Se imagina el lector esto en las leyes educativas o sanitarias? ¿Un sancionable abuso público de la educación? ¿Una utilización irresponsable del acceso a la educación secundaria o universitaria? ¿Un uso irresponsable del acceso al médico de cabecera o al especialista? Porque nadie dirá que no se den estas situaciones. Claro que se dan. En todos los ámbitos de *prestación*. De hecho en los tribunales bastaba una sola

palabra desde hace mucho tiempo para englobar toda esta fenomenología: la palabra *temeridad*. La pregunta es por qué en el ámbito judicial el litigio (su solución) acaba por concebirse casi por principio como un *exceso*. Hay una suerte de prejuicio sin base que hace sospechar de la necesidad de tutela jurídica de quien acude a un tribunal. Se dice sin rubor, pero sin saber tampoco con qué base, que la hispana es una *cultura litigante*, como si tuviéramos una especie de fenotipo jurídico.

No hace falta combatir los números para combatir el tópico. Basta con abrir la mente. Es muy posible que litiguemos más que los ciudadanos de otros países próximos. Pero eso no tiene por qué ser automáticamente juzgado como algo negativo. Puede bien suceder —de hecho, en mi humilde opinión, es lo que sucede en muchos ámbitos— que en términos de coste, duración y calidad tengamos una justicia civil que resulte más accesible que la suya para muchos de nuestros conciudadanos europeos. A lo mejor, como me he permitido decir en alguna ocasión, puede que tengamos una razonable justicia civil de clase media y que, en realidad, ser español o vivir en España sea mejor a efectos de tener que hacer uso de la justicia civil que ser nacional o vivir en muchos otros países, incluso cercanos. El menor uso de la justicia civil bien puede deberse en alguna o en buena medida a no podérselo permitir. Y lo mismo se podría predicar de la extensión en el uso de los MASC.

Trato solo de dar pinceladas para poner en cuestión el tópico. A la postre, y sin negar sin más la mayor, el examen sobre el tópico del exceso de litigiosidad requiere, a mi juicio, más esfuerzo, más casuística, más datos y más profundidad. No debemos permitirnos un debate público sobre nuestra justicia civil que empiece y termine con el tópico corrosivo del exceso de litigiosidad para justificar sin mayor análisis la entrada de mecanismos de desjudicialización vendidos como bálsamos de Fierabrás.

4. La regulación de lo que entra en el poder de disposición de las personas tiene más inconvenientes que ventajas

Opino que la regulación (en algún caso, a mi parecer, *hiperregulación*) de lo que entra en el poder de disposición de las personas tiene más contras que pros. Esto, que es obvio en el plano sustantivo, lo es también en el adjetivo.

Asistimos a un fenómeno de paradójica formalización jurídica de los MASC. Se va dando en el arbitraje, se da desde luego en la mediación, y se produce en otros MASC hasta ahora casi no regulados (seguramente por no juzgarse necesario) o con regulaciones escuetas y sencillas.

Me permitiré formular una máxima, con alguna derivación: la regulación excesiva o innecesaria de los MASC produce necesariamente formalismo, dudas hermenéuticas y obstáculos de utilización. Cuanto mayor sea el exceso de regulación, mayores serán los formalismos, las dudas y los obstáculos. La progresión se vuelve geométrica si el exceso es producido por normas imperativas.

Una mera lectura del decaído proyecto de eficiencia procesal suscita mil dudas y problemas que antes no existían. Suscita dudas el tratamiento procesal del requisito de procedibilidad de preceptiva utilización de un MASC. Suscita dudas la regla de la necesidad de identidad de objeto entre la pretensión formulada y la defensa esgrimida en el MASC y el proceso posterior. Suscita dudas el modo de acreditación documental de la utilización del MASC. Suscita dudas la frontera entre conciliación y mediación. Suscita perplejidad el porqué de los plazos establecidos. Suscita igualmente perplejidad la regla sobre la confidencialidad, aunque solo sea por su carácter general. Por ejemplo, ¿tiene sentido atribuir la misma confidencialidad a lo hecho por un mediador que a la opinión de un experto independiente? No hace falta ser un abogado muy perspicaz para concluir que si lo hecho y dicho en un MASC será accesible al juez, eso condicionará la conducta de las partes. Por decirlo así, si todo el contenido de lo negociado se va a trasladar al juez (y no solo, por ejemplo, el contenido de lo ofrecido), las partes y sus abogados negociarán o se comportarán con la mente puesta en ello, lo que desnaturalizará la finalidad de todo el entramado.

Insisto en que para plantearse preguntas basta una mera lectura. Un examen reposado sacará a relucir muchas más. Y como seguramente las respuestas serán distintas, habremos puesto la semilla de la duda, de la incertidumbre y de la discordia. Ciertamente con una cierta dosis de cinismo se podría argumentar que cualquier regulación innecesaria estimula la economía, porque produce iniciativas editoriales, de formación y de lo que pomposamente llamamos investigación jurídica.

Frente a todo ello es importante exhortar a que la regulación, también en el terreno adjetivo o procesal, de lo que entra en el poder de disposición, sea la imprescindible. No hace falta ser un liberal para aceptar este postulado. Se puede tener un alma intervencionista y aun así aceptar que hay ámbitos de intervención innecesaria. Salvo que se sea un adicto.

5. La desjudicialización es una política que es mejor que se base en incentivos voluntarios y pequeños

En los últimos tiempos se está intentando imponer como axiomas las políticas de desjudicialización. Además, como supuestamente su necesidad es una verdad evidente, se tiende a implementarlas con normas imperativas. Así, el gran debate jurídico de los últimos tiempos en este terreno es si los MASC deben ser preceptivos o no. Asistimos como derivación al debate concienzudo acerca de si ese carácter preceptivo sería contrario o no al derecho a la tutela judicial efectiva. Y como la *communis opinio* y la jurisprudencia se decantan por un nítido no, ancha es Castilla. Como es constitucional pongámonos a imponerlo imperativamente. La constitucionalidad de la medida excusa del debate sobre la oportunidad o la conveniencia.

Soy de la opinión de que imponer sin más no sirve para nada. Ni descarga, ni es más eficiente, ni evita. La experiencia histórica de la conciliación obligatoria, en vigor desde 1812 hasta 1984, debería servir para algo. Cualquiera que sea el fin pretendido, conseguir que haya medios alternativos que descarguen, sean eficientes y eviten conflictos dependerá más de los incentivos que de los mandatos. Sin incentivo el mandato se sorteará utilizando formalmente el medio más rápido, menos costoso y que menos condicione el litigio judicial. Imponer el carácter preceptivo de los MASC no tiene poder taumatúrgico.

Tampoco creo que los incentivos deban ser particularmente intensos. Ortiz Pradillo ha usado en este tema la imagen de los *palos* y las *zanahorias*. Sin desmerecer la metáfora, que es gráfica, me planteo que frente a los que cabe llamar *incentivos fuertes* son preferibles los *incentivos suaves*. En inglés se usa la palabra *nudge*, que hay que traducir por *empujoncito*. Recomiendo vivamente la lectura del libro de Cass S. Sunstein y Richard H. Thaler *Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad*. Ambos sabios (Thaler es premio Nobel de Economía y Sunstein uno de los mejores juristas norteamericanos), que proclaman lo que denominan *paternalismo libertario*, sostienen que los mejores cambios son los que se producen por un *nudge*, que a estos efectos es un *incentivo voluntario y de poco coste y esfuerzo*. La metáfora económica tiene entrada aquí: de nada valen los planes quinquenales bolcheviques; hay que dejar operar al mercado, si bien un *nudge* puede ser muy útil. Es más, el *nudge* adecuado puede crear una espiral o una bola de nieve. Los empujoncitos cambian el mundo; cambian la cultura de una actividad. Lo contrario —la técnica de la norma imperativa— se parece a planificar la producción cuando aún no tenemos fábrica, o si se prefiere, a diseñar el despacho de abogados cuando aún no tenemos clientes.

No tengo la receta del *nudge* más indicado en el tema que nos ocupa. Pero, por concretar un poco, frente a quienes creen conveniente la mediación obligatoria, quizás sería mejor pensar en estímulos suaves, en la línea de lo que los anglosajones llaman *quasi mandatory mediation*. Los estímulos en materia litigiosa (o prelitigiosa) han de referirse a acceso, coste o duración. Mi impresión es que en esta materia lo mejor es operar sobre aspectos relativos al coste. No descubro nada si traigo a colación propuestas aparentemente menores que ya se han puesto sobre la mesa: la exención fiscal del IVA de los servicios prestados en el MASC; la deducibilidad como gasto por parte de los particulares del coste de los servicios; la regla de condena en costas cuando se obtiene por sentencia menos de lo ofrecido formalmente por vía MASC. Y quizás se pueda operar también en otros ámbitos no directamente relacionados con costes. Así, la enseñanza de técnicas de negociación en todos los másteres de acceso a la abogacía, la experimentación publicitada de plataformas de ODR, la experimentación observada de derivaciones a mediación por parte de los jueces.

Ciertamente hay ámbitos litigiosos en los que ciertas medidas de desjudicialización vía MASC tienen más sentido, por la naturaleza u objeto de la controversia. Sucede desde luego con la llamada *mediación familiar*. Por extensión, sucede no solo en los temas de separación o divorcio, sino en general en los temas familiares y de sucesiones, así como los relativos a empresas familiares. Si se quiere, sucede en todos aquellos ámbitos en que entran en juego de manera muy relevante las emociones sobre los intereses y sobre la interpretación de las normas jurídicas o de las estipulaciones contractuales; y en aquellas en que el carácter duradero de la relación personal o social trasciende a la controversia. Con ello lo que quiero señalar es que las soluciones razonables pueden ser distintas en función del ámbito litigioso de que se trate y que el abanico de soluciones debe reflejar esa variedad. Puede que en alguno de ellos incluso sea debatible la mediación obligatoria (que no deja de ser un oxímoron).

6. El tópico de la desjudicialización como excusa para un deslizamiento hacia la *administrativización* de controversias civiles

Observo con creciente preocupación que el mito de la desjudicialización esté sirviendo como excusa para deferir a entes administrativos la decisión de controversias entre particulares. Es lo que ha sucedido en materia de trasporte aéreo. Y se ha propuesto en materia de la denominada defensa del cliente financiero.

Sobre esta deriva hay que hacer dos tipos de consideraciones: jurídica y de oportunidad. La jurídica se refiere a los límites constitucionales a la *administrativización* de controversias entre particulares. La de oportunidad se refiere a que, aun si tal *administrativización* fuera constitucionalmente admisible, como política es indeseable.

A mi juicio, no es constitucional administrativizar la resolución de las controversias entre particulares si la competencia del órgano administrativo es obligatoria para cualquiera de las partes y la decisión es vinculante. Esa medida vulnera la exclusividad de la jurisdicción consagrada en el artículo 117. 3 CE.

Ciertamente dependiendo de legítimas opciones político-jurídicas se puede legislar atribuyendo a las Administraciones públicas variadas potestades en muchos sectores. También cabe lo contrario, esto es, privatizar. Pero lo que no se puede reputar constitucionalmente admisible por afectar al núcleo esencial del ámbito material de la potestad jurisdiccional es administrativizar la decisión de contiendas sobre situaciones jurídico-privadas y diferir y limitar la intervención judicial en dichas cuestiones a un eventual control ulterior por vía de recurso o por vía contencioso-administrativa. La interpretación lógica y teleológica de la Constitución señala aquí un ámbito material cierto de la potestad jurisdiccional indisponible para el legislador.

La tutela jurídica de derechos subjetivos litigiosos en relaciones entre particulares es tarea propia de la justicia civil (y laboral). La Administración pública no debe erigirse en la autoridad que defina las infracciones de relaciones jurídicas entre particulares, ni siquiera en los casos en los que puede existir asimetría entre las partes.

Es evidente que tiene que existir un límite a la potestad legislativa consistente en administrativizar controversias entre particulares. Basta con elevar la anécdota a categoría para entender que nuestro sistema de solución de controversias no podría consistir en un conjunto de autoridades administrativas que resolvieran los litigios entre particulares, frente a cuyas decisiones cupiera recurso ante los tribunales.

La existencia de un ulterior recurso ante un tribunal es desde luego imperativo constitucional (artículos 24.1 y 106 CE). Pero hay que insistir en que no por cumplir ese requisito el legislador tiene libertad para deferir a autoridades administrativas la decisión de litigios entre particulares. La decisión de litigios entre particulares forma parte del ámbito material de la función jurisdiccional, que solo pueden ejercer los juzgados y tribunales.

En el ordenamiento constitucional español vigente no existe libertad del legislador para crear lo que en ocasiones se han llamado *jurisdicciones administrativas*. Una cosa es la intervención administrativa que conlleva la creación de potestades administrativas de regulación, y de supervisión y sanción, y otra que la intervención consista en la resolución de controversias entre particulares.

Nótese, además, que las garantías de independencia de una *jurisdicción administrativa* siempre serán, de existir, menores. Estarán basadas en una lógica y una técnica administrativas de aplicación del Derecho, se quiera o no alejada de la de los tribunales de justicia. Porque cuando las Administraciones públicas persiguen fines de interés general, lo hacen estructurándose sobre el principio de jerarquía (art. 103 CE), que es precisamente la antítesis de la independencia. Y si hay sectores en que la justicia se revela poco eficaz, lo que procede es sencillamente atajar las causas de esa ineficacia. Un modelo de *administrativización* de la resolución de controversias entre particulares fractura el esquema básico de reparto de funciones entre los poderes del Estado y atribuye a la Administración pública algo que no le es propio en absoluto y sustrae a la justicia civil lo que sí le es propio.

Cabría quizás debatir sobre si una Administración pública puede tener en algún caso atribuida instrumentalmente una potestad accesoria que implique la tutela de derechos subjetivos privados (sin perjuicio de un ulterior recurso judicial). Pero lo que no cabe es crear un sistema administrativo de resolución de controversias *inter privatos*. Lo que no cabe es que la *administrativización* consista propia y principalmente en la atribución a un ente administrativo de una potestad materialmente jurisdiccional. La tutela de derechos subjetivos privados, cuando son objeto de controversia o litigio, corresponde *ex Constitutione* a los tribunales.

Por reducción al absurdo, el ordenamiento español no podría consistir en una pléyade de entes administrativos resolviendo litigios entre particulares y frente a cuyas decisiones cupiera luego recurrir a los tribunales. Imaginemos que el legislador decidiera mañana crear entes administrativos en materia de litigios en sectores como la energía, los transportes, las telecomunicaciones, la competencia desleal o los arrendamientos urbanos. La espiral concebible no tiene fin. Esto no está a disposición del legislador.

No cabe además pretender que caben excepciones a esta regla sobre la base de que con la atribución a un ente administrativo se persigan fines de interés general. La adecuada tutela de los derechos subjetivos privados es sin duda un esencial fin de interés general, pero no habilita para que sea la Administración la que resuelva litigios. También hay un evidente interés general en la persecución de las conductas delictivas, y es obvio que el sistema penal no puede consistir en entes administrativos juzgando conductas delictivas y que frente a sus decisiones quepa recurso ante los tribunales.

La atribución a un órgano administrativo de la resolución de controversias privadas con carácter obligatorio y vinculante es inconstitucional. La inconstitucionalidad consiste en la violación de la exclusividad de la jurisdicción que establece el artículo 117.3 CE. A la vez, a mi juicio, para el concreto justiciable esa violación de la exclusividad de la jurisdicción constituye una violación de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), porque convierte la genuina tutela judicial en mero recurso frente a la decisión de un órgano administrativo.

En todo caso, incluso si aceptara dialécticamente que cuanto he argumentado hasta aquí no es correcto, la administrativización de las controversias entre particulares me parece de todo punto indeseable. Abre desde luego una senda autoritaria. Por otra parte, toda política de *administrativización* ha de enfrentarse a la pregunta de por qué la burocracia administrativa va a funcionar mejor que la judicial en la decisión de controversias civiles. A poco que se analice, la razón no puede ser ontológica, sino de recursos. En tal caso, destínense los recursos a donde corresponde. Ello sin contar con que en el diseño de esas políticas de *administrativización* siempre se introduce el modo para que el ente cree sus propios recursos económicos, lo que dota al sistema de un incentivo perverso. A lo anterior ha de sumarse que este fenómeno de *administrativización* se da a través de la creación de *autoridades administrativas independientes*, que en este aspecto resultan cuando menos equívocas en cuanto al último de sus atributos, porque son solo sedicentemente independientes, pero nada más.

7. Las derivas internas

Junto a las derivas externas se encuentran las derivas internas, respecto de las que cabe señalar algunas cautelas, aunque sea con brevedad.

La atribución de competencias decisorias a los LAJ es desde luego una forma de desjudicialización. Y sin desmerecer su cualificación jurídica, la cuestión de su estatuto resulta decisiva. El LAJ no tiene independencia. Lisa y llanamente esto marca una diferencia esencial a la hora de implementar medidas de desjudicialización. Por eso, a la hora de tomarlas resulta de todo punto exigible examinar si y en qué medida las competencias decisorias atribuidas, desde luego si son de fondo pero también sin son solo procesales, traen consigo aspectos en los que la falta de independencia marca un límite infranqueable. A veces el problema está en la atribución por bloques. Por ejemplo, en la ejecución forzosa hay multitud de aspectos declarativos en los que no solo se ejecuta lo juzgado, sino que primero se juzga para luego ejecutar.

Algo similar puede decirse de la derivación a jurisdicción voluntaria de asuntos propios de la jurisdicción contenciosa. Conviene recordar, aunque a algunos les parezca una exageración por mi parte como cautela, que los primeros que preconizaron y llevaron a cabo la derivación sistemática de asuntos a la jurisdicción voluntaria fueron los nazis en Alemania y, en menor medida, los fascistas en Italia. El aparente antiformalismo de la jurisdicción voluntaria es caldo de cultivo para el autoritarismo. Aún más si se deroga la regla de que toda oposición hace contencioso el expediente y se sustituye por la regla de que el juez resuelve aun habiendo oposición, sin perjuicio de poder replantear la cuestión en un proceso contencioso. Un expediente de jurisdicción voluntaria en que se resuelve pese a haber oposición es técnicamente un proceso sumario. No seré yo quien diga que tal cosa sea en sí misma criticable. Antes al contrario, es una técnica procesal muy razonable. Pero exige ponderar cuidadosamente que la huida de la jurisdicción contenciosa no puede deberse a cualquier razón. De otro modo, por reducción al absurdo, se podría producir una suerte de *sumarización* de toda la justicia civil. Todo se podría tramitar con las aparentemente flexibles formas de la jurisdicción voluntaria o a través de procesos sumarios. La alternatividad de las técnicas procesales sin duda existe, aunque a veces no seamos conscientes de ello, pero debemos trazar límites.

Puede que se piense que lo que he tratado en este apartado tiene poco que ver con la desjudicialización. Pero yo no creo estar juntando churras con merinas. Todo forma parte de lo mismo, son trazos del mismo cuadro, árboles del mismo bosque.

8. Sobre mercados, *stakeholders* y *lobbies*

Todo sistema *desjudicializado* crea a su vez su propio *mercado*. Alrededor de un mercado desjudicializado surge una *industria*, el mercado crea sus *proveedores de servicios*. Hay un cúmulo heterogéneo de *stakeholders*. Y estos acaban, aunque sea de manera inorgánica, generando sus *lobbies*. Es propio de cualquier ámbito de actividad humana. Nada de esto es en sí mismo negativo ni censurable. Lo único relevante es tomar conciencia de ello y tenerlo en cuenta en el debate público. Hay posiciones en el ámbito de las políticas públicas desjudicializadoras que responden a los legítimos intereses de alguna de las partes interesadas. Cuando además hablamos de un mercado, hay competencia por él, lo mismo que pueden darse barreras ilegítimas a la misma. Los *lobbies* son igualmente legítimos. Lo que conviene es sencillamente saber quién hace dicha labor y para quién. A veces, además, los *lobbies* devienen muy poderosos en poco tiempo. Como digo, la cautela aquí es la toma de conciencia. Nada más. O quizás sí: no perder de vista que los principales *stakeholders* de la desjudicialización son los mismos que los de la justicia civil en general, esto es, los justiciables, los ciudadanos, las empresas, los particulares envueltos en controversias. Esos son los verdaderos protagonistas de la trama. Los demás son (somos) actores secundarios.

9. La eficiencia tiene muchos instrumentos

El mito de la imperiosa necesidad de desjudicializar la justicia civil, cualquiera que sea el fin propuesto, orilla la consideración de que para dicho fin, sea de descarga, de eficiencia o de evitación del conflicto, existen muchos instrumentos posibles. La desjudicialización es solo uno de ellos, y no tiene por qué ser el más adecuado, ni desde luego el único en la formulación de una política pública sobre la justicia civil.

Desde el punto de vista de la descongestión o descarga de los tribunales la lista de medidas posibles es larga. Desde luego hay alternativas a los medios alternativos. Insisto en que con esto no estoy negando que los MASC deban ser promovidos. Lo que digo es que se necesita una contemplación global de los mecanismos para determinar la previsible o potencial eficiencia de cada uno de ellos. Además, no puedo evitar la sensación de que poner el foco en la desjudicialización permite quitarlo de otros temas, que van pasando poco a poco al cajón y al olvido. No dejaré de decir también que el mito corrosivo de la necesidad de desjudicialización se convierte en ariete de deslegitimación de la justicia civil ordinaria y de la justicia en general, en ocasiones con una finalidad espuria.

Así, en la España de 2023 la descongestión de los tribunales civiles no me parece que encuentre alivio alguno en la formalización e imposición de MASC, lo que —de nuevo matizaré— no significa no promoverlos. Solo por mencionar algunas reformas estructurales de nuestra justicia civil de mucha mayor y general relevancia, a mi juicio, que servirían a la descongestión, aunque no solo a

ella, se me ocurren las siguientes: la implementación de expedientes procesales que pongan fin a la litigiosidad masiva y la sustituyan por una real y eficaz litigiosidad colectiva; la recuperación de un procedimiento monitorio eficaz (que abarca un porcentaje muy elevado de la litigiosidad civil), que seguramente pasa por un cambio de modelo de monitorio documental a monitorio puro y por su centralización y automatización; la creación de un genuino sistema de pequeñas causas, que nos permita abandonar el absurdo de que el mismo juez pase de una *small claim* a una *complex litigation* sin solución de continuidad.

Desde el punto de vista del acceso a la justicia y su eficiencia pasa lo mismo. El abanico con el que operar es igual de amplio y variado, y ello comporta cuando menos prevenirnos frente a la fácil receta de sacar asuntos de los juzgados. Así, habrá que plantearse (una vez más) la reforma del turno de oficio y del sistema de asistencia jurídica gratuita y su insuficiencia de recursos; la racionalización del kafkiano sistema de condena en costas y cálculo de sus importes en que nos movemos; la conveniencia de la potenciación de fondos de litigación que no se centren exclusivamente en asuntos de gran cuantía; la posible potenciación de seguros jurídicos no solo concebidos para la defensa frente a reclamaciones o conectados con seguros domésticos o de circulación de vehículos.

Todo lo anterior, además, está bien, pero estaría aún mejor si nos remontáramos más atrás, si actuáramos sobre los *insumos*, o, por ser más gráfico, sobre los mimbres con que está a la postre hecho el cesto de la justicia. Me refiero a los recursos económicos de la justicia o a la implementación real y genuina de nuevas tecnologías. Pero también y sobre todo a cuestiones mucho más básicas y aparentemente muy lejanas, como la calidad de la formación jurídica en España y la calidad de la legislación. Como dicen los sabios, las reglas claras fomentan los mercados competitivos; y la competencia mengua las controversias.

Una pequeña coda. Todo lo que he traído a colación está pensado en clave interna, pero debería servir también para la clave europea. Lo digo porque es apreciable que el acerado carácter crítico que nos caracteriza a los juristas hispanos cuando analizamos la política interna y las normas patrias se convierte en pura aceptación mansa de todo lo que viene de Bruselas. Es verdad que algunas medidas de desjudicialización vienen impuestas por el Derecho europeo, pero estas deben ser examinadas e interpretadas con la misma *sana crítica* que las medidas puramente internas. Además, también en ocasiones el Derecho europeo se convierte en la excusa para adoptar medidas de desjudicialización que este no impone. Y conviene distinguir unos casos de otros. El europeísmo ha de consistir también en la participación y en la crítica. Las instituciones europeas no son el oráculo de Delfos. Ni siquiera el TJUE lo es, aunque a algunos se lo parezca.

En definitiva, con cautelas y debates serios y reposados no cabe duda de que pueden y aun deben adoptarse medidas desjudicializadoras. Mas sin olvidar que a la postre es la existencia de la justicia ordinaria la que nos legitima. Hemos de poder seguir creyendo, sintiendo y pregonando la verdad del molinero prusiano: que aún hay jueces en Berlín (*es gibt noch Richter in Berlin*).

Artículos

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 63, diciembre 2023, pp. 23-40

Artículos

MÉTODOS INDIRETOS DE DETERMINAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTÁVEL DE EMPRESAS INSOLVENTES

António Castro Caldas, Catarina Fernandes e Isabel Aparício

Advogados da Área de Direito Fiscal e Laboral da Uría Menéndez Proença de Carvalho (Lisboa)

Métodos indiretos de determinação da matéria tributável de empresas insolventes

A aplicação de métodos indiretos de determinação da matéria tributável a empresas insolventes tem gerado várias questões jurídicas e interpretações pouco claras e potencialmente ilegais no seio da Autoridade Tributária e Aduaneira ("AT").

Apesar de a jurisprudência mais recente ter fornecido algumas orientações acerca das circunstâncias limitadas e absolutamente excecionais em que se permite a aplicação de métodos indiretos a empresas insolventes, ainda há um longo caminho a percorrer em prol da segurança jurídica e da garantia da vinculação da AT à jurisprudência dos tribunais superiores.

Este artigo tem como propósito analisar os termos e as condições nos quais a AT está autorizada a recorrer aos métodos indiretos para determinar a matéria tributável de empresas insolventes.

PALAVRAS-CHAVE:
Processo de Insolvência; Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas; Código da Insolvência e Recuperação de Empresas; Liquidação de imposto; Métodos Indiretos; Matéria Tributável de Empresas Insolventes; Jurisprudência recente.

Indirect methods for determining the taxable income of insolvent companies

Applying indirect methods to determine the taxable income of insolvent companies has raised various legal issues and led to unclear and potentially unlawful interpretations by the Portuguese tax authorities ("PTA").

Although recent case law has provided some guidance on the limited and especially exceptional circumstances in which indirect taxation methods can be applied to insolvent companies, there is still some way to go to achieve legal certainty and for the PTA to follow higher courts' case law.

This article analyses when the PTA can resort to indirect taxation methods to determine the taxable income of insolvent companies.

KEY WORDS:
Insolvency proceedings, corporate income tax, insolvency and business recovery code, tax assessment, indirect methods, taxable income of insolvent companies, recent case law.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Caldas; António Castro; Fernandes, Catarina; Aparicio, Isabel (2023). Métodos indiretos de determinação da matéria tributável de empresas insolventes. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 23-40 (ISSN: 1578-956X).

1. Métodos indiretos de determinação da matéria tributável: breve enquadramento jurídico

Antes de entrar na análise dos termos e condições em que é possível recorrer a métodos indiretos de determinação do rendimento de empresas insolventes, cumpre fazer um breve enquadramento jurídico sobre o regime da avaliação indireta do rendimento.

O recurso aos métodos indiretos de determinação da matéria tributável pressupõe a existência de uma conduta anti-jurídica ou negligente por parte do sujeito passivo da qual resulte uma impossibilidade absoluta de determinação direta e exata da matéria tributável.

A intensidade da violação dos deveres de cooperação pode variar mas deve ser um denominador comum a todos os casos de avaliação indireta do rendimento.

Como veremos em detalhe adiante, é possível proceder a uma tripartição dos principais deveres de cooperação, acessórios ao dever de pagar impostos, cujo incumprimento poderá, com um elevado grau de probabilidade, acarretar uma impossibilidade razoável de quantificação direta e exata da matéria tributável, a saber: (*i*) o incumprimento substancial dos deveres contabilísticos; (*ii*) o incumprimento do dever de colaboração mediante resistência, recusa ou obstrução à investigação levada a cabo pela AT; e, (*iii*) o incumprimento do dever de esclarecimento da AT.

E, precisamente para salvaguardar aplicações abusivas de recurso aos métodos indiretos de determinação da matéria tributável por parte da AT e assegurar a sua aplicação unicamente em casos de absoluta exceção, atenta a sua natureza lesiva dos direitos fundamentais do contribuinte — como seja o seu direito a ser tributado de acordo com o seu lucro real —, estabelece o artigo

88.º da LGT quais os eventos, em concreto, que são suscetíveis de gerar tal "*impossibilidade de comprovação e quantificação direta e exata da matéria tributável*".

Significa isto que o recurso aos métodos indiretos de determinação da matéria tributável só é legítimo nos casos em que se verifiquem estas "*anomalias*" ou "*incorreções*", uma vez que estes métodos têm um carácter verdadeiramente excecional, só podendo ocorrer "*nos casos e condições expressamente previstos na lei*" (cf. artigo 81.º, n.º 1, da LGT).

Assim, a AT deverá, sempre que possível e independentemente de quaisquer anomalias que entenda verificadas no caso, determinar a matéria tributável de forma direta e exata, ficando a utilização de métodos indiretos de determinação da matéria tributável reservada para situações excecionais e taxativamente elencadas no artigo 88.º da LGT, que tornem "*impossível*" ou praticamente impossível o apuramento da matéria tributável por métodos diretos ou exatos.

Após estas considerações genéricas sobre o regime dos métodos indiretos de tributação, cumpre agora analisar a natureza jurídica do instituto da avaliação indireta do rendimento.

1.1. Natureza jurídica dos métodos indiretos de determinação da matéria tributável

A análise da natureza jurídica dos métodos indiretos de determinação da matéria tributável tem como objetivo facilitar a compreensão dos pressupostos legais de recurso aos métodos indiretos e dos critérios legais ao dispor da AT para quantificação da matéria tributável com recurso a tais métodos, pretendendo ainda contribuir para a compreensão dos motivos pelos quais não é, em geral, possível aplicar métodos indiretos para determinar a matéria tributável de empresas insolventes.

O regime da avaliação indireta do rendimento tem sido enquadrado por alguma doutrina[1] e jurisprudência[2] como um regime sancionatório.

1 J. L. Saldanha Sanches enquadrava o recurso à avaliação indireta como uma sanção intrínseca a aplicar a um determinado comportamento do contribuinte à qual são acrescentadas duas sanções acessórias, autónomas e extrínsecas: *"uma sanção com carácter automático — a proibição do reporte de prejuízos — e uma outra que, sem ter carácter automático, constitui também uma sanção que, quase necessariamente, acompanhará a sua aplicação — a cominação de juros compensatórios"* (cf. do autor, *A Quantificação da Obrigação Tributária: Deveres de Cooperação, Autoavaliação e Avaliação Administrativa*, Lisboa, 2000, op. cit. p. 345 e ss.). O mesmo autor enquadra a avaliação indireta do rendimento como *"um regime de avaliação criado pelo ordenamento jurídico tributário para responder à violação dos deveres de cooperação por parte do sujeito passivo fazendo notar que só o comportamento censurável do contribuinte legitima o uso dos vastos poderes administrativos contidos na avaliação administrativa, que contém necessariamente um elemento sancionatório"* (Cf. *Op. Cit.*). De igual modo, Rui Camacho Palma considera que os métodos indiretos de tributação representam uma punição dos sujeitos passivos pelo não acatamento dos seus deveres acessórios (cf. do autor, *"Dos Métodos Indiciários no Processo Tributário"*, in Fisco n.º 82/93, 1997, op. cit. pp. 60 e ss.). António Moura Portugal também afirma que a avaliação indireta do rendimento está finalisticamente orientada para a defesa dos interesses do Estado e *"(...) para a penalização dos contribuintes que estão fora do sistema e que não cumprem os deveres legais de documentação das operações realizadas"* - cf. do autor, *A vinculação da administração fiscal no recurso à avaliação indirecta da matéria colectável : reflexões sobre um caso de facturas falsas, in Fiscalidade,* Lisboa, n.7-8 (Jul.-Out. 2001), pág. 112.

2 Neste sentido e a título meramente exemplificativo, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 30 de junho de 1999, proferido no recurso n.º 23026, no qual aquele tribunal superior admitiu implicitamente a natureza punitiva da avaliação indireta quando afirmou que o contribuinte pode sair prejudicado pela aplicação de "métodos indiciários" mas não o contrário, e o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 25 de novembro de 2009, proferido no âmbito do processo n.º 03275/09, no qual este tribunal superior decidiu que a margem de indeterminação que norteia a aplicação de métodos indiretos prende-se *"com a natureza sancionatória que tal regime acarreta, sendo inclusive um incentivo para os sujeitos passivos cumpridores porquanto, o recurso a este mecanismo de tributação tem como* [objetivo] *o combate à fraude e à evasão fiscal, incentivando os contribuintes a procederem com maior rigor (…) no cumprimento dos deveres de colaboração e das regras do ordenamento fiscal em vigor"*.

Em particular, a proibição do reporte de prejuízos é, no entendimento de J. L. Saldanha Sanches uma sanção que acompanha, de forma imediata e irrestrita, a avaliação indirecta, partilhando de todos os inconvenientes e sintomas de inconstitucionalidade das sanções que são aplicadas sem uma autónoma ponderação da situação concreta.

Para aquele autor, os juros compensatórios devidos pelos contribuintes em caso de recurso aos métodos indiretos de tributação também assumem natureza sancionatório por os mesmos não se limitarem a indemnizar o Estado mas atribuírem àquele uma vantagem patrimonial superior ao prejuízo financeiro causado pelo atraso, vantagem esta que é acentuada pelo facto de os sujeitos passivos de IRC não estarem autorizados a deduzir estes juros para efeitos de determinação do lucro tributável, ao abrigo do artigo 45.º, n.º 1 alínea d) do CIRC.

Para além da corrente doutrinária e jurisprudencial que sustenta, sem reservas, a natureza sancionatória da avaliação indireta do rendimento globalmente considerada, existem ainda duas outras correntes doutrinárias e jurisprudenciais, a saber: i) a corrente que apesar de negar um cariz punitivo à avaliação indireta não deixa de conceber a aplicação de determinadas sanções autónomas e acessórias no âmbito de tal avaliação (*grosso modo*, a proibição do reporte de prejuízos e a aplicação de juros compensatórios); e, ii) a corrente que afasta categoricamente a natureza sancionatória da avaliação indireta.

Independentemente da tese que se adote a respeito da natureza jurídica dos métodos indiretos de determinação da matéria tributável, entendemos que é inegável que o regime atualmente em vigor evidencia um certo cariz punitivo e que existem efetivamente aspetos do regime atualmente em vigor que parecem apontar no sentido da natureza sancionatória dos métodos indiretos de tributação.

Sendo que, como veremos no ponto 2 *infra*, são precisamente os referidos traços de cariz punitivo dos métodos indiretos de tributação que contribuem para a nossa convicção a respeito da absoluta excecionalidade (ou quase impossibilidade) do recurso aos métodos indiretos para determinação da matéria tributável de empresas insolventes.

1.2. Pressupostos de recurso aos métodos indiretos de determinação da matéria tributável

Depois de uma breve análise daquela que consideramos ser a natureza dos métodos indiretos de tributação cumpre agora determinar quais são os pressupostos legais de aplicação dos métodos indiretos de tributação.

O artigo 85.º, n.º 1 da LGT estabelece a subsidiariedade da avaliação indireta face à avaliação direta, sendo precisamente tal característica da subsidiariedade a pedra de toque da caracterização da avaliação indireta, que obriga a que primeiro seja tentada a avaliação direta.

Para além de subsidiário, o recurso à avaliação indireta é ainda excecional, estando dependente da verificação de algum dos pressupostos específicos estabelecidos nos artigos 87, n.º 1 alíneas b), c) e e) e 88.º da LGT.

Com efeito, o recurso aos métodos indiretos de determinação da matéria tributável não só não constitui o meio normal, como, além do mais, a possibilidade do seu uso está restringida aos casos em que a lei expressamente o admita, cumpridos que estejam os pressupostos expressamente previstos na lei.

Começando pela alínea b) do artigo 87.º da LGT que é uma norma absolutamente crucial neste domínio, cumpre desde logo reiterar que a avaliação indireta só pode efetuar-se na "*impossibilidade de comprovação e quantificação direta e exata dos elementos indispensáveis à correta determinação da matéria tributável de qualquer imposto*", impossibilidade esta que deve ter origem em incumprimento de um ou mais deveres de cooperação imputável ao sujeito passivo.

Por sua vez, o artigo 88.º da LGT estabelece que: "*A impossibilidade de comprovação e quantificação directa e exacta da matéria tributável para efeitos de aplicação de métodos indirectos, referida na alínea b) do artigo anterior, pode resultar das seguintes anomalias e incorrecções quando inviabilizem o apuramento da matéria tributável:*

a) Inexistência ou insuficiência de elementos de contabilidade ou declaração, falta ou atraso de escrituração dos livros e registos ou irregularidades na sua organização ou execução quando não supridas no prazo legal, mesmo quando a ausência desses elementos se deva a razões acidentais;

b) Recusa de exibição da contabilidade e demais documentos legalmente exigidos, bem como a sua ocultação, destruição, inutilização, falsificação ou viciação;

c) Existência de diversas contabilidades ou grupos de livros com o propósito de simulação da realidade perante a administração tributária e erros e inexactidões na contabilidade das operações não supridos no prazo legal.

d) Existência de manifesta discrepância entre o valor declarado e o valor de mercado de bens ou serviços, bem como de factos concretamente identificados através dos quais seja patenteada uma capacidade contributiva significativamente maior".

Os artigos 87.º, n.º 1, alínea b), e 88.º da LGT determinam, assim, de forma taxativa, um conjunto de anomalias e incorreções contabilísticas e declarativas e de omissões dos sujeitos passivos que, pela gravidade e intensidade que assumem, são suscetíveis de impossibilitar o recurso à determinação, direta e exata, do rendimento tributável.

Por sua vez, estabelece o 57.º, n.º 2, do Código do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas ("CIRC"), sob a epígrafe "*Aplicação de métodos indirectos*" que o atraso na execução dos livros e registos contabilísticos e a sua não exibição imediata, só legitima a aplicação de métodos indirectos após o decurso do prazo fixado para a sua regularização ou apresentação sem que se mostre cumprida a obrigação, prazo este que, nos termos do n.º 3, do artigo 57.º do CIRC, não deve ser inferior a cinco nem superior a trinta dias.

Ora, como afirmava J. L. Saldanha Sanches, é necessário que exista: "(...) *uma relação de causalidade entre o comportamento ilícito do contribuinte e a impossibilidade de calcular o facto tributável, ou conforme tem sido unanimemente sufragado na doutrina espanhola, uma relação de*

causa-efeito entre a actuação do sujeito passivo e a impossibilidade de quantificação directa e exacta da matéria tributável." - Cf. do autor, *A quantificação da obrigação tributária, deveres de cooperação, auto avaliação e avaliação administrativa*, 2000, págs. 284-285.

Não basta, assim, que se verifique uma impossibilidade de determinação direta e exata da matéria tributável, sendo, ainda, essencial que tal impossibilidade decorra da violação, pelos sujeitos passivos de IRC, dos deveres legais a que os mesmos se encontrem adstritos.

Por outras palavras, apenas nos casos em que o sujeito passivo incumpra, as suas obrigações declarativas, contabilísticas ou fiscais, poderá a AT recorrer à avaliação indireta do rendimento, se e quando tal incumprimento impossibilite a AT de quantificar o lucro tributável de forma direta e exata (i.e., sem recurso a indícios ou presunções).

Importa, assim, reter pela importância que terá na análise do tema central do presente artigo que para efeitos de aplicação dos métodos indiretos de tributação, o sujeito passivo tem, em primeiro lugar, de estar obrigado a cumprir determinadas obrigações contabilísticas e fiscais; e, em segundo lugar, nos casos em que tenha aplicação o disposto no artigo 57.º, n.º 2, do CIRC, notificado pela AT para regularizar ou apresentar a documentação contabilística eventualmente em falta, o mesmo deve ter incumprido o prazo fixado pela AT ao abrigo do artigo 57.º, n.º 3, do CIRC.

Considerando que todos os pressupostos de recurso à avaliação indireta do rendimento empresarial pressupõem a violação, pelo sujeito passivo, de um ou mais deveres acessórios, é importante enunciar os principais deveres de cooperação que impendem sobre os sujeitos passivos, acessórios do dever principal de pagamento do imposto, cujo incumprimento pode acarretar o recurso aos métodos indiretos de determinação da matéria tributável.

O artigo 31.º, n.º 2 da LGT prevê, a título meramente exemplificativo, um conjunto de deveres acessórios do sujeito passivo (v.g. a apresentação de declarações, a exibição de documentos fiscalmente relevantes, incluindo a contabilidade ou escrita, e a prestação de informações ou esclarecimentos) que visam permitir à AT o apuramento da obrigação de imposto (quando tal obrigação exista).

No nosso entendimento, é possível proceder a uma tripartição dos métodos indiretos de tributação baseada nos deveres de cooperação que subjazem aos diversos pressupostos legais de recurso aos métodos indiretos cujo incumprimento é suscetível de implicar, com um elevado grau de probabilidade, uma impossibilidade razoável de quantificação direta e exata da matéria tributável, a saber:

i. Incumprimento substancial dos deveres contabilísticos;

ii. Incumprimento do dever de colaboração mediante resistência, recusa ou obstrução à investigação levada a cabo pela AT; e,

iii. Incumprimento do dever de esclarecimento da AT.

Em suma, apenas nos casos em que se verifique uma violação dos deveres acima enunciados que esteja na origem de uma impossibilidade de determinação direta e exata da matéria tributável

pela AT será possível à AT recorrer aos métodos indiretos e aos critérios / elementos indiretos estabelecidos no artigo 90.º da LGT e na posse da AT para efeitos de quantificação da matéria tributável.

1.3. Critérios de quantificação da matéria tributável por métodos indiretos

Resulta do disposto nos artigos 81.º e 83.º da LGT que a quantificação da matéria tributável deve estar orientada para a determinação do valor real dos rendimentos e/ou dos bens sujeitos a imposto, assegurando a tributação de acordo com a efetiva capacidade contributiva ou o lucro real do sujeito passivo.

No entanto, mesmo nestas situações, não se prescinde de tributar o rendimento real, admitindo-se apenas que este possa ser apurado indiretamente a partir de certos indicadores, normativamente estabelecidos no elenco taxativo constante do artigo 90.º da LGT, que devem atender à situação específica do contribuinte.

O referido artigo 90.º, n.º 1, da LGT contempla os elementos que a AT pode aplicar em "(...) *caso de impossibilidade de comprovação e quantificação direta e exata da matéria tributável*", a saber:

i. "*As margens médias do lucro líquido sobre as vendas e prestações de serviços ou compras e fornecimentos de serviços de terceiros;*

ii. *As taxas médias de rentabilidade do capital investidor;*

iii. *O coeficiente técnico de consumos ou utilização de matérias-primas e outros custos diretos;*

iv. *Os elementos e informações declaradas à administração tributária incluindo os relativos a outros impostos e, bem assim, os relativos a empresas ou entidades que tenham relações económicas com o contribuinte;*

v. *A localização e dimensão da atividade exercida;*

vi. *Os custos presumidos em função das condições concretas do exercício da atividade;*

vii. *A matéria tributável do ano ou anos mais próximos que se encontre determinada pela administração tributária;*

viii. *O valor de mercado dos bens ou serviços tributados; e*

ix. *Uma relação congruente e justificada entre os factos apurados e a situação concreta do contribuinte.*"

A AT está obrigada a optar pelos meios indiretos que se revelem mais adequados e idóneos à determinação de uma matéria tributável tão próxima quanto possível da real.

Neste sentido, resulta do artigo 85.º, n.º 2, da LGT que a AT deverá, sempre que possível, cumular critérios / elementos indiretos assentes em indícios e presunções com critérios / elementos diretos ou ordinários assentes em informação na posse da AT e de cuja fiabilidade, exatidão ou correção a AT não tenha razões para desconfiar.

A opção por uns meios ou critérios em detrimento de outros não pode ser efetuada pela AT sem critério, devendo ser sempre justificados quer os critérios utilizados quer a ponderação de fatores que levou ao resultado final. Além disso, a AT deve ter em devida conta todos os elementos disponíveis, incluindo os elementos obtidos da documentação disponibilizada pelo sujeito passivo que não mereçam censura e outros elementos extraídos de realidades económicas externas mas conexas à realidade do sujeito passivo em questão, de forma a reconstruir o lucro tributável de forma o mais verosímil e aproximada possível da real.

O artigo 83.º, n.º 2, da LGT estabelece que a avaliação indireta visa determinar o valor dos rendimentos ou bens tributáveis a partir de indícios, presunções ou outros elementos na posse da AT. Isto implica que, embora se recorra a indícios, presunções ou quaisquer outros elementos disponíveis, a avaliação que venha a ser efetuada pela AT visa primacialmente a determinação do valor real dos rendimentos do sujeito passivo.

A AT tem, assim, o dever de aplicar critérios que, recorrendo a regras e princípios de razoabilidade, normalidade e as regras da experiência, conduzam a um resultado tributável próximo da realidade do sujeito passivo, pois apenas tal resultado aproximado será suscetível de constituir "*o valor dos rendimentos ou dos bens tributáveis*" que a avaliação indireta visa alcançar.

O que justifica o dever especial de fundamentação que sobre a AT impende no contexto da aplicação dos métodos indiretos de determinação da matéria tributável dos contribuintes.

1.4. Dever especial de fundamentação que impende sobre a AT e repartição do ónus da prova

O legislador reconhece que a avaliação indireta do rendimento é uma área onde a densidade da fundamentação deve ser reforçada por oposição a outras áreas nas quais é simplificada.

Assim, os artigos 74.º, n.º 3 e 77.º, n.ºs 4 e 5, da LGT, estabelecem que incumbe à AT o dever especial de fundamentar o recurso aos métodos indiretos de tributação e o ónus da prova da verificação dos pressupostos legais de recurso à avaliação indireta do rendimento.

Para que tal dever especial de fundamentação se mostre cumprido, a AT deve demonstrar, designadamente, que: (*i*) o sujeito passivo não cumpriu os deveres declarativos/contabilísticos impostos por lei; e, (*ii*) que esse incumprimento tornou impossível a quantificação direta e exata da matéria tributável, apresentando os factos concretos estabelecidos nos artigos 87.º e 88.º da LGT que originaram tal impossibilidade.

Adicionalmente, a AT deve indicar os critérios ou meios indiretos concretamente aplicados na determinação da matéria tributável, justificando a escolha de um critério ou meio em detrimento de outro e demonstrando os cálculos na origem da matéria tributável apurada pela mesma.

Com efeito, o n.º 3 do artigo 84.º da LGT estabelece que, em caso de recurso aos métodos indiretos de tributação: "(...) *a fundamentação da avaliação contém obrigatoriamente a indicação dos critérios utilizados e a ponderação dos fatores que influenciaram a determinação do seu resultado*", sendo que o cumprimento deste dever pela AT visa criar um espaço para discussão da fiabilidade e adequação dos critérios utilizados e, se necessário, o recurso à prova pericial para questionar tais métodos e / ou critérios.

Os tribunais superiores — *i.e.,* o Supremo Tribunal Administrativo ("STA")[3], Tribunal Central Administrativo Norte ("TCAN")[4] e Tribunal Central Administrativo Sul ("TCAS")[5] — têm reiteradamente decidido que a AT deve justificar cabalmente a escolha dos métodos indiretos utilizados em função da situação concreta do contribuinte, de modo a cumprir o dever especial de fundamentação estabelecido no artigo 77.º, n.º 4, da LGT.

Sendo que em acórdão muito recente, o TCAN[6] decidiu que para cumprimento do ónus da prova que impende sobre o contribuinte de excesso de quantificação da matéria tributável basta que o mesmo demonstre que existem elementos, independentemente do valor, não considerados pela AT na quantificação / determinação da matéria tributável, devendo as insuficiências no método utilizado pela AT ser sempre enquadradas como substanciais, independentemente do seu *quantum.*

Do exposto resulta que a escolha dos métodos / critérios de determinação da matéria tributável e a fundamentação, pela AT, das operações efetuadas para apuramento do *quantum* a tributar

3 Veja-se, a título meramente exemplificativo, os Acórdãos do STA, de 24 de outubro de 2017, proferido no âmbito do recurso n.º 0315/07 e de 19 de março de 2009 proferido no âmbito do recurso n.º 0890/08. No primeiro acórdão mencionado, a AT tinha aplicado uma margem de comercialização de 20% sem explicitar as razões de facto e de direito para a aplicação dessa margem ao invés de outra qualquer, tendo o Tribunal concluído pela verificação de vício de falta de fundamentação relativamente à fixação indireta do *quantum* da matéria tributável, Já no segundo acórdão referido, a AT havia aplicado uma margem de comercialização de azeite (25%) sobre o volume presumido de vendas, margem essa calculada através de uma fórmula matemática não fundamentada, tendo o STA decidido que a AT não tinha cumprido o seu dever de fundamentação.

4 Cf. Acórdão, de 26 de abril 2018, proferido no processo n.º 04882/04, no qual se decidiu que: "(...) *Antes de endereçar ao contribuinte o ónus de provar o excesso na quantificação, a AT não poderá deixar de cumprir o dever de demonstrar que o critério por si eleito para a determinação da matéria tributável se revela adequado e racionalmente justificado como um modo adequado de aproximação à realidade que visa tributar"*.

5 Cf. Acórdão, de 18 de junho 2015, proferido no processo n.º 06225/12, no qual se decidiu que: "(...) *tendo a determinação da matéria tributável por métodos indiciários de ser feita por aproximação à realidade que se procura apurar, é necessário que se demonstre que teve por suporte elementos de facto possíveis e prováveis, extraídos de parâmetros gerais e comuns, adequados à situação. E, por isso, a AF tem de utilizar elementos de facto conhecidos que, segundo as regras da experiência, pautadas por critérios de razoabilidade e de normalidade e tendo em linha de conta as especificidades próprias da actividade do contribuinte, conduzam à extrapolação dos factos conhecidos ou à aproximação da realidade que se procura alcançar. A AF tem, assim, de indicar e justificar os critérios que utiliza na determinação da matéria tributável por métodos indiciários, por forma a que o contribuinte deles fique ciente e apto a discutir a valorimetria aplicada, isto é, para que possa provar que os critérios utilizados são desadequados e/ou inadmissíveis para a sua actividade, que houve erro ou manifesto excesso na matéria tributável quantificada"*.

6 Cf. Acórdão do TCAN de 12 de setembro de 2023 proferido no processo n.º 00240/12.0BEPNF, no qual se decidiu que para cumprimento do ónus da prova do excesso de quantificação da matéria tributável por métodos indiretos que impende sobre o sujeito passivo ao abrigo do artigo 74.º, n.º 3, da LGT é suficiente demonstrar que o "(...) o *«critério presuntivo eleito» não é, em abstracto, o mais adequado e racionalmente justificado"*. Para aquele tribunal superior basta que se verifique que existem elementos, independentemente do valor, não considerados pela AT na quantificação / determinação da matéria tributável para que fique demonstrado o excesso na quantificação na medida em que "(...) *as insuficiências no método são sempre substanciais, isto é, devem evidenciar um excesso de quantificação, não importando o seu* quantum*."*

é absolutamente crucial para evitar um juízo de ilegalidade das liquidações de imposto emitidas pela AT com base em tal matéria tributável.

2. Aplicação dos métodos indiretos de determinação da matéria tributável em empresas insolventes

Após um breve enquadramento do regime excecional de avaliação indireta do rendimento empresarial, torna-se crucial analisar as especificidades atinentes aos processos de insolvência e à sua tramitação que, quando analisadas em conjunto com a natureza dos métodos indiretos de tributação, justificam que o recurso a tais métodos para determinação da matéria tributável das empresas insolventes deva ser significativamente limitado. Neste ponto também serão abordados os casos em que, no nosso entendimento, não é possível recorrer aos métodos indiretos de tributação para determinar a matéria tributável de empresas insolventes.

2.1. Breve enquadramento sobre o processo de insolvência

Para cabal compreensão dos motivos pelos quais o recurso aos métodos indiretos está, em geral, vedado para determinação da matéria tributável, cumpre fazer um breve enquadramento do processo de insolvência e das suas especificidades.

O processo de insolvência é, tal como refere o artigo 1.º, n.º 1, do Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas ("CIRE"), um "*processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores*".

Para acautelar tal finalidade de satisfação dos credores, o CIRE admite duas vias alternativas: a liquidação da massa insolvente e o plano de insolvência.

A liquidação da massa insolvente consiste na venda dos bens e na cobrança dos créditos da massa, seguida da repartição do produto da venda pelos credores nos termos da respetiva graduação de créditos.

Já o plano de insolvência é um negócio jurídico atípico através do qual os credores podem regular, em termos diversos daqueles que estão previstos no CIRE, "(...) *o pagamento dos créditos sobre a insolvência, a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos titulares daqueles créditos, bem como a responsabilidade do devedor depois de findo o processo*" (artigo 192.º, n.º 1, do CIRE).

Não existe um elenco taxativo de medidas que sejam passíveis de ser consagradas no plano de insolvência, pelo que é deixada aos credores uma margem de liberdade significativa, atendendo à natureza disponível dos interesses em causa (*v.g.*, créditos de natureza patrimonial).

Nesta medida, o plano de insolvência é um negócio de "*geometria variável*", o qual pode ter como finalidade a recuperação do devedor ou limitar-se a estabelecer medidas de liquidação diversas daquelas que já resultariam das regras legais.

Com efeito, o referido plano de insolvência só pode conduzir a dois resultados:

i. a liquidação da massa insolvente, embora em termos diferentes daqueles que resultariam da aplicação do regime subsidiário do CIRE; ou,

ii. a recuperação do devedor.

O plano que visa a recuperação do devedor referido *supra* em (ii) designa-se "plano de recuperação", por imposição legal (artigo 192.º, n.º 3, do CIRE), pese embora continue a ser, para todos os efeitos, um plano de insolvência, sujeito ao mesmo regime.

De realçar, a este propósito, que o plano de recuperação pode prever — e é até normal que preveja — a liquidação de alguns bens do devedor, uma vez que a venda ou dação em pagamento de bens permite obter receitas ou reduzir o passivo do devedor, o que é frequentemente condição necessária para viabilizar a sua recuperação.

Em suma, com relevância no presente artigo, importa reter que o processo de insolvência (salvo casos de insuficiência da massa insolvente) pode ter, como desfecho, a liquidação da massa insolvente, um plano de insolvência ou um plano de recuperação.

Na generalidade dos casos, a opção por uma destas três vias é tomada pelos credores após a declaração de insolvência, na primeira assembleia de credores, habitualmente designada como "assembleia de apreciação do relatório" por ser nela que, nos termos do artigo 156.º do CIRE, o administrador de insolvência expõe o seu relatório, onde conclui com uma recomendação sobre o caminho a seguir (liquidação, plano de insolvência ou plano de recuperação).

É também nessa assembleia — e em função do que nela for deliberado — que é normalmente tomada, pelos credores, a decisão acerca do encerramento (ou não) do(s) estabelecimento(s) compreendido(s) na massa insolvente do devedor, correspondente, para efeitos fiscais, ao encerramento de atividade.

Encerramento de atividade este que deve ser comunicado pelo tribunal à AT ao abrigo do artigo 65.º, n.º 3, do CIRE para efeitos de cessação da atividade da empresa declarada insolvente em IRC e em IVA.

É a luz do referido enquadramento que cumpre analisar em que circunstâncias pode a AT recorrer aos métodos indiretos para determinação da matéria tributável das empresas insolventes, antecipando desde já que as especificidades atinentes ao processo de insolvência e, designadamente, à sua finalidade, não foram tidas em devida conta pelo legislador dos métodos indiretos, o que torna ainda mais difícil (e, em muitos casos, impossível) o cumprimento, pela AT, do seu dever especial de fundamentação e do ónus que sobre si impende de demonstrar quer os pressupostos legais quer os critérios / elementos concretamente utilizados.

2.2. Impossibilidade de recurso aos métodos indiretos em caso de inexistência de atividade económica da empresa insolvente

A título preliminar, cumpre salientar que não é possível recorrer aos métodos indiretos de tributação nos casos em que não exista qualquer rendimento a quantificar, o que sucede necessariamente quando não é exercida qualquer atividade económica e que, por conseguinte, não se verifica qualquer facto tributário que justifique a tributação em sede de IRC num determinado exercício.

Do breve enquadramento do processo de insolvência resulta que há casos em que, após a declaração de insolvência, é deliberado: (i) que o processo deve prosseguir para liquidação da massa insolvente e, por conseguinte, para venda dos bens e cobrança dos créditos da massa insolvente, seguida da repartição do produto da venda pelos credores nos termos da respetiva graduação de créditos; e, (ii) que o(s) estabelecimento(s) compreendidos na massa insolvente devem ser encerrados.

Nestes casos, entendemos que é patente que a AT não poderá recorrer aos métodos indiretos de determinação da matéria tributável por não ser exercida, pela empresa declarada insolvente, qualquer atividade económica e, por conseguinte, por não se verificar qualquer facto tributário.

Com efeito, o artigo 65.º, n.º 3, do CIRE estipula que, com a deliberação do encerramento da atividade do(s) estabelecimento(s) compreendidos na massa insolvente, extinguem-se todas as obrigações declarativas e fiscais, o que deve ser comunicado oficiosamente pelo tribunal à AT para efeitos de cessação da atividade.

Por sua vez, estabelece o artigo 156.º, n.º 2, do CIRE, sob a epígrafe: "*Deliberações da assembleia de credores de apreciação do relatório*" que a assembleia de credores delibera sobre o encerramento ou a manutenção em atividade do estabelecimento ou dos estabelecimentos compreendidos na massa insolvente.

Nos casos em que é deliberado o encerramento da atividade ao abrigo da referida norma do CIRE, a empresa insolvente deixa de exercer uma atividade económica, cessando, nos termos legais, todas as obrigações declarativas e fiscais.

Tal circunstância torna, no nosso entendimento, o recurso à avaliação indireta do rendimento de aplicação impossível.

Com efeito, se a pedra de toque do recurso aos métodos indiretos de tributação é o incumprimento, pelo sujeito passivo, de deveres declarativos e/ ou contabilísticos que torne impossível a determinação direta e exata da matéria tributável, não se vê como é que este instituto pode ter aplicação nos casos em que os contribuintes deixam de estar adstritos ao cumprimento de obrigações declarativas e fiscais por expressa determinação legal.

Não desconhecemos o conteúdo da Circular n.º 10/2015 de 9 de setembro de 2015 ("Circular 10/2015"), emitida pelo Gabinete do Diretor Geral, na qual se afirma que as empresas insolventes que cessem atividade e se encontrem em liquidação podem, ainda assim, estar obrigadas ao

cumprimento de determinadas obrigações fiscais que estejam relacionadas com factos tributários sujeitos a IRC.

No ponto 3. b) e c) da Circular 10/2015 a AT esclarece que o disposto no artigo 65.º do CIRE "(...) *não pode ser interpretado no sentido de determinar: i) A perda da personalidade tributária da pessoa coletiva insolvente, subsistindo a suscetibilidade de esta ser sujeito de relações jurídicas tributárias no decurso do processo de liquidação; ii) Qualquer tipo de exclusão do âmbito de incidência de impostos; ou iii) A extinção de obrigações fiscais que ainda não se tenham constituído na esfera da pessoa coletiva insolvente à data da deliberação do encerramento do estabelecimento, ou iv) O afastamento das obrigações que venham a incidir sobre a insolvente em resultado das operações de liquidação que sejam realizadas até à extinção do processo de insolvência*".

A AT acrescenta ainda no ponto 3 d) da Circular 10/2015 que a deliberação do encerramento de estabelecimento a que se refere o n.º 3 do artigo 65.º do CIRE, sendo comunicada oficiosamente pelo tribunal, pode ser determinante na cessação de atividade para efeitos fiscais (IRC e "IVA"), "(...) *no pressuposto de que a atividade da pessoa coletiva insolvente deixará de ser exercida e que, consequentemente, deixará de lhe ser exigível o cumprimento das obrigações fiscais especificamente emergentes da prossecução normal da atividade*".

Entendemos que a Circular 10/2015 deve ser lida com cautela e que, quando necessário, deve ser interpretada de forma restritiva ou mesmo desconsiderada na medida em que a mesma não pode derrogar preceitos legais hierarquicamente superiores como os que constam do CIRE e que regem expressamente esta matéria e, em particular, o disposto no artigo 65.º, n.º 3, do CIRE que aponta precisamente em sentido diverso daquele propugnado pela AT na Circular 10/2015.

Conforme teve oportunidade de decidir o TCAS em acórdão recente[7]: "*Se não ocorrer qualquer actividade económica não poderá haver lugar a tributação, por inexistência de facto tributário, não sendo aplicável à liquidação de bens da massa insolvente as regras do art.º 79º e segs. do Código do IRC*.". Com efeito, como notou aquele tribunal superior, a venda dos bens apreendidos a favor da massa insolvente não se trata de uma venda de bens do ativo circulante da empresa insolvente com vista à obtenção de lucro, nem do imobilizado para realização de mais ou menos valias, visando, ao invés, a satisfação dos credores, cujo resultado não integra o conceito de lucro sobre o qual possa incidir IRC nos termos e para os efeitos previstos no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do CIRC.

O STA[8] também já teve oportunidade de decidir que nos casos em que não seja exercida "(...) *qualquer actividade económica não poderá haver lugar a tributação, por inexistência de facto tributário, não sendo aplicável à liquidação de bens da massa insolvente as regras do art.º 73º e segs. do Código do IRC"*. Tendo este tribunal superior considerado que, no caso sob escrutínio, a empresa insolvente: "*já não desenvolvia a actividade própria daquele que foi o seu objecto social* (...) *tendo-se limitado o liquidatário judicial a alienar o património apreendido para a massa falida para dar pagamento aos credores reclamantes.*", considerou que a venda ocorrida na fase de liquidação do ativo da empresa insolvente: "(...) *não é uma venda de bens do seu activo imobilizado, mas a*

7 Cf. Acórdão, de 9 de junho de 2021, proferido no âmbito do processo 1162/16.0BESNT.

8 Cf. Acórdão, de 8 de novembro de 2017, proferido no âmbito do processo n.º 0876/15.

venda de bens de um património autónomo (massa falida) que visa a satisfação dos credores em concurso universal. E o incumprimento de obrigações declarativas, ainda que permita à Administração Tributária averiguar, através de acção inspectiva (como aconteceu no caso) se a empresa tinha ou não continuado a exercer actividade económica e, no caso afirmativo, proceder à determinação do lucro tributável em sede de IRC, não integra fundamento para a tributação em imposto sobre o rendimento"[9].

E conforme decidiu o Tribunal do Comércio de Vila Nova de Gaia[10] as normas da liquidação das sociedades não podem ser confundidas com as normas de liquidação dos ativos das empresas insolventes, porque enquanto aquelas se destinam a regular a partilha do património societário da sociedade dissolvida, sendo a liquidação feita no interesse dos sócios, as normas de liquidação dos ativos das empresas insolventes regulam a venda dos bens apreendidos a favor massa insolvente como se se tratasse de um processo executivo, feita no exclusivo interesse dos credores.

Adicionalmente, os tribunais superiores têm vindo a decidir que: "(...) *a declaração de insolvência constitui um dos fundamentos da dissolução das sociedades e essa dissolução equivale à morte do infrator*" e, bem assim, que com a declaração de insolvência são "(...) *apreendidos todos os bens* [da empresa insolvente], *passando a constituir um novo património, a chamada "massa falida", um acervo de bens e direitos retirados da disponibilidade da sociedade e que serve exclusivamente, depois de liquidado, para pagar, em primeiro lugar, as custas processuais e as despesas de administração e, depois, os créditos*"[11].

Note-se que em casos de inexistência de facto tributário, é a própria AT que confirma, na mencionada Circular 10/2015, que as empresas insolventes não estão obrigadas a cumprir quaisquer obrigações declarativas, contabilísticas ou fiscais, resultando da doutrina administrativa em análise que, nos casos em que "(...) *seja deliberado o encerramento de estabelecimento compreendido na massa insolvente e comunicado tal facto à AT pelo tribunal, em conformidade com o disposto no n.º 3 do artigo 65.º do CIRE, é assumida a cessação oficiosa, prevista no n.º 6 do artigo 8.º do Código do IRC; pelo que, a partir desse momento, e sem prejuízo do cumprimento de obrigações decorrentes de factos tributários anteriores, as pessoas coletivas insolventes só ficam obrigadas à entrega da declaração periódica de rendimentos e à respetiva liquidação e pagamento de imposto, relativamente aos períodos de tributação em que se verifique a existência de qualquer facto tributário sujeito a IRC, atendendo ao que dispõe o n.º 7 do artigo 8.º do Código do IRC*".

9 No mesmo sentido já havia decidido o STA em acórdão, de 29 de outubro de 2003, proferido no âmbito do processo n.º 01079/03: *"A venda de bens que integravam o activo imobilizado de uma sociedade entretanto declarada falida, efectuada nos autos de liquidação do respectivo activo, não integra o conceito de mais-valias e menos-valias previsto no art. 43º do CIRC"* e veio novamente decidir o TCA Sul em acórdão recente de 13 de maio de 2021, proferido no âmbito do processo n.º 107/15.0BESNT: *"Como se destacou no referido acórdão nº 01079/03 a propósito da venda do ativo imobilizado, mas cuja doutrina nos parece aplicável aos restantes bens do ativo, com a declaração de falência não há mais activo imobilizado, qua tale, sendo, antes, todos os bens apreendidos, passando a constituir um novo património, a chamada «massa falida», que constitui um acervo de bens e direitos retirados da disponibilidade da sociedade e que serve exclusivamente, depois de liquidado, para pagar, primeiramente, as custas processuais e as despesas de administração e, depois, os créditos reconhecidos"*.

10 Cf. Acórdão, de 18 de abril de 2007, proferido no âmbito do processo n.º 236/03.2TYVNG.

11 Neste sentido, V. os acórdãos do STA: (i) de 11 de agosto de 2017 proferido no processo n.º 0876/15; (ii) 9 de fevereiro de 2011 proferido no âmbito do processo n.º 0617/10; (iii) de 29 de outubro de 2003 proferido no âmbito do processo n.º 01079/03 e os acórdãos do TCAS; (iv) de 22 de junho de 2023 proferido no âmbito do processo 996/19.9BESNT; e, (v) de 9 de junho de 2021 proferido no âmbito do processo 1162/16.0BESNT.

Assim, mesmo à luz da posição constante da Circular n.º 10/2015 — repita-se, em derrogação do disposto no artigo 65.º, n.º 3, do CIRE e, portanto, em derrogação de uma norma de hierarquia superior —, importa concluir que inexistindo atividade económica, não se verifica qualquer facto tributário e a empresa insolvente não está obrigada a cumprir qualquer obrigação declarativa e fiscal.

Ainda que, mesmo naqueles casos, a AT entenda que: "(...) *a dispensa integral do cumprimento de obrigações fiscais subsequentes verificar-se-á apenas nos casos em que estejam já esgotados os ativos da pessoa coletiva insolvente e desde que a liquidação e partilha da massa insolvente não integre atos supervenientes com relevância em termos de incidência tributária*." - cf. ponto 3. e) da Circular 10/2015.

Acrescentando ainda que o não exercício de uma atividade ou a não exploração de estabelecimentos compreendidos na massa insolvente não significa "(...) *a impossibilidade de ocorrência de factos tributários posteriores, nem legitima que tais factos se devam excluir de tributação*", ainda que, no seu entendimento, as transmissões de bens compreendidos na massa insolvente que ocorram após a deliberação do encerramento de estabelecimento revistam "(...) *uma natureza específica, devendo ser consideradas vendas judiciais, com os consequentes efeitos na tributação em sede de impostos sobre o rendimento e a despesa, nomeadamente quanto à definição do valor tributável e procedimentos de liquidação*" - cf. ponto 3. f) e 3. g) da Circular 10/2015.

Em face do exposto, entendemos que não é possível recorrer aos métodos indiretos de tributação nos casos em que a empresa declarada insolvente não realiza qualquer atividade económica correspondente a uma das atividades compreendidas no seu objeto social em virtude de se ter deliberado que o processo deve prosseguir para liquidação da massa insolvente e que deve ser encerrado o estabelecimento compreendido na massa insolvente da empresa declarada insolvente.

2.3. Recurso limitado aos métodos indiretos de tributação para determinação da matéria tributável de empresas insolventes

Conforme exposto anteriormente, entendemos que não é possível recorrer aos métodos indiretos de tributação nos casos em que, por um lado, não seja desenvolvida qualquer atividade económica e, por outro lado, não sejam incumpridos quaisquer deveres de cooperação que impossibilitem a determinação direta e exata da matéria tributável.

Em situações em que tais deveres de cooperação não existem porque, designadamente, foi deliberado o encerramento do estabelecimento compreendido na massa insolvente e tal encerramento foi comunicado pelo tribunal à AT para efeitos de cessação da atividade em IRC e IVA, não pode a AT recorrer aos métodos indiretos de tributação porque não é possível incumprir deveres de cooperação que não existem.

Da mesma forma, nos casos em que tais deveres existem mas o incumprimento não seja imputável ao Administrador Judicial nem exista qualquer comportamento anti-jurídico ou negligente por parte deste, a AT também não está autorizada a recorrer aos métodos indiretos de tributação para determinação da matéria tributável da empresa declarada insolvente.

Após determinaros os casos os nos parece ser impossível o recurso legítimo aos métodos indiretos de tributação para determinação da matéria tributável de empresas insolventes, cumpre agora analisar em que situações poderá a AT recorrer a tais métodos.

A jurisprudência dos tribunais superiores tem decidido que, para além dos casos em que as empresas insolventes não desenvolvam qualquer atividade económica, não é possível aplicar métodos indiretos quando a empresa declarada insolvente: i) não continue a realizar negócios jurídicos de execução duradora que se protelaram para além da declaração de falência ou por terem resultado da confirmação de negócios da insolvente posteriores à declaração de falência ou, ainda; ii) nos casos em que o produto da venda dos bens que integravam a massa insolvente não é suficiente para pagamento das dívidas da massa insolvente e dos créditos reconhecidos.

Neste contexto, decidiu o STA[12] que a AT "(...) *não pode proceder à determinação da matéria tributável, por métodos indirectos, em sede de IRC, para o exercício de 2004 de uma empresa declarada falida em 1991, que cessou imediatamente a sua actividade, facto comunicado à 3ª Repartição de Finanças do Concelho de Sintra - Cacém em 6-1-91, com base exclusivamente nos proveitos auferidos pela venda de imóveis levada a cabo pelo gestor e liquidatário da falência*". O STA acrescentou ainda que a venda efetuada no contexto da liquidação do ativo da empresa declarada insolvente "(...) *não é uma venda de bens do seu activo imobilizado, mas a venda de bens da referida massa falida com vista à satisfação dos credores, em concurso universal*." e que, por conseguinte, caso se verificasse estar em falta a apresentação de declaração de rendimentos na origem de uma impossibilidade de comprovação e quantificação direta do lucro tributável, a AT apenas poderia recorrer aos métodos indiretos de tributação "(...) *relativamente às condições que subsistam de sujeição ao IRC, para além das que derivam do exercício de uma actividade económica, como sejam os negócios jurídicos que se possam ter continuado a realizar seja por serem de execução duradoura que se protelou para além da declaração de falência, ou por terem resultado da confirmação de negócios do falido posteriores à declaração de falência, ou, até pelo que sobrou do produto da venda dos bens que integravam a massa insolvente depois de pagas as dívidas da massa e os créditos reconhecidos*."

No mesmo sentido decidiu o STA[13] que a venda de bens da massa insolvente com vista à satisfação dos credores, em concurso universal não integra o conceito de mais-valias e menos-valias previsto no artigo 43º do CIRC, já que com a declaração de falência não há mais ativo imobilizado, *qua tale*, sendo, antes, todos os bens apreendidos, passando a constituir um novo património, a chamada "massa falida", que constitui um acervo de bens e direitos retirados da disponibilidade da sociedade e que serve exclusivamente, depois de liquidado, para pagar, primeiramente, as custas processuais e as despesas de administração e, depois, os créditos reconhecidos.

A jurisprudência do STA acima enunciada sem qualquer pretensão de análise exaustiva aponta no sentido da aplicação bastante limitada dos métodos indiretos de tributação a empresas insolventes, na medida em que apenas admite tal aplicação nos casos em que uma empresa insolvente realize negócios jurídicos no contexto de uma atividade económica ou nos casos em que, após sentença de graduação de créditos, ainda exista um excesso do produto da venda dos bens

12 Cf. Acórdão, de 3 de novembro de 2016, proferido no âmbito do processo n.º 0448/14.

13 Acórdão proferido no recurso n.º 01079/03" por "Cf. Acórdão do STA de 29 de outubro de 2003 proferido no recurso n.º 01079/03.

apreendidos a favor da massa insolvente que cubra os valores atinentes às custas processuais, custos de administração e créditos reconhecidos no contexto do processo de insolvência e desde que, naturalmente, estejam preenchidos os pressupostos previstos nos artigos 87.º e 88.º da LGT dos quais depende o recurso aos métodos indiretos de tributação.

De facto, de uma interpretação a *contrario sensu* da jurisprudência disponível nesta matéria parece resultar que nas situações expressamente enunciadas por aquele tribunal superior seria então possível (pelo menos em teoria e de forma limitada) recorrer aos métodos indiretos de tributação.

No entanto, sempre se acrescentará que, considerando o ónus da prova da verificação dos pressupostos de recurso aos métodos indiretos de tributação que impende sobre a AT e as especificidades atinentes aos processos de insolvência, vemos como particularmente difícil que a AT possa legitimamente aplicar métodos indiretos de tributação a empresas insolventes.

Para além do exposto, os elementos indiretos constantes do artigo 90.º da LGT e ao dispor da AT em caso de recurso aos métodos indiretos não parecem ter sido pensados para casos em que as empresas foram declaradas insolventes mas antes para casos em que as empresas estão a desenvolver a sua atividade em condições normais e de plena concorrência com as demais empresas do mesmo setor, o que torna ainda mais difícil ou praticamente impossível o cumprimento, pela AT, do dever especial de fundamentação que sobre si impende neste domínio.

3. Conclusões

Em jeito de conclusão, não é possível recorrer aos métodos indiretos de tributação nos casos em que não exista qualquer rendimento a quantificar, o que sucede necessariamente quando não é exercida qualquer atividade económica.

Nos casos em que, após a declaração de insolvência, é deliberado: (i) que o processo deve prosseguir para liquidação da massa insolvente; e, (ii) que o(s) estabelecimento(s) compreendido(s) na massa insolvente devem ser encerrados, entendemos que é patente que a AT não está autorizada a recorrer aos métodos indiretos de determinação da matéria tributável por não ser exercida qualquer atividade económica e por se mostrarem cessadas, nos termos legais, todas as obrigações declarativas e fiscais.

A possibilidade de recurso aos métodos indiretos de determinação da matéria tributável a empresas insolventes é, assim, bastante limitada, sendo apenas possível equacionar nos seguintes cenários: (*i*) caso a empresa insolvente realize negócios jurídicos no contexto de uma atividade económica; (*ii*) caso tenha sido proferida sentença de graduação de créditos e exista um excesso do produto da venda dos bens apreendidos a favor da massa insolvente da empresa, relativamente ao valor dos créditos reconhecidos no contexto do processo de insolvência e ao valor das custas processuais, despesas de administração e dívidas da massa insolvente.

No entanto, mesmo naqueles cenários, vemos como particularmente difícil que a AT possa legitimamente aplicar métodos indiretos de tributação a empresas insolventes considerando, por um

lado, as especificidades do processo de insolvência que não foram devidamente acauteladas pelo legislador dos métodos indiretos e, por outro lado, o ónus da prova e o dever especial de fundamentação que impendem sobre a AT neste domínio.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 63, diciembre 2023, pp. 41-60

Artículos

EXPERIENCIAS RECIENTES EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ESPAÑOLA EN MATERIA DE OPAS

Manuel Vélez Fraga, Miguel Martínez Gimeno y Eduardo Ayala González

Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje (Madrid)

Experiencias recientes en la jurisprudencia contencioso-administrativa española en materia de opas

Las ofertas públicas de adquisición de acciones (opas) han sido una fuente de conflicto en el orden contencioso-administrativo en los últimos años en España. Desde la sentencia de la Audiencia Nacional estimatoria del recurso interpuesto frente a la aprobación de la opa sobre Cementos Portland Valderrivas, S.A., los recursos frente a autorizaciones en relación con opas se han incrementado. Ello ha dado lugar a distintos pronunciamientos de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en los que se ha fijado doctrina sobre cuestiones esenciales sobre la normativa de opas. En el presente artículo se analizarán estos pronunciamientos, así como alguno que se divisa en el horizonte.

PALABRAS CLAVE:
Mercado de valores, Oferta pública de adquisición de acciones, Precio equitativo, Métodos de valoración.

Recent spanish administrative litigation regarding takeover bids

Takeover bids have recently given rise to administrative litigation in Spain. Ever since the National Court upheld the appeal against the decision to approve the Cementos Portland Valderrivas, S.A. takeover, the number of appeals against takeover bid approvals has escalated. This has resulted in various precedent-setting judgments by the National Court and the Supreme Court on essential issues regarding takeover bid regulations. This article analyses these and other imminent judgments.

KEY WORDS:
Stock market, takeover bid, fair price, valuation methods.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Vélez Fraga, Manuel; Martínez Gimeno, Miguel; Ayala González, Eduardo (2023). Experiencias recientes en la jurisprudencia contencioso-administrativa española en materia de opas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 41-60 (ISSN: 1578-956X).

1. El régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición (opas). En especial, las opas de exclusión y la excepción a formularlas del artículo 11.d) del Real Decreto 1066/2007

El régimen jurídico español de las ofertas públicas de adquisición sobre entidades cotizadas se encuentra regulado en la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión ("LMV") y, especialmente, en el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores ("Real Decreto 1066/2007").

La recientemente aprobada LMV no altera en sus líneas generales el régimen jurídico hasta ahora existente en lo que se refiere a las sociedades cotizadas en mercados regulados[1]. Así, la normativa distingue entre las opas obligatorias y voluntarias.

La opa obligatoria por toma de control es la más común y tiene lugar cuando se alcanza el control de la sociedad, bien por adquirir un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30 % del capital con derecho a voto de la sociedad afectada, o bien por designar más de la mitad de los miembros de su órgano de administración.

En esos casos, se impone la obligación de formular una opa dirigida a todos los titulares de acciones o de derechos de suscripción de la sociedad afectada, así como, en su caso, a los titulares de derechos de suscripción de acciones y de obligaciones convertibles y canjeables en ellas. Potestativamente, puede también dirigirse a los titulares de *warrants* (opciones sobre acciones) o de otros instrumentos financieros que den opción a la adquisición o suscripción de acciones por emitir o ya emitidas.

La opa debe formularse a un "precio equitativo" en los términos previstos en la LMV y el Real Decreto 1066/2007, que es, concretamente, un precio o contraprestación no inferior al más elevado al que el oferente o las personas que actúen concertadamente con él hubieran pagado o acordado por los mismos valores durante los doce meses previos al anuncio de la oferta. De no existir dicha adquisición o acuerdo previo, se aplican las reglas de valoración e informe a las que nos referiremos más adelante.

1 La nueva LMV sí introduce como importantes novedades en la materia la extensión del régimen de opas a sociedades admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación y la regulación de las sociedades cotizadas con propósito para la adquisición (por su acrónimo en inglés SPAC), si bien el análisis de estas cuestiones excede del ámbito del presente artículo.

Este tipo de opa se encuentra armonizado en la Unión Europea a través de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición, y, por tanto, el régimen es similar o con diferencias escasas para todos los Estados miembros de la Unión Europea. La finalidad de estas opas es el reparto de la prima de control.

Las otras dos opas obligatorias son la opa de exclusión, que trataremos a continuación de manera específica y que se produce cuando la sociedad cotizada decide excluir sus acciones de negociación, así como la opa en supuestos de reducción de capital mediante adquisición de acciones propias de la sociedad, que se produce al acordarse estas reducciones de capital para amortización de acciones propias que superen el 10 % del capital con derecho a voto cuando no se realicen conforme a las exenciones para programas de recompra y estabilización de instrumentos financieros previstos en la normativa de la Unión Europea[2].

La opa voluntaria, como su propio nombre indica, no se impone al oferente y puede dirigirse a un número de valores inferior al total (siempre que, a resultas de ella, no se supere el umbral citado del 30 % que daría lugar a la opa obligatoria por toma de control). La normativa española somete la opa voluntaria al régimen de la obligatoria, excepto en lo que se refiere al precio, que no tiene que ser "precio equitativo", y a la posibilidad de sujetarla a determinadas condiciones, como la aprobación de modificaciones estatutarias o estructurales por la sociedad, la aceptación de un número mínimo de valores, la aprobación en junta de la oferta u otras condiciones que sean consideradas conforme a Derecho por el supervisor del mercado de valores español, la Comisión Nacional del Mercado de Valores ("CNMV"). Si con ocasión de la opa voluntaria se alcanza el control, la oferta deberá someterse imperativamente al régimen de la opa obligatoria, singularmente a las reglas sobre precio equitativo.

Como se ha adelantado, la opa de exclusión es una opa obligatoria que se produce cuando una sociedad cotizada decide excluir sus acciones de cotización. Su finalidad esencial es la de retribuir la pérdida de liquidez que supone la exclusión de cotización en un mercado regulado.

La opa de exclusión debe dirigirse igualmente a todos los titulares de acciones o de derechos de suscripción de la sociedad afectada, así como, en su caso, a los titulares de derechos de suscripción de acciones y de obligaciones convertibles y canjeables en ellas, salvo a aquellos titulares que hubieran votado a favor de la exclusión y que, además, inmovilicen sus valores hasta que transcurra el plazo de aceptación de la opa.

La opa la formula la propia sociedad que se excluye u otra persona o entidad que cuente con la aprobación de la Junta General de la sociedad a excluir. La Junta General debe en todo caso aprobar el acuerdo de exclusión y los acuerdos relativos a la opa.

En esta opa la contraprestación debe ser necesariamente en metálico y el precio ofrecido debe justificarse en un informe basado en los métodos previstos en el artículo 10.5 del Real Decreto 1066/2007, al que se hará referencia a continuación.

2 Principalmente, en el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado).

El artículo 11 del Real Decreto 1066/2007 exceptúa, no obstante, la obligación de opa de exclusión cuando se hubiera realizado con anterioridad una opa por la totalidad del capital de la sociedad afectada en la que se hubiera manifestado la intención de excluir las acciones de negociación y, además, se justifique el precio mediante el informe de valoración previsto para las opas de exclusión y se facilite la venta de la totalidad de los valores mediante una orden de compra de dichos valores, al mismo precio que el de la oferta previa, durante al menos un mes en el semestre posterior a la finalización de la oferta precedente. Esta excepción exige en todo caso que, a resultas de la opa previa, el oferente hubiese alcanzado al menos el 75 % del capital con derecho a voto de la sociedad afectada.

Como puede verse, la excepción de la opa de exclusión del artículo 11.d) del Real Decreto 1066/2007 parte del presupuesto de que se ha promovido una opa previa por la totalidad del capital social anunciando la voluntad de excluir y de que el oferente hubiese alcanzado en esa opa previa un mínimo del 75 % del capital con derecho a voto.

Esta última exigencia de aceptación del 75 % del capital con derecho a voto en la opa previa fue introducida en la normativa de opas por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modificaba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

Según la motivación de la enmienda[3] que introdujo el cambio normativo, el requisito perseguiría hacer el sistema más equilibrado y que la regulación no propicie que los accionistas se vean presionados para aceptar opas cuya lógica es la toma de control de sociedades que todavía no han decidido abandonar el mercado bursátil, de manera que puedan centrarse en valorar el precio y demás condiciones de la oferta y considerar realmente como alternativa permanecer en la sociedad acompañando al nuevo socio de control. Según la misma motivación, se trataría, en definitiva, de que los potenciales oferentes no puedan basar su estrategia en el anuncio de una inminente exclusión y, en suma, de separar la opa de toma de control del eventual proceso de exclusión de cotización en todos aquellos casos en los que el capital flotante tras dicha opa siga siendo especialmente significativo, de manera que cada aspecto —cambio de control y exclusión— tienda a dilucidarse de modo autónomo.

A nuestro juicio, esta motivación no parece una justificación suficiente para esta nueva exigencia normativa, ya que incluso si se considerase que en una opa sobre la totalidad de las acciones de una sociedad el anuncio del oferente de su voluntad de excluirla de cotización supone una "presión" para los accionistas, lo cierto es que existen dos garantías claras que neutralizan cualquier tipo de presión: en primer lugar, que la excepción a la opa de exclusión impone el mismo informe exigido en este tipo de opas (informe que es aportado de hecho en la opa previa y fiscalizado por la CNMV, con garantías más que suficientes, como se verá), y, en segundo lugar, que el accionista tendrá dos oportunidades de vender sus acciones (en la opa previa y en la orden de compra posterior), de manera que los dos momentos, opa previa y exclusión, pueden ser diferenciados perfectamente por los accionistas (es decir, el accionista puede no vender en la opa previa y, pos-

3 Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 28-3, de 18 de diciembre de 2020.

teriormente, a la luz de su resultado final, vender en la orden de compra que la sociedad debe mantener durante un mes para la exclusión).

Centrándonos en el informe exigido para una opa de exclusión, o para la exclusión en virtud de la excepción del artículo 11.d) del Real Decreto 1066/2007, este informe debe contener una justificación detallada sobre la propuesta y el precio ofrecido basada en resultados obtenidos a partir de los siguientes métodos:

i. Valor teórico contable de la sociedad y, en su caso, del grupo consolidado, calculado con base en las últimas cuentas anuales auditadas y, si son de fecha posterior a estas, sobre la base de los últimos estados financieros.

ii. Valor liquidativo de la sociedad y, en su caso, del grupo consolidado, salvo que de la aplicación de este método fueran a resultar valores significativamente inferiores a los obtenidos a partir de los demás métodos.

iii. Cotización media ponderada de los valores durante el semestre inmediatamente anterior al anuncio de la opa, cualquiera que sea el número de sesiones en que se hubieran negociado.

iv. Valor de la contraprestación ofrecida con anterioridad, en el supuesto de que se hubiese formulado alguna opa en el año precedente a la fecha del acuerdo de solicitud de exclusión.

v. Otros métodos de valoración aplicables al caso concreto y aceptados comúnmente por la comunidad financiera internacional, tales como descuento de flujos de caja, múltiplos de compañías y transacciones comparables u otros.

El informe debe justificar necesariamente la relevancia respectiva de cada uno de los métodos empleados en la valoración y el precio de la opa no puede ser inferior al mayor que resulte entre el "precio equitativo" de las opas por toma de control (si ha existido un precio pagado o acordado en los doce meses previos) y el de tomar en cuenta, de forma conjunta y con justificación de su respectiva relevancia, los métodos anteriores.

Teniendo en cuenta este contexto normativo, a continuación se abordarán determinados casos resueltos por la jurisprudencia contencioso-administrativa española reciente que ha tenido ocasión de resolver la impugnación de diversos actos autorizatorios de opas.

2. Sobre la ausencia de prelación de métodos de valoración y el papel del Consejo de Administración en las opas de exclusión. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2020 relativa a la opa realizada sobre Cementos Portland Valderrivas

Según se ha expuesto, el informe de valoración en opas de exclusión, o en el contexto de la excepción a ella amparada en el artículo 11.d) del Real Decreto 1066/2007, en principio, no establece una prelación de métodos de valoración, sino un análisis que tome en cuenta "*de forma conjunta y con justificación de su respectiva relevancia*" todos los métodos (siempre, por supuesto, que estos métodos arrojen un valor superior al fijado con arreglo a las reglas relativas al "precio equitativo" de las opas por toma de control, esto es, al pagado o acordado por el oferente en los últimos doce meses, ya que de otro modo sería este precio el que se aplicase).

A pesar de que la regulación no parece establecer prelación alguna, en el contexto de la opa de exclusión de la sociedad Cementos Portland Valderrivas, S.A. ("CPV") promovida por la entidad Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. ("FCC"), la Audiencia Nacional, en Sentencia de 5 de abril de 2019 (rec. n.º 143/2017), anuló el Acuerdo de la CNMV por el que dicha opa era autorizada, al considerar que el informe de valoración utilizado se apoyó fundamentalmente en el método de descuento de flujos de caja y no en el de valor teórico contable, utilizado y considerado adecuado por la CNMV en otras ocasiones. La sentencia citada también anulaba el acuerdo porque el informe de valoración había sido elaborado por una entidad de crédito que también era agente global de financiación de FCC, así como intermediario y liquidador de la opa sobre CPV, lo que supondría un conflicto de intereses por la entidad que invalidaba igualmente el informe.

Frente a dicha sentencia, interpusieron sendos recursos de casación la propia CNMV, CPV y FCC.

El interés casacional por el que se admitieron los recursos de casación se concretó en determinar, por un lado, si entre los diferentes métodos de valoración del precio ofrecido en la opa exigidos para el informe en opas de exclusión existe alguna prelación y si la CNMV puede exigir la utilización de un método de valoración concreto en dicho informe. Por otro lado, si, en el caso de que en dicho informe se asuma o se fundamente en el elaborado por un experto, la existencia de un eventual conflicto de intereses de este último le impide intervenir como tal experto.

El Tribunal Supremo se pronunció sobre los recursos en la Sentencia de 23 de noviembre de 2020 (rec. n.º 4333/2019).

Sobre las dos primeras cuestiones, el Tribunal Supremo destacó, en primer lugar, que el tenor literal de la norma era claro en el sentido de "*no establecer ningún tipo de prelación entre los métodos*" que cita. En términos de la sentencia: "*simplemente la norma ha previsto un sistema de "numerus apertus" y no de "numerus clausus" al referirse a los métodos de valoración, pero ello no autoriza a deducir que los citados en un apartado del artículo 10.5 tengan preeminencia sobre los*

incluidos en los apartados siguientes ni, tampoco, que los citados expresamente en el apartado e) de dicho precepto sean preeminentes respecto de otros que, pese a ser susceptibles de encuadrarse en dicho apartado al amparo de la referencia genérica que contiene, no hayan sido objeto de mención específica en él".

En segundo lugar, el Tribunal Supremo constata igualmente la función esencial que la CNMV tiene como supervisor en el contexto de una opa, a la vista de la "*enorme trascendencia que su resultado puede llegar a tener para la economía nacional*". Sentado lo anterior, la sentencia concreta su función supervisora en opas de exclusión en comprobar (i) que los administradores de la sociedad han cumplido su obligación de informar, con suficiencia y transparencia, a los titulares de los valores afectados acerca de las condiciones de la propuesta y del precio ofrecido, ajustándose en la realización del informe (que debe unirse al folleto explicativo de la opa), a los criterios establecidos normativamente; y (ii) que los socios han dispuesto de toda la información necesaria para decidir si permanecen en la sociedad excluida de cotización o si venden sus títulos, de manera que la exclusión pueda, en su caso, ser aprobada por los propios accionistas, debidamente informados, en Junta General.

En ese contexto, el Tribunal Supremo señala que la CNMV no está facultada para exigir la utilización de un método concreto en el informe de valoración.

Respecto a la tercera cuestión, es decir, la posibilidad de que el informe esté elaborado por un experto conflictuado, el Tribunal Supremo constata que el informe en una opa de exclusión debe ser elaborado por los administradores que proponen a la Junta el acuerdo de exclusión de la sociedad. Lo anterior implica que el informe ni siquiera debe ser elaborado por un experto, si bien, al ser una materia técnica compleja, es habitual que los administradores se sirvan de expertos en la materia, asumiendo su informe o apoyándose en él.

Por esta razón, y teniendo en cuenta que los legalmente responsables del informe son los administradores, el Tribunal Supremo considera irrelevante un potencial conflicto de intereses del experto que realiza dicho informe, dado que en definitiva ese informe es asumido por los administradores. Lo relevante es que el informe se ajuste a las exigencias sobre métodos de valoración antes apuntadas. Ello no obsta a que, dada la sensibilidad del sector y la materia, la normativa imponga a este tipo de expertos la adopción de medidas (como "murallas chinas" o similares) en caso de conflicto de intereses.

El Tribunal Supremo, a la vista de la doctrina sentada, anula la sentencia de la Audiencia Nacional y confirma el Acuerdo del Consejo de la CNMV.

Más allá del caso concreto, las cuestiones que se planteaban ante el Tribunal Supremo no dejaban de ser atípicas, particularmente porque se trataba de aspectos absolutamente asumidos en la práctica de opas tanto por la CNMV como por el sector en general, resultando el criterio de la sentencia de la Audiencia Nacional una postura totalmente fuera de dicha práctica.

En efecto, más allá del efecto económico concreto que, de resultar confirmado el criterio de la Audiencia Nacional, producía la anulación de la opa sobre CPV, nadie cuestionaba hasta ese momento que no existía prelación predeterminada en los informes sobre opas de exclusión o que una

entidad no pudiese emitir el informe citado a petición de los administradores que proponen a la Junta General de socios la exclusión de la sociedad.

Afortunadamente, el Tribunal Supremo confirmó la práctica realizada hasta entonces, llegando a constatar, como se ha visto, respecto de las dos cuestiones principales que se suscitaban que "*del tenor literal*" se deducía "*con claridad la respuesta*", lo que hacía innecesario cualquier otro método de interpretación "*in claris non fit interpretatio*".

Adicionalmente al tenor literal, cabe apuntar a la propia finalidad y lógica del sistema.

Efectivamente, en cuanto a la constatación del Tribunal Supremo sobre el recurso a un experto externo, es evidente que el informe de dicho experto no altera el hecho de que es el órgano de administración el responsable de proponer la opa de exclusión a la Junta General y que el informe debe ser asumido por dicho órgano, lo cual permite superar cualquier conflicto eventual del experto (que, no obstante, suele estar gestionado a través de métodos como "murallas chinas" o similares, que evitan la contaminación del experto que realiza el informe).

Por lo que se refiere a la doctrina establecida sobre el informe en opas de exclusión, parecía evidente que la norma impone tener en cuenta "*de forma conjunta y con justificación de su respectiva relevancia*" todos los métodos que cita la normativa, que, además, son *numerus apertus*, lo cual excluía la interpretación realizada por la Audiencia Nacional. Por otra parte, la finalidad de esa normativa no es otra que la de conseguir un precio justo desde una perspectiva económica que compense la pérdida de liquidez que supone la exclusión de cotización de la sociedad.

Para ello, la norma obliga a realizar una valoración conjunta derivada de la aplicación de varios métodos, que serán más o menos adecuados atendidas las circunstancias concretas del caso, y que el informe deberá justificar tanto en cuanto a su elección como a la importancia dada a cada uno de ellos, sometiéndolo en todo caso al ulterior control de la CNMV, para tener todas las garantías.

Esta exigencia es completamente lógica, porque las circunstancias del caso concreto pueden hacer más o menos apto alguno o varios de los métodos de valoración. De hecho, la sentencia de la Audiencia Nacional, que apuntaba al método del valor teórico contable como un método preponderante frente al resto y, singularmente, frente al método de descuento de flujos de caja, chocaba con la realidad práctica de los últimos doce años anteriores a la opa sobre CPV.

En efecto, de las treinta y dos opas[4] autorizadas en ese periodo conforme al Real Decreto 1066/2007, en las que se aportó informe de valoración con objeto de justificar el precio de exclusión, únicamente se consideró como método más relevante el valor teórico contable en dos casos y en veintiocho de esas treinta y dos opas, el descuento de flujo de caja fue considerado el método más relevante.

Obviamente, de esta experiencia práctica tampoco cabe deducir que el método prevalente deba ser el de descuento de flujos de caja, sino, simplemente, que cada caso concreto debe ponderar

4 www.cnmv.es/Portal/Consultas/Folletos/ListaOPAS.aspx?fechaDesde=30/04/2008&fechaHasta=10/07/2022

todos los métodos y justificar por qué se considera(n) mejor(es) el/los finalmente elegido(s) para justificar el precio.

En todo caso, el asunto de la opa sobre CPV supuso un cierto "renacer" de los contenciosos de opas que se dieron a finales de los 90 en España, como atestiguan los asuntos que se comentarán a continuación.

3. La legitimación activa en la impugnación de acuerdos de la CNMV relativos a opas. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2022 relativa a la opa realizada sobre Telepizza Group

La legitimación activa se entiende como la aptitud para ser parte de un procedimiento, lo que exige una específica relación entre el demandante y el objeto del proceso.

En el ámbito contencioso-administrativo, la legitimación se encuentra regulada en el artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ("LJCA"). En el referido artículo se establecen los presupuestos que legitiman para interponer una acción. La falta de encaje en uno de estos presupuestos conllevará la inadmisión del recurso en virtud del artículo 69.b) de la LJCA. A estos efectos, especial relevancia tiene el apartado 1.a) del artículo 19, que dispone que estarán legitimados ante el orden contencioso-administrativo aquellos que tengan un derecho o interés legítimo.

Qué se entiende por interés legítimo ha sido no solo objeto de concreción legal, sino también de un amplio desarrollo por la doctrina del Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. El concepto ha ido evolucionando desde una perspectiva más acotada, en tanto solo el destinatario de la disposición o el acto estaba legitimado para recurrirlo, a una mucho más amplia. De acuerdo con la regulación y doctrina actual, el interés legítimo exige una relación entre la disposición o acto que se recurre y la esfera jurídica del recurrente, debiendo provocar a este último un determinado perjuicio o la supresión de un beneficio del que goza. De esa forma, no se entiende legitimado aquel que acude a la jurisdicción contencioso-administrativa como mero defensor de la legalidad sin justificar esta vinculación que debe existir entre el objeto del proceso y su esfera jurídica. Solamente en casos excepcionales y mediante reconocimiento legal se prevé una acción pública para la defensa de la legalidad, como así dispone el artículo 19.1.h) de la LJCA.

El Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional han tenido oportunidad en distintas ocasiones de pronunciarse sobre la legitimación para impugnar los actos administrativos dictados por la CNMV en materia de opas.

Los primeros pronunciamientos de los tribunales tenían por objeto los recursos que, por distintas cuestiones, habían interpuesto accionistas de la sociedad objeto de la oferta. En ellos se ha venido reconociendo tradicionalmente la legitimación de estos accionistas en tanto sus derechos e

intereses se veían afectados por los actos administrativos que dictaba la CNMV. Así, la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 22 de febrero de 2002 (rec. n.º 337/1999) y de 7 de junio de 2006 (rec. n.º 62/2004) en relación con las opas sobre las acciones de Financiera y Minera, S. A., y de Aceralia Corporación Siderúrgica, S. A., destacó como interés legitimador de los accionistas el interés económico de que se fijara un precio por acción mayor en la opa.

Entre todos estos primeros pronunciamientos destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2007 (rec. n.º 5494/2008) en relación con la opa sobre las acciones del Banco Español de Crédito, S. A. (Banesto), al reconocer de una forma más concreta el interés legítimo de los accionistas de la sociedad sobre la que se formula la oferta para recurrir los acuerdos de la CNMV en relación con dicha oferta.

El Tribunal Supremo explica que la relación directa de la opa con su situación en cuanto titulares de los derechos inherentes a sus acciones les legitima para acudir a la vía contencioso-administrativa a impugnar los actos dictados de la CNMV en relación con dicha opa. Pese a que el accionista no puede atribuirse los intereses de la sociedad en la que participa, sí que puede impugnar estas decisiones cuando considere que estas inciden negativamente en su situación jurídico-patrimonial. Todo ello con independencia de las acciones societarias y civiles que pudieran ejercer.

Si bien el reconocimiento de la legitimación de los accionistas para recurrir acuerdos de la CNMV en el ámbito de opas ha sido una constante para nuestros tribunales, en los últimos años se ha planteado una nueva problemática en relación con la legitimación de aquellos que disponen de instrumentos financieros distintos de las acciones dentro de los mercados de valores. En concreto, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo se han pronunciado sobre la legitimación de aquellos que suscriben derivados financieros (*swaps*) cuyo activo subyacente son las acciones de la sociedad sobre la que se lanza una opa y que se liquidan efectivo. Esto es, que solo daban lugar al intercambio de cantidades económicas y ningún derecho sobre las acciones.

El supuesto de hecho era el siguiente: en enero de 2019, Tasty Bidco, S.L.U. ("Tasty Bidco") solicitó autorización para formular una opa voluntaria sobre la totalidad del capital social con derecho a voto de Telepizza Group, S.A. ("Telepizza"), compañía dedicada a la producción, comercialización y venta de productos de alimentación, especialmente pizza. La contraprestación ofrecida era de 6 euros por acción que se justificaba sobre la base del informe que se acompañó a la solicitud de autorización para formular la opa. Tasty Bidco justificó su contraprestación sobre la base de ese informe en tanto tenía intención de solicitar la exclusión de cotización de Telepizza sin formular una opa de exclusión conforme al artículo 11.d) del Real Decreto 1066/2007.

Con fecha 28 marzo de 2019, se adoptó el Acuerdo del Consejo de la CNMV por el que se autorizó la opa sobre las acciones de Telepizza. El precio de la opa fue de 6 euros por acción y la CNMV lo consideró ajustado a las reglas sobre precio equitativo y de opas de exclusión. La opa fue aceptada por un número significativo de las acciones sobre las que se dirigía.

Posteriormente, con fecha 4 julio de 2019, tras verificar el cumplimiento de los condicionantes del artículo 11.d) del Real Decreto 1066/2007, se adoptó el Acuerdo del Comité Ejecutivo de la CNMV por el que se autorizó la exclusión de cotización de las acciones de Telepizza.

Tras la publicación del anuncio previo de la opa que iba a formular Tasty Bidco, Polygon Global Partners ("Polygon"), a través de dos fondos a los que decía representar, empezó a suscribir contratos de permuta financiera (*swaps)* del tipo de contratos por diferencias cuyo activo subyacente eran las acciones de Telepizza con tres bancos que disponían de acciones de la sociedad. Estos *swaps* se liquidaban en metálico y no daban ningún derecho sobre las acciones. Esto es, los derivados financieros tenían como valor de referencia las acciones de Telepizza y se producían intercambios monetarios entre las partes dependiendo de la fluctuación de la acción, pero sin derecho de suscribir acciones.

Polygon impugnó ambos actos administrativos dictados por la CNMV. Según entendía la recurrente, el precio de la acción ofrecido por Tasty Bidco y autorizado por la CNMV debió ser superior conforme al informe pericial que acompañó a su demanda. De acuerdo con su tesis, de estimarse sus pretensiones, Tasty Bidco debería abonar el sobreprecio por acción a los accionistas a los que se dirigía la oferta, incluidos los bancos con los que suscribió Polygon los *swaps*, y estos deberían abonarle posteriormente ese importe. Por ello solicitó la anulación de los Acuerdos de la CNMV y que se ordenará al organismo supervisor que recalculara el precio de la opa de acuerdo con su informe de valoración.

En la primera instancia, la Audiencia Nacional inadmitió los recursos por entender que carecía de interés legítimo para interponer la acción. En sus Sentencias de 25 de febrero de 2021 (rec. n.º 1895/2019) y de 10 de marzo de 2022 (rec. n.º 1063/2019), la Audiencia Nacional motivó que aquellos que suscriben *swaps* liquidables en efectivo cuyo activo subyacente son las acciones objeto de una opa no tienen legitimación activa para impugnarla.

Las sentencias reconocían que la opa tenía un impacto en los instrumentos financieros que suscribió Polygon, en tanto su inversión variaba en función del valor de la acción de Telepizza, existiendo un interés económico en la evolución del valor y el precio final en el que se determinara la opa. Pero ello no le legitimaba para recurrir la opa, pues la mera titularidad del *swap* no le facultaba para ello. En palabras de la propia Audiencia Nacional, "*su interés no difiere del de cualquier inversor concernido en el éxito de sus posiciones, pero como tal inversor carece de legitimación*".

Según exponía la Audiencia Nacional, los titulares de este tipo de instrumento financiero no son destinatarios de la opa ni participan en su procedimiento conforme al Real Decreto 1066/2007. Al contrario, tal como se veía en el epígrafe 1 anterior, los destinatarios son los titulares de acciones de la sociedad cotizada y los titulares de derechos de suscripción de acciones o de obligaciones convertibles y canjeables en ellas. De modo potestativo puede dirigirse a los titulares de *warrants* (opciones sobre acciones) o de otros instrumentos financieros que den opción a la adquisición o suscripción de acciones por emitir o ya emitidas. Según indica la Audiencia Nacional, estos son los intereses cualificados incorporados en la opa, no encontrándose entre ellos los titulares de *swaps* que liquidan sus acciones en efectivo, como quien recurría. La ausencia de legitimación en la opa de acuerdo con las normas aplicables tenía como consecuencia también la falta de legitimación para impugnarla. Entender lo contrario, indica la Audiencia Nacional, sería como concebir que la opa otorga una acción pública a disposición del mercado, lo cual no es el objetivo de la normativa de aplicación.

Por último, las sentencias resaltaron que la suscripción de *swaps* con posterioridad al anuncio de la opa implicaba que Polygon era conocedor del riesgo al que se exponía y que lo asumió en virtud del *swap* suscrito.

Por todo ello las sentencias de la Audiencia Nacional decidieron inadmitir los recursos en aplicación del artículo 69.b) de la LJCA en relación con el artículo 19 de la misma ley.

Las sentencias de la Audiencia Nacional fueron recurridas en casación ante el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo admitió los recursos, siendo la cuestión que planteaba interés casacional objetivo si estaban legitimados activamente los titulares de *swaps* para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa las autorizaciones de la CNMV en relación con opas cuando los *swaps* se encuentran vinculados a las acciones objeto de la operación.

El primero de los recursos ha sido resuelto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de octubre de 2022 (rec. n.º 2953/2021). Este tribunal ha confirmado el pronunciamiento de la Audiencia Nacional y ha establecido como doctrina que los titulares de *swaps* que se liquidan en efectivo cuyo subyacente son las acciones objeto de una opa no tienen legitimación activa para recurrir las autorizaciones de la CNMV en relación con dicha oferta.

Desde una perspectiva de regulación sectorial, el Tribunal Supremo analiza la normativa de mercado de valores y su relación con los *swaps*. Al igual que hicieron las sentencias de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo constató que ni el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores[5] entonces vigente (similar en este punto a la LMV; "TRLMV") ni el Real Decreto 1066/2007 al regular las opas incluye entre sus destinatarios a los titulares de *swaps*. No obstante, reconoce que esta figura no es extraña a la normativa reguladora del mercado de valores. Así, el Anexo del TRLMV en su apartado d) los contempla. También el Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, que transpone al ordenamiento jurídico español las obligaciones de transparencia de información relativa a entidades cotizadas impone ciertas obligaciones de transparencia para con la CNMV. No obstante, estas obligaciones, indica el Tribunal, "*de ninguna manera implica una equiparación de los swaps a las acciones*", en tanto lo que se persigue es que los *swaps*, ya sean liquidables en efectivo o no (como en el caso), no fuesen utilizados para adquirir en secreto acciones de las sociedades que pudieran dar lugar a situaciones de abuso de mercado o que se reflejara una imagen falsa y engañosa de la titularidad económica de las empresas.

Desde una perspectiva procesal, el Tribunal Supremo señala que en el ámbito de la legitimación debe desplegar en su máxima eficacia el principio *pro actione* tratando de evitar que meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan enjuiciamientos del fondo del asunto. Sin embargo, la constatación del interés legítimo del artículo 19 de la LJCA debe hacerse con carácter casuístico realizando un análisis concreto de la relación entre el recurrente y la pretensión. En esa línea, el Tribunal Supremo indica que el artículo 19 de la LJCA deberá interpretarse a la luz de las normas sectoriales que regula la materia a la que se refiere el debate.

Conjugando estas dos perspectivas, el Tribunal Supremo resolvió el asunto.

5 Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, antecedente inmediato de la Ley 6/2023.

Según exponía el Tribunal Supremo, el interés económico del recurrente no derivaba de la relación jurídica entre los elementos subjetivos de la opa (en este caso, Tasty Bidco, accionistas de Telepizza y la CNMV), sino que derivaba de su *swap*, el cual es un acuerdo privado ajeno a la oferta. Esto es, el interés que se alegaba no era consecuencia de la opa, sino que tenía su origen en el contrato privado firmado en el que ambas partes habían acordado vincular el montante de las prestaciones a la evolución de un valor de referencia. Al ser exógeno a la opa, el titular del *swap* no puede estar legitimado para impugnar una oferta a la que no había sido (ni debía ser) llamado.

En esa línea, el Tribunal Supremo indica que, de reconocer lo contrario, se estaría desdoblando el número de sujetos legitimados para recurrir, lo que puede conllevar posicionamientos contrapuestos, en tanto que accionistas y contrapartes en *swaps* pueden tener distintos intereses. De esa manera, se podría llegar incluso a falsear la sintonía entre accionistas y sociedad oferente, pudiéndose dar el caso en el que una opa que es aceptada por todos los accionistas pudiese ser anulada por alguien ajeno a ella. Esta cuestión se agravaría aún más cuando el valor subyacente de los *swaps* no fuera un título concreto, sino un conjunto de valores o un determinado índice bursátil. De aceptarse la legitimación en tales casos, "*llevaría a reconocer al titular del swap legitimación para impugnar en vía judicial toda clase de incidencias o vicisitudes referidas a cualquiera de los valores integrantes del grupo índice tomado como referencia, por la sola razón de que pudiera resultar afectada su inversión*", indica el Alto Tribunal. Ello llevaría a reconocer una suerte de legitimación universal a quienes suscriben *swaps* frente a las autorizaciones de la CNMV.

Por ello, el Tribunal Supremo respondió a la cuestión de interés casacional objetivo de la siguiente forma: "*Los titulares de swaps que se liquidan en efectivo y que no dan acceso a la titularidad de las acciones (valor subyacente) carecen de legitimación para impugnar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que autoriza una oferta pública de adquisición de las acciones a las que viene referido el derivado financiero*".

El pronunciamiento del Tribunal Supremo supone así una definición del ámbito del interés legítimo en materia de opas, poniendo límites a su impugnación en la vía contencioso-administrativa. Así, excluye de esta vía impugnatoria a aquellos que disponen de *swaps* referenciados a las acciones de la sociedad objeto de la oferta. De esa forma, el pronunciamiento se aparta, en este ámbito, de la interpretación expansiva que la jurisprudencia da del concepto de interés legítimo.

4. Relevancia de la cotización de la compañía opada. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2022 relativa a la opa realizada sobre Natra

Dentro de la litigiosidad reciente acaecida en España en relación con las opas, se encuentra el caso de la oferta lanzada por la entidad World Confectionery Group, S.à.r.l. ("WCG") sobre la compañía chocolatera Natra, S.A. ("Natra"). Sobre este asunto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia desestimatoria con fecha 20 de mayo de 2022 (rec. n.º 1663/2019). Posteriormente, el Auto del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2023, dictado en el recurso de casación n.º 5893/2022, inadmitió el recurso de casación preparado contra la anterior

sentencia, confirmando así de manera firme la declaración de que la actuación del supervisor del mercado de valores fue conforme a Derecho.

La opa de WCG sobre la chocolatera Natra había sido voluntaria, presentada el día 1 de febrero de 2019 y con las siguientes características. La oferta se dirigía al 100 % del capital social de la compañía y tenía un precio fijado en 1 euro por acción y 1.000 euros por obligación convertible. Sin perjuicio de su carácter voluntario, tal y como se recoge en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2022, era una oferta cuyo precio estaba justificado en el folleto explicativo de acuerdo con los criterios de valoración establecidos a efectos de la exclusión de la negociación de las acciones de Natra de las bolsas de valores donde cotizaba. Todo ello, con base en los artículos 9 y 10 del Real Decreto 1066/2007. La opa fue autorizada por la CNMV mediante Acuerdo de 12 de junio de 2019.

El caso resuelto en las resoluciones judiciales que comentamos en este epígrafe trae causa del recurso contencioso-administrativo interpuesto por un grupo de accionistas minoritarios, que acudieron a esa vía judicial alegando, en síntesis, que la valoración de la compañía en la que se basaba la opa estaría alejada de la realidad. Concretamente, los recurrentes planteaban que la valoración aportada por el oferente habría incurrido en determinados errores que, de corregirse, habrían situado el valor de la acción en 1,66 euros (es decir, un 67,6 % superior al precio de la oferta). Como hemos indicado, este recurso contencioso-administrativo fue desestimado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2022, que ha devenido firme tras inadmitirse el recurso de casación preparado contra ella por falta de interés casacional objetivo. Por tanto, el interés del caso radica en las razones que la Audiencia Nacional expone para confirmar la legalidad de la actuación administrativa supervisora.

En primer término, la Audiencia Nacional destaca un conjunto de hechos que sirven para enmarcar la fundamentación jurídica de la sentencia por la que se rechaza que la valoración de la compañía fuese errónea:

i. Según se desprende de la sentencia citada, la opa alcanzó un resultado positivo de más del 90,26 % de la masa accionarial, lo que dio lugar a la aplicación del mecanismo de venta forzosa o *squeeze-out* sobre la parte restante del capital social (art. 136 del TRLMV, aplicable a dicha opa y artículo 116 de la vigente LMV).

ii. La compañía opada se había encontrado en una situación preconcursal en 2015. El concurso de acreedores se había evitado mediante la emisión de obligaciones convertibles en acciones que fueron adquiridas por sus acreedores como compensación de sus créditos.

iii. Destaca también la Audiencia Nacional que los accionistas con mayor conocimiento de la entidad o inversores profesionales aceptaron la opa y vendieron en ella sus acciones y que no se presentó ninguna opa competidora. Esos hechos llevan a la Sala sentenciadora a considerar que, "*siendo la diferencia de precio de la OPA tan abultada con respecto al potencial valor que la demanda le atribuye, no se alcanza a comprender que ni un solo accionista profesional rechazase la oferta o que otras entidades considerasen formular una OPA competidora*".

Con ese contexto, la Audiencia Nacional analiza los motivos impugnatorios que los accionistas minoritarios habían formulado. Además de la ya referida crítica a la valoración de la compañía, según el relato de la Audiencia Nacional se había alegado lo siguiente: "*La parte recurrente alega, además, tres circunstancias que, a su juicio, también determinarían la anulabilidad del acuerdo impugnado, invocando al efecto el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Esas tres circunstancias son la presunta existencia de un conflicto de interés ínsito en la asesoría simultánea de HOULIHAN LOKEY a NATRA y a BYBROOK, titular de obligaciones convertibles de NATRA. La información privilegiada con la que presuntamente contaba WCG al conocer el Plan Estratégico de NATRA con anterioridad al mercado. Y el presunto conflicto de interés en el que pudo incurrir* [el] *presidente del Consejo de la CNMV, como consecuencia del hecho de que su hermano,* [...], *era secretario del Consejo de Administración de la entidad ALANTRA*" (FJ 2.º).

Pasamos a exponer de qué manera resuelve la Audiencia Nacional cada uno de los motivos impugnatorios.

En lo que se refiere a la "*valoración de la compañía y los alegados errores esgrimidos por los accionistas minoritarios*", ya hemos indicado cómo la Audiencia Nacional consideraba relevante que la opa hubiera alcanzado un porcentaje de aceptación tan alto como para dar lugar al *squeeze-out*, que todos los inversores profesionales hubieran aceptado la oferta y que no hubieran aparecido ofertas competidoras.

Entrando en concreto en las metodologías de valoración, la sentencia que comentamos considera como factor decisivo para concluir que el precio de la opa estaba correctamente justificado, el hecho de que la cotización de la compañía se había mantenido durante largo tiempo por debajo de dicho precio. Analizando el informe pericial que habían aportado los accionistas minoritarios, la sentencia declara lo siguiente: "*Es el informe de RHO Finanzas el que omitió tomar en consideración el hecho de que la evolución de la cotización de la acción de NATRA en los dos años anteriores a la OPA no había alcanzado el precio de cotización ofrecido, y es lo cierto y averiguado que el valor de cotización es, salvo razones objetivas o técnicas que permitan considerar el método inapropiado total o parcialmente, uno de los métodos de valoración más apropiados en el caso de entidades cotizadas. La metodología de la cotización media ponderada es válida y aporta una referencia de mercado del valor de las acciones de Natra a 3/12/2018* [...] *La realidad, tal como señalaba el informe de la DGM por el que se autorizó la OPA, es que la acción de Natra no alcanzó nunca en los dos años anteriores a la OPA el precio de un euro ofrecido en la misma*".

En otro pasaje ulterior, la Audiencia Nacional entra a analizar algunos de los métodos propuestos por la prueba pericial presentada por los minoritarios para descartar que existieran términos de comparación válidos para rechazar la conclusión inicialmente alcanzada sobre la corrección de la valoración en que se apoyó la opa: "*El informe RHO se centra en la metodología de valoración de descuento de flujos de caja (DFC), y en pretendidos errores de la valoración de Arcano aportada por el oferente y en otros métodos que apuntan a una valoración muy superior, en concreto, a los métodos de múltiplos de entidades y transacciones comparables. El propio informe en el que se apoya la demanda reconoce que no son ni compañías ni transacción (en singular, porque se trata de una única transacción) comparables*".

En resumen, si se tienen en cuenta los distintos factores considerados por la Audiencia Nacional, puede extraerse como síntesis la siguiente. El precio de la oferta se considera suficientemente justificado a los efectos de la intención expresada por el oferente de excluir las acciones de cotización, en atención a que (i) el precio de la oferta estaba por encima de la cotización media de la compañía en los dos años anteriores; (ii) la conducta desplegada por los inversores profesionales consistente en aceptar la oferta evidenciaba que el precio resultaba atractivo para aquellos que, por sus mayores conocimientos y experiencia, habrían podido analizar más detenidamente la valoración; (iii) no se habían producido ofertas competidoras, lo que es evidencia nuevamente de que el precio que se ofrecía era ya difícilmente mejorable en términos de mercado; (iv) la amplia aceptación de la oferta por el capital social ponía también de manifiesto el carácter atractivo del precio; y (v) no existía ningún elemento de juicio para cuestionar el informe de valoración aportado por el oferente.

A continuación, la sentencia aborda el resto de los motivos expuestos por los recurrentes. Posiblemente por su carácter más apegado a las circunstancias del caso concreto, se trate de aspectos con menor proyección doctrinal. Sin perjuicio de ello, la sentencia de la Audiencia Nacional constata que no existía base para apreciar que se hubiera producido ninguna irregularidad en términos de acceso a la información por parte del oferente: "*No aparece acreditado que el Consejo de Administración de NATRA, ocultase su Plan Estratégico al mercado hasta que la OPA de WCG se hubiera hecho pública, impidiendo con ello un aumento del precio de la acción*". Y concluye que no se produjo ninguna de las situaciones de conflicto de intereses que habían sido alegadas en el recurso:

"*En cuanto a la alegación relativa a la presunta existencia de un conflicto de interés ínsito en la asesoría simultánea de HOULIHAN LOKEY a NATRA y a BYBROOK (titular de obligaciones convertibles de NATRA) no consta que HOULIHAN LOKEY fue asesora de WCG, sociedad oferente y tampoco asesoró de manera simultánea a BYBROOK y a NATRA.*

Y respecto de […] *el presunto conflicto de interés en el que pudo incurrir* [el] *presidente del Consejo de la CNMV, como consecuencia del hecho de que su hermano, [...], era secretario del Consejo de Administración de la entidad ALANTRA, tales alegaciones carecen de virtualidad anulatoria*".

Destaca, en consecuencia, lo que hemos reseñado anteriormente acerca de la valoración de la compañía y la relevancia que el conjunto de factores confluyentes en torno al precio sirve a la Sala para llevar a cabo el análisis de las pruebas periciales que se habían sometido a su consideración. Dentro del alcance de las reglas de la sana crítica que informan las reglas de la valoración de la prueba, la situación del mercado, la evolución de la cotización y la actuación de inversores profesionales termina siendo crucial en el caso examinado para rechazar que la compañía estuviera infravalorada en el contexto de la opa formulada.

5. ¿Opas en caso de calamidad? Una breve referencia a las opas en tiempos del COVID-19

Finalmente, dentro de la diversidad de casuísticas producidas acerca de las opas formuladas, interesa referirse a la opa que la entidad Lorca Telecom Bidco, S.A.U. ("Lorca") lanzó sobre la compañía de telecomunicaciones Másmóvil Ibercom, S.A. ("Másmóvil").

La característica más relevante de esta opa se refiere al momento en el que fue formulada. De acuerdo con la información pública disponible en la CNMV[6], esta oferta se presentó el 1 de junio de 2020, fecha en la que los efectos de la pandemia producida por el COVID-19 se encontraban en su máxima expresión.

Esa circunstancia temporal determinó la aplicación al caso del régimen previsto en el TRLMV para los casos en que la cotización o valoración de la compañía pudiera estar afectada por algún supuesto "calamitoso". El art. 137.2 del TRLMV (artículo 117.2 de la vigente LMV) se refiere a esas situaciones del siguiente modo:

"*Cuando dentro de los dos años anteriores al anuncio relativo a la oferta concurra alguna de las circunstancias señaladas en el apartado tercero siguiente, el oferente deberá aportar un informe de experto independiente sobre los métodos y criterios de valoración aplicados para determinar el precio ofrecido, entre los que se incluirán el valor medio del mercado en un determinado período, el valor liquidativo de la sociedad, el valor de la contraprestación pagada por el oferente por los mismos valores en los doce meses previos al anuncio de la oferta, el valor teórico contable de la sociedad y otros criterios de valoración objetivos generalmente aceptados que, en todo caso, aseguren la salvaguarda de los derechos de los accionistas.*

En el informe se justificará la relevancia respectiva de cada uno de los métodos empleados en la valoración. El precio ofrecido no podrá ser inferior al mayor entre el precio equitativo al que se refiere el artículo 130 y el que resulte de tomar en cuenta y con justificación de su respectiva relevancia, los métodos contenidos en el informe.

Asimismo, si la oferta se formulara como canje de valores, además de lo anterior, se deberá incluir, al menos como alternativa, una contraprestación o precio en efectivo equivalente financieramente, como mínimo, al canje ofrecido.

Con la finalidad de que la oferta se adecue a lo dispuesto en este apartado, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá adaptar el procedimiento administrativo, ampliando los plazos en la medida necesaria y requiriendo las informaciones y documentos que juzgue convenientes".

Dentro de las circunstancias excepcionales a que se refiere el precepto, destaca a los efectos de este caso la prevista en el apartado b) del art. 137.3, según el cual se aplicará el art. 137.2 cuando "*los precios de mercado, en general, o de la sociedad afectada en particular, se hayan visto afecta-*

6 https://www.cnmv.es/portal/Consultas/Folletos/OPA.aspx?numreg=402.

dos por acontecimientos excepcionales tales como por catástrofes naturales, situaciones de guerra o calamidad u otras derivadas de fuerza mayor". Cabe entender que la enumeración de esos acontecimientos excepcionales tiene el carácter de *numerus apertus*. De ahí que, en el caso concreto, y según consta en el folleto de la opa, se entendiera de aplicación el mecanismo indicado a la vista de la situación generada por la pandemia. Como consecuencia de ello, el precio de la oferta hubo de venir justificado por un informe de experto independiente que, de acuerdo con las metodologías previstas en la norma, soportase el precio de la opa.

La aplicación de esa norma, prevista para situaciones excepcionales, dio, por tanto, una nueva actualidad a un precepto cuya aplicación práctica había sido escasa (como es lógico tratándose de una norma excepcional). La regulación que contenía el art. 137.2 del TRLMV (y hoy el art. 117.2 LMV) se introdujo en el ordenamiento jurídico español en virtud de la disposición adicional 2.ª, apartado 2, de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de obligaciones en fusiones y escisiones de sociedades de capital. Esta Ley modificó el entonces art. 61 de la Ley del Mercado de Valores de 1988 (Ley 24/1988, de 28 de julio) e introdujo el apartado que hoy constituye el art. 137.2 del TRLMV.

¿Cuál era el contexto económico de 2012? Se ha venido entendiendo que el hecho determinante de aquella reforma del ordenamiento español lo desencadenó la expropiación por la República Argentina de YPF a Repsol. Un acontecimiento excepcional de esa índole podía afectar negativamente a la cotización de la compañía y enturbiar las circunstancias en que, eventualmente, pudiera producirse una opa sobre una sociedad cotizada. De ahí que el legislador quisiera, según se entendió entonces, garantizar que una hipotética opa se hiciera a un precio justo, que tuviera en cuenta, entre otras cosas, el valor razonable del negocio nacionalizado por el que debería ser indemnizado Repsol (como finalmente sucedió años después, al acordar Repsol y el Gobierno argentino el justiprecio de YPF).

Por ese motivo, el art. 137.2 del TRLMV no hace otra cosa sino establecer un régimen muy similar en cuanto a las reglas de valoración que el que se aplica para las opas de exclusión (art. 10.5 del Real Decreto 1066/2007) y también para las opas obligatorias a precio equitativo cuando el oferente o las personas con él concertadas no hayan adquirido previamente acciones de la sociedad afectada (art. 9.3 del Real Decreto 1066/2007).

Así pues, como elementos característicos del régimen del art. 137.2 del TRLMV, se pueden extraer los siguientes:

i. A pesar de que se sigue estando en el ámbito de las opas voluntarias, en este caso el precio a ofrecer se encuentra intervenido. Es decir, no se restringe la autonomía de la voluntad del oferente en cuanto a la decisión de formular la oferta. El oferente sigue siendo libre de formular la oferta o no formularla. Solo se interviene el precio al que se formula y se establece una condición para la autorización de la oferta que, en su caso, se presente. Dicho de otro modo, en este caso se añade un elemento reglado más a las condiciones de autorización: que el precio se haya calculado en el modo legalmente previsto. Si no se cumple ese elemento reglado, la autorización solicitada debería denegarse (no pudiendo, en cambio, la CNMV obligar al oferente a formular la oferta a un precio distinto o superior a aquel al que este pretendiera hacerlo).

ii. El oferente debe presentar un informe que ha de cumplir dos requisitos: el informe debe estar elaborado por un "experto independiente" y tiene que justificar los métodos y criterios de valoración aplicados para la determinación del precio ofrecido.

iii. Los métodos que deben aplicarse en ese informe son los siguientes: "*El valor medio del mercado en un determinado período, el valor liquidativo de la sociedad, el valor de la contraprestación pagada por el oferente por los mismos valores en los doce meses previos al anuncio de la oferta, el valor teórico contable de la sociedad y otros criterios de valoración objetivos generalmente aceptados que, en todo caso, aseguren la salvaguarda de los derechos de los accionistas*". Estos métodos son muy similares a los previstos en el art. 10.5 del Real Decreto 1066/2007 para el caso de las opas de exclusión, ya vistos en el primer epígrafe de este artículo.

iv. El informe, como en el de opas de exclusión, tiene que justificar la respectiva relevancia de cada método; esto es, se trata de justificar qué método es más adecuado frente a otros en función de las circunstancias concurrentes y el criterio técnico del experto en cuestión. No se trata de arrojar acríticamente datos en función de cualesquiera métodos —puesto que tal proceder sería arbitrario—, sino de analizar y precisar cuál es el que mejor responde a las particularidades del caso (cuál es el más relevante, de manera justificada).

v. A partir de lo anterior, el precio al que se formule la opa será autorizable si no resulta inferior al mayor entre (i) el precio equitativo al que se refiere el art. 130 TRLMV (artículo 110 de la vigente LMV), que es el precio "*más elevado que el oferente o personas que actúen concertadamente con él hubieran pagado o acordado por los mismos valores durante los 12 meses previos al anuncio de la oferta*" (art. 9.5 del Real Decreto 1066/2007), y (ii) el que resulte de tomar en cuenta, con justificación de su respectiva relevancia, los métodos contenidos en el informe del experto independiente.

En otras palabras, la normativa establece un régimen similar al previsto para la valoración de las empresas cuando se trata de determinar el precio de las opas de exclusión o cuando debe aplicarse el método de determinación de precio equitativo por no existir operaciones anteriores del oferente. La norma no pretende establecer una valoración de la compañía haciendo abstracción de las circunstancias excepcionales que hayan podido afectar a su cotización, sino que se busca que el precio que se ofrezca sea el adecuado de conformidad con los métodos de valoración de empresas que la propia norma reputa fiables. Se trata de evitar que el precio sea un precio oportunista en un escenario de circunstancias excepcionales. Pero no se pretende que el oferente deba formular la opa a un precio irreal que no tenga en cuenta las circunstancias concurrentes.

Los efectos de un acontecimiento excepcional (como pudiera ser la pandemia) pueden ser muy distintos en función de la compañía de que se trate. Pueden ser muy negativos para una compañía aérea o pueden ser muy positivos para una compañía farmacéutica que elabore o comercialice la vacuna frente al COVID-19. De ahí que la norma busque que se haga una valoración por métodos fiables para garantizar que la decisión de los accionistas a quienes se dirige la oferta esté suficientemente informada.

El caso de la opa de Lorca sobre Másmóvil ha dado lugar también a que se inicien procedimientos judiciales[7], si bien a la fecha de este trabajo no existen aún sentencias o resoluciones judiciales que hayan establecido doctrina o jurisprudencia sobre las consideraciones que hemos hecho anteriormente.

7 https://www.europapress.es/economia/noticia-fondo-polygon-recurre-audiencia-nacional-autorizacion-cnmv-opa-masmovil-20201002111807.html.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 63, diciembre 2023, pp. 61-75

Artículos

EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO INFRACTOR EN MATERIA DE *GUN-JUMPING*: DESARROLLOS DESDE EL ASUNTO BERGÉ

Álvaro Angulo Garciandia

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

El elemento subjetivo del tipo infractor en materia de *gun-jumping*: desarrollos desde el asunto Bergé

Este artículo examina el desarrollo del elemento subjetivo del tipo infractor en materia de gun-jumping *desde la sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto Bergé hasta la actualidad. La revisión se ha centrado en los principales aspectos tratados en las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.*

PALABRAS CLAVE:
Derecho de la competencia, *Gun-jumping*, Procedimiento sancionador, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Audiencia Nacional, Tribunal Supremo.

The subjective element of gun-jumping – the Bergé case

This article examines how the subjective element of gun-jumping infringements has developed since the National Court's judgment in the Bergé case. We analyse the main aspects of the decisions of the National Markets and Competition Commission, the National Court and Supreme Court.

KEY WORDS:
Competition law, gun-jumping, infringement proceedings, National Markets and Competition Commission, National Court, Supreme Court.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Angulo Garciandia, Álvaro (2023). El elemento subjetivo del tipo infractor en materia de *gun-jumping*: desarrollos desde el asunto Bergé. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 61-75 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Se conoce comúnmente como *gun-jumping* la ejecución[1] prematura o anticipada de una operación de concentración económica que cumple los umbrales de notificación recogidos en la normativa aplicable, es decir, ejecutada sin haber sido notificada o antes de haber recibido la preceptiva autorización.

En España, el artículo 9.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") establece que las concentraciones económicas que cumplan los umbrales recogidos en el artículo 8 de la LDC deberán notificarse a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") con carácter previo a su ejecución. Por su parte, el apartado segundo del artículo 9 de la LDC dispone que la operación de concentración económica notificable no podrá ejecutarse hasta el momento en el que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita por parte de la CNMC, salvo en aquellos supuestos en los que se haya acordado el levantamiento de la suspensión.

En otras palabras, la normativa española establece una doble obligación de notificación y de suspensión de la ejecución de la operación de concentración hasta que esta haya sido autorizada por la CNMC (salvo en aquellos supuestos de carácter excepcional en los que, previa solicitud por el interesado, la CNMC levante la obligación de suspensión). Será/n en el/los adquirente/s de control en quien/es recaiga la obligación de notificar la operación de concentración a la CNMC y de suspender su ejecución. En el caso de que no se notifique una operación de concentración económica notificable, o de que se ejecute antes de ser autorizada, la CNMC podrá incoar un procedimiento sancionador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.3.d) de la LDC, que consagra como infracción grave la ejecución anticipada de una operación de concentración económica antes de que haya sido notificada a la CNMC o haya recaído y sea ejecutiva una resolución expresa o tácita de autorización, que puede llevar aparejada una multa de hasta el 5 % de su volumen de negocios a nivel mundial en el ejercicio inmediatamente anterior al que se le imponga la multa[2].

Durante el procedimiento sancionador, la CNMC llevará a cabo un análisis de los dos elementos que conforman el tipo infractor, el elemento objetivo y el elemento subjetivo, este último centrado en la determinación de la concurrencia de culpa en la actuación del interesado.

El presente estudio trata de analizar y valorar críticamente la evolución de la práctica decisoria de la CNMC y de la jurisprudencia de los tribunales nacionales en relación con el análisis subjetivo del

1 El concepto de *ejecución* es un concepto jurídico indeterminado que, de acuerdo con los precedentes y jurisprudencia, se define como el momento de adquisición de control por parte del adquirente sobre la empresa adquirida. En otras palabras, es el momento en el que el adquirente adquiere la capacidad de ejercer una influencia decisiva sobre la empresa adquirida.

2 Véase el artículo 63.1.b) de la LDC.

tipo infractor en procedimientos sancionadores de *gun-jumping*. Para ello, en la sección 2, se tomará como punto de partida la Resolución Bergé (definida más abajo) y la posterior sentencia de la Audiencia Nacional, puesto que recogen un análisis profundo de la principal cuestión tratada en relación con el elemento subjetivo del tipo infractor: la necesidad de realizar una consulta previa a la CNMC en el caso de que existan dudas razonables sobre la existencia de una concentración notificable. Adicionalmente, en la sección 3, se analizarán otras cuestiones relevantes sobre las que se han pronunciado la CNMC y los tribunales.

2. Obligación de consulta previa y negligencia

2.1. Análisis del asunto Bergé: punto de partida

2.1.1. RESOLUCIÓN DE LA CNC

Con fecha de 29 de julio de 2010, la extinta Comisión Nacional de la Competencia ("CNC", ahora CNMC) dictó una Resolución por la que sancionó a Bergé y Cía., S.A. ("Bergé") por no haber notificado la adquisición de control exclusivo sobre Marítima Candina, S.L. ("Candina") antes de la ejecución de la operación ("Resolución Bergé")[3]. Según la CNC, la operación era notificable en la medida en que se cumplía el umbral de cuota de mercado recogido en el artículo 8.1.a) de la LDC.

A los efectos de determinar si concurría el elemento subjetivo del tipo infractor recogido en el artículo 62.3.d) de la LDC, la CNC recuerda, en primer lugar, que es necesaria la existencia de una conducta perpetrada con carácter doloso o negligente (*i. e.*, juicio de culpabilidad). Y, en concreto, apoyándose en jurisprudencia clásica del Tribunal Supremo, la CNC considera que la falta de una debida y básica diligencia es suficiente para considerar la existencia de una acción u omisión culpable y, en consecuencia, se cumpla el elemento subjetivo del tipo infractor[4].

Pues bien, en cuanto a la aplicación de esta teoría al asunto Bergé, la CNC consideró que Bergé no había actuado con el estándar mínimo de diligencia exigible en la medida en que (i) no había probado la existencia de precedentes que prueben "*fuera de toda duda la actuación, o más bien,*

3 Nótese que, en una primera revisión, la Dirección de Investigación de la CNC, tras requerir información a Bergé, le comunicó el cierre cautelar de la actuación preliminar (ACP/0002/08) al no existir *"elementos suficientes para acreditar que la adquisición por Bergé del control exclusivo de Candina constituía una concentración económica de notificación obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LDC"*. Fue en un momento posterior, con la denuncia presentada por Business Intelligence Net, S.L. ("BIN"), cuando la Dirección de Investigación reabrió la actuación preliminar al considerar que existían elementos de juicio novedosos.

Posteriormente, con base en la información obtenida como consecuencia de la denuncia interpuesta por BIN, la Dirección de Investigación requirió de oficio la notificación de la operación a Bergé (expediente C/0218/10 *Bergé/Candina*) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.5 de la LDC.

4 Véase la página 5 de la Resolución Bergé. La CNC indica que, "*en este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso, de al menos, un principio de culpa (STC 246/1991; STS 26-03- 86 entre otras). De esta forma, sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia. La conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento subjetivo de lo injusto el dolo (en cualquiera de sus grados); sino que basta con que se presencie la falta de una debida y básica negligencia. (STS 20-12-96). Asimismo, cabe señalar que tanto en el ámbito del derecho penal como en el ámbito del derecho administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en una posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente*".

la omisión de la imputada"[5] y que permitiesen apreciar una diferencia de criterio razonable entre Bergé y la CNC en relación con la interpretación del mercado relevante; y (ii) una actuación diligente de Bergé "*le debería haber suscitado dudas que podría haber consultado con la CNC*" de acuerdo con el mecanismo recogido en la LDC.

Con base en lo anterior, la CNC concluye que "*el hecho de que Bergé decidiese no notificar la operación en cuestión solo puede deberse a que, conociendo que la operación era notificable, decidió no hacerlo, en cuyo caso ha obrado dolo, o que el análisis que realizó de la operación de concentración, basado en un poco acertado examen de la información que tenía a su disposición, conduce a pensar que no ha puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones que, en materia de control de concentraciones, incumben a todas empresa que realiza operaciones jurídicas que, por su naturaleza, pueden quedar sometidas a autorización de la CNC*"[6].

De lo anterior se desprende que la CNC únicamente consideraría que el adquirente, en ausencia de notificación preceptiva de la operación de concentración económica, ha actuado con la diligencia debida cuando en ausencia de precedentes claros haya efectivamente consultado a la CNC sobre la existencia de una concentración o sobre su carácter notificable. En otras palabras, la CNC estableció una presunción por la que considera que, si no se ha realizado una consulta y la CNC finalmente determina que la operación era notificable, el obligado a notificar actuó de manera negligente.

2.1.2. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL (FIRME)[7]

La Audiencia Nacional anuló, no obstante, la Resolución Bergé y la sanción impuesta. La Audiencia Nacional parte de la premisa de que "*un procedimiento sancionador por ausencia de notificación de una operación sujeta a control por superar el umbral de cuota de mercado, la definición del mercado y la cuota de mercado debe quedar probada fuera de toda duda razonable. Es decir en caso de dudas o de insuficiencia en las pruebas aportadas prevalece el derecho a la presunción de inocencia y por tanto no cabría declarar la existencia de la infracción y por tanto la imposición de una sanción*"[8].

Este recordatorio de la Audiencia Nacional es un elemento crucial y el punto de partida para los procedimientos sancionadores en materia de *gun-jumping*. Es preciso distinguir entre un procedimiento de control de concentraciones, que no tiene carácter sancionador, y un procedimiento de *gun-jumping*, que sí reviste carácter sancionador. Las garantías de las que goza el interesado en uno y otro procedimientos son distintas. En este caso, al encontrarnos en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, es esencial garantizar el cumplimiento efectivo del derecho a la presunción de inocencia cuando exista una duda razonable acerca de la interpretación del concepto de concentración o de los umbrales recogidos en el artículo 8 de la LDC.

5 Véase la página 6 de la Resolución Bergé.

6 Véase la página 7 de la Resolución Bergé.

7 Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª, de 28 de septiembre de 2012, en el recurso 566/2010, ECLI:ES:AN:2012:3736 ("Sentencia Bergé").

8 Véase la página 4 de la Sentencia Bergé.

La Audiencia Nacional estimó el recurso interpuesto por Bergé por varias razones. En esencia, la Sentencia Bergé niega la posibilidad automática de considerar que concurre culpa en la actuación de la empresa simplemente por no acudir a los mecanismos de consulta voluntarios previstos en la LDC, incluso si existe una duda razonable acerca de la existencia de una concentración notificable. En concreto, la Audiencia Nacional indica que "*no puede pretender la CNC apreciar indicios de culpabilidad en Berge por no haber hecho uso del mecanismo de consulta previa regulado en el artículo 55.2 LDC y el artículo 59 del Reglamento 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de defensa de la competencia. Es un procedimiento que las empresas pueden utilizar voluntariamente cuando tienen dudas sobre si una determinada operación debe ser notificada con carácter previo a su ejecución. No es obligatorio y su no utilización no puede ser interpretada como una negligencia o de otra forma cambiar la carga probatoria en un procedimiento sancionador. Lo mismo sucede en el ámbito tributario en el que se pueden formular consultas a la Administración conforme al artículo 88 de la Ley 58/2003 sin que la falta de consulta pueda interpretarse como una negligencia que determine la imposición de una sanción*".

De lo anterior se desprende que las empresas que realizan un análisis previo sobre la existencia de una concentración notificable no se les puede considerar negligentes (y, por tanto, culpables) por el mero hecho de que no hayan acudido a los mecanismos de consulta voluntaria recogidos en la LDC. En otras palabras, como indica la doctrina, "*es suficiente, por tanto, que las empresas realicen un análisis previo y razonable sobre la determinación de los mercados relevantes y la estimación de cuotas de mercado, sin necesidad de formular consulta previa a la CNMC*"[9].

Además del análisis sobre el carácter puramente voluntario de acudir a mecanismos de consulta previstos en la normativa aplicable, la Audiencia Nacional toma en consideración las siguientes cuestiones a efectos de estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Bergé:

i. Existían dudas razonables sobre la existencia de una concentración notificable, como se acreditó por la propia CNC (cierre cautelar de la investigación preliminar llevada a cabo por la Dirección de Investigación).

ii. Ninguno de los precedentes citados por la CNC definen de manera clara el mercado, sino que se limitan a realizar un juicio de razonabilidad. Matiza que ese juicio de razonabilidad puede ser suficiente en un procedimiento de control de concentraciones, pero "*no en un procedimiento sancionador en que los elementos del tipo deben constar acreditados de manera indubitada*"[10].

iii. La delimitación del mercado que propone Bergé era razonable, puesto que, por un lado, un estudio de los precedentes existentes puede conducir a la misma conclusión y, por otro, el recurrente aportó una explicación razonable para delimitar el mercado relevante.

9 GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso (2022). Veinte años de jurisprudencia antitrust en España: el papel de los tribunales en la interpretación de las normas de defensa de la competencia. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 62 y 63.

10 Véase la página 5 de la Sentencia Bergé.

iv. La investigación llevada a cabo por la CNC no tuvo en consideración todos los "*elementos de apreciación relevantes*" (*i. e.*, precedentes europeos) para delimitar el mercado relevante.

2.2. Evolución de la cuestión en las resoluciones de la CNMC y jurisprudencia desde el asunto Bergé

2.2.1. RESOLUCIONES DE LA CNC ANTERIORES A LA SENTENCIA BERGÉ

Son varias las resoluciones de la CNC que hacen referencia a esta cuestión entre la Resolución y la Sentencia Bergé.

En la Resolución Dorf Ketal[11], al analizar si concurría el elemento subjetivo del tipo infractor, la CNC recuerda que la normativa de defensa de la competencia establece instrumentos, tales como la consulta o la prenotificación para que, en caso de dudas, el adquirente pueda dirigirse a la CNC (lo que no había sucedido en este expediente). La falta de consulta previa, junto con el hecho de que Dorf Ketal no había tomado en consideración todas sus ventas a los efectos de calcular su cuota de mercado, llevaron a la CNC a entender que la actuación de Dorf Ketal no había sido diligente y, por tanto, que concurría el elemento subjetivo del tipo infractor, al menos, en su forma más leve de negligencia.

Esta cuestión se reproduce en las Resoluciones Gestamp[12] e Isolux[13]. En esta última, la CNC vuelve a indicar que de haber realizado una actuación diligente Isolux no habría tenido dudas sobre el carácter notificable de la operación, "*especialmente cuando la LDC pone a su disposición instrumentos* [la consulta] *para evitar situaciones como la presente*"[14].

Se observa, por tanto, que durante este periodo la CNC mantuvo su enfoque sobre la necesidad de realizar una consulta a la CNC para acreditar la actuación diligente de la empresa en caso de que hubiese dudas sobre la existencia de una concentración notificable.

2.2.2. RESOLUCIONES DE LA CNC Y JURISPRUDENCIA TRAS LA SENTENCIA BERGÉ

Tras la Sentencia Bergé, y a pesar de la claridad del pronunciamiento realizado por la Audiencia Nacional, la CNMC continuó vinculando la falta de consulta con la apreciación de una actuación no diligente por parte de las empresas. La razón parece encontrarse en una sentencia posterior de la Audiencia Nacional, dictada en el citado asunto Isolux un año después a la Sentencia Bergé, que dispuso lo siguiente:

11 Resolución de la CNC de 22 de julio de 2011 en el expediente SNC/0009/11 *Dorf Ketal*.

12 Resolución de la CNC de 30 de enero de 2012 en el expediente SNC/0015/11 *Gestamp/Essa Bonmor*.

13 Resolución de la CNC de 10 de abril de 2012 en el expediente SNC/0017/11 *Isolux*.

14 La CNC matiza en la Resolución Gestamp (página 9) que el hecho de que las partes tuvieran una necesidad inaplazable de cerrar la operación por razones financieras no justifica que puedan omitir el trámite de consulta previa establecido en la LDC.

"*Pues bien, la actuación del GRUPO ISOLUX debe considerarse, cuando menos, negligente al promoverse la presentación de la escritura pública de fusión en el Registro Mercantil sin haberse notificado previamente el acuerdo de ejecución de la concentración, especialmente teniendo en cuenta las consecuencias que ello implica desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. No debe olvidarse que el fundamento de este tipo de infracciones radica en que no se puede dejar al arbitrio de los afectados la decisión sobre cuándo y cómo se debe notificar, o incluso sobre si se debe notificar…tal y como se indica en la resolución impugnada la LDC pone a disposición de los interesados instrumentos para evitar situaciones como la presente y así la consulta previa prevista por el artículo 59 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22de febrero, permite verificar la notificabilidad de la operación de concentración, y también el momento en que debe notificarse, siempre antes de su ejecución. El hecho de que a una empresa con los conocimientos técnicos y medios materiales y humanos del GRUPO ISOLUX, no le llegase a surgir la más mínima duda sobre el momento de notificación de la operación o, al menos, decidiera acudir ante la propia Administración solicitando información, especialmente teniendo en cuenta los cauces específicos previstos por la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia, impide considerar que, por su parte, se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones que, en materia de control de concentraciones, incumben a toda empresa que realiza operaciones jurídicas que, por su naturaleza, pueden quedar sometidas a autorización de la CNC*"[15] (subrayado añadido).

Da la impresión, por tanto, de que la Audiencia Nacional cambió el criterio expresado en la Sentencia Bergé sobre la obligación de realizar una consulta. No obstante, y si se analiza en detalle, el elemento fáctico relevante es que no se trataba en este caso de determinar si existía una operación de concentración o si esta llegaba a los umbrales legales, sino si la inscripción registral de la operación daba o no lugar a la "ejecución" de la operación en el sentido del artículo 9 de la LDC. Recuérdese que según el artículo 55.2 de la LDC la consulta previa ha de limitarse a la existencia de concentración o al cumplimiento de los umbrales de notificación, y no a cuestiones distintas, como qué debe entenderse por "ejecución". No parece, por tanto, correcto que se exija en este contexto la consulta previa a la CNMC para evitar la negligencia, pues dicho trámite no habría podido servir para despejar las dudas que la empresa pudiera albergar.

La CNMC ha mantenido su posición tradicional en asuntos posteriores, en los que viene a exigir la consulta previa para descartar la negligencia en casos de duda razonable (la cual parece presumirse). En la Resolución Grifols[16], la CNMC observó que la empresa estaba en posición de realizar una estimación del mercado relevante y, en caso de que le surgieran dudas, una actuación diligente le hubiera llevado a plantear una consulta a la CNMC[17]. En la Resolución Consenur[18], la CNMC determinó, nuevamente, que una actuación diligente de Consenur en el cálculo de las cuotas de mercado le hubiera llevado a utilizar el mecanismo de consulta previa recogido en la

15 Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª, de 18 de septiembre de 2013, en el recurso 232/2012, ECLI:ES:AN:2013:3709.

16 Resolución de la CNMC de 16 de octubre de 2015 en el expediente SNC/DC/0037/15 *Grifols*.

17 El otro elemento que tuvo en cuenta la CNMC fue que era la propia Grifols la que indició en el formulario de notificación que su cuota de mercado (superior al 50 %) superaba el umbral relevante.

18 Resolución de la CNMC de 14 de marzo de 2017 en el expediente SNC/DC/0074/16 *Consenur* ("Resolución Consenur Cathisa").

LDC o, en su defecto, haber empleado el trámite de prenotificación[19]. Esta cuestión se reitera en las resoluciones más recientes[20], como la Resolución Xfera[21], en la que se indica que un "*adecuado conocimiento de los activos adquiridos, del mercado relevante y de los precedentes de la autoridad de competencia que, dada su claridad manifiesta en este supuesto, habrían llevado a Xfera, bien a la notificación de la operación, bien a la utilización de los mecanismos previos de consulta*" [22].

En cualquier caso, la CNMC ha admitido en alguna ocasión reciente que la ausencia de consulta previa no equivale automáticamente a negligencia y culpabilidad, sino que estas consisten en no haber despejado las dudas razonables existentes a través de los medios disponibles, entre los cuales está la propia consulta. Así, y con claridad, en la Resolución Albia/Tanatorio Marín, la CNMC indica que:

"*La falta de utilización de procedimientos voluntarios no constituye elemento de culpabilidad ni agravante, como equivocadamente razona ALBIA en su alegaciones, pero esta Sala no puede sino constatar que ALBIA tenía a su alcance las herramientas indicadas para plantear consultas en caso de duda. Es la pretendida falta de duda, no en abstracto, sino en atención a los elementos anteriormente citados (claridad de los precedentes, notificaciones de otros operadores en el mercado en situaciones similares o las propias declaraciones de ALBIA entre otros, lo que supone un comportamiento reprochable a los ojos de esta Comisión*"[23].

En definitiva, se aprecia cómo, a pesar de la Sentencia Bergé, la CNMC viene considerando que la falta de utilización de los mecanismos consultivos disponibles en la normativa aplicable supone, cuando menos, un fuerte indicio de la existencia de un carácter negligente en la conducta llevada a cabo por la empresa adquirente.

19 La CNMC hace referencia a expedientes anteriores en los que Consenur tampoco notificó operaciones de concentración a la CNMC, siendo requerido por la autoridad su notificación. En ambos casos, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo acogieron los argumentos esgrimidos por Consenur. A pesar de ello, la CNMC consideró en la Resolución Consenur Cathisa que, "*a la vista de las controversias suscitadas en los expedientes anteriormente citados, este Consejo considera que una actuación realmente diligente de CONSENUR le habría llevado a consultar a la CNMC la notificabilidad de la operación de concentración, máxime teniendo en cuenta que el expediente de concentración del que trae causa este expediente sancionador versa sobre un ámbito geográfico para un mercado de producto (el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos) que no había sido definido en dichos expedientes*" (página 23).

Es más, a efectos de justificar la aplicación de la doctrina Isolux en lugar de la doctrina Bergé, la CNMC indica lo siguiente: "*Lo relevante es considerar si, en la situación concreta de la operación objeto de este expediente, y respecto de CONSENUR, resultaba negligente que ésta no se planteara dudas sobre la notificabilidad de la operación*".

20 Es curioso que en la mayoría de resoluciones la CNMC hace referencia a la Sentencia Isolux a este respecto. Sin embargo, en la Resolución de la CNMC de 11 de abril de 2022 en el expediente SNC/DC/112/21 *Luxida* o en la Resolución de la CNMC de 13 de julio de 2021 en el expediente SNC/DC/045/21 *Albia/Tanatorios Móstoles*, la CNMC hace referencia a la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 16 de febrero de 2006, en el recurso 564/2003, ECLI:ES:AN:2006:710 (asunto *Gas de Asturias*).

21 Resolución de la CNMC de 21 de diciembre de 2022 en el expediente SNC/DC/144/22 *Xfera* ("Resolución Xfera"). Véase, a su vez, la Resolución de la CNMC de 2 de diciembre de 2022 en el expediente SNC/DC/157/21 *Alto Miño*.

22 Véase la página 25 de la Resolución Xfera.

23 Resolución de la CNMC de 29 de junio de 2022 en el expediente SNC/DC/092/22 *Albia/Tanatorio Marín*. Esta misma cuestión se precisa en la Resolución de la CNMC de 15 de junio de 2022 en el expediente SNC/DC/086/22 *Albia/Tanatorio la Paz* o en la Resolución de la CNMC de 13 de julio de 2021 en el expediente SNC/DC/045/21 *Albia/Tanatorios Móstoles*.

2.3. Valoración crítica

A mi entender, la CNMC realiza una interpretación del concepto de "negligencia" en asuntos de *gun-jumping* que resulta demasiado amplia y rígida, al exigir *de facto* acudir al mecanismo voluntario de la consulta previa incluso cuando el obligado a notificar tiene alguna duda menor tras haber realizado previamente un análisis sobre la aplicabilidad de los umbrales del artículo 8 de la LDC. Esta postura maximalista de la CNMC genera diversas dificultades y consecuencias indeseadas:

i. la obvia multiplicación del número de consultas previas, con la consiguiente acumulación de retrasos temporales en caso de que la CNMC decida al final de la consulta que la operación resulta notificable y la correspondiente duplicidad de la información facilitada a la CNMC (en la consulta primero y en la posterior notificación después);

ii. se reduce sustancialmente la seguridad jurídica de los operadores que se enfrentan al análisis de autoevaluación de los artículos 7 (existencia de concentración económica) y 8 (umbrales de notificación) de la LDC para determinar si una operación es notificable a la CNMC en el caso de que existan dudas razonables.

iii. se convierte en la práctica en obligatoria una consulta que es estrictamente voluntaria, como ha recordado la Audiencia Nacional;

iv. no se toman en consideración los tiempos de las operaciones mercantiles; y

v. se crea una suerte de responsabilidad objetiva que lleva aparejada una carga probatoria desproporcionada (se invierte) para el operador económico y desvirtúa la presunción de inocencia del interesado.

Por el contrario, un examen previo y razonable del doble cumplimiento de los artículos 7 (existencia de concentración económica) y 8 (umbrales de notificación) de la LDC debería ser suficiente a los efectos de determinar que el operador económico ha actuado diligentemente (sin dolo ni negligencia y, por tanto, sin culpa). Solo si este examen previo no lograse despejar las dudas (*e. g.*, por ausencia de precedentes que definan el mercado relevante, escasa información disponible sobre cuotas de mercado, incertidumbre genuina sobre la existencia de concentración, etc.) sería lícito exigir la consulta previa para acreditar la diligencia y evitar la sanción.

3. Resoluciones de la CNMC y jurisprudencia relativas a otras cuestiones relevantes en materia de *gun-jumping* desde Bergé

En este apartado se analizan otras cuestiones distintas de la consulta previa y que son relevantes a efectos del análisis acerca del principio de culpabilidad que lleva a cabo la CNMC.

3.1. Existencia de precedentes y mercados relevantes

Cuando las dudas sobre la obligación de notificar una operación se refieren al cumplimiento de los umbrales legales del artículo 8 de la LDC, es frecuente que el debate se centre en la definición del mercado relevante donde calcular el umbral de cuota de mercado.

La citada Sentencia Bergé consideró que la investigación realizada por la CNC no había tenido en cuenta todos los elementos de apreciación relevantes para delimitar, en ese caso, el mercado geográfico. Para ello, resultó determinante la existencia de precedentes europeos, alegados por el recurrente, que soportaban una visión distinta a los precedentes nacionales invocados por la CNC.

En resoluciones posteriores, como en la Resolución Consenur[24], la CNC defendió la definición del mercado relevante a través de un análisis exhaustivo de los mercados de producto y geográfico que afectaban a la operación. Sin embargo, la Audiencia Nacional, en una sentencia muy reciente sobre este expediente[25], ha aplicado un test de razonabilidad en favor de la empresa recurrente:

"*al margen de que se haya declarado correcta la definición de mercado seguida por la CNMC, la interpretación mantenida al respecto por CONSENUR no puede ser tachada de irrazonable, y solo ha sido desechada después de un análisis profundo de las circunstancias concurrentes*"[26].

La razón por la que la sentencia llega a esta conclusión es que la definición del mercado geográfico realizada por Consenur tenía sustento en precedentes de otras autoridades de competencia y, en particular, de la Comisión Europea y, por tanto, era razonable.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Audiencia Nacional concluye con claridad que:

"*Entendemos que ello descarta la existencia de una actuación culpable por su parte, lo que elimina el elemento subjetivo de la infracción y con él su posible responsabilidad, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aplicable ratione temporae al presente asunto, y hoy en el artículo 28 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, así como constante doctrina del Tribunal Constitucional reiterada desde la ya clásica sentencia 76/1990, de 26 de abril, en cuyo fundamento de derecho séptimo se señala que "... más allá de la simple negligencia, los hechos no podrán ser sancionados por no existir forma alguna de culpabilidad, y carece de sentido pensar en una objetividad de las infracciones..."*"[27] (subrayado añadido).

Esta sentencia apoya, en mi opinión, la tesis de que si existen precedentes de autoridades de competencia (y, en particular, de la Comisión Europea) que soporten la definición de mercado relevante realizada por el comprador, y si con base en estos precedentes el adquirente ha descartado el cumplimiento de los umbrales recogidos en el artículo 8 de la LDC, no cabe apreciar la existencia

24 Resolución de la CNMC de 14 de marzo de 2017 en el expediente SNC/DC/0074/17 *Consenur/Cathisa*.

25 Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª, de 4 de julio de 2023, en el recurso 489/2016, ECLI:ES:AN:2023:3736 ("Sentencia Consenur Cathisa").

26 Véase la página 9 de la Sentencia Consenur Cathisa.

27 Véase la página 9 de la Sentencia Consenur Cathisa.

de una actuación culpable. Y bastará con que el análisis previo del adquirente sea razonable, sin que sea exigible que se disipen por completo las dudas, en cuyo caso debe prevalecer el derecho a la presunción de inocencia y, en consecuencia, la inexistencia de infracción y de sanción.

Téngase en cuenta, no obstante, la sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto Orange (que es previa a la citada Sentencia Consenur Cathisa), en la que reprocha a la recurrente que una de las resoluciones de la CNC que cita para apoyar la definición de mercado que propone, precisamente, deja tal definición de mercado abierta[28].

Por tanto, el criterio de la Audiencia Nacional es que los precedentes sobre los que se base la recurrente en el momento de realizar el análisis de notificabilidad de la operación de concentración económica han de ser suficientemente claros sobre la delimitación de los mercados relevantes para poder despejar la existencia de dudas razonables.

Otra cuestión relacionada con la anterior es, en caso de que existan varios mercados alternativos y plausibles, en cuáles existe obligación de analizar las cuotas de mercado para verificar de forma diligente el cumplimiento de los umbrales de notificación.

Recientemente, la CNMC ha señaló que:

"*Un análisis diligente de los operadores que se encuentran ante la disyuntiva de notificar o no una concentración, debe incluir necesariamente el examen de la cuota de mercado, si no en absolutamente todas sus variantes, sí al menos en las principales y que gocen del más alto grado de plausibilidad*"[29].

La CNMC consideró que, si bien Funespaña no tenía la obligación de calcular la cuota de mercado en todos los ámbitos geográficos posibles, sí, al menos, en el ámbito municipal (al ser principal a juicio del Consejo). Esta cuestión se repite en otros expedientes en el sector funerario, en los que, además, se matiza que, si bien la adquirente "*pudiera haber llegado a una conclusión diferente a la fijada en los precedentes de definición del mercado geográfico relevante. Sin embargo, haber omitido en su análisis una posibilidad tan insoslayable como la consideración del municipio como mercado de referencia no puede considerarse aceptable*"[30].

Téngase en cuenta, no obstante, que en un supuesto en que: (i) la información de la que dispone una parte era muy limitada o poco fiable; (ii) no se cumplía el umbral de cuota de mercado por escaso margen (en el caso concreto, la cuota de mercado era del 49,89 %); y (iii) la CNMC demostró que el cálculo era erróneo y, por tanto, se superaba el umbral; la Audiencia Nacional ha considerado que si el operador económico no notifica la operación de concentración económica

28 Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª, de 28 de abril de 2017, en el recurso 397/2013, ECLI:ES:AN:2017:1811. Esta sentencia fue inadmitida a casación por el Tribunal Supremo en virtud de Auto, Sala de lo Contencioso, Sección 1ª. De 30 de octubre de 2017, en el recurso 3648/2017, ECLI:ES:TS:2017:10009ª.

29 Véase la página 17 de la Resolución de la CNMC de 22 de junio de 2022 en el expediente SNC/DC/088/22 *Funespaña/San Vicente*. Véase a su vez Resolución de la CNMC de 18 de marzo de 2021 en el expediente SNC/DC/0014/21 *Funespaña/Alianza Canaria*.

30 Resolución de la CNMC de 29 de junio de 2022 en el expediente SNC/DC/092/22 *Albia/Tanatorio Marín*. Esta misma cuestión se precisa en la Resolución de la CNMC de 15 de junio de 2022 en el expediente SNC/DC/086/22 *Albia/Tanatorio la Paz*.

estaría actuando de manera "*poco diligente en su conducta cuando el mismo reconoce que efectuó una autoevaluación estimativa con los escasos datos de que disponía en el momento de la adquisición*" y que "*la cuota de mercado así obtenida debía llevarle a ser más prudente y presumir que podían existir dudas bastante razonables de que podía estarse ante una operación de concentración que exigía notificación previa a la CNMC antes de su ejecución*"[31].

A mi juicio, y en conclusión, se puede exigir a los operadores económicos que estimen las cuotas de mercado resultantes de la concentración en los mercados y submercados que resulten más plausibles o razonables (sin limitarlo necesariamente a los principales), sobre la base de fuentes de terceros o estimaciones internas. Si bien es cierto que, desde una perspectiva práctica, en numerosas ocasiones este juicio de razonabilidad dependerá de la información disponible para las partes, pues en no todos los casos la información se encuentra disponible y, si lo está, en ocasiones no resulta fiable. El test de diligencia exigiría a la empresa haber documentado *ex ante* y en cierto detalle la metodología empleada y las fuentes consultadas para la estimación de cuotas en los mercados o submercados más plausibles, a efectos de poder compartir con la CNMC dichos elementos en caso de que se iniciara un expediente administrativo.

3.2. Notificaciones voluntarias y actuaciones dolosas

La Resolución Grupo Nufri[32] es un buen ejemplo sobre los efectos que tiene en la valoración de la CNMC de la concurrencia del elemento subjetivo del tipo infractor el hecho de reconocer y notificar voluntariamente una operación de concentración tras su ejecución.

En este expediente, fue el propio adquirente quien, tras analizar el umbral de cuota de mercado una vez ejecutada la concentración, notificó voluntariamente la operación a la CNMC (sin necesidad de requerimiento) al constatar que tal umbral se cumplía en varios mercados relevantes.

La CNMC consideró que, a pesar de tal notificación voluntaria[33], concurría el elemento subjetivo del tipo infractor, en la medida en que la propia adquirente reconoció en la notificación voluntaria que hubo un desconocimiento previo de la existencia de los umbrales recogidos en el artículo 8 de la LDC (al no tener asesoramiento legal en un momento inicial) y, por tanto, se produjo una negligencia por omisión.

Otro expediente a este respecto es la Resolución Essilor[34], en el que la CNC reconoció dos elementos fundamentales para determinar la existencia de culpabilidad: (i) que Essilor había notificado de manera diligente ("*pulcritud*") en años anteriores dos operaciones de concentración; y (ii) estos antecedentes "*dan valor a su alegación de que el no haberlo hecho con igual diligencia en este caso se debió a un mal cálculo inicial por su parte de la cuota de mercado en valor*"[35].

31 Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª, de 19 de mayo de 2020, en el recurso 777/2015, ECLI:ES:AN:2020:1279, página 6.

32 Resolución de la CNMC de 28 de noviembre de 2019 en el expediente SNC/DC/093/19 *Grupo Nufri*.

33 Resolución de la CNMC de 17 de mayo de 2011 en el expediente SNC/0008/10 *Tompla*.

34 Resolución de la CNMC de 31 de julio de 2014 en el expediente SNC/DC/0035/14 *Essilor* ("Resolución Essilor").

35 Véase la página 6 de la Resolución Essilor.

Junto con lo anterior, la CNC consideró que la ausencia de mala fe quedaba confirmada si se tenían en cuenta las siguientes circunstancias: (i) comunicación inmediata a la CNC por Essilor de la existencia de la concentración; (ii) de no haberse producido tal comunicación voluntaria, es probable que la CNC no hubiera tenido conocimiento de la existencia de la operación; (iii) la concentración no planteaba problemas de competencia; y (iv) la operación no causó ningún daño a los competidores y usuarios, de manera que la descuidada actuación de Essilor no le produjo beneficio alguno. A pesar de las circunstancias concurrentes, el Consejo de la CNC consideró que no cabía la posibilidad de eximir a Essilor del reproche por su actuación, si bien "*merece una especial consideración como elemento determinante de la sanción a imponer*"[36].

Por su parte, en la Resolución Verifone[37], la CNC consideró que Verifone había actuado dolosamente. En la Resolución de la CNC de archivo de la notificación de la adquisición por Klein Partners de Hypercom España[38] (véase la nota al pie de página para mayor contexto), se indicaba expresamente que la concentración Verifone/Hypercom debía notificarse al cumplirse el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de la LDC. Por tanto, el carácter doloso de la conducta de Verifone, a juicio del Consejo de la CNC, derivaba de su ejecución de la adquisición de control exclusivo sobre Hypercom con carácter anterior a su notificación a la CNC, y ello a pesar de la advertencia realizada por el Consejo de la CNC en el expediente de archivo de la adquisición por Klein Partners de Hypercom España[39]. En otras palabras, Verifone era conocedor de la obligación legal de notificar la operación a la CNC.

Como se indicó expresamente en la Resolución Essilor, el carácter negligente o doloso de la conducta es relevante a los efectos de cuantificar la sanción.

3.3. Procesos de *due diligence*

Las operaciones mercantiles suelen implicar procesos de *due diligence*, que consisten en la valoración de la empresa por parte de un posible comprador (o por el propio vendedor) para conocer su estado. Habitualmente, estos procesos suelen concluir con la emisión de un informe en el que se recogen y califican las diferentes contingencias encontradas.

Pues bien, en la Resolución Xfera, el Consejo de la CNMC, a diferencia de lo alegado por la empresa, consideró que el desconocimiento por su no inclusión en un informe de *due diligence* de que en el perímetro de la operación se incluyera un activo que por su propia naturaleza diera

36 Véase la página 6 de la Resolución Essilor.

37 Resolución de la CNC de 24 de octubre de 2012 en el expediente SNC/0022/12 *Verifone/Hypercom* ("Resolución Verifone").

38 Este expediente es un tanto particular, en la medida en que Verifone inició un trámite de prenotificación con la presentación de un borrador de notificación. No obstante, posteriormente la notificación no llegó a presentarse, al indicar Verifone que la operación no iba a materializarse en los términos inicialmente previstos, comunicando que Hypercom había iniciado un proceso de venta de su filial española a un tercero, Klein Partners Capital Corporation, que notificó la concentración a la CNC. Tras analizar la concentración, el Consejo de la CNC dictó una resolución de archivo del expediente de concentración, por cuanto consideraba que, tal y como estaba configurada la operación, no se producía un cambio estable en la estructura de control, y señaló que la operación Verifone/Hypercom sí debía notificarse, lo cual realizó (de hecho, la Dirección de Investigación determinó que el formulario inicialmente presentado por Verifone no reunía los requisitos del Anexo II del Reglamento de Defensa de la Competencia). Una vez notificada la operación Verifone/Hypercom, y como consecuencia del compromiso impuesto, Klein Partners notificó la adquisición de Hypercom España, que fue aprobada en primera fase y sin compromisos.

39 Véanse las páginas 9 y 10 de la Resolución Verifone.

lugar al cumplimiento del umbral de cuota de mercado (en el mercado de prestación de servicios de terminación de llamadas) recogido en el artículo 8 de la LDC no eximía a Xfera de caracterizar su actuación como negligente. En otras palabras, el hecho de que la empresa adquirida no haya incluido ese activo en el informe de *due diligence* no puede tener como consecuencia la exención de responsabilidad de Xfera.

Los informes de *due diligence* pueden ser un buen indicio para acreditar la concurrencia de una diligencia debida en la actuación de los operadores económicos, siempre que se acredite que la revisión realizada sobre la empresa ha sido exhaustiva y dentro de unos parámetros razonables.

3.4. Notificación previa de operaciones y notificaciones a otras autoridades

Otra de las cuestiones debatidas en relación con el tipo subjetivo es el *track record* de los operadores económicos, puesto que la CNMC ha valorado positivamente aquellos operadores económicos que han notificado operaciones de concentración económica en expedientes anteriores.

Nuevamente, la Resolución Xfera nos aclara la postura de la CNMC a este respecto. La CNMC indica que la notificación de concentraciones previas no supone una falta de culpabilidad, sino que sirve "*para descartar el dolo de manera indiciaria*"[40]. Y, a diferencia de la Resolución Essilor, en la que fue relevante el hecho de que comunicara voluntariamente la concentración a la CNMC, en este expediente no hubo una notificación voluntaria de la operación.

Por su parte, en la Resolución DGTF[41], la empresa notificó sin requerimiento previo la operación de concentración económica a la Autoridad Portuguesa de Competencia (Autoridade da Concorrência) con conocimiento de la Comisión Europea. La CNMC concluyó que "*esta Sala coincide con la DC en calificar la actuación de la DGTF como negligente, siendo indudable su conocimiento de la obligación, tanto por su notificación a la autoridad portuguesa como por su experiencia previa en materia de concentraciones en el ámbito español*"[42].

Otro supuesto es el ocurrido en la Resolución Alto Miño[43], en la que la CNMC consideró que la comunicación de una operación de concentración económica en el ámbito regulatorio "*no convalida su falta de diligencia en lo que respecta al control de concentraciones*"[44]. Es más, la CNMC matizó que el hecho de que no se haya apreciado una amenaza desde un punto regulatorio no prejuzga el análisis que la operación de concentración económica puede tener desde una perspectiva de defensa de la competencia.

40 Véase la página 25 de la Resolución Xfera.

41 Resolución de la CNMC de 20 de julio de 2021 en el expediente SNC/DC/048/21 *DGTF* ("Resolución DGTF").

42 Véase la página 8 de la Resolución DGTF.

43 Resolución de la CNMC de 2 de diciembre de 2022 en el expediente SNC/DC/157/21 *Alto Miño* ("Resolución Alto Miño").

44 Véase la página 18 de la Resolución Alto Miño. Adicionalmente, la CNMC aclara que el desconocimiento de la normativa de control de concentraciones no exime su aplicación.

4. Conclusión

La CNMC toma en consideración múltiples factores a los efectos de analizar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo infractor en los expedientes sancionadores por *gun-jumping*. No obstante, quedan por aclarar algunas cuestiones relevantes sobre la interpretación de varios de los factores analizados, por lo que habrá que estar atentos a los pronunciamientos de los tribunales.

Dicho lo anterior, parece indudable que del análisis de la práctica decisoria de la CNMC y de la jurisprudencia de los tribunales cabe extraer la conclusión de que, en aquellos casos en los que un operador económico realice un estudio exhaustivo y razonable de los precedentes y la información disponible, no existe obligación de consultar a la CNMC la conclusión e interpretación de su análisis y que su actuación deberá necesariamente de ser calificada como diligente. Lo contrario daría lugar a una quiebra del principio de seguridad jurídica y de las garantías que han de regir un procedimiento sancionador de estas características, creando una suerte de responsabilidad objetiva en perjuicio del interesado.

Artículos

EL LLAMADO "CASO CONVENIOS" EN CHILE: CONSECUENCIAS, LECCIONES Y DESAFÍOS PARA EL TRASPASO DE FONDOS PÚBLICOS A PRIVADOS

José Luis Lara Arroyo y María José Luna Bravo

Abogado, socio de Derecho Público PPU, doctor en Derecho y profesor de Derecho Administrativo en Pontificia Universidad Católica de Chile, y asociada de Derecho Público PPU (oficina de Chile) y ayudante de Derecho Constitucional en Pontificia Universidad Católica de Chile, respectivamente

El llamado "Caso Convenios" en Chile: consecuencias, lecciones y desafíos para el traspaso de fondos públicos a privados

Se abordan los impactos que han originado las irregularidades denunciadas respecto de cuantiosas transferencias de fondos públicos a entidades privadas por la vía de convenios celebrados recientemente en Chile. Dicho caso releva las debilidades de la regulación sobre transferencias de capital al sector privado, instando una agenda reguladora que refuerce mecanismos de control oportunos, pero sin afectar la debida y virtuosa colaboración público-privada para la satisfacción de necesidades públicas.

PALABRAS CLAVE:
Contratación pública, OSFL, Transferencias de fondos, Probidad.

The "agreements case" in Chile: consequences, lessons and challenges for the transfer of public to private funds

This article covers the impact of the reported irregularities in relation to large transfers of public funds to private entities through recently executed agreements in Chile. This recent case exposes the flaws of the regulation

on capital transfers to the private sector and highlights the need for a regulatory policy that reinforces timely control mechanisms but not at the expense of proper and honest public-private collaboration to satisfy public needs.

KEY WORDS:
Public procurement, NPOs, transfers of funds, probity.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Lara Arroyo, José Luis; Luna Bravo, María José (2023). El llamado "Caso Convenios" en Chile: Consecuencias, lecciones y desafíos para el traspaso de fondos públicos a privados. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 76-89 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Chile tradicionalmente ha sido visto como un ejemplo de probidad[1] y respeto al Estado de Derecho a nivel global y regional, exhibiendo adecuados indicadores respecto de la fortaleza de sus instituciones y mecanismos de control. Sin embargo, durante el transcurso de este año, el país ha sido testigo de uno de los mayores escándalos en lo que respecta a faltas a la probidad en materia de transferencia de recursos del sector público al privado, todas circunstancias de la mayor gravedad y actualmente en desarrollo, pero que ya avanzados algunos meses y con varios procesos en curso nos permiten identificar brechas y acuñar aprendizajes importantes de compartir con la comunidad jurídica, especialmente iberoamericana.

Como preámbulo, conviene señalar que, bajo el sistema constitucional y legal vigente en Chile, los órganos de la Administración del Estado —desde el presidente al municipio más modesto dentro de nuestra organización— se encuentran sujetos a un principio primordial o nuclear que es la juridicidad/legalidad como condición de existencia y de actuación. De ahí, todo órgano estatal y administrativo debe satisfacer necesidades públicas en lo inmediato, con miras a la consecución del bien común (artículo 1.º de la Constitución Política de Chile). Pues bien, dichas necesidades públicas están establecidas y mandatadas por el legislador, quien confiere para ello potestades a la Administración que le permiten acometer dicha finalidad por sí (actos administrativos) o con el concurso o participación de los privados (contratos administrativos). Para ello, el órgano público efectúa transferencias de recursos, ya sea ordinarias o de capital a través de la leyes permanentes o transitorias (Ley de Presupuesto de la Nación) y a través del mecanismo de los contratos de suministro o prestación de servicios bajo la Ley N.º 19886 de 2003 ("compras públicas").

Pues bien, en el denominado "Caso Convenios" lo que sucedió fue que se realizaron transferencias de fondos o recursos públicos a entidades sin fines de lucro (corporaciones o fundaciones), de reciente creación, vinculadas con determinadas autoridades públicas, prescindiendo de una debida licitación o concurso público, lo que desnudó la desviación de fin al destinarse dichos recursos a propósitos distintos o desconocidos, poniendo en entredicho el virtuoso mecanismo de la cola-

1 https://www.integridadytransparencia.gob.cl/chile-sobresale-en-ranking-internacional-anticorrupcion-t-index-como-el-pais-mejor-evaluado-de-la-region-y-top-10-mundial/.

boración público-privada para la consecución de los fines o intereses generales del Estado. Ello, como señalaremos, evidencia importantes brechas en el sistema de control de la Administración y del quehacer de los privados receptores de estos fondos, cuyos pormenores tanto fácticos como normativos revisaremos en las páginas que siguen.

2. Participación de las OSFL en la vida pública. Cooperación público-privada para conseguir los fines del Estado y proliferación de las transferencias

Primeramente, corresponde entregar un concepto de organizaciones sin fines de lucro (en adelante, "OSFL") y dar luces sobre la participación que estas tienen en la vida pública, pues —como veremos— la mayoría de las medidas que se han tomado por el denominado "Caso Convenios" tienen que ver con este tipo de entidades. Así, para los efectos de este trabajo, se entenderá por OSFL a todas las asociaciones, organizaciones y fundaciones sin fines de lucro y que cuentan con personalidad jurídica, reguladas por el título XXXIII del Código Civil Chileno (en adelante, "Código Civil") y por la Ley N.º 20500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública (en adelante, Ley N.º 20500). Además, se considerarán también como parte de las OSFL las organizaciones territoriales, comunitarias y otras que se encuentren reguladas por la Ley N.º 19418, que establece normas sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias.

Bajo ese concepto, se ha determinado que a julio del año 2023 existen en Chile más de 339.000 OSFL inscritas en el Registro de Personas Jurídicas sin fines de lucro que lleva el Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación[2].

Este tipo de organizaciones cuentan con diversas fuentes de financiamiento, tanto públicas como privadas, que les permiten propender en torno a sus fines propios. Cuando esos fines se condicen con objetivos públicos, y tienden al bien común, es habitual ver que el Estado forme parte de ese financiamiento, generando así una cooperación público-privada importante y conducente a la realización de objetivos sociales.

En ese sentido, las OSFL, aunque son parte de la sociedad civil y su naturaleza es de derecho privado, se relacionan de distintas maneras con el Estado y son un componente importante de la vida pública. Por ello, el año 2011 se dictó la Ley N.º 20500 sobre asociatividad y participación ciudadana en la función pública, que tuvo por objeto mejorar la regulación existente[3] en cuanto a OSFL, pero además consagra el deber que tiene el Estado de promover y apoyar las iniciativas de

2 Cifra entregada por el Jefe del Departamento de Personas Jurídicas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Carlos Aguilar Muñoz, a la Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado, en sesión de fecha 17 de julio de 2023. Disponible en: https://www.integridadytransparencia.gob.cl/wp-content/uploads/2023/07/17.07-Carlos-Aguilar-Personas-Juridicas-Ministerio-de-Justicia.pdf.

3 Así, la Ley N.º 20500 incluyó una serie de reformas a varios cuerpos legales, entre ellas una significativa el título XXXIII del Código Civil, radicando en las secretarías municipales la competencia para autorizar la formación de nuevas asociaciones y fundaciones. Se le entrega también la facultad al Ministerio de Justicia de fiscalizar a las asociaciones y fundaciones, y se imponen requisitos que se deben incluir dentro de los estatutos, entre otras medidas.

la sociedad civil[4]. Con el modelo existente, las OSFL se relacionan con el Estado no solo porque este las registra y fiscaliza, sino también porque este promueve su existencia y las fortalece y porque, de manera importante, las financia (Irarrazaval, Sagredo, & Streeter, 2020).

Así, las OSFL se fueron volviendo una parte imprescindible de la actuación del Estado, pues se han vuelto una herramienta fundamental de este último para concretar programas y alcanzar a sectores de la población que otras veces se encuentran relegados (Jaraquemada, Mendoza, von Woldersdorff, Irarrazaval, & Agüero, 2023)[5]. Sin embargo, aún existía (y existe al día de hoy) un espacio desregulado en cuanto a las formas en que el aparato público le traspasa recursos y fondos a las OSFL para que cumplan esos objetivos. El "Caso Convenios" ha dejado esto al descubierto y ha alertado sobre las carencias regulatorias, abriendo un espacio para diferentes propuestas, tanto desde la sociedad civil como desde el ámbito público.

3. Cómo concurren las OSFL a recibir recursos por parte del Estado. Ley de presupuesto y transferencias

Ahora bien, antes de entrar a analizar las propuestas de regulación, es necesario revisar el panorama existente en cuanto al financiamiento de estas entidades. De todas maneras debemos señalar que los mecanismos de financiamiento que se detallan a continuación no están destinados solo a OSFL, y pueden incluirse otro tipo de entidades privadas. Sin embargo, bajo el "Caso Convenios", son las OSFL las que se encuentran escrutadas en cuanto a su manera de recibir fondos.

En la actualidad, el traspaso de fondos públicos a las OSFL se regula, en su grueso[6], a través de la Ley de Presupuestos del año correspondiente, en la que usualmente se incluyen glosas que permiten traspasar fondos a OSFL ya sea a través de transferencias, compras públicas u otros mecanismos[7]. El problema, sin embargo, es que la regulación a través de una glosa en la Ley de Presupuestos no entrega tanta certeza, pues, como ha explicado el Tribunal Constitucional, "*la Ley de Presupuestos es una ley marco y, por tanto, corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución*" (Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Requerimiento de Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N.º 1679, 1997). Además, como se establece en la misma sentencia, la Ley de Presupuestos está expuesta a los vaivenes político contingentes dada la anualidad de su vigencia, con la que se busca principalmente satisfacer las necesidades de la población, por lo que el estricto apego a la legalidad queda relegado a un segundo plano. En ese sentido, la Ley de Presu-

4 El Artículo 2.º de la Ley N.º 20500 establece que es deber del Estado promover y apoyar las iniciativas asociativas de la sociedad civil. Los órganos de la Administración del Estado garantizarán la plena autonomía de las asociaciones y no podrán adoptar medidas que interfieran en su vida interna.

El Estado, en sus programas, planes y acciones, deberá contemplar el fomento de las asociaciones, garantizando criterios técnicos objetivos y de plena transparencia en los procedimientos de asignación de recursos.

5 El Ministerio de Desarrollo Social informó recientemente que alrededor de un 20 % de los programas analizados en su Banco Integrado de Programas Sociales y No Sociales son ejecutados por OSFL. Así se informa en el Informe de Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado.

6 Existen ciertas OSFL cuyo financiamiento está regulado, directa o indirectamente, por otros cuerpos legales, como por ejemplo la Junta Nacional de Cuerpos de Bomberos de Chile, que está regulada por la Ley N.º 20564.

7 Por ejemplo, fondos concursables, subsidios, subvenciones y beneficios tributarios, entre otros. Al respecto, ver el Informe de Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado, páginas 25-35.

puestos, más que entregar un marco normativo que regule y restrinja el traspaso de fondos desde el Estado a las OSFL, termina siendo una herramienta legal habilitante para que dicho traspaso se efectúe sin entregar las definiciones necesarias para que ese traspaso no sea discrecional.

Por eso, no es sorpresa que la Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado (en adelante, la "Comisión Asesora") que se formó con posterioridad al destape del Caso Convenios haya optado por referirse en profundidad a lo que se entiende por glosa presupuestaria. Ya anteriormente en el año 2021 se había detectado que este concepto no estaba suficientemente definido. Sin embargo, existió consenso suficiente para determinar que estas "*pueden definirse como aquellas cláusulas (notas) que regulan o establecen precisiones o limitaciones al alcance de los gastos contemplados en cada partida presupuestaria*" (Jaraquemada, Mendoza, von Woldersdorff, Irarrazaval, & Agüero, 2023: 47). Se ha explicado también que estas son disposiciones que "*establecen ciertos compromisos de entrega de información que deben cumplir los organismos públicos para asegurar un buen seguimiento a la ejecución del gasto público, y cumplir con ello una adecuada rendición de cuentas al Congreso y a la ciudadanía en general*" (Henríquez Espejo, 2020).

Así, son las glosas donde se termina regulando, por lo menos en parte, la manera de traspasar y ejecutar fondos en distintos programas y organismos, donde se encuentran muchas veces las OSFL. La particularidad más notable, sin embargo, de las glosas presupuestarias recae en que, dentro del proceso legislativo de la Ley de Presupuesto, estas terminan siendo el único aspecto donde el poder legislativo puede verdaderamente incidir en la determinación presupuestaria. Así, estas disposiciones terminan siendo la única aproximación que tienen, al día de hoy, los parlamentarios para determinar y reglar el traspaso de fondos desde el Estado a organizaciones privadas.[8]

Como adelantábamos, la mayoría de los fondos que se traspasan a OSFL a través de las glosas, se dan a través de transferencias, sean estas corrientes o de capital, o bien a través de presupuesto entregado para ejecutar compras públicas.

Respecto a las transferencias, al día de hoy no existe una definición con rango legal de lo que entendemos por "transferencia". Sin embargo podemos iniciar su conceptualización por señalar que estas se diferencian de las compras públicas porque no están asociadas a una contraprestación directa. Se trata de "*traspasos de recursos que se efectúan por un organismo público a otro organismo público, o a una persona natural o jurídica de derecho privado, para que éstos lleven a cabo una actividad de utilidad pública o interés social, que no supone una contraprestación de bienes o servicios en beneficio directo de la institución que encarga el servicio*" (Jaraquemada, Mendoza, von Woldersdorff, Irarrazaval, & Agüero, 2023: 29). Estas se pueden clasificar, a su vez, entre transferencias corrientes y transferencias de capital, y así se separan generalmente en la Ley de Presupuestos.

8 En su informe, la Comisión Asesora explica que esto ha llevado a que existan "*i) glosas que establecen excepciones a definiciones realizadas por leyes u otros cuerpos normativos más permanentes, de forma ad hoc, según año de cada ley de presupuestos; ii) glosas que precisan asuntos no regulados previamente, u iii) glosas acerca de las transferencias que restringen la competencia55, sea porque definen vía una glosa una asignación directa a ciertas IPSFL, o sea porque definen que ciertas transferencias deben ejecutarse solo vía un cierto tipo de persona jurídica*". Para ver más sobre la proliferación de glosas presupuestarias como instrumento normativo, ver Informe, páginas 28-30.

Las trasferencias corrientes son aquellas en las que se le otorgan recursos a otra entidad, ya sea pública o privada, para que esta ejecute los gastos corrientes que le corresponden al gobierno, alcanzando sus objetivos. Por otro lado, las transferencias de capital corresponden a la entrega de fondos a privados con la intención de que estos se utilicen en inversión y formación de nuevo capital, así como para financiar gasto capital necesario para conseguir los fines el Estado. Cada una de ellas cuenta con su propia glosa dentro de la Ley de Presupuesto[9].

En ambos casos, el proceso de transferencia del recurso queda a cargo del Ministerio u organismo que otorga los recursos. Este deberá encargarse de la asignación (que en teoría puede ser a través de concursos o directa), evaluación supervisión y rendición financiera de los convenios por los que se materialice la transferencia. Así, no existe ninguna entidad que esté a cargo de revisar las transferencias de recursos que hace el Estado de manera general, dificultando el control que se ejerce sobre estos gastos.

Por otro lado, a través de la Ley de Presupuesto se destina siempre un monto que los servicios deben ejecutar a través de compras públicas. A diferencia de las transferencias, cuando hablamos de compra pública nos encontramos frente a la adquisición que hace el Estado de bienes o servicios determinados y que resultan necesarios para cumplir sus funciones y objetivos. Así, existe una contraprestación directa que corresponde al bien o servicio adquirido o contratado.

En el caso de las compras públicas, estas sí se encuentran profundamente reguladas a través de la Ley N.º 19886 y su reglamento. Entre otras cosas esto significa que su adjudicación, ejecución y rendición debe hacerse con estricto apego a las bases y respetando todos los principios consagrados en esos cuerpos normativos, como la libre concurrencia de los oferentes, la igualdad de oportunidades, la transparencia y la probidad.

Además, respecto de compras públicas no solo existe la supervisión del superior jerárquico y de la Contraloría General de la República, sino que además existe el Tribunal de Contratación Pública, por el que se ejerce un control judicial sobre cualquier problema que pueda existir con un contrato (licitación) que se encuentre previo a su etapa de ejecución. Así, existe una importante diferencia en cuanto a control entre las compras públicas y las transferencias.

Esto fue, finalmente, lo que se terminó de descubrir en el "Caso Democracia Viva", primer caso y arista clave del "Caso Convenios". En un riguroso informe de auditoría, la Contraloría General de la República determinó que se le adjudicaron directamente convenios por más de $370 millones a una fundación con menos de dos años de experiencia, sin que exista razón para ello (Contraloría General de la República, 2023).

Esto ha puesto en tela de juicio todo el sistema de transparencia de fondos existente en Chile, pero también ha significado una oportunidad de modernización de su regulación, pues, como se señalará, la gran consecuencia del Caso Convenios ha sido la proliferación de medidas y sugerencias tendientes a mejorar el estándar del gasto público y el traspaso de fondos a privados.

9 En el caso de la Ley Correspondiente al año 2023, estas se encuentran en los clasificadores presupuestarios 24, sobre transferencias corrientes, y 33 sobre transferencias de capital.

4. Consecuencias del caso convenios: levantamiento de problemas y proliferación normativa. Reacciones al caso convenios

Siendo ese el escenario existente, en cuanto a regulación no es sorpresa que, frente al descubrimiento de las irregularidades del "Caso Convenios", la tendencia tanto en el mundo privado como el mundo publico haya sido a apuntar a la falta de una normativa uniforme para las transferencias del Estado.

Así, desde junio de 2023 se ha visto una verdadera proliferación de sugerencias, medidas y, en algunos casos, verdaderas normas que apuntan a cierta manera restringir, pero también mejorar, la manera en que el Estado les entrega recursos a los privados.

4.1. Medidas dictadas por la Contraloría General de la República

Una de las primeras instituciones en reaccionar a las irregularidades encontradas fue la Contraloría General de la República (CGR). Esta emitió un pronunciamiento sobre las diversas medidas, a su juicio, existentes para disminuir los riesgos de corrupción en los procesos de compras públicas a través de su Dictamen N.º E370752/2023. Este último sin duda merece ser revisado, pues varias de las medidas contempladas en él van más allá de lo existente y son extrapolables a todo tipo de transferencias desde el sector público al privado.

Como se adelantó, el dictamen se enfoca principalmente en las compras públicas, realizando una revisión del marco normativo actualmente aplicable a estas, compuesto principalmente por la Ley N.º 19886 y sus reglamentos. Además, realiza una serie de sugerencias para profundizar estas medidas, según se explica a continuación:

i. Gestión de contratos. La normativa existente exige que se publique en los sistemas de información que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública toda la información básica relativa a las contrataciones de la Administración. Frente a esto la CGR sugiere que en adelante toda la gestión de contratos se realice a través de la plataforma del Sistema de Información de la Dirección de Compras Públicas, facilitando la fiscalización y evitando duplicidad de información con los sistemas institucionales. Se establece que esta plataforma será también la vía para informar el comportamiento contractual de los proveedores.

ii. Manual de procedimiento de adquisiciones. Para poder utilizar el Sistema de Información de la Dirección de Compras Públicas, actualmente las entidades tienen que elaborar un Manual de Procedimientos de Adquisiciones, que deberá ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Compras y su Reglamento. La ley establece que en este manual se deberán promover medidas tendientes a delimitar las funciones y ámbitos de competencia de los distintos funcionarios que participan en las múltiples etapas de los procesos de compra, debiendo pertenecer a equipos distintos. La CGR agrega que, además, es necesario que quienes

desempeñan tales funciones y las unidades a que pertenecen no respondan a un mismo superior jerárquico, como por ejemplo jefe de División o Departamento, pues ello debilita el control interno.

iii. Plan anual de compras. Actualmente, las entidades deben elaborar y evaluar un Plan anual de compras, que contendrá una lista de los bienes y/o servicios que se contratarán durante cada mes del año, con indicación de su especificación, número y valor estimado, la naturaleza del proceso por el cual se adquirirán o contratarán dichos bienes y servicios y la fecha aproximada en la que se publicará el llamado a participar. La CGR advierte que se deben monitorear estos planes, para darles mejor cumplimiento, y que estos deben ser publicados en el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, regulado en el artículo 19 de la ley N.º 19886.

iv. Bases tipo y formularios de bases. Sobre las bases tipo, se recuerda que los actos que las aprueben deben ser sujetos al trámite de toma de razón. Se establece también que, con el fin de velar por la idónea administración de los medios públicos, si es que existen bases tipo y formularios base, será obligatorio su uso. Además, debe recordarse que antes de llamar a las licitaciones en las que se utilicen dichas bases tipo, la entidad licitante deberá —cuando corresponda, en atención a la gran complejidad en la evaluación de las ofertas o el monto de la contratación— efectuar el análisis técnico y económico previsto en el artículo 13 ter del Decreto N.º 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

v. Obligatoriedad de programas de integridad y *compliance* por parte de los proveedores. Actualmente, es común que se incorporen en las bases cláusulas denominadas "pactos de integridad" para resguardar que quienes contraten con el Estado tengan un comportamiento íntegro. Sin embargo, hoy en día no es posible tener certeza de que esas estipulaciones sean conocidas y cumplidas por los trabajadores de los proveedores. Por eso la CGR ha establecido que procede que se incluya en las bases de licitación un criterio de evaluación referido a si los oferentes cuentan con programas de integridad que sean conocidos por su personal. En el caso de los tratos directos, esa materia deberá ser mencionada en algunas de las cláusulas contractuales.

Las recomendaciones de la CGR van en línea con la idea de aumentar los estándares de transparencia y probidad en el área de compras públicas y demás traspasos de fondos del Estado, sin importar si los proveedores son o no fundaciones sin fines de lucro.

4.2. Informe de la Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado

Como se adelantaba más arriba, una de las reacciones fundamentales frente al Caso Convenios fue la creación de una Comisión Asesora Ministerial que revisara la manera en que se estaban relacionando las OSFL y el Estado.

Esta comisión, integrada por María Jaraquemada Hederra, Ramiro Mendoza Zúñiga, Jeannette von Wolfersdorff, Ignacio Irarrázaval Llona y Francisco Agüero Vargas, tuvo como misión revisar toda la regulación existente en lo que respecta a las OSFL.

Finalmente, sintetizó su trabajo en un informe que analiza, levanta problemáticas y formula sugerencias sobre los siguientes puntos: tipología y distribución de las OSFL en Chile, formas de relacionamiento de las OSFL con el Estado, transparencia en organismos del Estado y registros relevantes sobre OSFL, transparencia activa de las OSFL, gobierno corporativo en las OSFL y sistemas de control, infracciones y sanciones.

Si bien este informe está más enfocado en las OSFL y su regulación, sin duda da luces importantes sobre los cambios necesarios que vienen para el sistema de transferencias de fondos en Chile. En esa materia, dentro de las medidas más relevantes levantadas por la comisión, podemos destacar las siguientes:

i. Se propone unificar y armonizar el marco regulatorio de las OSFL, pues hoy este está disperso a través de distintos cuerpos legales.

ii. Una de las medidas más urgentes es la creación de una Ley General de Transferencias. Se reprocha que actualmente no existe una normativa legal permanente y general para transferencias al sector privado. Hoy en día las condiciones y exigencias de las transferencias de recursos son muy diferentes entre servicios y según si se aplica o no la Ley de Compras, generando desincentivos para utilizar esta última. En la práctica, esto genera un trato diferenciado desde el Estado, que no tiene un fundamento claro ni transparente, y que puede resultar excesivamente laxo o abusivo en cuanto a las exigencias de garantías, requisitos de postulación y rendición de cuentas, etc., según los lineamientos establecidos por cada servicio para transferencias (sean corrientes o de capital). Resulta indispensable que se formulen reglas mínimas por parte del legislador. Además, es urgente que en toda transferencia se clarifique el objeto del gasto y que se fortalezca la evaluación y monitoreo del gasto capital.

iii. Se levanta como problema la falta de un mínimo de principios y estándares comunes —u homologables— sobre evaluación y ejecución de las transferencias corrientes y de capital. Las normas generales para las transferencias corrientes al sector privado (artículo 23 de la Ley de Presupuestos) no son aplicables a las transferencias de capital. Asimismo, las Normas, Instrucciones y Procedimientos de la Inversión Pública se aplican principalmente para inversiones, sin incluir en todos los casos, las transferencias de capital. Es un problema la diferencia de estándar que existe para evaluar y monitorear un gasto según el subtítulo presupuestario en que se encuentre. Por esto, se propone una actualización del clasificador presupuestario y mejorar la regulación de las glosas. Dada la complejidad de la gestión pública y la necesidad de abordar nuevos requerimientos institucionales y presupuestarios, se concluye que existe un rezago institucional, pues las glosas de información están siendo mal utilizadas.

iv. Para mejorar, además, el gasto público en transferencias a privados se propone que la Fiscalía Nacional Económica realice un estudio de mercado sobre las barreras de entrada

que existen para los privados que desean colaborar con el Estado, generando así una guía para aumentar la competencia en el sector.

v. Se concluye que se hace urgente contar con una estimación más certera de los montos que se traspasan desde el Estado a las OSFL. Estas últimas, además, deben mejorar la calidad de sus balances para prevenir la elusión, evasión y faltas a la probidad.

vi. En materia de transparencia, además de crear nuevas obligaciones de transparencia activa para las OSFL, se hace necesario establecer una identificación única de las IPSFL (idealmente, RUT) para asegurar la interoperabilidad entre los portales y registros web de IPSFL, fortaleciendo además el sistema registral con la creación de un portal único de personas jurídicas sin fines de lucro. Además, se coincide con la CGR en cuanto a la idea de ampliar la cobertura del Sistema de Rendición Electrónica de Cuentas (SISREC) y la de crear un Registro Nacional de Beneficiarios Finales de Personas Jurídicas en Chile.

vii. Se recalca que es necesario homologar el proceso de compras públicas con el proceso de adjudicación vía transferencias corrientes y de capital, terminando con la gran diferencia que existe entre ambos procesos y empezando a transparentar cuáles son los criterios para adjudicar transferencias.

viii. Se detectaron riesgos en lo débil que suele ser la estructura de gobierno corporativo de las OSFL, por lo que se propone fortalecer su gobernanza, en especial en aquellas OSFL en las que participa el Estado. Además, se propone crear políticas de capacitación y asesoría en modelos de prevención de irregularidades, conflictos de interés, etc.

ix. Por último, en temas de control, infracciones y sanciones, se propone que se modifique la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República para que esta controle a IPSFL receptoras de fondos públicos respecto de tales fondos públicos, ampliando auditorías financieras y auditorías sobre el cumplimiento de disposiciones contables desde la Contraloría General de la República. Se hace necesario crear nuevas sanciones aplicables, fuera de la disolución de las OSFL. Se deben crear sanciones penales proporcionales y adecuadas a irregularidades en el uso de recursos públicos y transferencias.

4.3. Instructivo emitido por el Ministerio de Hacienda

Por su lado, el día 11 de agosto del año en curso, el Ejecutivo anunció su propia "Agenda de Probidad y Modernización del Estado". Entre las medidas contempladas en esta agenda se incluyó, además de las ya mencionadas propuestas acordadas por la Comisión Asesora Ministerial, la creación de una Ley de Beneficiarios Finales, el ingreso de un Proyecto de Ley de Mejoras en Eficiencia y Transparencia de las Rentas Municipales y Proyecto de Ley de Integridad Municipal. A su vez, se informó la reforma al Consejo General de Auditoría Interna del Gobierno (CAIGG), a fin de institucionalizarlo como un servicio público con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Se expresó que se le otorgará urgencia en su tramitación a la llamada "Ley de Transparencia 2.0", que busca ampliar la Ley 20285, sobre acceso a la información pública, haciéndola aplicable a

los diversos órganos del Estado, incorporando al Congreso Nacional, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Servicio Electoral, Tribunal Calificador de Elecciones, Tribunales Electorales Regionales, Contraloría General de la República y Banco Central. También se hacen aplicables normas de la ley a empresas públicas creadas por ley y a empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación accionaria superior al 50 % o mayoría en el directorio, a las corporaciones, fundaciones, asociaciones y empresas municipales, así como a las personas jurídicas sin fines de lucro que reciban transferencias de fondos públicos.

Pero, sin duda, una de las medidas más inmediatas que se contemplaron dentro de esta agenda fue la dictación de un "Instructivo de transferencias del Estado", que quedó a cargo del Ministerio de Hacienda, y que fue emitido ese mismo día a través del Oficio Circ. N.º 20. Este entrega instrucciones sobre el contenido de los convenios obligatorios que se deben suscribir entre los organismos públicos y las instituciones privadas a las cuales se les han asignado recursos públicos en virtud de las transferencias contempladas en la Ley de Presupuesto. Son instrucciones que son aplicables a todos los convenios que establezcan transferencias a instituciones privadas, sin importar si estas son las beneficiarias finales, o bien si es que actúan como entidades ejecutoras o administradoras de recursos cuyo beneficiario final termina siendo un tercero.

Las medidas contempladas en este oficio van muy de la mano con lo establecido en el Dictamen E N.º E370752/2023 de la CGR ya revisado. Dentro de ellas encontramos:

i. Se reitera la obligación de aplicar reglas generales de la contratación y celebrar convenios para cada transferencia. Los receptores de fondos deben ser seleccionados mediante un procedimiento concursal. Además, toda transferencia debe ampararse en un convenio debidamente tramitado en un acto administrativo.

ii. Se confirma la obligación de utilizar el Sistema de Rendición Electrónica de Cuentas de la Contraloría General de la República. Además, se establece que siempre es obligatorio exigir garantía.

iii. Respeto a los receptores, estos tendrán la obligación de acreditar antigüedad y experiencia, además de su objeto social, que deberá ser incluido de manera expresa en el convenio. Obligatoriedad de inscripción en los Registros de Ley N.º 19862, sobre receptores de fondos del Estado.

iv. Se limita fuertemente la subcontratación, restringiéndola a actividades que se alejen del objeto del convenio. Se prohíbe fraccionar en varios convenios la asignación de recursos a una misma institución.

v. Se determina la obligación de acreditar rendición de cuenta anterior, exigiendo que cada convenio incluya un certificado de que el receptor se encuentra al día con su obligación de rendir cuenta respeto de otros proyectos.

vi. Para las transferencias a municipalidades, se deberá incluir la dotación a contratar para el cumplimento del convenio.

vii. Todos los nuevos convenios que se celebren con instituciones privadas deberán contener la obligación de restituir los recursos transferidos en caso de que estos sean destinados a un objeto distinto para el que fueron asignados. Esta es, probablemente, la consecuencia más directa del "Caso Convenios".

viii. Se recuerda que los organismos no pueden establecer compromisos que excedan el ejercicio presupuestario, y tienen la obligación de siempre considerar transferencias en relación con el avance efectivo de la ejecución.

ix. En cuanto a publicidad y transparencia, se reitera que todo convenio superior a 2.000 UTM debe ser debidamente publicado en la página web del receptor, junto con sus estados financieros, balance y memoria anual.

4.4. Modernización a la Ley de Compras Públicas

Por último, pero no menos importante, dentro de su "Agenda de Probidad y Modernización del Estado", el Ejecutivo aceleró la tramitación del Proyecto de Ley que moderniza la Ley N.º 19886 a 20 años de su creación, inaugurando la llamada "Nueva Ley de Compras Públicas".

El proyecto, que ya fue despachado a ley, busca renovar la institucionalidad de compras públicas incluyendo mayores estándares de probidad, transparencia, eficiencia y eficacia. Para esto, se incorporan cambios importantes a los procedimientos de compras, se amplía la competencia y se moderniza el Tribunal de Contratación Pública, se crean nuevas facultades para la Dirección de Compras y Contratación Pública, se impulsa una mejor planificación de las compras públicas y se decide promover dentro de esta planificación a las empresas de menor tamaño y de proveedores locales (Senado de Chile, 2023). Como medidas relevantes, se pueden destacar las siguientes:

i. Se amplían los sujetos que se encuentran obligados por esta ley, pues el nuevo artículo 1.º establece un ámbito de sujeción bastante extensivo. Además de explicitar su aplicación a corporaciones y asociaciones municipales, la nueva ley también se aplicará las fundaciones en las que participe la Presidencia de la República y a las corporaciones, fundaciones y asociaciones no señaladas anteriormente en las que participe de su administración o dirección un organismo de la Administración del Estado, y que reciban transferencias de fondos públicos que, en su conjunto, asciendan a una cantidad igual o superior a 1.500 UTM anuales. En casos de convenios por montos inferiores, su aplicación será voluntaria. Además, se aplicará también a organismos autónomos tales como el Congreso Nacional, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y el Poder Judicial.

ii. Se establece la prevalencia de la licitación pública como regla general, restringidas aún más las causales de aplicación de un trato directo. Estas últimas deberán ajustarse a normas sobre comunicación previa, transparentando así las adjudicaciones y abriendo la competencia en esta área.

iii. Se incluyen medidas de probidad y transparencia que tendrán una vigencia inmediata apenas se publique la ley. Se refuerza el deber de abstención, pues el personal que evalúa

la adjudicación deberá declarar estar exento de conflictos de interés. Además, se mejora el Registro de Proveedores por la vía de ampliar la información solicitada a estos, incluyendo el concepto de beneficiarios finales, se introduce un nuevo catálogo de inhabilidades para participar de dicho registro, que implican la imposibilidad de ofertar y contratar con el Estado, y se regula la inadmisibilidad de ofertas que pretendan la simulación de escenarios competitivos.

iv. Se amplía la competencia del Tribunal de Compras Públicas, que ya no queda circunscrita al momento de la adjudicación, pasando a regir todo el proceso de ejecución contractual.

Así, con la modernización de esta ley se completa este catálogo de medidas muy variadas, pero que en general tienen el mismo objeto: apuntar a regularizar y uniformar el traspaso de fondos públicos a privados, inspirándose en los principios de probidad, transparencia y eficacia.

5. Conclusión

Como adelantábamos en la introducción y desarrollamos a lo largo de este trabajo, el aludido "Caso Convenios" de reciente data en Chile ya nos entrega lecciones que debemos ponderar y acusar por la vía de mejorar la gestión de estos instrumentos e implementar cambios normativos.

Así, evidentes resultan las debilidades de un sistema difuso de regulación de transferencias del sector público al privado, así como del control preventivo de las entidades receptoras privadas, llamadas a ser coadyuvantes de cumplimiento de la función pública por parte de órganos de la Administración del Estado.

Seguramente, a raíz de estos casos, vendrá una nutrida agenda de reformas legislativas que demandará una mayor atención por parte de las entidades de control y de los organismos de la sociedad civil receptores de estos fondos que deberán implementar mejoras en la forma de relacionarse con las entidades públicas. Ello resulta coincidente además con una profunda modificación a la ley de compras públicas ya despachada por el Congreso, la dictación de instructivos ministeriales, la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por cierto, la novísima Ley N.º 21595 sobre delitos económicos, ya vigente en Chile.

Bibliografía

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2023). *Informe de Investigación Especial*. Antofagasta: Departamento de Auditorías Especiales.

HENRÍQUEZ ESPEJO, M. (2020). *Monitoreo al cumplimento de las Glosas de Ley de Presupuestos*. Santiago: Observatorio del Gasto Fiscal.

IRARRAZAVAL, I., SAGREDO, M. P., & STREETER, P. (2020). *Relación Estado-organizaciones de la sociedad civil. Experiencia.* Santiago: Centro de Políticas Públicas UC, Fundación Chile +Hoy. Obtenido de https://politicaspublicas.uc.cl/content/uploads/2021/10/relacion-estado-organizaciones-sociedad-civil-uc-cpp.pdf.

JARAQUEMADA, M., MENDOZA, R., VON WOLDERSDORFF, J., IRARRAZAVAL, I., & AGÜERO, F. (2023). *Informe de Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las Instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado.* Santiago: Comisión de Integridad Pública y Transparencia.

SENADO DE CHILE (2023). *Avanza proyecto que moderniza sistema de compras públicas.* Obtenido de https://www.senado.cl/avanza-proyecto-que-moderniza-sistema-de-compras-publicas.

Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Requerimiento de Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N.º 1679, 254-97-CDS (Tribunal Constitucional de Chile 26 de abril de 1997).

Foro de Actualidad

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 63, diciembre 2023, pp. 93-109

Foro de Actualidad

España

REGÍMENES TRIBUTARIOS ESPECIALES PARA IMPATRIADOS: UNA COMPARACIÓN CON ITALIA Y PORTUGAL DESDE LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LA LEY DE FOMENTO DEL ECOSISTEMA DE LAS EMPRESAS EMERGENTES

Alberto Artamendi Gutiérrez y Reyes Nieto Arévalo (con la colaboración de Matteo Viani, dottore Commercialista)

Abogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona)

Regímenes tributarios especiales para impatriados: una comparación con Italia y Portugal desde la modificación operada por la Ley de Fomento del ecosistema de las empresas emergentes

El 23 de diciembre de 2022 entró en vigor la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de Fomento del ecosistema de las empresas emergentes, que, entre otras cuestiones, introduce mejoras en el régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español.

En este contexto, este artículo compara las principales características de ese régimen fiscal especial con sus análogos de Italia y Portugal, países que por su situación geográfica y contexto económico y político son probablemente los principales competidores de España en la atracción de talento internacional.

Mediante este análisis de derecho comparado se espera extraer principios e ideas que ayuden a analizar de forma crítica la acción del legislador en la actualización del régimen fiscal especial español.

PALABRAS CLAVE:
Impatriados, Regímenes fiscales especiales, IRPF, Italia, Portugal, España.

Special tax framework for expats in Spain: a comparison with Italy and Portugal since the enactment in Spain of the Law on start-ups.

On 23 December 2022, Law 28/2022 on start-ups entered into force introducing, among other things, some developments in the special tax framework for workers who relocate to Spain.

This article compares the main features of that tax framework with those of analogous frameworks in Italy and Portugal, two countries that, due to their geographical position and economic and political context, are probably Spain's main competitors in attracting international talent.

This comparative legal analysis hopes to draw principles and ideas that will help cast a critical eye on the legislator's bid to update the Spanish special tax framework.

KEY WORDS:
Impatriates, special tax regime, Personal Income Tax, Italy, Portugal, Spain.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Artamendi Gutiérrez, Alberto; Nieto Arévalo, Reyes (2023). Regímenes tributarios especiales para impatriados: una comparación con Italia y Portugal desde la modificación operada por la ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 93-109 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 1 de diciembre de 2022 se aprobó la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de Fomento del ecosistema de las empresas emergentes, que entró en vigor el 23 de diciembre del mismo año, un día después de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (la "Ley").

Esta Ley, entre otras medidas, introduce diversas mejoras en el régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español (el "Régimen de Impatriados"), regulado en el artículo 93 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (la "Ley del IRPF").

Como es sabido, el Régimen de Impatriados permite tributar a quienes se acogen a él como si fueran personas no residentes en España, a pesar de residir en este país, con las particularidades previstas en la propia Ley del IRPF. En particular, estos contribuyentes únicamente quedan sujetos a tributación por sus rentas del trabajo —incluidas las obtenidas en otros territorios— y por el resto de rentas de fuente española (la nueva norma introduce cambios en este punto en relación con los rendimientos de actividades económicas, los cuales abordaremos más adelante en este artículo). No quedan sometidas a tributación en España, por tanto, el resto de rentas cuando se hubieran obtenido en el extranjero.

Los rendimientos del trabajo del contribuyente —incluso los obtenidos fuera de España— quedan sometidos a un tipo de gravamen del 24 % hasta 600.000 euros, y del 47 % a partir de 600.000

euros, lo que supone una reducción significativa respecto del régimen general. El resto de las rentas tributan con arreglo a los tipos previstos en la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de modo que únicamente se tributaría en España por las rentas de fuente española. No obstante, ciertas rentas (intereses, dividendos y ganancias de capital) se someten a una tarifa progresiva especial que imita la tarifa de la base imponible del ahorro (con tipos de entre el 19 % y el 28 %, tipo este último que se aplica para rendimientos superiores a 300.000 euros) en lugar de al tipo general del 19 % previsto para este tipo de rentas en la normativa del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Finalmente, quienes tributan en este régimen solamente quedan sometidos a gravamen en el Impuesto sobre el Patrimonio y en el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas —este último ha sido confirmado por la Dirección General de Tributos en consulta vinculante V0420-23, de 24 de febrero, porque la norma que introduce este impuesto no lo contemplaba expresamente— por los bienes que estén situados en España y no deben presentar la declaración de bienes en el extranjero (modelo 720).

2. Novedades introducidas por la Ley en el Régimen de Impatriados

Hasta la entrada en vigor de la Ley, podían acceder al Régimen de Impatriados quienes (i) no hubieran sido residentes en España durante los diez periodos impositivos (años naturales) previos al desplazamiento a territorio español, (ii) no obtuviesen rentas que se calificarían como obtenidas mediante un establecimiento permanente situado en territorio español (como podría ser el caso si desarrollara una actividad económica como autónomo), y (iii) se desplazasen a España por alguno de los siguientes motivos:

A. El inicio de una relación laboral con un empleador en España o un desplazamiento a España ordenado por el empleado con la correspondiente carta de desplazamiento (quedan excluidos los contratos sometidos a la relación laboral especial de deportistas profesionales regulada por Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio).

B. La adquisición de la condición de administrador de una entidad en cuyo capital participase en menos del 25 %.

Sobre estas condiciones, la Ley añade las siguientes modificaciones:

A. La reducción de diez a cinco años en el número de periodos impositivos durante los cuales el contribuyente debe haber sido no residente en España antes de poder aplicarlo.

B. La posibilidad de que cónyuge e hijos menores de 25 años o discapacitados del contribuyente desplazado a territorio español puedan beneficiarse del régimen, siempre que se desplacen con él o ella, o bien se desplacen durante el primer ejercicio fiscal de aplicación de este régimen. Si el contribuyente tiene hijos en común con otra persona, aunque no medie vínculo matrimonial, esta otra persona también puede acceder al Régimen de Impatriados.

C. Se establece, no obstante, como condición que estos familiares también cumplan los requisitos del párrafo anterior (no residencia en España durante cinco años), si bien no les resulta exigible que el desplazamiento se produzca por motivos profesionales, como sí sucede en el caso del contribuyente que habilita la aplicación del régimen. Además, se introduce una salvaguarda para que, en resumida síntesis, el cónyuge e hijos menores no puedan aplicar el régimen si su base imponible es superior a la del contribuyente que habilita la aplicación. Esta salvaguarda, que fue incluida en el proyecto de ley —no así en el anteproyecto de ley—, parece encaminada a evitar que un contribuyente que se desplaza a territorio español por una causa que no permite aplicar el Régimen de Impatriados (por ejemplo, por jubilación) pueda valerse de un cónyuge o un hijo con rentas modestas para acceder igualmente a través de este último al mismo régimen.

   Se relajan los requisitos del desplazamiento como consecuencia de adquirir la condición de administrador de una sociedad española, eliminando el requisito de que la participación del administrador en la sociedad sea inferior al 25 %, salvo que la sociedad sea una entidad patrimonial (en el sentido del artículo 5 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades), en cuyo caso podrán seguir optando por este régimen, siempre que no participen directa o indirectamente en el 25 % o más del capital social de la entidad.

D. Se introducen nuevas causas de desplazamiento habilitante para la aplicación del Régimen de Impatriados, que son:

   i. El desplazamiento por voluntad del contribuyente para teletrabajar desde España mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

   ii. Realizar en España una actividad económica calificada como actividad emprendedora, tal y como esta es definida en la Ley; esto es, aquella que sea innovadora y/o tenga especial interés económico para España y a tal efecto cuente con un informe favorable emitido por la Empresa Nacional de Innovación.

   iii. Siendo un profesional altamente cualificado, que preste servicios en España a empresas emergentes (en los términos que las define la Ley) o que lleve a cabo actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 40 % de la totalidad de los rendimientos que obtenga.

   La forma de acreditar la condición de profesional altamente cualificado, así como la determinación de los requisitos para calificar las actividades como de formación, investigación, desarrollo e innovación está pendiente de determinación reglamentaria.

E. La restricción conforme a la cual el impatriado no puede obtener rentas que se calificarían como obtenidas mediante establecimiento permanente no resulta aplicable a las actividades previstas en las letras b) y c) del anterior listado. No obstante, la totalidad de estas rentas quedan sujetas a tributación en España con independencia de su fuente (incluso si se obtienen en el extranjero).

Cabe añadir que se permite la aplicación de este régimen a las personas que se desplacen a territorio español desde que entre en vigor la Ley o en el año anterior.

No cabe duda de la importancia que tienen el Régimen de Impatriados y las modificaciones que en este introduce la Ley en el atractivo y la competitividad fiscal de nuestro país para atraer talento, actividad económica y riqueza en un contexto cada vez más globalizado y donde las personas y el capital se mueven con mayor rapidez y facilidad.

La aprobación de la Ley y la consiguiente modificación del Régimen de Impatriados parece una oportunidad idónea para analizar los regímenes fiscales similares que prevén los otros países de nuestro entorno económico que compiten con España con ese objetivo.

De esta forma, será posible valorar en qué medida el nuevo Régimen de Impatriados resulta competitivo en relación con las alternativas que ofrecen los países que pueden considerarse competidores, si los cambios introducidos en el Régimen de Impatriados son o no adecuados para mejorar esta competitividad y si resultaría conveniente la introducción de otros regímenes complementarios o sustitutivos del Régimen de Impatriados.

Con esta finalidad, en este artículo se van a analizar los regímenes fiscales que contemplan las normativas italiana y portuguesa que pueden competir con el Régimen de Impatriados.

Se han elegido estos dos Estados debido a que son probablemente los principales competidores de España en la atracción de talento y riqueza internacional no solo por su proximidad geográfica, sino también por su bagaje cultural similar, su muy destacado patrimonio histórico y su pertenencia al mismo espacio político-económico (Unión Europea y espacio Schengen). Por tanto, sus normativas deberían ser una de las principales referencias para la configuración de la política fiscal española en este ámbito y resultan igualmente idóneas para el objetivo de este artículo.

3. Regímenes tributarios para impatriados en Italia y Portugal

3.1. Los regímenes tributarios especiales para impatriados en Italia

Italia dispone de tres regímenes especiales destinados a impatriados:

i. El régimen especial para trabajadores impatriados (*Regime speciale per lavoratori impatriati*), regulado en el artículo 16 del Decreto Legislativo número 147, de 14 de septiembre de 2015, de medidas de impulso para el crecimiento e internalización de las sociedades (*Decreto Legislativo 14/09/2015, n. 147, Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese*).

ii. El impuesto sustitutivo sobre las rentas de fuente extranjera generadas por personas que trasladan su residencia fiscal a Italia (*Imposta sostitutiva sui redditi prodotti all'estero rea-*

lizzati da persone fisiche che trasferiscono la propria residenza fiscale in Italia) regulado en el artículo 24.Bis del Decreto del Presidente de la República número 917, de 22 de diciembre de 1986, que aprueba el Texto Único de los Impuestos sobre la Renta (*Decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917. - Approvazione del testo unico delle imposte sui redditi*, en adelante el "TUIRI").

iii. El impuesto sustitutivo sobre las rentas de las personas físicas perceptoras de pensiones de fuente extranjera que transfieren su residencia fiscal al sur de Italia (*Imposta sostitutiva sui redditi delle persone fisiche titolari di redditi da pensione di fonte estera che transferiscono la propia residenza fiscale nel Mezzogiorno)*, regulado en el artículo 24.Ter del mismo texto legal.

A continuación se desarrolla el contenido de estos tres regímenes con especial atención al primero de ellos por ser el más parecido en finalidad y contenido al Régimen de Impatriados.

3.2. El Régimen especial para trabajadores impatriados

Se trata de un régimen destinado a quienes trasladen su residencia fiscal a Italia y que:

i. Provengan de un Estado de la Unión Europea o bien de un Estado extracomunitario con el que Italia haya celebrado un convenio para evitar la doble imposición o un acuerdo de intercambio de información.

ii. Tengan un título universitario y hayan desempeñado una actividad de trabajo dependiente, autónomo o de empresa fuera de Italia durante 24 meses o más, o bien hayan desarrollado continuadamente una actividad de estudio fuera de Italia en los últimos 24 meses que haya conducido a la obtención de un título universitario o una especialización *post lauream* (máster o estudio similar). Estos requisitos presuponen, por tanto, no haber sido residente en Italia durante dos periodos impositivos (Resolución 51/E, de 7 de julio de 2018, que ha sido reiterada en otras resoluciones, como la Circular 33/E, de 28 de diciembre de 2020).

iii. Se comprometan a residir en Italia al menos dos años.

iv. Durante el tiempo de residencia, lleven a cabo en Italia una actividad laboral (si bien la ley permite que el trabajo sea solamente prestado "prevalentemente" en Italia) o empresarial.

Como puede comprobarse y a pesar de la denominación, el régimen no se limita a trabajadores —como sucede en el Régimen de Impatriados con la excepción de los administradores de sociedades y de profesionales independientes que lleven a cabo una actividad emprendedora, presten servicios a empresas emergentes o realicen actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación—, sino que los autónomos (*liberi profesionisti*) también pueden aplicarlo. Así lo confirma la Administración fiscal italiana (*Agenzia delle Entrate*) en consultas como, por ejemplo, la número 32, de 19 de enero de 2022, o en la Circular 33/E, de 28 de diciembre de 2020. Por otra parte, en esta última circular o en otros documentos como la Circular o 17/E, de 23 de mayo, o la Resolución número 76/E, de 5 de octubre, se ha establecido que, en casos de desplazamiento al

extranjero de un trabajador previamente residente en Italia, el mero regreso de este a Italia como consecuencia de la finalización del desplazamiento no permite la aplicación de este régimen si no viene acompañado de una modificación funcional de su perfil (por ejemplo, por un ascenso) u otras circunstancias que deben analizarse caso por caso.

Este régimen permite en su modalidad básica gozar de una exención del 70 % de los rendimientos del equivalente a nuestros rendimientos del trabajo y de actividades económicas (*redditi di lavoro dipendente, redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente, redditi di lavoro autonomo y redditi d'impresa*) producidos en Italia durante cinco periodos impositivos. Este porcentaje de exención se incrementa al 90 % si el contribuyente traslada su residencia a una de las regiones del centro-sur de Italia, esto es, Abruzos, Molise, Campania, Apulia, Basilicata, Calabria, Cerdeña y Sicilia (apartado 5.bis del artículo 16 del Decreto Legislativo número 147, de 14 de septiembre de 2015).

Para poner en valor este porcentaje debe tenerse en cuenta que el tipo marginal máximo previsto en la normativa Italiana es del 43 % para bases liquidables superiores a 75.000 euros (artículo 11 del TUIRI), de modo que una reducción del 70 % implica que el tipo máximo de gravamen al que pueden quedar sujetas las rentas de los contribuyentes acogidos a esta modalidad es del 12,9 %, y un porcentaje de exención del 90 % equivale a un tipo máximo efectivo de gravamen del 4,3 %.

La duración máxima ordinaria de este régimen es de cinco periodos impositivos, pero es posible extender esta hasta los diez años (apartado 3.bis) cuando (i) el trabajador tiene al menos un hijo menor de edad (que puede haber nacido antes del cambio de residencia, como aclara la Circular 33/E, de 28 de diciembre de 2020) o cuando (ii) se adquiera una vivienda en Italia una vez que se ha transferido la residencia a este país o en el año anterior a este traslado. La norma aclara que la adquisición de la vivienda puede hacerse conjuntamente con el cónyuge o conviviente o con los hijos, y que una adquisición llevada a cabo por estos familiares también habilita la extensión del régimen hasta los diez años. No obstante, durante el periodo de extensión el porcentaje de exención se reduce al 50 % (tipo máximo efectivo de gravamen del 21,5 %), salvo en el caso de que el contribuyente tenga al menos tres hijos menores a cargo, en cuyo caso el porcentaje de exención se aumenta de hecho al 90 % durante la extensión.

3.2.1. IMPUESTO SUSTITUTIVO SOBRE LAS RENTAS DE FUENTE EXTRANJERA GENERADAS POR PERSONAS QUE TRASLADAN SU RESIDENCIA FISCAL A ITALIA

Se trata de un régimen de franquicia a través del cual los contribuyentes que transfieren su residencia a Italia pueden pagar un impuesto anual de 100.000 euros que sustituye al que deberían pagar por todas sus rentas de fuente extranjera, de ahí su denominación como "impuesto sustitutivo". Conviene señalar por su contraste con el Régimen de Impatriados que para la Administración tributaria italiana (por ejemplo, Respuesta número 83, de 14 de febrero de 2022, o Circular número 17/E, de 23 de mayo de 2017), cuando un trabajador desempeña su trabajo parcialmente en el extranjero, la parte de su retribución que se corresponda con el trabajo desarrollado en el extranjero también entra dentro de la aplicación de este impuesto sustitutivo.

La única condición que se establece para aplicar este régimen es no haber sido residente fiscal en Italia durante al menos nueve de los últimos diez periodos impositivos previos a la solicitud de

este régimen (apartado 1 del artículo 24.bis del TUIRI). Una vez solicitada su aplicación, el régimen es aplicable durante un máximo de quince periodos impositivos (apartado 4 del artículo 24.bis).

El régimen puede extenderse a los familiares del contribuyente que cumplan las mismas condiciones. El término familiar se define por referencia al artículo 433 del Código Civil Italiano (*Regio Decreto 16 marzo 1942- XX, n. 262 (Approvazione del testo del Codice Civile*) y, por tanto, se expresa en términos muy amplios. Así, se incluyen no solo el cónyuge y los descendientes directos, sino que, en ausencia de hijos, también el resto de descendientes, los padres (y, en ausencia de estos, el resto de ascendientes), hermanos, suegros, yernos y nueras. Cada uno de estos familiares paga únicamente 25.000 euros de impuesto sustitutivo en lugar de los 100.000 euros que paga el contribuyente que habilita la concesión del régimen.

Cabe señalar que, bajo este régimen, las rentas de fuente nacional italiana quedan sometidas al régimen general. Igualmente, el contribuyente también puede optar por aplicar este régimen a las rentas con origen en ciertos territorios, quedando el resto sometidas al régimen general de tributación (apartado 5 del artículo 24.bis). Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es que, debido a la cantidad del impuesto sustitutivo y teniendo en cuenta que las rentas de fuente nacional se someten al tipo de gravamen ordinario, solo resulta atractivo en el caso de que las rentas de fuente extranjera sean significativas. Así, en el ficticio escenario de que todas las rentas de fuente extranjera quedaran sujetas a un tipo de gravamen efectivo del 43 % (marginal máximo aplicable en Italia, como ya se ha indicado), este régimen solamente resultaría fiscalmente ventajoso si las rentas brutas excedieran los 232.558 euros. Este límite se incrementaría en el supuesto de que el tipo medio de gravamen aplicable a estas rentas de fuente extranjera fuera menor.

Finalmente, no puede concluirse este apartado sin apuntar las dudas que una parte de la doctrina científica italiana ha planteado sobre la compatibilidad de este régimen con su Constitución (véanse Turri, 2021; Stevanato, 2020; Schiavolin, 2018; y Marianetti, 2017, entre otros). En particular, se ha apuntado la posible incompatibilidad con el principio de igualdad (artículo 3) y con el de capacidad contributiva, el cual viene recogido en el artículo 53 de su Constitución, cuyo literal (*Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informatio a criteri di progressività*) recuerda a nuestro artículo 31 en tanto que establece el principio de universalidad, el de capacidad económica y el de progresividad, o con los principios del derecho comunitario. También se ha planteado su compatibilidad con el principio de reserva de ley (artículo 23) por cuestiones formales relativas a la forma de acceder al régimen que exceden el propósito de este artículo.

3.2.2. IMPUESTO SUSTITUTIVO SOBRE LAS RENTAS DE LAS PERSONAS FÍSICAS PERCEPTORAS DE PENSIONES DE FUENTE EXTRANJERA QUE TRANSFIEREN SU RESIDENCIA FISCAL AL SUR DE ITALIA

Tal y como se indica en la denominación de este impuesto sustitutivo regulado en el artículo 24-ter del TUIRI, se trata de un régimen aplicable a contribuyentes no residentes que:

i. Trasladen su residencia a ciertos territorios de Italia desde un territorio con el que exista un acuerdo de cooperación administrativa con Italia a las regiones de Sicilia, Calabria, Cer-

deña, Campania, Basilicata, Abruzzo, Molise o Puglia, o bien a determinados municipios ajenos a estos territorios que se especifican en la normativa de desarrollo. Contrasta, por tanto, con el régimen anterior, que no está condicionado al traslado a una zona de terminada del país.

ii. Sean perceptores de pensiones de cualquier tipo tal y como estas se definen en el artículo 49.2.a) de la del Decreto del Presidente de la República número 907, de 22 de diciembre de 1986, que aprueba el TUIRI.

iii. No hayan sido residentes en Italia durante los cinco periodos impositivos anteriores a aquel en el que se ejercita la opción.

Quienes cumplan estos requisitos pueden tributar a un tipo reducido del 7 % por la totalidad de las rentas de fuente extranjera durante diez periodos impositivos (si bien cabe la renuncia anticipada al régimen). Las rentas de fuente nacional no disfrutan de ninguna especialidad tributaria. En este caso y al igual que se preveía en el impuesto sustitutivo descrito en el apartado anterior, también es posible aplicar el régimen a las rentas de ciertos países, quedando el resto de rentas de fuente extranjera sometidas al régimen general (apartado 8 del artículo 24.ter del TUIRI).

3.3. El régimen fiscal para residentes no habituales portugués

Este régimen va destinado a los residentes no habituales en Portugal, que, con arreglo al artículo 16.8 y siguientes del Código del Impuesto sobre los Rendimientos de las Personas Físicas portugués, aprobado por Decreto-ley 442-A/88, de 30 de noviembre (*Código do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, aprobado por Decreto-ley 442-A/88, de 30 de novembro*, en adelante el "Código del Impuesto sobre la Renta Portugués"), devienen residentes en Portugal sin haberlo sido en ninguno de los cinco años anteriores a la producción de este evento. Su contenido se concreta en las siguientes ventajas fiscales, que pueden ser disfrutadas durante diez años (artículo 16.9 del Código del Impuesto sobre la renta Portugués):

Por un lado, permite a los contribuyentes tributar a un tipo especial del 20 % por los rendimientos del trabajo dependiente y los rendimientos de actividades empresariales o profesionales (rendimientos de categoría A y B, tal y como se definen en el artículo 1 a 4 del Código del Impuesto sobre la Renta Portugués), siempre que estos rendimientos se deriven de actividades de alto valor añadido con carácter científico, artístico o técnico tal y como estas se definen reglamentariamente (artículo 72.10 del Código del Impuesto sobre la Renta Portugués). A efectos comparativos, el tipo máximo aplicable en Portugal bajo el régimen fiscal general es actualmente del 48 %, más una sobretasa de hasta el 5 % (artículos 68 y 68.A del Código del Impuesto sobre la Renta Portugués) para rentas superiores a 80.000 euros.

La Ordenanza n.º 12/2010, de 7 de enero, (*Portaria n.º 12/2010, de 7 de janeiro*) modificada por el artículo 2 de la Ordenanza n.º 230/2019, con efectos desde el 1 de enero de 2020 (*artigo 2.º da Portaria n.º 230/2019, de 23 de julho*), contiene el listado de actividades de alto valor añadido con carácter científico, artístico o técnico. Entre las actividades recogidas en esta norma pueden encontrarse, por ejemplo, las profesiones de director general, especialista en ciencias físicas, ma-

temáticas o de ingeniería, médicos y dentistas, profesores universitarios, especialistas en tecnologías de la información y la comunicación, agricultores y ganaderos cualificados, etc.

De la misma forma, las pensiones quedan sometidas a un tipo de gravamen del 10 % desde el año 2020 (*Lei n.º* 2/2020 de 31 de *março. Orçamento do Estado para 2020*) cuando son de fuente extranjera (artículo 72.12 del Código del Impuesto sobre la Renta Portugués).

Finalmente, se establece un sistema para evitar la doble imposición por el cual se consideran exentas determinadas rentas obtenidas en el extranjero (artículo 81, apartados 4 y 5 del Código del Impuesto sobre la Renta Portugués) de tal forma que, en la práctica, en un número significativo de situaciones las rentas de fuente extranjera no quedarán sometidas a tributación en Portugal. En particular, están exentos:

A. Los rendimientos del trabajo, siempre que estos sean sometidos a tributación en otro Estado. No obstante, cuando resulta aplicable un convenio para evitar la doble imposición firmado por Portugal, esta tributación en el otro Estado debe ser acorde con lo previsto en el convenio de aplicación.

B. Los rendimientos de (i) actividades económicas obtenidas en actividades de prestación de servicios de alto valor añadido con carácter científico, artístico o técnico, (ii) los que provengan de la cesión de propiedad intelectual o industrial, (iii) de rendimientos del capital inmobiliario (*Rendimentos prediais*), (iv) incrementos patrimoniales, (v) rentas de capital (como dividendos, intereses) o de (vi) la prestación de asesoramiento respecto de experiencias adquiridas en el sector industrial, comercial o científico siempre que:

    i. puedan quedar sometidos a tributación en otro Estado de conformidad con lo previsto en un convenio para evitar la doble imposición firmado por Portugal, o bien si,

    ii. no existiendo convenio para evitar la doble imposición con el Estado de la fuente, los rendimientos podrían haber quedado sujetos a tributación en el otro Estado si hubiera resultado de aplicación modelo de convenio de la OCDE interpretado con arreglo a las reservas y observaciones formuladas por Portugal. Esta regla no resulta de aplicación si el Estado de la fuente tiene la consideración de paraíso fiscal (véase en este sentido la *Portaria 150/2004, que aprova a lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada, claramente mais favoráveis, alterada pelo/a artigo 1.º do/a Portaria n.º 309-A/2020, de 31 de dezembro*). Es destacable que en este caso la norma no exige que haya una sujeción efectiva a tributación en el otro Estado, sino simplemente que el modelo de convenio no hubiera prohibido el sometimiento a gravamen de esta renta de haber resultado aplicable.

Para el resto de las rentas rige el sistema general para la eliminación de la doble imposición previsto en el artículo 81.1 del Código del Impuesto sobre la Renta Portugués, que es esencialmente idéntico al vigente en España (permite deducir la menor cantidad entre lo pagado en el extranjero y el resultado de aplicar el tipo medio de gravamen a la parte de la renta obtenida en el extranjero).

En resumen, el régimen fiscal portugués para residentes no habituales permite a los contribuyentes acogidos a este régimen gozar de un tipo reducido de gravamen por los rendimientos del trabajo y de actividades económicas obtenidos en Portugal, y de un régimen privilegiado para evitar la doble imposición que en un número significativo de casos permitirá la exención plena del impuesto para las rentas de fuente extranjera.

Dicho todo lo anterior debe apuntarse que el Sr. Antonio Costa, primer ministro luso, ha anunciado recientemente la posible supresión de este régimen especial portugués, tal y como han recogido los medios de comunicación ibéricos. Si bien se trata de un simple anuncio político que no se ha trasladado a la norma, la intención del Gobierno portugués sería la de suprimir el régimen con efectos desde el año 2024, si bien se permitirá seguir disfrutando de este a quienes se hubieran acogido al régimen con anterioridad.

4. Comentario crítico

Como puede comprobarse, los regímenes especiales previstos por la normativa portuguesa (asumiendo que este régimen seguirá en vigor y no se materializará, por tanto, el reciente anuncio del Gobierno portugués en sentido contrario) e italiana resultan significativamente más ventajosos que el Régimen de Impatriados en todos los sentidos, tanto en lo relativo al acceso a ellos (con requisitos más flexibles) como en el contenido y duración del régimen.

Así, por ejemplo, si nos centramos en el régimen especial para trabajadores impatriados italiano —que, por finalidad, espíritu y configuración es el que más se asemeja a nuestro Régimen de Impatriados de entre los tres analizados para esta jurisdicción—, descubrimos que las condiciones de acceso y aplicación del régimen son más flexibles.

Aunque el Régimen de Impatriados después de la modificación operada por la Ley permite la obtención de rendimientos de actividades económicas —sujeta a limitaciones respecto del tipo de actividad que se puede desarrollar—, el régimen italiano sigue siendo más flexible, dado que únicamente exige dos años de no residencia en Italia frente a los cinco que exige el Régimen de Impatriados. Además, no se requiere que el desplazamiento a España sea realizado por motivos específicos y la aplicación del régimen puede alargarse hasta los diez años.

En cuanto al régimen de tributación de las rentas, los rendimientos del trabajo de fuente italiana disfrutan de un tipo de gravamen sensiblemente inferior: el tipo marginal efectivo de gravamen es del 12,9 % en el caso general y del 4,3 % en los casos especiales, frente al tipo del 24 %-47 % que prevé el Régimen de Impatriados. Por el contrario, este régimen no prevé ningún tratamiento privilegiado para las rentas generadas fuera de Italia, que quedan sometidas al régimen general de tributación, mientras que en el Régimen de Impatriados estas rentas quedarían en general exentas —salvo los rendimientos del trabajo y los rendimientos de actividades económicas que no determinan la exclusión de la aplicación del Régimen—. En este punto, en cambio, los regímenes de impuestos sustitutivos sí que prevén una tributación especial (tarifa plana de 100.000 euros / 7 %).

Por su parte, el régimen portugués también establece unas condiciones de acceso más flexibles que las del Régimen de Impatriados, ya que no se requiere un motivo concreto de desplazamiento a territorio portugués para su aplicación —sin perjuicio de que el requisito de no residencia previa durante cinco años se ha equiparado—.

Además, aunque el actual Régimen de Impatriados no veta la obtención de rendimientos de actividades económicas en ciertos supuestos, estos rendimientos también gozan en principio de un régimen más beneficioso de tributación conforme al régimen portugués, puesto que se limita a un tipo de gravamen del 20 %. Al igual que el Régimen de Impatriados, el régimen portugués solo permite su aplicación a ciertos rendimientos de actividades económicas. En el caso de Portugal, debe tratarse de rendimientos de actividades económicas de alto valor añadido con carácter científico, artístico o técnico, mientras que en el caso de nuestro país estos rendimientos se deben obtener por la realización de actividades emprendedoras (esto es, que sean innovadoras o que tengan un especial interés económico para España) o por profesionales altamente cualificados (cuya definición está pendiente de aprobación).

Como aspecto más ventajoso del Régimen de Impatriados respecto del régimen portugués es que en nuestro caso los rendimientos del trabajo a los que les aplicarán los tipos especiales del 24 % o 47 % no están limitados ni se exige que deriven de actividades de alto valor añadido con carácter científico, artístico o técnico.

Por último, en contraste con el régimen italiano, el régimen portugués sí establece un régimen fiscal especial para las rentas de fuente extranjera que, si bien no supone formalmente su no sujeción, sí implica en un número significativo de ocasiones que estas no queden efectivamente sometidas a gravamen en Portugal.

Así pues, una primera conclusión que puede extraerse es que las medidas incluidas por la Ley han sido adecuadas en el sentido de que, al menos, permiten equiparar o reducir la distancia que existe entre el Régimen de Impatriados y los regímenes equivalentes de Italia y Portugal.

Así, la disminución de diez a cinco años en el tiempo que un contribuyente debe ser no residente para aplicar el régimen —lo que nos equipara con Portugal y nos sitúa a tan solo tres años de Italia—, y la introducción de los supuestos de teletrabajo (pensado especialmente para los llamados *nómadas* digitales) y de obtención de rendimientos de actividades económicas (i) por la realización de una actividad económica calificada como emprendedora o (ii) por parte profesionales altamente cualificados, así como la limitación de los supuestos que impiden al administrador de una sociedad acogerse al Régimen de Impatriados, permiten flexibilizar el acceso al Régimen.

Afortunadamente, el proceso de aprobación de la Ley llevó a la extensión del Régimen de Impatriados a todas aquellas personas que se desplacen a nuestro país con la intención de llevar a cabo en él una actividad económica cualificada. Esta solución se asemeja a la contemplada en el régimen portugués.

Esta medida relativa a las razones que motivan el traslado a España que permiten la aplicación del Régimen de Impatriados es especialmente positiva, ya que antes de la Ley en España los trabajadores no podían ni siquiera obtener este tipo de rendimientos. Esta restricción suponía una

desventaja evidente respecto de los países de nuestro entorno y no se acababa de comprender su motivación, especialmente teniendo en cuenta las nuevas formas de organizar el trabajo que han surgido con la digitalización e internacionalización de la economía.

Otro aspecto en el que la Ley definitiva ha mejorado la modificación del régimen inicialmente contemplada a lo largo de su tramitación parlamentaria es el relativo a las causas de traslado a España que habilitan la aplicación del Régimen de Impatriados. En concreto, respecto del motivo del nombramiento del contribuyente como administrador en una sociedad, inicialmente se eliminaba el requisito de que la participación del administrador en la sociedad fuera inferior al 25 %, pero solo cuando la sociedad española fuera una empresa emergente, tal y como está definida en la propia Ley. Sin embargo, la Ley finalmente ha flexibilizado este motivo de traslado permitiendo la participación del impatriado en la sociedad que lo nombra administrador en más de un 25 % de su capital social, siempre que no se trate de una entidad patrimonial (esto es, una sociedad que no realiza una actividad económica).

En cambio, cuestiones más ventajosas inicialmente planteadas como la ampliación del periodo de aplicación del Régimen de Impatriados de seis a once años, que se había anunciado en el anteproyecto, no han sido finalmente incluidas en la Ley.

Por ello, los regímenes fiscales de Italia y Portugal siguen superando a España en cuanto al plazo de duración: el Régimen de Impatriados solamente puede aplicarse durante el ejercicio de traslado y los cinco siguientes, mientras que el régimen portugués puede aplicarse por diez periodos impositivos, y lo mismo los regímenes italianos, con las salvedades de que en el caso del régimen especial para trabajadores impatriados la duración de diez años está condicionada y de que en el caso de la tarifa plana de 100.000 euros el régimen puede aplicarse durante quince años.

Tampoco puede obviarse que, al margen del resto de consideraciones y de las mejoras en el régimen, el análisis comparado evidencia que el tratamiento de las rentas del trabajo en el Régimen de Impatriados es significativamente más oneroso que el de sus regímenes análogos de Portugal e Italia.

En sentido contrario, es positiva la extensión de la aplicación del régimen a cónyuges y descendientes (o parejas de hecho, siempre que haya descendientes en común) del contribuyente, la cual solo está contemplada en el Impuesto sustitutivo sobre las rentas de fuente extranjera generadas por personas que trasladan su residencia fiscal a Italia (no así en sus otros dos regímenes). Únicamente podría achacársele la limitación a estos familiares en lugar de optar por una definición más flexible adaptada a las nuevas formas de convivencia. Así, podría permitirse su aplicación, por ejemplo, a los miembros de la "unidad de convivencia", haciendo descansar en el contribuyente la carga de la prueba de esta convivencia y estableciendo un periodo mínimo de duración de esta para evitar posibles abusos. Si esto no se admite, debería plantearse al menos extender el régimen a parejas de hecho debidamente registradas, con independencia de la existencia de descendientes en común. En cambio, la solución italiana de referirse a los familiares con los que existe una obligación de alimentos supondría, en opinión de los autores, extender excesivamente la aplicación del régimen incluyendo supuestos difíciles de justificar desde el punto de vista de la política fiscal, aunque no cabe duda de que también contribuiría a solucionar el problema de las nuevas formas de convivencia.

Otra cuestión reseñable sobre las modificaciones introducidas en el Régimen de Impatriados es que la Ley guarda silencio sobre el régimen transitorio aplicable a las personas que ya estén acogidas al Régimen de Impatriados cuando entró en vigor la nueva normativa, así como sobre lo que ocurre con las personas que no se acogieron al régimen anterior cuando se trasladaron a España, pero que ahora cumplirían los requisitos para acogerse al nuevo régimen. A estos efectos —la aplicación del Régimen de Impatriados—, la falta de desarrollo reglamentario de las novedades introducidas en la Ley del IRPF genera problemas para ciertos contribuyentes. En particular, para aquellas personas que se han trasladado a España cuando el motivo de traslado que les habilita a la aplicación del Régimen de Impatriados aún no está contemplado en el modelo de opción por este régimen por haber sido introducido *ex novo* por la Ley.

En otro orden de cosas, es destacable que ninguno de los regímenes portugueses e italianos prevé especialidad alguna en el ámbito del Impuesto sobre el Patrimonio, como sucede en el Régimen de Impatriados. No obstante, esta circunstancia se debe a la sencilla razón de que este impuesto no existe ni en Italia ni en Portugal. Así pues, la previsión de sujeción al Impuesto sobre el Patrimonio por obligación real de los contribuyentes acogidos al Régimen de Impatriados no supone en realidad ninguna ventaja competitiva, sino que únicamente permite reducir la desventaja del régimen de Impatriados respecto de sus competidores. Esta desventaja únicamente podría eliminarse si el Régimen de Impatriados contemplara una exención plena del Impuesto sobre el Patrimonio y del Impuesto temporal sobre Grandes Fortunas para los contribuyentes sujetos a ellos, cuestión que desborda probablemente el ámbito de este artículo para adentrarse en el mundo de la política fiscal general de país.

En este sentido, y a pesar de la propuesta de varios grupos parlamentarios durante su tramitación parlamentaria, la Ley no aprovechó la oportunidad de ampliar la tributación por obligación real al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, a fin de evitar la situación de que un trabajador o profesional que resida temporalmente en España y cuyos familiares fallezcan o deseen donarle bienes o derechos durante su estancia en nuestro país deba asumir el pago del Impuesto de Sucesiones y Donaciones por los bienes situados fuera de España, solución que no parece coherente con la configuración del Régimen de Impatriados en el ámbito de otros impuestos.

Finalmente, merece la pena discutir el distinto enfoque de los regímenes italianos frente a los de España y Portugal. Así, mientras los regímenes de España y Portugal para atraer a trabajadores cualificados ofrecen un régimen privilegiado para las rentas de fuente extranjera, el régimen italiano únicamente establece un régimen de tributación ventajoso para las rentas del trabajo (incluidas las del trabajo autónomo) de fuente italiana —que se someten a tributaciones inferiores a las de los regímenes homólogos de España y Portugal—, pero no presenta ninguna especialidad para las rentas de fuente extranjera. Estas rentas de fuente extranjera, en cambio, sí reciben un tratamiento privilegiado en los impuestos sustitutivos que su normativa contempla.

Este contraste abre el debate sobre cuál de las dos aproximaciones —bonificación de fuentes nacionales frente a extranjeras— es más eficaz para lograr el objetivo propuesto de atraer talento internacional. En este sentido, si el objetivo del régimen es atraer profesionales de alto valor añadido, parecería que *a priori* tendría más sentido privilegiar los rendimientos que normalmente obtendrían este tipo de profesionales en España. También cabe plantearse que, al menos en un número muy significativo de ocasiones, los profesionales no obtendrán rentas significativas de

fuente extranjera excluyendo las propias de su actividad (rendimientos del trabajo y, en su caso, de actividades económicas), de modo que la no sujeción a gravamen de estas rentas no supondrá un incentivo particularmente relevante para estos profesionales.

Desde la base de estos razonamientos y centrándonos exclusivamente en la atracción de talento internacional, parecería que la aproximación italiana podría tener más sentido que la portuguesa o española. *A priori* y si tuviera que optarse entre una y otra solución por restricciones presupuestarias, los autores de este artículo consideran que, para la mayoría del público objetivo al que va destinado este régimen fiscal, un tratamiento mucho más favorable de las rentas del trabajo y de actividades económicas de fuente nacional le parecería más atractivo que un tratamiento favorable de las rentas de fuente extranjera.

Incluso podría copiarse el modelo italiano en el sentido de establecer varias modalidades del Régimen de Impatriados según su destinatario: uno para profesionales y trabajadores con un tratamiento mucho más favorable de las rentas del trabajo, pero sin ventajas en las rentas de fuente extranjera, y otro para otros perfiles de mayor patrimonio. En este último caso, el régimen sería más favorable para las rentas de fuente extranjera, pero el tratamiento de las rentas del trabajo y de actividades económicas se aproximaría más al régimen general.

En la misma línea podría plantearse un régimen especial para atraer a personas que se encuentren en edad de jubilación, como ha hecho Italia, si bien esta opción debería estudiarse profundamente, dado que nuestro país ya es bastante atractivo para estos perfiles y se encuentra de hecho entre los países más atractivos para disfrutar de la jubilación, como ha señalado recientemente Audley Villages en su artículo "The places most prepared for retirement around the world". De lo contrario, se corre el riesgo de que la pérdida de recaudación global motivada por este hipotético régimen especial no compense el incremento marginal de contribuyentes atraídos a España.

También imitando a Italia se podrían establecer ventajas fiscales especiales para impatriados que se desplazaran a ciertas regiones de España, como podría ser la España vaciada (quizá incluso vinculándolos a la llegada de parejas con niños que se escolaricen en la región, aprovechando la nueva posibilidad introducida por la Ley). De esta forma, la política fiscal de atracción de talento se alinearía con la política demográfica en el sentido de contribuir a la revitalización y al dinamismo social y económico de estos territorios.

5. Conclusiones

El Régimen de Impatriados es, sin duda, un elemento importante para atraer talento internacional a España.

Las medidas que introduce en el Régimen de Impatriados son una buena noticia para la competitividad internacional de la economía española y están bien encaminadas. No obstante, el análisis que se ha llevado a cabo en este artículo evidencia que persiste todavía una brecha amplia entre el atractivo del Régimen de Impatriados y el de los regímenes análogos de nuestros competidores

(si bien en el caso de Portugal es posible que esta ventaja no se prolongue en el tiempo de confirmarse la intención del Gobierno de eliminar el régimen).

Probablemente, el punto más positivo de las modificaciones introducidas por la Ley es la flexibilización del supuesto de acceso en la condición de administrador, que ahora permite la participación en el capital de la sociedad administrada, siempre que desarrolle actividades económicas. Esto abre la puerta a atraer a empresarios extranjeros que aportarán alto valor añadido en España. También destaca la apertura del régimen a los nómadas digitales o la eliminación de la restricción a la obtención de rentas a través de establecimientos permanentes en supuestos equiparables a los contemplados por el régimen portugués (si bien parece que se sigue manteniendo una restricción para el resto de rendimientos de actividades económicas que no están relacionadas con la actividad emprendedora).

Por el contrario, se ha perdido la oportunidad de hacer más atractivo el Régimen de Impatriados mediante la ampliación de su aplicación durante diez años o de la revisión de las tarifas que gravan las rentas del trabajo y los rendimientos de actividades económicas para equipararlas con las de nuestros vecinos.

Finalmente, de cara a futuras modificaciones del Régimen de Impatriados, podría plantearse la conveniencia de reformular el Régimen de Impatriados siguiendo el modelo italiano. Este modelo implicaría mejorar significativamente la tributación de las rentas del trabajo y de actividades económicas a cambio de someter las rentas de fuente extranjera al régimen general de tributación. Para mayor flexibilidad, este régimen alternativo podría convivir con el actual. Otra posible idea extraída de Italia sería la introducción de medidas específicas para ciertas regiones del país, como podría ser la España vaciada.

Bibliografía

AUDLEY VILLAGES (2021). The places most prepared for retirement around the world. Recuperado de https://www.audleyvillages.co.uk/retirement-villages/retirement-readiness-index.

CONSTENLA, Tereixa (2023). Portugal eliminará las ventajas fiscales para extranjeros por agravar la crisis de la vivienda. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/economia/2023-10-03/portugal-eliminara-las-ventajas-fiscales-para-extranjeros-por-agravar-la-crisis-de-la-vivienda.html.

LIMA, Joao (2023). Portugal Plans to End 10-Year Tax Break for New Residents. *Bloomberg*. Recuperado de https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-10-02/portugal-to-end-its-non-habitual-resident-tax-regime-costa-says.

MARIANETTI, Giuseppe (2017). Flat tax sui redditi di fonte estera per i neo-residenti. *Corriere Tributario* (n. 10), pp. 762-763.

SCHIAVOLIN, Roberto (2018). Sulla costituzionalità dell'imposta sostitutiva italiana per i neo residenti. *Novità fiscali* (octubre 2018), p. 439 y ss. Recuperado de: https://novitafiscali.supsi.ch/742/.

STEVANATO, Dario (2020). Il regime fiscale dei neo residenti come agevolazione selettiva in conflitto con i principi costituzionali e regole europee. *Novità fiscali* (julio 2020), p. 438 y ss. Recuperado de https://novitafiscali.supsi.ch/1028/1/Stevanato_Il%20regime%20fiscale%20dei%20%E2%80%9Cneo-residenti%E2%80%9D%20come%20agevolazione%20selettiva%20in%20conflitto%20con%20principi%20costituzionali%20e%20regole%20europee.pdf

TURRI, Giovanni (2021). I possibili impatti favorevoli della giurisprudenza della corte di giustizia sul regime italiano degli impatriati sportivi professionisti. *Diritto e Practica Tributaria* (5/2021), p. 2044 y ss.

España

LA PREJUDICIALIDAD CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: PRÁCTICA RECIENTE

Linda Guerra Henríquez y Valentina Pacella Garay

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

La prejudicialidad contencioso-administrativa en los procedimientos civiles de reclamación de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia: práctica reciente

El presente artículo analiza algunos de los problemas que en la práctica se suscitan en procedimientos de reclamación de daños cuando la decisión de la autoridad de competencia que sirve de base a la demanda civil no es firme por encontrarse recurrida.

PALABRAS CLAVE:
Derecho de la competencia, Derecho de daños, Prejudicialidad, Acciones *stand-alone*, Acciones *follow-on*.

Pending administrative preliminary rulings in private damages claims arising from competition law infringements

This article analyses the practical issues arising in private damages claims proceedings when the competition authority's decision on which the civil claim is based has been appealed and is thus not final.

KEY WORDS:
Competition law, tort law, preliminary rulings, stand-alone claims, follow-on claims.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Guerra Henríquez, Linda; Pacella Garay, Valentina (2023). La prejudicialidad contencioso-administrativa en los procedimientos civiles de reclamación de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia: práctica reciente. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 110-121 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

En el auge de las reclamaciones privadas de daños y perjuicios derivados de infracciones del derecho de la competencia se han venido planteando algunos problemas prácticos respecto del título habilitante de la acción civil. Nuestra legislación permite reclamar daños tanto si ha existido una declaración previa de infracción por parte de una autoridad de competencia como si no la ha habido. Sin embargo, la empresa se vuelve más compleja en supuestos en los que se presenta la demanda tras la declaración infractora, pero la decisión administrativa que le sirve de base no es firme por encontrarse recurrida en el ámbito jurisdiccional. Ello está intrínsecamente ligado a la propia naturaleza de la acción ejercitada y a las consecuencias que se derivan de uno u otro planteamiento.

Si la demanda se basa en una decisión que no es firme, se pueden plantear problemas prácticos respecto del primer requisito de la acción (la existencia de una conducta u omisión antijurídica) y la vinculación del tribunal civil respecto de ese pronunciamiento. La forma en la que se plantee la demanda, pues, tendrá (o debería tener) implicaciones importantes en materia de las cargas procesales que pesan sobre las partes (especialmente, sobre el demandante).

Surge entonces la pregunta de si existen en nuestro ordenamiento jurídico los instrumentos legales oportunos para resolver el conflicto y, en especial, si es posible, y en ese caso aconsejable, suspender el procedimiento civil por prejudicialidad hasta que la resolución devenga firme.

2. Punto de partida: vinculación de las resoluciones sobre infracciones de competencia

2.1. El efecto vinculante de las decisiones firmes dictadas por una autoridad de competencia

Al hablar de reclamaciones de daños por infracciones del derecho de la competencia se suele distinguir entre acciones consecutivas, derivadas o de seguimiento (acciones *follow-on*) y acciones autónomas (acciones *stand-alone*).

La diferencia entre una u otra acción radica en si el ilícito anticompetitivo ya ha sido declarado previamente mediante decisión de la autoridad de competencia —modalidad *follow-on*— o no —modalidad *stand alone*—. Típicamente, la petición del actor en las acciones de seguimiento se limitará a solicitar la imposición de una condena dineraria de daños y perjuicios, incardinando la demanda en una acción de reclamación de cantidad pura y simple. En cambio, las acciones *stand-alone* partirán de la base de que el tribunal civil deberá declarar, en primer lugar, la comisión de una infracción de competencia (*rectius*, la comisión de una conducta u omisión antijurídica) por las demandadas —en el caso de conductas colusorias *ex* artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia ("LDC") y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE")— o por la demandada —en el caso de abuso de posición de dominio *ex* artículo 2 de la LDC y artículo 102 del TFUE—.

La incardinación de la acción entablada por la demandante en una u otra categoría puede llegar a tener efectos importantes en el seno del procedimiento judicial (a saber, la prueba en relación con la existencia de la conducta anticompetitiva y su calificación, así como respecto del ámbito territorial, personal y temporal de la infracción).

Ello se traduce en que en las acciones *stand-alone* pesa sobre el actor la carga de acreditar y solicitar la declaración expresa de ilicitud de la conducta anticompetitiva que genera el daño por el que se reclama. Es decir, quien se considere perjudicado deberá ejercitar una acción declarativa de la práctica anticompetitiva como presupuesto de la acción de reclamación de daños y perjuicios. Por el contrario, las acciones *follow-on* serían puramente indemnizatorias, sin que sea necesario que el actor acredite la propia existencia de la infracción, debido, precisamente, al carácter vinculante de la previa declaración firme de la conducta anticompetitiva por una autoridad de competencia.

Ya el Tribunal Supremo estableció, en su sentencia n.º 651/2013, de 7 de noviembre, que, para poder considerar la acción como *follow-on*, es necesario que la decisión de la autoridad de competencia sea firme: "*Calificado como de «follow on claims», en el que los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez que ha quedado firme la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha decidido si concurría la conducta ilícita por contravenir la Ley de Defensa de la Competencia*".

Ello ha tenido traslado en el artículo 75 de la LDC, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que, entre otras cuestiones, se traspuso la Directiva 2014/104/UE,

en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia (la "Directiva"). Dos son las consecuencias previstas en ese precepto respecto de los efectos de las resoluciones *firmes* en los procedimientos civiles de reclamación de daños en función del ámbito territorial de la autoridad que declare la infracción: (i) se establece una presunción *iuris et de iure* (o, en términos del precepto, "irrefutable") de las infracciones declaradas por una autoridad española (*i. e.*, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia [la "CNMC"] o las autoridades autonómicas de competencia) o la Comisión Europea, mediante resolución judicial *firme*; y (ii) se establece una presunción *iuris tantum* de las infracciones declaradas por autoridades de competencia de otros Estados miembros.

Es decir, la existencia de la infracción declarada probada, mediante resolución firme, por la autoridad administrativa competente española o de la Unión Europea, producirá efectos de cosa juzgada en el procedimiento civil, al igual que la identidad de los infractores, su duración y calificación jurídica. Ello implica que se exime al demandante que se considera perjudicado de la carga de probar todos los elementos del primer requisito de la acción de daños (*i. e.*, la conducta antijurídica) para fundamentar su petición indemnizatoria cuando opte por una acción de tipo *follow-on*. Cuestión distinta serán, en todo caso, las consecuencias jurídicas que el juez otorgue a tal infracción respecto de la declaración de la existencia de un daño, nexo causal y su cuantificación.

En ese sentido se ha pronunciado también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 20 de abril de 2023 dictada en el Asunto C-25/2021, en respuesta a una cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid (y en sentido similar a la sentencia dictada en el Asunto C-721/20). Así, concluye que la existencia de una infracción del derecho de la competencia constatada en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia ha de reputarse acreditada por la demandante salvo prueba en contrario y siempre que la naturaleza y el alcance material, personal, temporal y territorial de las presuntas infracciones objeto de las acciones ejercitadas por el demandante se corresponden con los de la infracción constatada en dicha resolución. Si la coincidencia es parcial, las resoluciones firmes constituirán "un indicio de la existencia de los hechos a los que se refieren" y, en palabras del Abogado General, el Sr. Giovanni Pitruzella, se les atribuirá valor de "principio de prueba".

El concepto de demanda *stand-alone*, por su parte, se reserva para los casos en los que el potencial perjudicado por un ilícito de competencia reclame los daños y perjuicios sufridos sin que haya una declaración en vía administrativa que afirme la existencia de la infracción. En principio, las demandas *stand-alone* no entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 75 de la LDC, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC") prevé la posibilidad de suspender el procedimiento civil en el plazo para dictar sentencia si con posterioridad a la presentación de la demanda se inicia un expediente administrativo contra los potenciales infractores (*cfr.* artículo 434.3 de la LEC) a fin de evitar las consecuencias derivadas de la existencia de un pronunciamiento civil contradictorio con el de un organismo de competencia. No obstante, ese precepto se prevé únicamente para los casos en los que se inicie un procedimiento administrativo sancionador tras la presentación de la demanda de reclamación de daños.

2.2. A medio camino entre las acciones *follow-on* y las acciones *stand-alone*

En los últimos tiempos ha surgido en la práctica una suerte de tercera clasificación para la que no existen soluciones expresas en la normativa y a la que la doctrina y algunos tribunales han calificado como acciones "híbridas" o "mixtas". Ese tipo de demandas se refieren a aquellas que formalmente son acciones *follow-on*, en el sentido de que se ejercitan con posterioridad a la adopción de una resolución administrativa, pero sin que dicha resolución vincule al tribunal civil (por ejemplo, porque la resolución de la autoridad española o comunitaria de competencia no es todavía firme por encontrarse recurrida ante los tribunales competentes —ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, o ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respectivamente—).

Esa clasificación ha sido abordada, por ejemplo, por el auto del Juzgado n.º 3 de Barcelona de 12 de junio de 2023 ("*En tanto que ya existe una previa Resolución de la Autoridad de Defensa de la Competencia, que no es firme, a diferencia de las acciones «stand-alone puras», que serían aquellas que se ejercitan sin la existencia de un pronunciamiento previo por parte de la Autoridad de Competencia*").

En esos supuestos, el demandante, si bien podrá emplear como medio de prueba la resolución administrativa sancionadora, deberá acreditar en el procedimiento civil de daños la existencia de la infracción, su alcance y sus autores. Si no lo hace, parece lógico que la consecuencia directa sea la desestimación de plano de la demanda, sin tan siquiera entrar en los daños solicitados y su cuantificación, como ya han apreciado algunos juzgados y tribunales (*cfr.* sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de 20 de enero de 2022 y de 7 de junio de 2023; del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Toledo, de 13 de octubre de 2023; y del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Lugo, de 27 de octubre de 2022 y de 28 de julio de 2023).

En efecto, si la demanda se basa de forma exclusiva en una resolución administrativa que no es firme por encontrarse recurrida en vía contencioso-administrativa y, en esa instancia, lo que se está debatiendo es, precisamente, los hechos que dan lugar a la infracción y su calificación jurídica, parece evidente que existirá una *estrecha vinculación* entre el procedimiento contencioso en el que se decide sobre el recurso y el procedimiento civil sobre la reclamación de los daños. El antecedente necesario para la prosperabilidad de la acción de daños se encuentra *sub judice*. Por tanto, si la decisión sancionadora es revocada total o parcialmente, el primer presupuesto de la demanda de daños dejaría de existir.

En este escenario, nos planteamos si sería posible que el juez civil acordase, como medida lógica y razonable, la suspensión del procedimiento hasta el momento de la firmeza definitiva de la decisión sancionadora, frente a la más que probable consecuencia de que, de no hacerlo, deba proceder a la desestimación de plano de la demanda en aquellos casos en que la acción se base en una resolución administrativa que no es firme, en línea, por otro lado, con lo previsto en el artículo 434.3 de la LEC para las acciones *stand-alone* "puras".

A esa doble consecuencia se refirió el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo en su auto de 25 de enero de 2023: "*Ya se trate de una acción stand alone, ya de una acción follow on o de una combinación de ambas (follow on para el período objeto de sanción y stand alone para el periodo posterior), lo cierto es que ambas pueden proseguir (cuestión distinta será prosperar) sin necesidad*

de que gane firmeza la resolución de la CNMC. Si entendemos que la acción ejercitada es follow on (sola o en compañía de otras), la falta de firmeza será, en su caso, obstáculo para su prosperidad, pero no condicionante previo para su ejercicio y prosecución. Y si la acción es stand alone (sola o en compañía de otras), su autonomía respecto de la Resolución de la CNMC permite que discurra libre de toda atadura al orden contencioso".

En este sentido, el mencionado Juzgado ha abogado por desestimar las acciones entabladas con fundamento en una resolución de la autoridad de competencia no firme al entender que la demanda habría sido interpuesta con falta de un requisito insubsanable, como lo es "*la propia falta del elemento nuclear de una responsabilidad de corte aquiliano: la acción u omisión antijurídica y culpable (aquí, la participación en el cártel)*" (*cfr.* sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de 20 de enero de 2022).

Del mismo modo, cabe destacar las sentencias de 28 de julio de 2023, dictadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Lugo (Procedimientos Ordinarios n.os 822/2021 y 977/2021), en las que el Juzgado desestimó las demandas interpuestas y razonó que "*en definitiva, la resolución de la CNMC no ha alcanzado firmeza, encontrándose pendiente de resolución los recursos contencioso- administrativos interpuestos por lo que no cabe otra cosa, en este momento, más que la desestimación de la demanda dada la acción ejercitada y el hecho de que la decisión sancionadora no ha alcanzado firmeza*". Y también a la reciente sentencia de 3 de octubre de 2023 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Toledo, que, en desestimación de la demanda, indicó que "*la actora tenía a su alcance haber ejercitado una acción stand alone o esperar a la firmeza; ha optado por no hacer ni lo uno ni lo otro, privando a su acción del elemento sobre el que se han de sustentar todos los demás, condenándola al fracaso*".

3. La suspensión por prejudicialidad contencioso-administrativa

3.1. El fundamento último de la prejudicialidad

Lo relevante para apreciar la concurrencia de prejudicialidad, ya sea contencioso- administrativa, civil o penal, es que los hechos objeto de análisis en el seno del procedimiento pendiente (en este caso, los recursos ordinarios y extraordinarios en vía contenciosa frente a la resolución de la autoridad de competencia) sean los mismos, entera o parcialmente, que aquellos en los que se funda la causa de pedir de las acciones que se ejercitan en el procedimiento civil.

Parece lógico pensar que, en un escenario en el que los hechos probados recogidos en la resolución administrativa sancionadora y los hechos constitutivos de la demanda civil estén estrechamente vinculados, el resultado del recurso en la vía contenciosa tendrá, en palabras del Tribunal Supremo, una "*influencia decisiva*" sobre el destino del procedimiento civil (*cfr.* auto del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2019, en el que, conociendo de una demanda de revisión de laudo que se basaba en la resolución de la CNMC de 13 de febrero de 2018, dictada en el expediente S/DC/0579/16 *Derivados Financieros*, acordó la suspensión del curso de las actuaciones hasta la

resolución del recurso contencioso-administrativo contra esa resolución de la CNMC, pues "*una resolución que revocara lo resuelto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia influiría decisivamente en la presente demanda de revisión que, reiteramos se apoya precisamente en la misma para pedir la rescisión del laudo arbitral*").

En el ámbito de las demandas de daños, algunos juzgados han entendido recientemente que es "*lógico, razonable y prudente*" esperar a la "*firmeza del procedimiento administrativo para entrar a enjuiciar las pretensiones de las partes en los presentes autos*", y, en consecuencia, han suspendido el procedimiento civil por prejudicialidad contencioso-administrativa (*cfr.* auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, de 22 de diciembre de 2022; autos del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona, de 27 de septiembre de 2022 y 21 de febrero de 2023, y auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Barcelona, de 10 de marzo de 2022).

Aunque se trate de una materia poco tratada, también la doctrina se ha referido a esta cuestión, incluso antes de la transposición de la Directiva: "*La relación entre las dos jurisdicciones presenta un interés particular y, en especial, la cuestión relativa a la prejudicialidad de las decisiones de los tribunales contencioso-administrativos está relacionada con el carácter vinculante de las decisiones administrativas y judiciales en materia de la competencia*" (Solís Ordoñez, 2011: 7). A esa vinculación, por lo demás, se refiere de forma expresa el artículo 42.3 *in fine* de la LEC cuando advierte que "*en este caso, el Tribunal civil quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial*".

En este sentido se ha pronunciado también la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.ª) en su sentencia de 3 de febrero de 2020: "*Una decisión de la Comisión Nacional de la Competencia como la que dictó el 14 de abril de 2010 es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no impedía a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión, aunque pudiera constituir un instrumento de convicción de gran autoridad. Pero como la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la ilicitud del pacto entre empresas contenido en la cláusula quinta del contrato fue objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil (incluye el mercantil, en cuanto forma parte de este orden jurisdiccional civil) que debe pronunciarse sobre la nulidad de aquella cláusula. Esta previa resolución contencioso administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil*".

La no suspensión del procedimiento supondría, además, asumir un alto riesgo de existencia de resoluciones contradictorias en cuanto al hecho principal en el que se basa la demanda: la existencia o no de una conducta anticompetitiva. O como dice el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona en su auto de 21 de febrero de 2023: "*Además de una duplicidad en los posibles medios de prueba y de un riesgo de distorsión del resultado de las pruebas, hay un riesgo objetivo de que se dicten resoluciones contradictorias sobre los mismos hechos*".

Lo anterior tiene reflejo práctico y se daría si, por un lado, el tribunal contencioso-administrativo revocara la resolución sancionadora que sirve de base a la demanda, por no considerar acreditadas las conductas restrictivas de la competencia declaradas por la autoridad administrativa, mientras que, por otro, se hubieran estado dictando sentencias estimatorias en el seno de los procedimientos civiles con base en la existencia de esas conductas y hechos que, por lo demás,

no deberían existir o dejar de existir en función del órgano que los conoce. De ser así, como ha declarado el Tribunal Constitucional (*cfr.* sentencia del Tribunal Constitucional n.º 1 192/2009, de 28 de septiembre), parece que nos encontraríamos ante una situación opuesta "*a los principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica*" que constituiría una vulneración de los principios de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución española) y tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución española). El Tribunal Supremo, por su parte, ha expresado con rotundidad que "*no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado*" (sentencia n.º 24/2016 del Pleno del Tribunal Supremo, de 3 de febrero).

3.2. Los instrumentos procesales disponibles en el caso de acciones "híbridas" o "mixtas"

Respecto de los problemas prácticos que las acciones "híbridas" o "mixtas" pueden plantear en relación con la vinculación (o no) de la decisión administrativa que sirve de base a la demanda, cabría preguntarse si nuestra normativa procesal cuenta con los instrumentos necesarios para que el juzgador, en su caso, pueda suspender el procedimiento hasta que adquiera firmeza definitiva la resolución de la autoridad de competencia. Ello evitaría, por un lado, la existencia de resoluciones contradictorias en uno y otro ámbito y, por otro, que el juez desestime la demanda de plano por ausencia de un requisito de procedibilidad.

En este escenario, la institución procesal de la prejudicialidad se encontraría amparada, bien en el artículo 42 de la LEC sobre "*cuestiones prejudiciales no penales*", bien en el artículo 43 de la LEC sobre "*prejudicialidad civil*". Ahora bien, las diferencias entre acudir y, en su caso, decretar la suspensión del procedimiento por una u otra vía son perceptibles tanto en sus presupuestos como en sus efectos.

En cuanto a sus presupuestos, la suspensión por prejudicialidad *ex* artículo 42.3 de la LEC precisa de un precepto legal que habilite dicha suspensión o que la solicitud sea presentada necesariamente por las partes de común acuerdo o por una de ellas con el consentimiento de la otra. Es decir, se requiere que, en ausencia de precepto legal habilitante, ambas partes estén conformes con la suspensión del procedimiento por prejudicialidad.

Por su parte, el artículo 43 de la LEC, si bien alude a que la solicitud puede presentarse "*a petición de ambas partes*", prevé que también podrá instarse por solo una de ellas "*oída la contraria*". Esto es, es posible solicitar la suspensión de un procedimiento por la vía del artículo 43 de la LEC aun con la oposición expresa de la parte no solicitante.

Por lo que a sus efectos se refiere, el artículo 42 establece que, de apreciarse la concurrencia de prejudicialidad, la suspensión de las actuaciones tendrá lugar "*antes de que hubiera sido dictada sentencia*" y "*hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta*". Por su parte, la concurrencia de prejudicialidad civil *ex* artículo 43 se acordará de inmediato "*en el estado en que se hallen las actuaciones*" y "*hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial*". En consecuencia, si, por ejemplo, el procedimiento se encuentra pendiente de la presentación de la contestación por el demandado, la suspensión afectaría directamente a ese trámite, sin tener que esperar a que

avance hasta el momento anterior al dictado de la sentencia, tal y como se predica del artículo 42 de la LEC.

Respecto de la suspensión por prejudicialidad en casos como los que son objeto del presente comentario, son pocos los tribunales que han abordado la cuestión. La Audiencia Provincial de Barcelona es la que lo ha analizado con mayor profundidad. No obstante, sus pronunciamientos son dispares.

En el auto de 15 de noviembre de 2018 de la Sección 15.ª, reconoció expresamente la posibilidad de suspender un procedimiento civil por prejudicialidad contencioso-administrativa *ex* artículo 42 de la LEC sin contar con un precepto legal que así lo habilitara y sin que mediara la conformidad de las partes. En ese caso, la Audiencia decidió suspender una apelación civil hasta la resolución del recurso de casación planteado por la parte demandada contra una sentencia de la Audiencia Nacional que apreció un ilícito anticompetitivo. En esa ocasión, la Ilma. Sala optó por aplicar *a contrario sensu* el apartado primero del referido precepto —que no el tercero—, según el cual "*a los solos efectos prejudiciales, los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social*".

En ese sentido, la Sala razonó que "*la posibilidad de plantear cuestión prejudicial suspendiendo el proceso debe ser deducida, contrario sensu, de lo dispuesto en el apartado primero, donde se establece la posibilidad de que los tribunales civiles no suspendan y conozcan de la cuestión contencioso-administrativa, a los simples efectos prejudiciales. Por consiguiente, si esa es una posibilidad, tal y como se deduce del verbo podrán, es porque también existe su antagónica, es decir, que suspendan el curso de las actuaciones*".

Por otra parte, en dos autos dictados en febrero de 2023 (n.os 32/2023 y 33/2023), la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona revocó las decisiones adoptadas por los juzgados *a quo* en acciones "híbridas" consistentes en suspender el procedimiento civil de reclamación de daños por prejudicialidad contencioso-administrativa como consecuencia de la pendencia de los recursos presentados por los infractores frente a la Resolución de la CNMC. La Sala, tras reconocer la *especial intensidad* de la relación existente entre lo que es objeto del proceso contencioso y lo que es objeto del proceso civil, así como la coherencia y razonabilidad de la decisión adoptada por el juez de instancia, concluye que no existe en la ley presupuesto habilitante para suspender, pues el artículo 42.2 de la LEC exige previsión legal o acuerdo de las partes —requisito que no se daba en el caso—: "*Ahora bien, aunque entendemos y compartimos los objetivos del juez de primera instancia de lege ferenda en este particular caso, creemos que de lege data dichas especialidades no permiten la aplicación del art. 42 LEC para suspender el procedimiento. En especial, cuando el propio art. 42.2 LEC exige para acordar la suspensión un segundo presupuesto que es la previsión legal o el acuerdo de las partes. Pues bien, en este caso no hay previsión legal expresa ni acuerdo entre las partes*".

La misma solución ha alcanzado la Ilma. Sala en sus autos de 28 de septiembre y de 31 de octubre de 2023, en los que declara que, si bien "*la regulación que establece el legislador de la prejudicialidad contencioso-administrativa nos puede parecer discutible o mejorable... no por ello deja de vincularnos*".

3.3. En detalle: la aplicación analógica del artículo 43 de la LEC

En este escenario, cabe preguntarse si sería posible aplicar analógicamente el artículo 43 de la LEC previsto para supuestos de prejudicialidad civil. Aunque este precepto se refiere a asuntos que se tramitan ante la jurisdicción civil y no a asuntos que se tramitan, como es el caso, en jurisdicciones distintas (civil/mercantil y contencioso-administrativa), algunos tribunales han planteado su aplicación analógica en la medida en que "*en materia de defensa de la competencia la conexión entre jurisdicciones es especialmente intensa*" (*cfr.* auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, de 22 de diciembre de 2022).

El fundamento para la aplicación analógica del precepto es, precisamente, la estrecha vinculación de lo debatido en el recurso en la vía administrativa y el antecedente de la acción de daños: si los hechos apreciados por la autoridad de competencia constituyen o no una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE o de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

El Tribunal Supremo ya ha avalado la aplicación analógica del artículo 43 de la LEC en casos similares al estudiado a fin de evitar el riesgo de resoluciones contradictorias entre jurisdicciones. Por todos, podemos citar el auto de 25 de junio de 2019: "*Es cierto que en el presente caso no concurren los requisitos contemplados en el apartado 3 del artículo 42 LEC al no existir acuerdo entre las partes en cuanto a la suspensión* [...] *procede aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 43 LEC, de suerte que solicitada la suspensión por la parte demandante en revisión y oída la contraria sobre tal cuestión, procede decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 13 de febrero de 2018*". Cabe destacar que el Tribunal Supremo simplemente ha exigido la existencia de "*influencia decisiva*" o "*evidente conexión*" para acordar la suspensión de un procedimiento civil durante la pendencia de un recurso en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Además, la referida aplicación analógica conlleva la suspensión del procedimiento en el "*estado en el que se hallen las actuaciones*". En ese sentido —y sin perjuicio de que ello resulte del propio tenor del artículo—, algunos Juzgados han destacado que suspender el procedimiento en sus fases tempranas —incluso antes de presentar la contestación a la demanda— es la solución más adecuada "*para que las partes puedan preparar audiencia, medios de prueba y juicio, a partir de la configuración completa de todos los elementos en sede contencioso-administrativa*" (*cfr.* auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, de 22 de diciembre de 2022, y auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Barcelona, de 10 de marzo de 2022).

No obstante, también existen tribunales que han rechazado la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 43 de la LEC. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Girona, en un auto de 29 de abril de 2020, denegó la petición de suspensión del procedimiento hasta la obtención del pronunciamiento del Tribunal General de la Unión Europea en un recurso de nulidad. Pero lo hizo tras barajar como plausible la aplicación del artículo 43 de la LEC (precisamente, a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Supremo) y porque (sin negar la Sala la importancia de la eventual resolución del Tribunal General) entiende que fue la propia "*parte demandante la que ha renunciado a la relevancia que pueda tener lo que se decida ante dicho Tribunal o la Audiencia Nacional*" en atención a las circunstancias concretas del caso. Es decir, en puridad, la Audiencia Provincial

de Girona no rechazó la suspensión del procedimiento por prejudicialidad contencioso-administrativa por entender que no cabe aplicar el artículo 43 de la LEC en estos supuestos, sino que lo hace porque lo que se estaba discutiendo en aquel procedimiento no resultaba relevante para la resolución de la controversia en el procedimiento civil.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona, en sus ya mencionados autos de 28 de septiembre y de 31 de octubre de 2023, sí que llega a negar de forma expresa —y no sin referirse, como hemos visto, a que la regulación sobre la materia es "*discutible o mejorable*"— la posibilidad de acudir a la vía del artículo 43 de la LEC, y afirma que "*la suspensión interesada no puede ser resuelta de acuerdo con lo previsto en el art. 43 LEC cuando el art. 42 LEC es el directamente aplicable al caso y regula la cuestión de forma algo distinta*".

4. Conclusión

A priori, no existe en la legislación procesal actual un instrumento específico que prevea el grado de vinculación para el juez civil de una resolución administrativa que declara un ilícito de competencia cuando esta no es firme. Además, tampoco se contemplan cuáles son las soluciones que el juez puede adoptar cuando aprecie que los hechos que se discuten en la jurisdicción contencioso-administrativa son idénticos a los que sirven de base a la demanda; esto es, los hechos constitutivos de una infracción del derecho de la competencia y su calificación jurídica, con sus respectivas implicaciones materiales, temporales, territoriales y personales.

Cabe preguntarse entonces si la solución más idónea para los casos en los que se plantee una llamada acción "híbrida" o "mixta" es suspender el procedimiento en el estado en que se encuentre por aplicación analógica del artículo 43 de la LEC, como han hecho algunos tribunales recientemente, y hasta el momento en que devenga firme definitivamente la resolución administrativa que sirve de base a la demanda. Parece coherente que la solución más favorable para el demandante sea la suspensión, pues de otra forma su demanda adolecería de un requisito de procedibilidad.

Con todo, existe una cierta inseguridad jurídica sobre las normas a aplicar por los tribunales a estos supuestos e, incluso, cabría plantearse si, tomando las palabras de la Audiencia Provincial de Barcelona, no habría más bien que hacer una propuesta de *lege ferenda* para que se prevea expresamente la posibilidad de suspender por prejudicialidad contencioso-administrativa los procedimientos civiles de reclamación de daños derivados de ilícitos anticompetitivos cuando se trate de una acción *que sigue* una resolución administrativa de la autoridad de competencia que no es firme.

Bibliografía

CAPILLA, Agustín; VIDAL MARTÍNEZ, Patricia (2020). Artículo 75. Efectos de las resoluciones de las autoridades de la competencia o de los tribunales competentes. En ENCINAS RODRÍGUEZ, Ana (coord.), *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Cizur Menor: Thomson Reuters.

IZQUIERDO BLANCO, Pablo; PICO JUNOY, Joan; y ADÁN DOMÉNECH, Federico (2022). *Todas las preguntas y respuestas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona. Editorial Bosch (2.ª edición).

ORDÓÑEZ SOLIS, David (2011). La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en violación del Derecho europeo de la competencia. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 19.

España

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONFIRMA QUE LA REGULACIÓN DE DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN MEDIANTE DECRETO-LEY ES CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Javier Carvajal Cervera

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

El Tribunal Constitucional confirma que la regulación de derechos de adquisición preferente a favor de la Administración mediante decreto-ley es conforme a la Constitución

En su sentencia de 22 de febrero de 2023, el Tribunal Constitucional declaró que la regulación de derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración valenciana sobre determinadas transmisiones de viviendas no vulnera las competencias del Estado ni de otras Comunidades Autónomas, no vulnera el derecho de propiedad y puede regularse mediante decreto-ley sin necesidad de articularse a través de una ley en sentido formal y material. En definitiva, la regulación de este tipo de derechos de adquisición preferente obedece a una cuestión de política legislativa en materia de vivienda atendiendo a las circunstancias concurrentes que lo justifiquen.

PALABRAS CLAVE:
Vivienda, Decreto-ley, Derecho de adquisición preferente, Tanteo y retracto, Competencia, Derecho de propiedad.

The Constitutional Court confirms that a public authority regulating first-refusal rights by decree-law is not unconstitutional

In its judgment of 22 February 2023, the Constitutional Court declared that the Valencian authorities having authority to regulate first-refusal rights on certain transfers of housing does not encroach on the competences of the State or of other autonomous regions, does not infringe ownership rights and can be regulated by decree-law rather than formally and materially through a law. Regulating this right is a matter of legislative policy on housing based on the existing circumstances that justify it.

KEY WORDS:
Housing, decree-law, right of first refusal, pre·emption, competition, property law, right of ownership.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Carvajal Cervera, Javier (2023). El Tribunal Constitucional confirma que la regulación de derechos de adquisición preferente a favor de la Administración mediante decreto-ley es conforme a la Constitución. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 122-133 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El pasado 22 de febrero de 2023, el Tribunal Constitucional en Pleno (el "Tribunal" o "TC") dictó la sentencia n.º 8/2023 (RTC 2023\8) (la "Sentencia"), por la que desestimó, íntegramente, el recurso de inconstitucionalidad n.º 4291/2020 (el "Recurso"), interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular (los "Recurrentes"), contra el Decreto-ley n.º 6/2020, de 5 de junio, del Consell, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto (el "Decreto-ley 6/2020").

En un año, el 2023, en el que el TC ha mostrado una actividad intensa, con más de un centenar de sentencias en materias de todo orden, destacamos este pronunciamiento sobre el Decreto-ley 6/2020, donde el Tribunal analiza un supuesto interesante sobre invasión competencial desde el punto de vista de la técnica legislativa y recoge doctrina constitucional relevante sobre el derecho de propiedad consagrado en el art. 33 de la Constitución española ("CE").

En concreto, la Sentencia supone un hito relevante por cuanto sienta doctrina en relación con el alcance de las competencias autonómicas sobre política legislativa en materia de vivienda y, en particular, sobre la regulación de derechos de adquisición preferente a favor de una Comunidad Autónoma.

2. Antecedentes

El 12 de junio de 2020 entró en vigor el Decreto-ley 6/2020, que fue convalidado por las Cortes Valencianas el 15 de julio de 2020. De acuerdo con su exposición de motivos, la norma pretendía, mediante la excepcional figura del decreto-ley, dar respuesta a la situación de emergencia habitacional existente en ciertas zonas de la Comunidad Valenciana a través de la reconfiguración de los derechos de tanteo y retracto de la Administración en las transmisiones de viviendas de protección oficial —ya existentes en la normativa anterior— y la introducción de nuevos derechos de adquisición preferente en determinadas transmisiones singulares de vivienda adquiridas en procedimientos vinculados al impago de créditos con garantía hipotecaria o en el marco de grandes operaciones inmobiliarias[1].

En fecha 10 de septiembre de 2020, los Recurrentes interpusieron el Recurso. En resumen, los Recurrentes sostenían:

(a) que no concurrían los requisitos del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE, sobre la acreditación de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, imprescindible para acudir a la institución del decreto-ley; (b) que el Decreto-ley 6/2020 invadía competencias del Estado en materia de legislación procesal, civil y mercantil, así como en materia expropiatoria, y también de otras Comunidades Autónomas; y (c) que se vulneraba el derecho de propiedad, en su manifestación de garantía patrimonial mediante el pago de una indemnización frente a la limitación del derecho por decisión administrativa.

En paralelo a la sustanciación del procedimiento, el Decreto-ley 6/2020 sufrió hasta cuatro modificaciones (por medio de la Ley 3/2020, de 30 de diciembre; de la Ley 7/2021, de 29 de diciembre; del Decreto-ley 1/2022, de 22 de abril, y de la Ley 8/2022, de 29 de diciembre), que, finalmente, el Tribunal no consideró relevantes a efectos de la pervivencia del objeto del Recurso. Asimismo, desde la Generalitat Valenciana se publicaron una Guía y una Circular con criterios interpretativos para la aplicación del Decreto-ley 6/2020. A pesar del valor hermenéutico de estos instrumentos, el Tribunal también entendió que no incidían en el objeto del Recurso.

3. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

3.1. Presupuesto habilitante del Decreto-Ley

Con carácter preliminar, cabe anticipar que la Sentencia no es especialmente interesante respecto a la cuestión del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE para legislar por medio de la figura del decreto-ley. En primer lugar, porque la Sentencia no sienta una nueva doctrina al respecto ni matiza la existente, sino que se limita a reproducir los requisitos que el Tribunal ha venido exigiendo de forma inveterada para acudir a esta figura excepcional: la justificación y acreditación de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, por un lado, y la denominada "conexión de sentido", por otro (STC 137/2011, de 14 de septiembre, RTC 137). Y, en segundo lugar, porque

la Sentencia asienta su fundamentación en aspectos fácticos y concretos, lo que dificulta que el pronunciamiento sirva de alcance general.

Por esta razón, baste señalar que el Tribunal considera que, en este caso, sí concurre el presupuesto habilitante para poder soslayar la competencia legislativa natural y ordinaria residenciada en las Cortes Valencianas, por lo que la regulación impugnada de los derechos de adquisición preferente mediante una norma con rango de ley, pero, sin tal condición formal, no vulnera los límites formales y materiales del art. 86.1 CE.

A continuación, nos centraremos en el fondo del asunto o contenido material de la Sentencia: la posible invasión de competencias y la eventual vulneración del art. 33 CE.

3.2. Sobre la vulneración de las competencias del Estado

A. En materia de legislación procesal

En relación con la posible invasión de competencias exclusivas del Estado en materia de legislación procesal por parte del art. 10.1.b) del Decreto-ley 6/2020, el razonamiento del TC se basa en que el Decreto-ley 6/2020 no es una norma de carácter procesal ni incide siquiera sobre el procedimiento de ejecución, pues el derecho de adquisición preferente no se establece respecto de la adquisición de una vivienda dentro del proceso de ejecución hipotecaria, sino que afecta a las ulteriores transmisiones de viviendas y sus anejos cuando estas hayan sido previamente adquiridas a través de una ejecución hipotecaria.

B. En materia de legislación civil

Sobre la posible invasión competencial en legislación civil por los arts. 1 a 6 y 10 a 12 del Decreto-ley 6/2020, el TC invoca su propia doctrina (por todas, STC 170/1989, de 19 de octubre; RTC 170), según la cual el establecimiento en favor de la Administración de un derecho de tanteo y retracto para determinados supuestos no implica una regulación de tal institución civil, que es compatible con el uso por la Administración de tales derechos previa disposición legislativa constitutiva de las mismas, con sometimiento al derecho civil del régimen jurídico de las instituciones de los derechos de adquisición preferente citados.

El Tribunal señala que, a pesar de que en el precedente analizado (STC 28/2012, de 1 de marzo; RTC 28) sí se apreció una invasión de la competencia del Estado en materia de legislación civil, allí el motivo era que la normativa autonómica enjuiciada no establecía un derecho de retracto a favor de una Administración pública, sino en beneficio de una persona física o jurídica de carácter privado, circunstancia que, a juicio del Tribunal, sí constituía un supuesto de regulación entre particulares que incidía en un ámbito propio del derecho civil, como consecuencia del privilegio que otorgaba a unos potenciales adquirentes frente a otros, y de la limitación de la libre disposición de su titular.

Por el contrario, el Tribunal entiende que los derechos de adquisición preferente que se regulan en los arts. 1 a 6 y 10 a 12 del Decreto-ley 6/2020 son derechos cuya titularidad

se atribuye a la Generalitat, por lo que no resultan extrapolables los razonamientos de la citada doctrina constitucional establecida por la STC 28/2012, y sí considerar que la regulación de estos derechos es de carácter administrativo, por lo que su desarrollo o proyección se incardina en las competencias que la Comunitat Valenciana tiene atribuidas en materia de vivienda.

Por último, sobre si el art. 6 del Decreto-ley 6/2020 invade la competencia estatal por las obligaciones que impone a notarios y registradores, el TC tampoco observa invasión alguna. A su juicio, la conformidad a derecho del citado precepto se justifica por la expresa exigencia en el Decreto-ley 6/2020 de la notificación fehaciente, como elemento esencial de la actividad, así como del deber general que, en sus respectivas funciones públicas, les viene impuesto a estos operadores jurídicos por las normas estatales por que se rigen.

C. En materia de legislación mercantil

En cuanto a la invasión competencial del art. 10.1, apartados c) y d) del Decreto-ley 6/2020 en legislación mercantil exclusiva del Estado, el TC entiende que el establecimiento de un derecho de adquisición preferente sobre acciones o participaciones sociales no significa establecer una regulación mercantil. Según la Sentencia, el hecho de que el ejercicio de los derechos de adquisición preferente otorgue a la Generalitat la condición de titular de acciones o participaciones sociales, y socia, por tanto, de una sociedad de capital, no produce una interferencia en la legislación mercantil de competencia estatal.

D. En materia expropiatoria y en cuanto a la fijación de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos constitucionales

Sobre este particular, el Tribunal no entra a analizar el fondo del asunto. Considera que el Recurso se expresa en términos genéricos y que los Recurrentes no han logrado levantar la carga alegatoria a la que están exigidos en cualquier proceso ante este Tribunal (por todas, STC 100/2013, de 23 de abril; RTC 100).

3.3. Sobre la eventual invasión de competencias de otras Comunidades Autónomas

Sobre este punto, el Tribunal pone de relieve que el art. 10.3 del Decreto-ley 6/2020 establece, como requisito esencial de los derechos de adquisición preferente de acciones y participaciones sociales, que el ámbito de actuación de tales derechos se circunscriba a supuestos en que las viviendas estén ubicadas, en determinadas zonas, dentro de la Comunitat Valenciana.

Aunque la empresa en cuestión pueda tener activos en otros territorios, los derechos de adquisición preferente van ligados, por tanto, a las viviendas radicadas en la Comunidad Autónoma, y particularmente en las zonas afectadas a que se refiere el Decreto-ley 6/2020.

Por consiguiente, esta norma no impediría que otras Comunidades Autónomas establecieran una norma similar respecto de viviendas radicadas dentro de su propio territorio en ejercicio de sus

competencias exclusivas en materia de vivienda. Por este motivo, el Tribunal concluye que no se produce invasión competencial en detrimento de otras Comunidades Autónomas.

3.4. Sobre la invocada vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad

En relación con la vulneración del derecho de propiedad en su manifestación de garantía patrimonial mediante el pago de una indemnización frente a la limitación del derecho por decisión administrativa (arts. 33 CE y 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales —"CEDH"—), el TC afirma que los derechos de tanteo y retracto a favor de una Administración pública se conciben, desde la perspectiva del propietario, en términos de limitación del derecho de propiedad por razones de interés general, que tiene su proyección en el art. 33.2 CE, es decir, en la delimitación de la propiedad de acuerdo con su función social, y no en el art 33.3 CE, sobre la privación de la propiedad por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización.

Sobre la base de lo anterior, y al amparo de la doctrina constitucional existente (por todas, STC 154/2015, de 9 de julio; RTC 154), el Tribunal descarta que esta regulación de los derechos de tanteo y retracto vulnere la garantía patrimonial del art. 33.3 CE.

En cuanto al eventual perjuicio ocasionado por considerar que el pago del precio, en caso de ejercicio del tanteo o el retracto, no compensa otros gastos incurridos por las primitivas partes de la compraventa, el Tribunal realiza una interpretación sistemática y teleológica del Decreto-ley 6/2020 para apreciar su conformidad con la CE. Si bien reconoce que varios preceptos de la norma se refieren genéricamente al precio (solo al precio), destaca que ninguno de ellos establece que el único concepto a abonar haya de ser ese este, ni tampoco que no deban abonarse los gastos ocasionados con la transacción. Por el contrario, alude a determinadas disposiciones, tanto del propio Decreto-ley 6/2020 como de otras normas en esta materia, con el fin de sostener que la obligación de pago no se restringe al estricto precio.

3.5. Votos concurrentes y particulares

Sin perjuicio de cuanto se ha expuesto, es preciso señalar que la Sentencia contiene un voto concurrente y un voto particular.

En cuanto al voto concurrente, a pesar de apoyar el sentido del fallo, la magistrada, en síntesis, (i) considera que el reproche de inconstitucionalidad debe ser especialmente riguroso y que el Tribunal debe ser más exigente en la apreciación de la necesaria argumentación, de modo que la desestimación por tal circunstancia, en este caso, se debería haber extendido a la práctica totalidad de los motivos del Recurso y no limitarse a los pocos aspectos en los que la Sentencia ha observado tal circunstancia; (ii) advierte que una cosa es que las normas autonómicas, en materia de su competencia, puedan crear derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración pública y regular sus peculiaridades, y otra muy distinta que esas normas puedan establecer el régimen jurídico de estas instituciones ya consagradas en el ordenamiento jurídico, y (iii) que, a diferencia de lo expresado en la Sentencia, no pueden equipararse todos los tipos de retracto, pues no todos

ellos se rigen por la legislación civil, como es el caso de los derechos regulados en los arts. 7.3 y 8.3 del Decreto-ley 6/2020, que, al regular una cuestión puramente administrativa —y no civil—, encuentran toda su base normativa en lo que el legislador autonómico ha querido establecer mediante dicha norma.

Por lo que respecta al voto particular, resulta especialmente interesante, por cuanto, al margen de las cuestiones materiales, según la magistrada discordante, el Recurso debería haberse estimado por vulneración del art. 86 CE y 44.4 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (el "EAV"). La magistrada trae a colación la STC 110/2021, de 13 de mayo (RTC 110), según la cual el recurso a la figura del decreto-ley se justifica "*ante una coyuntura en la que se haga presente la exigencia impostergable de una intervención normativa* (...) *algo muy distinto, en suma, a la simple conveniencia de contar, cuanto antes, con la norma que, en un momento u otro, se estime por el Gobierno oportuna*". Teniendo en cuanta lo anterior, la magistrada señala que las razones de urgencia no pueden basarse en un problema endémico como es el del acceso a la vivienda. Por otro lado, tampoco aprecia la conexión de sentido exigida, en tanto en cuanto los derechos regulados por el Decreto-ley 6/2020, a su entender, no conducirían a un incremento más o menos inmediato del parque de vivienda pública. A juicio de la magistrada, la Sentencia no justifica que la finalidad regulatoria pretendida no se hubiera podido realizar mediante una ley autonómica con el consiguiente respeto al sistema de fuentes y a la tramitación parlamentaria.

4. Consideraciones

4.1. Sobre el presupuesto habilitante del art. 86.1 CE

En relación con el presupuesto habilitante del art. 86.1 CE, cabe destacar que la Sentencia se apoya en que la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad se debe a, o se justifica por, las consecuencias de la emergencia sanitaria ocasionada por la COVID-19, razón por la cual el Tribunal también aprecia la conexión de sentido exigida. En efecto, es una circunstancia coyuntural y excepcional, como la pandemia, lo que, a juicio del Tribunal, ha permitido que el mecanismo reactivo propuesto para tratar de paliar el problema de acceso a la vivienda en determinadas zonas por parte de colectivos vulnerables se encuentre justificado y pueda sustanciarse a través del expediente excepcional del decreto-ley.

A salvo de esta apreciación, procede, en mi opinión, compartir el criterio expresado mediante el voto particular, relativo a que el cauce apropiado para abordar problemas endémicos en general es el de la tramitación legislativa ordinaria.

4.2. Sobre la invasión de competencia estatal en legislación procesal

En cuanto a la posible invasión de competencias exclusivas del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE), es preciso diferenciar entre regulación procedimental y regulación procesal en sentido estricto. Mientras que, sobre la primera, las Comunidades Autónomas ostentan

competencias, sobre la segunda es el Estado quien tiene la competencia exclusiva. Sentando lo anterior, se observa que, tal y como está configurado el Decreto-ley 6/2020 (art. 10.1.b), la regulación de los derechos de adquisición preferente se encuentra en el plano procedimental por cuanto establece el procedimiento —de carácter administrativo— para que la Administración ejercite estos derechos en un ámbito sobre el que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva (arts. 16 y 49 EAV y 148.1.3 CE).

Por consiguiente, ya que, en puridad, el Decreto-ley 6/2020 no incide en aspectos procesales (i. e., procedimientos de ejecución), no se aprecia innovación procesal prohibida por parte del legislador autonómico, a diferencia de lo que sí ocurriera, por ejemplo, en el recurso de inconstitucionalidad n.º 4230/2021 interpuesto contra la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de las normas relativas a la protección del derecho a la vivienda de Cataluña (STC 57/2022, de 7 de abril; RTC 57).

En efecto, para declarar la inconstitucionalidad, la norma debe prever especialidades procesales —como sucedía en la citada Ley 11/2020, cuyos preceptos anulados condicionaban la admisión de ciertas acciones judiciales—, dado que las Comunidades Autónomas no pueden innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen.

4.3. Sobre la invasión de competencia estatal en legislación civil y mercantil

En cuanto a la posible invasión de competencias del Estado en legislación civil (art. 149.1.8 CE; arts. 1 a 6 del Decreto-ley 6/2020) y mercantil (art. 149.1.6 CE; art. 10.1 de la norma impugnada), comparto los alegaciones esgrimidas de contrario por el letrado de las Cortes Valencianas y el abogado de la Generalitat, en el sentido de que el Decreto-ley 6/2020 no establece regulación sobre esas materias, sino que dicha norma únicamente contiene una proyección de los derechos de tanteo y retracto en determinados ámbitos sobre los que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva.

Por el contrario, respecto a la imposición de obligaciones a notarios y registradores para el otorgamiento de escrituras e inscripción de transmisiones (art. 6 del Decreto-ley 6/2020), conforme a la competencia en las bases de las obligaciones contractuales, a mi juicio, la Sentencia sí incurriría en una invasión competencial en legislación civil, competencia exclusiva del Estado. El hecho de que la norma ponga el énfasis en la notificación fehaciente como elemento esencial de su actividad, así como en el respeto a las reglas impuestas por las normas estatales, no salva que se introduzcan nuevas obligaciones a esos operadores.

En mi opinión, aunque las obligaciones que introduce el art. 6 del Decreto-ley 6/2020 son de carácter procedimental —o "meramente" procedimental, si se prefiere—, el sujeto obligado no tiene la condición de Administración pública en sentido estricto, aunque se trate de organismos y funcionarios públicos. Por este motivo, las obligaciones reguladas por la norma impugnada caen del lado del derecho registral civil, que compete al Estado, y no dentro de las competencias que ostenta la Comunidad Autónoma; por lo que no cabe entender que tales obligaciones se encuen-

tran amparadas dentro del juicio de legalidad que compete a dichos operadores jurídicos, como señala el abogado de la Generalitat.

4.4. Sobre la invasión de competencias de otras Comunidades Autónomas

Sobre la posible invasión de competencias de otras Comunidades Autónomas parece evidente que cuando una norma, como hace el Decreto-ley 6/2020, circunscribe su ámbito de aplicación al territorio de su competencia, parece difícil aducir invasión competencial alguna de otra Comunidad, aunque sea de manera indirecta o tangencial. Lo anterior conduce a entender que la Sentencia es también razonable en este punto.

Ahora bien, lo anterior no obsta a que, en términos generales o más abstractos (esto es, fuera ya del concreto ámbito de los derechos de adquisición preferente sobre determinadas viviendas, participaciones sociales y transmisiones), podamos encontrarnos supuestos en los que la regulación sobre un bien jurídico determinado, localizado en un territorio autonómico específico, pueda trascender del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma donde se encuentra. Estoy pensando, por ejemplo, en regulación sobre determinadas materias en las que el bien sobre el que recae la norma de que se trate (i. e., una instalación eléctrica o una infraestructura de telecomunicaciones) se halle en una Comunidad Autónoma, pero que ese bien trascienda de dicha Comunidad al estar conectado o íntimamente relacionado con bienes ubicados en otras Comunidades. En estos casos, una normativa autonómica que incidiera sobre bienes ubicados en el territorio de dicha Comunidad, pero con "afectación" a otra, sería probablemente inconstitucional por invasión de competencias, no ya de esas otras Comunidades Autónomas afectadas, sino del Estado.

Con todo, no se obvia que, en un ámbito como el que se analiza en este comentario, sería de todo punto extraño encontrarnos con un supuesto de esta naturaleza.

4.5. Sobre la invasión de competencias en legislación sobre expropiación forzosa y sobre la vulneración del derecho de propiedad

El Recurso aborda la vulneración del derecho de propiedad desde una doble perspectiva: por un lado, entiende que existe una conculcación de competencias exclusivas del Estado por la privación de derechos de contenido económico y la regulación de la garantía patrimonial *ex* art. 33 CE, lo que supondría una invasión competencial en materia expropiatoria (art. 149.1.18 CE) y en la fijación de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE); y por otro, al margen de la invasión competencial, los Recurrentes entienden que el Decreto-ley 6/2020 infringe el derecho de propiedad.

En ambos casos, la razón de fondo reside en que, como señalan los Recurrentes, el art. 33 CE reconoce el derecho de propiedad, protegido frente a la acción expropiatoria de los entes públicos mediante la garantía patrimonial; es decir, mediante el pago de una indemnización para evitar el perjuicio en el patrimonio como consecuencia de una decisión administrativa que suponga la limitación de ese derecho. A este respecto, el Recurso pone de relieve que el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto regulados por el Decreto-ley 6/2020 se realiza con posterioridad a los desembolsos necesarios que efectúan las partes para alcanzar el acuerdo que después se so-

mete a conocimiento de la Administración, de modo que tales desembolsos —que, en definitiva, son costes de transacción (i. e., asesoramiento jurídico y técnico, funciones de auditoría, notarios, etc.)— no se encontrarían cubiertos por el Decreto-ley 6/2020, lo que supondría una privación patrimonial contraria a derecho.

Por consiguiente, los gastos que el propietario deja de percibir con ocasión de los derechos de adquisición preferente que ejerza la Administración se pueden concebir como una expropiación de regulación autonómica (invasión competencial) que se traduce en una privación patrimonial (vulneración del derecho de propiedad).

Respecto a la invasión competencial, lo cierto es que, en mi opinión, el Decreto-ley 6/2020 no constituye una verdadera norma sobre expropiación forzosa, que establezca una regulación sobre esta materia, de modo que, aunque la Sentencia no entra a valorar la cuestión por falta de argumentación del Recurso, cabe razonablemente entender que no existe invasión de las competencias exclusivas del Estado en este ámbito, sobre todo, habida cuenta de que la Comunidad Autónoma ostenta la competencia en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (arts. 16 y 49 EAV y 148.1.3 CE).

Por lo que respecta a la vulneración del derecho de propiedad, en su manifestación de garantía patrimonial (arts. 33 CE y 1 CEDH), si bien la Sentencia se centra en el contenido o aspectos materiales introducidos por el Decreto-ley 6/2020, en mi opinión, la vulneración radica más bien en una cuestión formal: a propósito del derecho de propiedad, el Decreto-ley 6/2020 vulnera el art. 86.1 de la CE.

A este respecto, es preciso señalar —como apuntaban los Recurrentes— que el derecho de propiedad, en su vertiente de la garantía patrimonial, se manifiesta en el Decreto-ley 6/2020 de manera sistemática al omitir mecanismo de compensación alguno, pero referirse la norma al precio pactado por las partes (arts. 2, 3, 4, 7, 8, 11 y 12).

Sentado lo anterior, a mi entender y como se anticipaba, la norma impugnada vulneraría el art. 86.1 CE, en relación con sus arts. 33.2 y 3, porque, a pesar de haber sido aprobada mediante un decreto-ley, afecta a los derechos y libertades de los ciudadanos recogidos en su Título I y, más concretamente, al derecho de propiedad.

Aunque la Sentencia no entra en este análisis y solo soslaya la cuestión material por entender que el Decreto-ley 6/2020 no impide la compensación de otros costes además del precio, lo cierto es que, sin perjuicio de ello, la norma impugnada no deja de estar afectando un derecho de los previstos en el capítulo II del título I de la CE, algo que solo puede hacerse mediante una ley formal. De hecho, el propio Tribunal ha anulado con anterioridad decretos-leyes autonómicos de contenido similar al que nos ocupa por estas razones (por todas, STC n.º 93/2015, de 14 de mayo —RTC 93— y STC n.º 16/2021, de 28 de enero —RTC 16—). A mi entender, esta circunstancia tendría entidad suficiente como para determinar la inconstitucionalidad del Decreto-ley 6/2020.

En todo caso, por mucho que la Sentencia dictamine que el Decreto-ley 6/2020 no solo no impide la compensación de otros gastos de transacción, sino que la favorece, lo cierto es que, en la práctica, la configuración de la norma sobre este particular plantea problemas de concreción que

puede abocar a los transmitentes afectados a una situación de perjuicio patrimonial. Y ello, como consecuencia de que, *de facto*, la compensación solamente contemple el precio, sin perjuicio de la ulterior acción de reclamación que los transmitentes puedan ejercitar a través de los cauces administrativos y judiciales que procedan.

5. Conclusión

La Sentencia abre la puerta, sin duda, a que otras Comunidades Autónomas promuevan la regulación de derechos de adquisición preferente en favor de la Administración pública autonómica, mediante la figura del decreto-ley, siempre y cuando quede justificada la existencia de colectivos vulnerables en relación con el acceso a la vivienda, en términos como los planteados por el Decreto-ley 6/2020. No obstante, habrá que estar al caso concreto.

En fin, sin perjuicio de cuanto se ha expuesto, y a pesar de la Sentencia y de que el Decreto-ley 6/2020 se viene aplicando por los operadores jurídicos y administrativos, el destino de dicha norma es ahora mismo incierto habida cuenta de que el grupo parlamentario de los Recurrentes ha accedido al Gobierno de la Comunidad Valenciana tras los resultados de las elecciones autonómicas del pasado 28 de mayo de 2023.

Notas

1 LORA GONZÁLEZ, Carlos; LÓPEZ IBÁÑEZ, Alberto (2020). Derechos de adquisición preferente de la Administración valenciana en ciertas transmisiones de viviendas. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 54, pp. 145-153.

España

AUDAX Y PRÉSTAMOS ICO COVID: LA RECIENTE DOCTRINA DE LA CNMC EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Isabel María Fernández Pérez

Abogada del Grupo de Coordinación de Derecho de la Unión Europea y de la Competencia de Uría Menéndez (Madrid)

AUDAX y préstamos ICO Covid: la reciente doctrina de la CNMC en la aplicación del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia

En los últimos años la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha aplicado cada vez más el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia para investigar, incoar e incluso sancionar prácticas presuntamente anticompetitivas por parte de empresas en España. Entre los expedientes incoados destacan dos de ellos en particular. Por un lado, el expediente S/0013/20: AUDAX Renovables es la decisión más reciente en la que las empresas investigadas han sido sancionadas. Por otro, el expediente S/0016/20: Préstamos ICO Covid es la decisión más reciente en la que se declara la no infracción y el archivo de las actuaciones. Ambos expedientes son una clara muestra de la reciente postura de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la aplicación de este artículo.

PALABRAS CLAVE:
Competencia, Competencia desleal, CNMC, Expediente, Ley de Defensa de la Competencia.

AUDAX and *Préstamos ICO Covid*, the CNMC's recent position on applying article 3 of the Spanish Competition Law

In recent years, the Spanish National Markets and Competition Commission has increasingly applied article 3 of the Spanish Competition Law to investigate, initiate and even sanction allegedly anti-competitive practices by companies in Spain. Among the proceedings initiated, two of them are particularly interesting. While AUDAX Renovables is the most recent decision that sanctioned the investigated companies, Préstamos ICO Covid *is the most recent decision that closed the proceedings because the court deemed that no infringement had been committed. Both cases are a clear example of the Spanish National Markets and Competition Commission's recent stance on when and how this provision applies.*

KEY WORDS:
Competition, unlawful competition, CNMC, file, Spanish Competition Law.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Fernández Pérez, Isabel María (2023). Audax y préstamos ICO COVID: la reciente doctrina de la CNMC en la aplicación del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 134-141 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

En los últimos años, el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la "LDC") ha sido aplicado con mayor frecuencia por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la "CNMC"). Para que una práctica se considere ilícita en virtud de este artículo, es necesario que sea un acto desleal conforme a la legislación contra la competencia desleal (esto es, conforme a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, la "LCD"), que tenga un impacto sobre la competencia del mercado (i. e., que falsee la competencia) y que afecte al interés público.

El pasado 10 de octubre de 2022 la CNMC resolvió sancionar a seis empresas energéticas por la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 LDC, en el expediente *S/0013/20 AUDAX Renovables*, tras varios años sin hacerlo (la última decisión de la CNMC en la que se acreditaba una práctica prohibida del artículo 3 LDC había sido el 20 de junio de 2019, en el expediente *S/DC/0552/15: AGIC*). Además, más recientemente, el pasado 2 de febrero de 2023, la CNMC resolvió por terminación convencional el expediente *S/0030/20 DKV Coberturas Autónomos*, de nuevo por prácticas relativas al artículo 3 LDC.

Por otro lado, en los últimos dos años la CNMC ha incoado otros seis expedientes, el más reciente de los cuales es *S/0016/20 Préstamos ICO Covid* de 22 de junio de 2023. Tres de ellos han sido archivados (incluyendo el recién mencionado de *Préstamos ICO Covid*) y el resto de los expedientes incoados aún no han sido resueltos por la CNMC (i. e., *S/0013/22 Google Derechos Conexos*; *S/0001/21 Plataforma de Subastas Electrónicas* y *S/0005/21 Booking*). Asimismo, desde el comienzo de 2022 la CNMC ha acordado la no incoación y el archivo de las actuaciones de ocho expedientes en los que ha investigado conductas que, desde su punto de vista, podían considerarse infractoras del artículo 3 LDC.

Cabe destacar que gran parte de los expedientes incoados se refieren a conductas que se investigaron únicamente en relación con el artículo 3 LDC. No obstante, la CNMC también ha investigado conductas relativas a este artículo en conjunción con el artículo 1 LDC (esto es, conductas colusorias) y el artículo 2 LDC (es decir, abuso de posición de dominio) en múltiples ocasiones. Destaca, por ejemplo, la decisión de no incoación y archivo de las actuaciones del expediente *S/0020/19 Título Electrónico Signe*, en el que la CNMC investigó conductas en relación con los tres artículos.

En suma, solas o acompañadas, sancionadas o archivadas, la CNMC ha intensificado la investigación por conductas potencialmente anticompetitivas de artículo 3 LDC, especialmente bajo el actual Consejo.

En el presente foro nos centraremos en la resolución por existencia de práctica prohibida de *AUDAX Renovables* y la decisión de archivo de *Préstamos ICO Covid*, que consideramos expedientes representativos de la reciente práctica de la CNMC.

2. S/0013/20 AUDAX renovables

La CNMC resolvió sancionar a seis empresas energéticas; por una parte, al productor y suministrador de energía AUDAX y, por otra, a sus empresas comercializadoras (el "Grupo AUDAX"), por la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 LDC. Las conductas sancionadas consistieron, a juicio de la CNMC, en la realización de prácticas comerciales fraudulentas de engaño y confusión para propiciar cambios de comercializador en favor del Grupo AUDAX en el segmento nacional de los suministros de electricidad y gas en España, desde enero de 2018 hasta octubre de 2021.

2.1. El expediente

La investigación se originó en una denuncia por EDP Energía y su comercializadora el 2 de abril de 2020. Durante los meses siguientes, la CNMC recibió nuevas denuncias tanto de clientes como de empresas competidoras.

Durante la investigación, la Dirección de Competencia recopiló un total de 2319 reclamaciones contra el Grupo AUDAX. Tras un estudio pormenorizado de las denuncias, la información pública al respecto, las rescisiones anticipadas de contratos con empresas del Grupo AUDAX y la evolución de su cuota de mercado, la CNMC determinó que entre enero de 2018 y octubre de 2021 se llevaron a cabo conductas consistentes en la captación de clientes de otras comercializadoras de luz y gas mediante las siguientes estrategias: la utilización frente a potenciales clientes del nombre o marca de su comercializadora de origen; la comunicación a los clientes de una actualización o renovación de la tarifa con su compañía de origen; el ofrecimiento de descuentos en la tarifa de los clientes anunciando que ello no comportaría un cambio de comercializadora; la comunicación de un cambio obligatorio de comercializadora debido a una supuesta desaparición de su compañía de origen o de un cambio de denominación de esta, y la comunicación de un cambio de facturación o de distribuidora.

2.2. La aplicación del artículo 3 LDC

Para que una práctica se considere ilícita bajo el artículo 3 LDC, es necesario que sea un acto desleal conforme a la LCD, que falsee la competencia y que afecte al interés público.

En primer lugar, en relación con la deslealtad de la conducta, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC recalca que el artículo 5 LCD establece las circunstancias en las que existen actos de engaño y el artículo 6 LCD hace referencia a los actos de confusión. La Sala razona que en ambos preceptos se tipifican conductas que inducen a error al destinatario y explica que la diferencia radica en que el 6 LCD recoge un supuesto más específico que el del artículo 5 LCD, ya que el error afecta a la identidad del oferente del bien o servicio. Asimismo, establece que el artículo 5 LCD exige dos requisitos: que el acto engañoso induzca o pueda inducir a error y que sea susceptible de alterar el comportamiento económico de sus destinatarios. Por su lado, el artículo 6 LCD se refiere a actos que eliminen o reduzcan la autonomía de decisión del consumidor por un error sobre la procedencia empresarial de los productos o servicios ofertados.

Respecto a los actos de engaño, y a juicio de la Sala, queda acreditado que las comercializadoras del Grupo AUDAX indujeron a error a numerosos consumidores mediante la facilitación de información falsa y engañosa que provocó que los consumidores solicitaran tramitaciones de cambio de compañía de comercialización de luz o gas. En cuanto a los actos de confusión, se acredita que el Grupo AUDAX en numerosas ocasiones se hacía pasar por representante de la comercializadora del consumidor. Por lo tanto, se considera acreditada la deslealtad de las conductas.

En cuanto a los dos últimos requisitos para considerar la conducta ilícita bajo el artículo 3 LDC, la Sala los estudia de manera conjunta y afirma que se produjo una afectación al interés público por falseamiento de la competencia. En particular, se centra en dos aspectos: que las conductas desleales se desarrollaron en los mercados de suministro minorista de electricidad y gas, ambos de especial relevancia por su carácter básico y esencial para el consumidor doméstico (más vulnerable), y que la dimensión de las prácticas fue de una entidad muy superior a las reclamaciones recibidas.

Por lo tanto, la Sala declaró la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 LDC, consistentes en la realización de prácticas comerciales fraudulentas de engaño y confusión, y sancionó al Grupo AUDAX por tales conductas.

2.3. Sanción y prohibición de contratar

En consecuencia, la Sala resolvió imponer una multa total de 9,2 millones de euros a las empresas investigadas. Respecto a la determinación del tipo aplicable, la Sala establece tipos distintos para cada empresa entre el 1 y el 2,5 % sobre su volumen de negocios total, y justifica su decisión afirmando que las conductas afectaron directamente a bienes de primera necesidad para los consumidores, que la infracción abarcó todo el territorio nacional y que la duración de la conducta fue desde enero de 2018 hasta octubre de 2021, entre otras razones. En cuanto a la valoración de la proporcionalidad, la Sala determinó que las sanciones a AUDAX y a una de sus comercializadoras propuestas por la Dirección de Competencia eran desproporcionadas en atención a sus ingresos

en el mercado afectado durante la infracción, por lo que redujo la cuantía de la multa respecto a ambas empresas.

Finalmente, la Sala decidió sancionar al Grupo AUDAX con la prohibición de contratar con el sector público. Cabe destacar que se trata de la primera vez que se aplica esta prohibición por la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 LDC. No obstante, la resolución no fija la duración y alcance de la prohibición de contratar, por lo que tales extremos deberán determinarse mediante un procedimiento instruido al efecto, cuya competencia corresponde al ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

3. S/0016/20 préstamos ICO Covid

La CNMC declaró la inexistencia de infracción y el archivo del procedimiento sancionador contra Caixabank, Bankia (ahora Caixabank), Banco Santander y Banco Sabadell, por presuntos actos de competencia desleal cometidos en la comercialización de los préstamos con avales ICO Covid a empresas y autónomos. En particular, se denunció que las entidades estarían aprovechando estos préstamos para exigir la contratación de productos adicionales (como seguros de vida) y refinanciar deudas preexistentes.

3.1. Contexto

Con la idea de paliar los efectos económicos del COVID-19, el Gobierno decidió regular una línea de avales para empresas y autónomos a la que podrían tener acceso a través de entidades financieras mediante la financiación de nuevas operaciones o la renovación de operaciones existentes. La primera norma sobre la materia fue el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 ("RDL 8/2020"), que disponía que las condiciones aplicables y los requisitos a cumplir se establecerían por acuerdos del Consejo de Ministros. A tal fin, se aprobaron un total de seis acuerdos. No obstante, este primer real decreto-ley no fue más que la primera iniciativa, ya que en los meses posteriores se continuó desarrollando la legislación sobre los avales; por ejemplo, destaca el Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo ("RDL 25/2020"), que también fue desarrollado por acuerdos del Consejo de Ministros.

Por otro lado, se celebraron contratos entre el Instituto de Crédito Oficial ("ICO"), entidad pública empresarial, y las entidades financieras (el "Contrato ICO"). Se trataba de contratos bilaterales marco que tenían por objeto establecer los términos y condiciones de la colaboración entre la entidad financiera y el ICO en relación con los avales ICO Covid. El Contrato ICO fue suscrito el 3 de abril de 2020 por todas las entidades investigadas en el expediente.

3.2. El expediente

El expediente se origina en una comunicación en el "Buzón Covid", que puso en marcha la CNMC en marzo de 2020, en la que se denunciaba la existencia de indicios de vulneración de las normas

de defensa de la competencia por parte de determinadas entidades financieras al conceder préstamos ICO Covid. El 6 de abril de 2020 la Dirección de Competencia inició una información reservada y el 3 de agosto de 2020 incoó el procedimiento. Cabe destacar que en 2022 la Dirección de Competencia concluyó que no se podía acreditar la existencia de prácticas prohibidas y elevó la propuesta de archivo, pero la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC consideró que era necesaria una mayor investigación y acordó la práctica de actuaciones y diligencias complementarias. Tras la realización de esas labores adicionales de instrucción, la Dirección de Competencia llegó a la misma conclusión y la Sala deliberó y falló el asunto en su reunión de 22 de junio de 2023, acordando el archivo del expediente.

Las conductas que fueron investigadas por la CNMC son tres. En primer lugar, la venta vinculada o condicionada (es decir, condicionar la venta de los préstamos ICO a que se compraran otros productos de la entidad financiera), que estaba prohibida por el Contrato ICO y por el acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de abril de 2020 que desarrollaba el RDL 8/2020. En segundo lugar, la refinanciación (es decir, la obligación de utilizar los nuevos préstamos para refinanciar deuda preexistente), que estaba prohibida en el Contrato ICO y en el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de julio de 2020 que desarrollaba el RDL 25/2020. Finalmente, la venta combinada o "con ocasión" (esto es, la mera venta conjunta de los préstamos y otros productos), la cual se mencionaba en el acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de abril de 2020. No obstante, el ICO se pronunció afirmando que "*no era una prohibición absoluta de venta de productos y servicios financieros*". Para ninguna de las conductas investigadas fue acreditada la existencia de una infracción del artículo 3 LDC, por lo que la CNMC archivó el expediente.

3.3. La aplicación del artículo 3 LDC

La CNMC hace un estudio pormenorizado de cada uno de estos requisitos para que una práctica se considere ilícita bajo el artículo 3 LDC.

En primer lugar, las conductas han de ser contrarias a la LCD. La Sala descarta la propuesta de la Dirección de Competencia de aplicar el artículo 4 LCD, que establece una cláusula general de prohibición de la competencia desleal, ya que considera que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que un acto contrario a la buena fe sea constitutivo de un acto de competencia desleal, es preciso tener en cuenta si se trata o no de un supuesto autónomo (es decir, si la conducta se encuentra tipificada en otro de los artículos de la LCD, el artículo 4 LCD no podrá aplicarse). A la vista de la situación, considera más adecuado realizar el análisis de las conductas desde la perspectiva del artículo 15 LCD, que regula precisamente un supuesto de competencia desleal por infracción de normas. Esto se debe a que las conductas investigadas habían sido prohibidas por los acuerdos del Consejo de Ministros antes mencionados. Cabe resaltar que la Sala afirma que los acuerdos del Consejo de Ministros reúnen los requisitos de imperatividad, generalidad y coercibilidad propios de una norma jurídica, dando por lo tanto una definición de norma jurídica de gran amplitud.

En particular, la Sala decide aplicar el artículo 15.2 LCD que recoge que "*tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial*". En este caso en particular, la Sala establece que se trata de normas

concurrenciales, ya que modelan las estrategias concurrenciales de los operadores económicos para promover la difusión de sus prestaciones, condicionan la posibilidad de promover la comercialización de los propios productos y limitan una posible estrategia de ventas que, en ausencia de tal prohibición, estaría permitida.

Asimismo, la Sala introduce una diferenciación interesante entre el nivel de prueba exigido para acreditar la infracción de normas respecto a ambos apartados del artículo 15 LCD. De esta manera establece que, a los solos efectos del artículo 15.2 LCD, será suficiente acreditar la existencia de la infracción de las normas concurrenciales, mientras que, para el artículo 15.1 LCD, es precisa la justificación adicional de que se ha producido una prevalencia de la ventaja competitiva significativa obtenida mediante la infracción de las normas. Este razonamiento parece separarse de lo que señala la Sentencia 304/2017 de 17 de mayo del Tribunal Supremo: "*La tesis enunciada en el encabezamiento del motivo del recurso, al afirmar que «para apreciar esta conducta desleal es suficiente la mera infracción de la norma concurrencial sin ulteriores requisitos» no es correcta, puesto que es pertinente y relevante valorar las circunstancias que concurren en el mercado en el que se produce esa posible infracción de la norma concurrencial*".

Respecto a la valoración de las tres conductas investigadas, la Sala considera que una hipotética venta condicionada o refinanciación serían conductas prohibidas, pero no considera acreditada su infracción a la vista de su escasa relevancia y número de denuncias al respecto. En cuanto a la venta combinada o "con ocasión", considera que la mera contratación adicional no es una infracción de la normativa reguladora y que la vulneración o no de la prohibición depende de la forma en la que se haya efectuado la contratación y, más en concreto, de si es o no a voluntad del contratante del préstamo o como consecuencia de una labor de comercialización activa. Finalmente, a diferencia de lo que ocurría en AUDAX, niega que existan indicios suficientes en cuanto a esta última conducta.

En segundo lugar, la Sala llega a la conclusión de que en cualquier caso las conductas no falsean la competencia. Las razones en las que fundamenta su conclusión con las siguientes: (i) solo se consideraría acreditada la existencia de actos aislados de competencia desleal que no pueden generar la necesaria afectación significativa; (ii) respecto a la supuesta venta vinculada, no se pudo calcular el peso de la venta de productos adicionales en relación con el total de productos análogos vendidos (p. ej., seguros); (iii) ninguna empresa de seguros actuó como denunciante o coadyuvante, y (iv) la intervención de la CNMC, la puesta en marcha del Buzón Covid y la publicidad pudieron tener un efecto neutralizador de las prácticas.

Finalmente, la Sala considera que, a la vista de la especial vulnerabilidad de los clientes en la contratación de estos préstamos y en un contexto de pandemia, podría haberse considerado una afectación al interés público, pero que, debido a la falta de conclusiones en los demás requisitos, no se considera acreditada la afectación.

En consecuencia, la CNMC resolvió declarar la inexistencia de infracción y archivar el procedimiento sancionador contra las cuatro entidades investigadas.

4. Diferencias entre ambos expedientes

Ambos expedientes se estudian a la luz de una infracción del artículo 3 LDC y de los tres requisitos necesarios para probar una conducta ilícita por este artículo, por lo que guardan cierta similitud. No obstante, las conductas de las empresas se tipifican bajo diferentes artículos de la LCD, por lo que el análisis de la infracción es diferente en cada caso. En cuanto a los requisitos de falseamiento de la competencia y afectación del interés público, la CNMC mantiene un enfoque similar en ambos expedientes. Es más, una de las razones principales por las que se determina la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 LDC en *AUDAX Renovables* es la dimensión de la conducta, que es precisamente una de las razones principales por las que se archiva el expediente *Préstamos ICO Covid*.

Asimismo, la propia CNMC hace en el expediente *Préstamos ICO Covid* una breve mención al expediente de *AUDAX Renovables*, comparando ambos casos. En el contexto de la venta combinada o "con ocasión", la CNMC determina que no existían suficientes indicios para concluir que las entidades financieras estuvieran llevando a cabo prácticas contrarias al artículo 3 LDC. Por el contrario, en *AUDAX Renovables*, la prueba indiciaria se construyó sobre la base del enlace de un conjunto de elementos: quejas y reclamaciones masivas de clientes, denuncias numerosas de competidores, traslados de clientes acreditados y actuación de organismos con competencias en la materia, entre otros.

Por lo tanto, y si bien ambos expedientes guardan algunas similitudes, no dejan de ser diferentes en cuanto al planteamiento y prueba de las conductas investigadas.

5. Consideraciones finales

Los anteriores expedientes no son más que una muestra de la reciente tendencia de la CNMC para investigar, incoar e incluso sancionar por prácticas relativas al artículo 3 LDC. El número de expedientes que han sido investigados en los últimos años hace pensar que se trata de una nueva tendencia del actual Consejo de la CNMC para poder investigar con libertad el comportamiento de las empresas que no encaja exactamente en los parámetros de los artículos 1 y 2 LDC. Las conductas desleales pueden ser de una naturaleza amplia y, al encontrase ligadas a una ley distinta como es la LCD, la CNMC tiene una mayor libertad para investigar conductas que puedan falsear la competencia.

La creciente aplicación del artículo 3 LDC es, por lo tanto, una tendencia que parece llamada a seguir aplicándose en el futuro.

España

CIRCULARES INTERNAS DEL BANCO DE ESPAÑA Y GARANTÍAS DEL PARTICULAR FRENTE A LAS VISITAS DE INSPECCIÓN: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 914/2023, DE 4 DE JULIO

Carlos Lora González

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

Circulares internas del Banco de España y garantías del particular frente a las visitas de inspección: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo n.º 914/2023, de 4 de julio

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo n.º 914/2023, de 4 de julio, confirma la legalidad de las Circulares internas del Banco de España 7/2011 y 2/2013, y declara su naturaleza como meras instrucciones para los agentes inspectores de esa Administración, y no como disposiciones reglamentarias. Este pronunciamiento tiene importantes consecuencias en relación con las garantías de los particulares frente al ejercicio de la potestad inspectora por el Banco de España, en particular en lo relativo a las visitas de inspección.

PALABRAS CLAVE:
Sector bancario, Sector financiero, Crédito, Supervisión, Supervisión administrativa, Facultades de supervisión, Inspección, Visitas de inspección, Potestad inspectora, Mecanismo Único de Supervisión, Banco de España.

Internal Bank of Spain bulletins and individuals' rights during on-site inspections: comments on the Spanish Supreme Court decision 914/2023

Recent Supreme Court judgment 914/2023 of 4 July confirms that the Bank of Spain's internal bulletins nos. 7/2011 and 2/2013 are lawful and holds that they are merely instructions for its own inspectors rather than general provisions. This decision has important consequences on an individual's guarantees during Bank of Spain inspections, particularly onsite ones.

KEY WORDS:
Banking sector, financial sector, credit, supervision, administrative supervision, powers of supervision, inspection, on-site inspections, inspection powers, Single Supervisory Mechanism, Bank of Spain.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Lora González, Carlos (2023). Circulares internas del Banco de España y garantías del particular frente a las visitas de inspección: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 914/2023, de 4 de julio. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 142-151 (ISSN: 1578-956X).

1. Objeto de la controversia: la naturaleza jurídica de las circulares internas 7/2011 y 2/2013

1.1. De acuerdo con el art. 10.1 del Reglamento Interno del Banco de España (el "BdE"), aprobado mediante Resolución de su Consejo de Gobierno 28 de marzo de 2000 (el "RIBdE"), las circulares internas son la clase jerárquicamente superior de normas internas que contienen la "*reglamentación de carácter básico y general, de obligado cumplimiento para todos los servicios*". Las circulares internas son aprobadas por la Comisión Ejecutiva del BdE y refrendadas por el gobernador.

Las circulares internas no se publican en el *Boletín Oficial del Estado* ("BOE"), sino simplemente "*remitidas a todas las oficinas y sucursales*" con antelación suficiente a su fecha de entrada que son en vigor "*para facilitar su previo conocimiento y estudio*". Por tanto, el contenido de las circulares internas no es de público conocimiento.

1.2. Según informa la nota de prensa emitida por el Departamento de Comunicación del BdE en fecha 1 de octubre de 2013[1], el 20 de septiembre de 2012 la Comisión Ejecutiva del BdE aprobó la Circular interna 2/2013, por la que se actualizaba la Circular interna 7/2011, de 26 de octubre, sobre Procedimientos aplicados en la Dirección General de Supervisión (la "Circular interna 2/2013" y la "Circular interna 7/2011", respectivamente).

El objetivo perseguido con la reforma consistía en implementar las conclusiones contenidas en el informe elaborado en fecha 16 de octubre de 2012 por una comisión interna constituida *ad hoc* y denominado *Análisis de los procedimientos supervisores del Banco de España y recomendaciones de reforma*[2] (el "Informe"). Este informe fue elaborado en cumplimiento de lo dispuesto en el punto 24 del Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012 (el "MoU sobre Política Financiera"), publicado en el BOE de 10 diciembre de 2012.

De acuerdo con el citado punto 24 del MoU sobre Política Financiara, España se comprometió, en el marco del mecanismo de ayuda arbitrado por la Comisión Europea, a reforzar el marco de supervisión bancaria en los ámbitos siguientes:

"*• Es preciso un ulterior refuerzo de la independencia operativa del Banco de España. Antes del 31 de diciembre de 2012, las autoridades españolas transferirán las competencias sancionadoras del Ministerio de Economía al Banco de España. Es más, antes de finalizar octubre de 2012, las autoridades españolas determinarán las posibilidades existentes de facultar al Banco de España para que emita directrices o interpretaciones vinculantes.*

• Los métodos de supervisión del Banco de España deberán perfeccionarse en función de una revisión interna formal. El Banco de España llevará a cabo una revisión interna de sus procedimientos de supervisión y decisión antes de finales de octubre de 2012, a fin de detectar deficiencias e introducir las mejoras precisas. En este proceso de revisión, el Banco de España verificará las recientes mejoras introducidas en los procedimientos de supervisión a fin de cerciorarse de que las conclusiones de las inspecciones realizadas in situ se traducen, rápida y eficazmente, en medidas correctivas. En concreto, las autoridades españolas analizarán la necesidad de realizar nuevas mejoras en la comunicación a los órganos decisores de las vulnerabilidades y riesgos del sistema bancario, a fin de garantizar que se introducen las correcciones pertinentes. Es más, las autoridades españolas se asegurarán de que los resultados de la supervisión macroprudencial se trasladan adecuadamente al proceso de microsupervisión y a las respuestas estratégicas pertinentes.

• Para finales de 2012, el Banco de España exigirá a las entidades de crédito que revisen y, si procede, preparen y apliquen estrategias para hacer frente al deterioro de activos. El Banco de España determinará la capacidad operativa de las entidades de crédito para gestionar atrasos, vigilará posibles anomalías operativas y verificará la aplicación de estos planes. La valoración de la idoneidad de las estrategias de reestructuración de préstamos se basará también en las conclusiones de auditores y consultores externos obtenidas durante el proceso de revisión de la calidad de los activos".

En términos jurídico-administrativos, el punto 24 del MoU sobre Política Financiera perseguía reforzar la eficiencia del BdE a la hora de ejercitar su potestad inspectora para que, en caso de detectar incumplimientos de la normativa de ordenación prudencial del sector del crédito, pudiera adoptar de forma rápida medidas correctivas que devuelvan a la entidad de crédito incumplidora a la observancia de las normas aplicables.

Con ese propósito, las Circulares internas 7/2011 y 2/2013 contienen reglas que regulan la actuación de los agentes inspectores del BdE cuando realizan visitas de inspección, tanto esporádicas como continuadas, en los locales de las entidades de crédito, e incorporan un trámite de comunicación informal de las recomendaciones resultantes de la inspección, sin perjuicio del eventual ejercicio por el BdE de las potestades correctoras que procedan.

2. El pronunciamiento del Tribunal Supremo

2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo n.º 914/2023, de 4 de julio (la "STS 914/2013"), resuelve el recurso de casación interpuesto frente a una previa sentencia de la Audiencia Nacional confirmatoria de una resolución sancionadora dictada por el BdE frente a una sociedad de garantía recíproca sujeta a su supervisión.

El recurso de casación resuelto por la STS 914/2023 planteaba dos cuestiones que presentan interés casacional objetivo: (i) la naturaleza de las Circulares internas del BdE 7/2011 y 2/2013 y, en particular, si estas disciplinan auténticos procedimientos administrativos de supervisión, así como los efectos de su hipotética vulneración; y (ii) si la infracción consistente en la falta de subsanación en el plazo concedido de las deficiencias advertidas por la autoridad competente constituye una infracción instantánea o continuada.

A efectos de la presente reflexión, solo resulta relevante el primero de los pronunciamientos.

2.2. La STS 914/2013 afirma que las circulares internas del BdE no constituyen en ningún caso disposiciones reglamentarias, sino que se trata de "*meras instrucciones de servicio a los agentes del Banco de España*". Así, el Alto Tribunal estima a este respecto que:

"*El examen de la circular 7/2011 desmiente las afirmaciones del recurrente de que las circulares controvertidas son auténticas normas reglamentarias que regulan la actividad de las entidades supervisadas. En efecto, ni los párrafos tercero y penúltimo del preámbulo a los que se refiere el recurrente ni los preceptos de la citada circular que incluye en su escrito y que subraya en aquello que le parecen normas que se dirigen a las entidades supervisadas, se refieren en lo más mínimo a éstas, sino que se refieren a los procedimientos que deben seguir los agentes inspectores en su actuación supervisora* (...).

En el artículo 2 de la circular que la parte reproduce y subraya profusamente, lo único que se advierte es una guía u orientación a los agentes supervisores de cómo deben actuar para la evaluación de los riesgos, y en ningún caso se prescribe la menor obligación o conducta vinculante a las entidades supervisadas.

Por ejemplo, en su apartado 1, referido al "riesgo inherente" el precepto establece lo que debe entenderse por los agentes supervisores como riesgo inherente y seguidamente, en el párrafo segundo, se prevé qué riesgos han de tenerse en cuenta para determinar dicho riesgo inherente. Pero, en todo caso, son indicaciones para la labor de supervisión e inspección y no de instrucciones o mandatos dirigidos a las entidades supervisadas. Y lo mismo puede decirse del resto del precepto.

En conclusión, la Sala no aprecia que se trate de normas dirigidas a terceros (las entidades supervisadas) y, en consecuencia, consideramos que no se trata de verdaderas normas reglamentarias pese a pretender ampararse en el artículo 10 del Reglamento interno del Banco de España" (fundamento jurídico tercero).

A la luz de lo expuesto, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en esta sentencia, las circulares internas no constituyen normas reglamentarias y, por tanto, no producen efectos sobre la esfera jurídica de terceros ajenos al BdE. Solo los empleados de este están obligados al cumplimiento de estas instrucciones y, por tanto, solo ellos deben soportar, en su caso, las consecuencias de su incumplimiento. Las entidades de crédito sobre las que el BdE ejercite sus potestades inspectoras no se encuentran vinculadas por el contenido de las Circulares internas 7/2011 y 2/2013.

3. Garantías procedimentales del particular frente las visitas de inspección realizadas por el BdE a la luz de la STS 914/2023

3.1. Como ocurre con toda potestad administrativa, el ejercicio la potestad inspectora debe sujetarse a ciertos límites constitucionales y legales. Esos límites constituyen las garantías con que el ordenamiento jurídico asiste al particular frente al ejercicio del poder administrativo, y cuyo cumplimiento o incumplimiento determina la validez o invalidez de los efectos jurídicos forzosos que ese ejercicio crea en la esfera jurídica del particular.

Así, principios como el de legalidad y de reserva de Ley[3], previo procedimiento (con las matizaciones que más adelante se indicarán)[4], revisión jurisdiccional[5], proporcionalidad[6] o respeto a los derechos fundamentales (particularmente, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones)[7] resultan de aplicación al ejercicio de la potestad inspectora.

Ahora bien, estos principios no operan en relación con el ejercicio de la potestad inspectora de la misma manera que operan en el contexto del procedimiento administrativo común. El necesario equilibrio entre la garantía del interés general al que sirve la potestad inspectora y las garantías de los particulares requieren que esos límites se apliquen como auténticos principios, esto es, como "estándares que no son normas", "mandatos de maximización" o "mandatos de optimización", cuya efectividad debe alcanzarse mediante reglas que garantizan la realización de esos principios en atención a la realidad a la que deben ser aplicados, en el sentido expresado por Dworkin[8] y Alexy[9].

En el ámbito de la potestad inspectora atribuida al BdE en el marco de la actividad administrativa de supervisión prudencial bancaria, las anteriores consideraciones son particularmente relevantes en relación con la aplicación del principio de previo procedimiento a la realización, por el BdE, de visitas de inspección en los locales de las entidades de crédito.

3.2. La regulación del ejercicio de la potestad inspectora del BdE en su manifestación de acceso a locales de las entidades se recoge en el art. 50.2-d) de la LOSSEC en los siguientes términos:

"*El Banco de España podrá* (...) *realizar cuantas inspecciones sean necesarias en los establecimientos profesionales de las personas jurídicas contempladas en la letra a), y en cualquier otra entidad incluida en la supervisión consolidada*".

La anterior previsión se complementa con la referencia a las inspecciones *in situ* que se recoge en el art. 55.2-d) de la LOSSEC, al referir, como contenido mínimo que debe incluir el programa supervisor, "*un plan de inspecciones* in situ *de las entidades de crédito*". Además, el art. 82 de la LOSSEC impone al BdE y a quienes presten servicios en él un deber de secreto que se extiende a los datos obtenidos en las inspecciones *in situ*, y el art. 92-i) de la LOSSEC reputa como infracción muy grave la negativa al ejercicio por el BdE de sus facultades supervisoras, "*siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto*"[10].

Así pues, de acuerdo con las anteriores normas, las visitas de inspección pueden ser planificadas (incluidas en el programa supervisor anual) o *ad hoc*, en respuesta a determinados eventos (cfr. arts. 55.2-d y 55.3-a de la LOSSEC), y son ejecutadas por inspectores del BdE dependientes de la Dirección General de Supervisión, sujetos a determinadas obligaciones profesionales. Sin embargo, las normas indicadas no contienen mayor detalle y, en particular, no dotan al sistema de normas procedimentales que, como consecuencia de la particular aplicación del principio de previo procedimiento al ejercicio de la potestad inspectora, permitan examinar adecuadamente cuándo el BdE respeta esta garantía de las entidades sujetas su supervisión.

3.3. La ausencia de normas reguladoras de la realización de visitas de inspección hace necesario desentrañar las reglas con arreglo a las cuales deben realizarse las exigencias los principios que limitan, en garantía de los particulares, el ejercicio de la potestad inspectora y, en particular, las que impone el principio de previo procedimiento.

A este respecto, cabría plantearse si esa laguna puede ser integrada por las Circulares internas 7/2011 y 2/2013, en la medida en la que, según trasluce de la nota de prensa, contienen pautas a seguir en la realización de esa clase de inspecciones. Pues bien, dado que la STS 914/2023 considera esas Circulares internas como meras instrucciones de servicio, con eficacia exclusiva *ad intra* del BdE, y no disposiciones generales, con eficacia *ad extra* sobre la esfera jurídica de las entidades de crédito, no resulta admisible entender que esas normas internas contienen las reglas que especifiquen cómo deben aplicarse los principios que limitan el ejercicio de la potestad inspectora en garantía de los derechos de los particulares. En consecuencia, el eventual incumplimiento de las pautas que contienen las mencionadas Circulares internas será relevante, en su caso, a efectos disciplinarios, pero no permitirá determinar si el BdE, al ejercitar la potestad inspectora, ha cumplido adecuadamente o no los principios que rigen su ejercicio.

Desde esta perspectiva, la decisión sobre la validez o invalidez de una determinada inspección deberá examinarse analizando en cada caso si la forma en la que el BdE ha ejercitado la potestad inspectora ha permitido la realización de los principios a que debe ajustarse ese ejercicio en toda la extensión en la que les sea posible operar en atención al objeto, contexto y finalidad de la inspección, según resultan estos delimitados por el acto de cobertura de la inspección[11].

3.4. La inexistencia de unas mínimas pautas conocidas por las entidades de crédito mediante las que se especifiquen la forma y el modo en la el BdE debe desarrollar las visitas de inspección puede generar cierta inseguridad jurídica a las entidades de crédito que deben soportarlas.

En mi opinión, sería deseable que el BdE dotara a sus inspecciones de mayor seguridad jurídica en la dimensión *ad extra* mediante, al menos, la publicación de un instrumento de *soft law* (al estilo

de lo realizado por el Banco Central Europeo —el "BCE"—[12]) que permita a los particulares conocer mínimamente cómo se desarrollarán las actuaciones inspectoras. A este respecto, la cláusula de convergencia contenida en el art. 50.3-c) de la LOSSEC[13] puede constituir un fundamento razonable para que el BdE aproxime sus prácticas supervisoras en materia de inspección a las del BCE y apruebe un instrumento semejante que permita a las entidades de crédito conocer las pautas con arreglo a las cuales se desarrollará la inspección.

4. El caso de los seguimientos continuados *in situ*. ¿Tienen las entidades de crédito obligación de soportarlo?

La calificación, por la STS 914/2023, de las Circulares internas 7/2011 y 2/2013 como meras instrucciones de servicio tiene una especial repercusión en el ámbito de los denominados seguimientos continuados *in situ* regulados en esas normas internas del BdE.

4.1. Como explica Izquierdo Carrasco, el seguimiento continuado *in situ* de entidades de crédito "*consiste en una presencia permanente en las dependencias de la entidad bancaria de personal del Banco de España realizando funciones de control e inspección*"[14]. En otras palabras, el seguimiento continuada *in situ* supone un control permanente de la actividad de la entidad de crédito inspeccionada desde los propios locales de esta, a los cuales se desplazan los inspectores del BdE[15].

La LOSSEC no contiene referencia al seguimiento continuado *in situ* como una manifestación ordinaria de la potestad inspectora. El art. 50.2-d) habilita al BdE a realizar "*cuantas inspecciones sean necesarias en los establecimientos profesionales*" de las entidades sujetas a supervisión, pero, en mi opinión, esta norma se refiere a la realización de visitas de inspección conectadas con un objeto, contexto y finalidad concretos, y no resulta suficiente para defender la permanencia continuada e indefinida de los agentes de la Administración en los locales de la entidad inspeccionada.

Solo el art. 55.3-b) de la LOSSEC[16], en el marco de las medidas que el BdE puede adoptar en el programa supervisor que elabora anualmente, y "*a la vista de los resultados de la revisión y evaluación supervisora*", contempla la posibilidad de que el BdE pueda acordar la "*presencia permanente en la entidad de crédito*". Pero esa "*presencia permanente*" se configura por al LOSSEC como una herramienta excepcional y reactiva para comprobar que la entidad de crédito reconduce su actividad por los estándares marcados en la ordenación prudencial y, en su caso, limitada al año de vigencia que tenga el programa supervisor en el que se enmarque la medida, y no como un comisionado permanente del BdE en las dependencias de la entidad.

4.2. En este contexto, la nota de prensa explica que la Circular interna 2/2013 contempla la figura del "seguimiento continuado *in situ*" en los siguientes términos:

"*En el caso de entidades en seguimiento continuado* in situ*, a principios de cada año se enviará escrito de comunicación de inicio del seguimiento a la entidad, se elaborará una nota previa con el*

alcance de los trabajos a realizar y se entregarán los correspondientes mandatos al equipo de inspección, de forma similar a como se viene haciendo en el caso de las visitas de inspección".

De este extracto puede concluirse que la Circular interna 2/2013 recoge la posibilidad de que el BdE realice seguimientos continuados *in situ* en las dependencias de las entidades de crédito y exige que, cuando ello se produzca, el BdE dicte y notifique a la entidad inspeccionada un acto administrativo ("*enviará escrito de comunicación de inicio del seguimiento a la entidad*") y delimite con claridad el objeto de la inspección ("*se elaborará una nota previa con el alcance de los trabajos a realizar*"). Sin embargo, la nota de prensa no aclara en qué casos puede el BdE someter a las entidades de crédito a un seguimiento continuado *in situ*.

Ahora bien, a la vista del resultado alcanzado por la STS 914/2023 en cuanto a la naturaleza jurídica de las circulares internas del BdE, ese contenido es indiferente para determinar la sujeción pasiva de las entidades de crédito a la potestad inspectora del BdE. Solo la LOSSEC, su normativa de desarrollo y las normas europeas relevantes pueden establecer limitaciones sobre la esfera jurídica de las entidades de crédito. Y, según se ha explicado, esas normas solo permiten este tipo de expedientes de manera excepcional, y siempre que se adopte una decisión en el marco del programa supervisor anual por resultar necesario para garantizar el adecuado cumplimiento de la ordenación por la entidad.

Por tanto, con independencia de lo que indique la Circular interna 2/2013, las entidades de crédito no se encuentran legalmente obligadas a soportar una presencia permanente en sus dependencias más allá del que venga predefinido por el programa supervisor, en los casos en los que excepcionalmente resulte conveniente para asegurar el buen fin de la supervisión. La imposición de las obligaciones dimanantes de un seguimiento continuado *in situ* fuera de ese contexto carecerá de anclaje legal y, en consecuencia, no será válido.

Notas

1 Disponible en https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/13/Arc/fic/presbe2013_47.pdf (enlace consultado el 14 de noviembre de 2023).

2 Disponible en https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/13/Informe_de_la_Comision_Interna_.pdf (enlace consultado el 14 de noviembre de 2023).

3 Según concluye García Ureta de su examen de la derogada LRJPAC (hoy sustituida, a los efectos que se abordan a continuación, por la LPACAP), la potestad inspectora encuentra correlato en el deber que pesa sobre todos los particulares de facilitar las inspecciones *"en los términos previstos en la Ley"* (art. 18.1 de la LPACAP), que exige que una norma de ese rango concrete dicho deber en un ámbito administrativo concreto. Y lo mismo ocurre con el deber de comparecencia ante la Administración, que solo será exigible *"cuando así esté previsto en una norma con rango de ley"* (art. 19.1 de la LPACAP) (cfr. GARCÍA URETA, Agustín (2006). *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons, pp. 80-84).

4 García Ureta identifica algunas garantías procedimentales propias del procedimiento administrativo común que pueden ser aplicadas en el seno del procedimiento inspector (necesidad de notificación del acto que delimita el objeto y el alcance de la inspección, por analogía con la notificación del acto de incoación del procedimiento administrativo sancionador: cfr. art. 64 de la LPACAP; o derecho de acceso al expediente: cfr. art. 13-d) de la LPACAP —hoy en día reforzado por la Ley 19/2013, a salvo de los secretos comerciales o profesionales—; cfr. GARCÍA URETA, Agustín (2006), *op. cit.*, p. 134). Para Rivero Ortega, las reglas del procedimiento administrativo común deberían ser igualmente predicables del procedimiento inspector, en particular por lo que al derecho a alegar de los particulares en cualquier momento del procedimiento se refiere (cfr. RIVERO ORTEGA, Ricardo (2000). *El Estado vigilante*. Madrid: Tecnos, pp. 183-189). También Rebollo Puig se sitúa en esta línea: cfr. REBOLLO PUIG, Manuel (2013). La actividad inspectora. En J. J. DÍEZ SÁNCHEZ (coord.), *Función inspectora*. Madrid: INAP, pp. 71-77.

5 *"Si la inspección impone a un sujeto un deber de información o de colaboración de cualquier género cabrá su impugnación por los medios generales"* (REBOLLO PUIG, Manuel (2013), *op. cit.*, p. 102).

6 Por todos, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2002). *La actividad administrativa de inspección*, Granada: Comares, pp. 130-132; RIVERO ORTEGA, Ricardo (2000), *op. cit.*, pp. 113-1115; o REBOLLO PUIG, Manuel (2013), *op. cit.*, pp. 69-71.

7 *Vid*. RIVERO ORTEGA, Ricardo (2000), *op. cit.,* pp. 115-132; y REBOLLO PUIG, Manuel (2013), *op. cit.*, pp. 77-99.

8 DWORKIN, Ronald (1993). *Los derechos en serio*. Barcelona: Planeta-De Agostini, pp. 72-80.

9 ALEXY, Robert (2022). *Los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, pp. 77-78.

10 *Vid.* CHINCHILLA MARTÍN, Carmen (2015). El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014. *RVAP*, n.º 102, pp. 52-60.

11 En mi opinión, la necesidad de que exista un acto administrativo debidamente notificado al particular que dé cobertura a la inspección se colige, además de las mínimas exigencias de los principios de previo procedimiento (en su adaptación modulada al ejercicio de la potestad inspectora por el BdE sobre la actividad crediticia) y de seguridad jurídica, el art. 92-i) de la LOSSEC, que tipifica como infracción muy grave la obstrucción a la actividad inspectora que contravenga un *"requerimiento expreso y por escrito al respecto"*. Por tanto, a contrario puede colegirse que, cuando los equipos se desplazan a la entidad (esto es, se llevan a cabo visitas de inspección), debe existir un mandato que haga las veces de acto administrativo de cobertura.

12 El BCE ha tratado de dotar de cierta pautas de actuación a la práctica de inspecciones *in situ*, mediante la aprobación de un instrumento de *soft law* denominado *Guía para inspecciones* in situ *e investigaciones de modelos internos*, de septiembre de 2018 en su última versión (disponible en: https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.osi_guide201809.es.pdf; enlace consultado el 9 de noviembre de 2023). Esta *Guía* no configura propiamente un procedimiento administrativo dirigido a la emisión de un acto administrativo que produzca concretos efectos sobre la esfera jurídica de los particulares, sino que se limita a coordinar las distintas manifestaciones de la potestad inspectora que se pueden durante la práctica de inspecciones *in situ*, garantizando de una parte los derechos de las entidades de crédito inspeccionadas y de otra parte el buen fin del proceso de inspección. Como consecuencia de ello, los efectos jurídicos propios de las distintas manifestaciones de la potestad inspectora que coordina la *Guía* se van produciendo enteramente durante todo el proceso de inspección (las entidades soportan el acceso de los inspectores, atienden a requerimientos de información verbales o escritos, exhiben libros o documentos, etc.), y las garantías de los particulares aplican durante todo él y para cada una de esas manifestaciones, con la necesaria flexibilidad que las exigencias de esta potestad instrumental requiere, según se expuso.

13 *"En el ejercicio de su función supervisora, el Banco de España deberá: (...) tomar en consideración la posible incidencia de sus decisiones en la estabilidad del sistema financiero de los demás Estados miembros de la Unión Europea afectados, particularmente en situaciones de urgencia, basándose en la información disponible en el momento de que se trate".*

14 IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, *op. cit.*, p. 515.

15 La doctrina ha criticado ampliamente la figura del seguimiento continuado *in situ* por no compadecerse con las notas definitorias propias de la potestad inspectora, como es la temporalidad de sus efectos jurídicos, y carecer de anclaje normativo expreso. Fernández Ramos señala que esta modalidad se aleja de la categoría de potestad inspectora para asemejarse más bien a la figura de "comisionado permanente" (*vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *op. cit.*, p. 57). Por su parte, Izquierdo Carrasco, aunque incluye esta figura entre las modalidades en que puede ejercitarse la potestad inspectora (porque lo cierto es que sucede), critica la figura porque *"esta modalidad de control supone un salto cualitativo en cuanto a la intrusión que origina en la actividad diaria de la entidad, que requiere una expresa previsión legal. Una cosa es que la Ley atribuya a la Administración una potestad para inspeccionar una entidad y otra que la Administración traslade de manera permanente a dicha entidad un personal inspector para la realización de funciones de vigilancia y control (...). Se trata de una de las actuaciones más restrictivas y de mayor intensidad de esta actividad de control administrativo (...). Esta modalidad de control supone un salto cualitativo en cuanto a la intrusión que origina en la actividad diaria de la entidad, que requiere una expresa previsión legal. Una cosa es que la Ley atribuya a la Administración una potestad para inspeccionar una entidad y otra que la Administración traslade de manera permanente a dicha entidad un personal inspector para la realización de funciones de vigilancia y control"*. Además, este mismo autor añade que la obligación a las entidades de crédito de soportar la presencia permanente de inspectores del BdE supone, en la práctica, la obligación de proporcionarles un espacio físico y unos medios materiales para

desarrollar su trabajo, lo que constituyen prestaciones personales de carácter patrimonial que también exigen por sí mismas reserva de Ley *ex* art. 31.1 de la Constitución (*vid.* IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, *op. cit.*, pp. 515-516).

16 Este precepto traspone el contenido en el art. 99.3-b) de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE.

España

LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS Y LA VENTAJA FISCAL A REGULARIZAR EN OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

Teresa Morales Gil, Silvia Iborra y Candela Pérez

Abogadas del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Valencia)

Los motivos económicos válidos y la ventaja fiscal a regularizar en operaciones de reestructuración empresarial

La Dirección General de Tributos ha acogido recientemente el criterio de los tribunales sobre los efectos de regularizar operaciones acogidas al régimen fiscal de neutralidad aplicable a fusiones y otras reorganizaciones empresariales. En concreto, analiza si la regularización de una operación de canje de valores puede dar lugar a la tributación de las plusvalías diferidas en el régimen de neutralidad. En su consulta, la Administración aclara que la norma antiabuso del régimen de neutralidad requiere de un examen global de la operación, sin que la ausencia de motivos económicos válidos pueda activarla automáticamente. En estos casos, además, la ventaja fiscal cuyos efectos se eliminarían en una eventual regularización por los órganos de comprobación e inspección no puede consistir en el diferimiento propio del régimen.

PALABRAS CLAVE:
Neutralidad fiscal, Reorganizaciones, Fusiones, Motivos económicos válidos, Abuso.

Valid economic reasons and the tax benefit to be regularised in business restructuring transaction

The General Tax Directorate has recently followed the courts' criteria regarding the effects of regularising transactions falling within the scope of the tax neutrality regime applicable to mergers and other reorganisations. It analyses whether the regularisation of a stock exchange transaction could lead to the taxation of deferred capital gains under the tax neutrality regime. In its consultation, the public authority clarifies that the anti-abuse rule under the neutrality regime requires a comprehensive examination of the transaction and cannot be automatically triggered in the absence of valid economic reasons. Moreover, in these cases, the deferral inherent to the neutrality regime cannot constitute the tax benefit that would be removed following a regularisation by the audit and control bodies.

KEY WORDS:
Tax neutrality, reorganisations, mergers, valid economic reasons, abuse.

FECHA DE RECEPCIÓN: 30-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 15-11-2023

Morales Gil, Teresa; Iborra, Silvia; Pérez, Candela (2023). Los motivos económicos válidos y la ventaja fiscal a regularizar en operaciones de reestructuración empresarial. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 152-161 (ISSN: 1578-956X).

1. La consulta

En su consulta vinculante V2214-23, emitida el 27 de julio de 2023 y publicada el 27 de septiembre de 2023, la Dirección General de Tributos (DGT) concluyó que la ventaja fiscal cuyos efectos deben eliminarse al apreciar que existe fraude o evasión fiscal en una reorganización acogida al régimen de neutralidad no es el diferimiento fiscal de la renta generada que es inherente al propio régimen. Asimismo, acogió el criterio de los tribunales al entender que la ausencia de motivos económicos válidos no activa automáticamente la cláusula antiabuso del régimen especial, sino que debe acreditarse que la finalidad principal de la operación era la evasión o elusión fiscal.

En esta consulta, la DGT analizaba el caso de una persona física que pretendía transmitir una participación del 60 % en una sociedad (A) a otra (B) íntegramente participada por el solicitante. Dos años después, A distribuiría los beneficios a B. Se explica en el escrito de consulta que A realiza una actividad económica a los efectos de la normativa del Impuesto sobre Sociedades (IS) y que los beneficios que se pretenden distribuir proceden de actividades económicas realizadas antes de la reorganización. Asimismo, se puntualiza que no existe ninguna intención de venta de las participaciones de la sociedad A, ni en la actualidad ni tras su aportación a la sociedad B.

La operación se realiza mediante una operación de canje de valores a la que resulta de aplicación el régimen de neutralidad fiscal previsto en el capítulo VII del título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), en las condiciones y con los requisitos establecidos en la norma. El régimen de neutralidad permite diferir la tributación de la plusvalías tácitas en las participaciones que se transmiten (esto es, las plusvalías de A derivadas de la participación en B) y exige mantener el valor fiscal que tuvieran en su transmitente (esto es, que B las registre al valor fiscal que tenían en el patrimonio de los socios que efectúan la aportación).

En este supuesto, la consultante preguntaba a la DGT si, en el caso de que la aportación fuese objeto de comprobación por la Administración y dicha comprobación denegase el régimen de neutralidad, la Administración tributaria debería liquidar a la consultante solamente el importe de los dividendos distribuidos por A (los beneficios no distribuidos acumulados antes de la aportación) o si, por el contrario, también se deberían hacer tributar las plusvalías tácitas de las participaciones de A aportadas.

Para responder a las cuestiones planteadas por la consultante, la DGT interpreta la mecánica del test de motivos económicos válidos como norma antiabuso y el concepto de ventaja fiscal. Respecto a lo primero, la DGT aclara que los motivos económicos válidos no constituyen un requisito *sine qua non* para aplicar el régimen de neutralidad, sino que su ausencia constituye una presunción de que la reorganización puede haberse realizado con el objetivo principal de fraude o evasión fiscal. Respecto a lo segundo, la DGT concluye que la ventaja fiscal a regularizar no puede consistir en el diferimiento propio del régimen de neutralidad. Ambas conclusiones se analizan a continuación.

2. El funcionamiento de la norma antiabuso del régimen de neutralidad

El primer análisis que realiza la DGT se centra en determinar las consecuencias de la ausencia de motivos económicos válidos en una reorganización acogida al régimen de neutralidad y sus efectos en la activación de la cláusula antiabuso de este régimen.

El régimen de neutralidad cuenta con su propia norma antiabuso para evitar que se utilicen este tipo de operaciones de manera fraudulenta para aprovechar ventajas fiscales. En concreto, el primer párrafo del artículo 89.2 de la LIS establece que el régimen de neutralidad no resulta de aplicación "*cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal*" y, en particular, dispone que "*el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal*". Esta norma antiabuso opera de manera específica para este régimen (como *lex specialis*), directamente derivada del derecho de la UE y, por lo general, sin que sea necesario acudir a la norma antiabuso general del art. 15 de la Ley General Tributaria (v. sentencias del Tribunal Supremo 463/2021, de 31 de marzo —ECLI:ES:TS:2021:1258—, y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 266/2022, de 1 junio —JT\2022\396—) para regularizar tributos cubiertos por la Directiva europea.

La consulta se remite a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 8 de marzo de 2017 en el asunto Euro Park (C-14/16), en la que el Tribunal ya había aclarado que la existencia de motivos económicos válidos no es un requisito para aplicar el régimen de neutralidad, sino que opera como una presunción de abuso, es decir, de que la operación puede haberse realizado por un objetivo de fraude o evasión fiscal. En esta sentencia, el TJUE recordaba que el artículo 15.1.a) de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al tras-

lado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, dispone que "*el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal*". A la vista del criterio asentado por el Tribunal, si bien esta cláusula legitima que los Estados miembros denieguen el régimen de neutralidad en situaciones de abuso, las autoridades nacionales no pueden aplicar el test de motivos como una norma de carácter general que opere automáticamente para denegar el régimen de neutralidad. En palabras del TJUE, las autoridades fiscales "*no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de dicha operación*". El Tribunal añade que corresponde al juez nacional comprobar si procede la aplicación del régimen de neutralidad fiscal atendiendo al conjunto de la operación y valorar si prevalecen los motivos económicos válidos sobre la ventaja fiscal que se adquiere.

En concreto, el TJUE entendió que una norma que exija de forma sistemática e incondicional que "*el contribuyente acredite que la operación en cuestión está justificada por un motivo económico y que no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscales, sin que la Administración tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba de la falta de motivos económicos válidos o de indicios de fraude o evasión fiscales*", resulta contraria al derecho de la UE (párrafo 56). A la vista de esta sentencia, puede concluirse que la ausencia de motivos económicos válidos opera meramente como un indicio de que la operación puede haberse realizado con una finalidad elusiva, sin que, por tanto, active automáticamente la norma antiabuso (García Novoa, 2023).

El TJUE abordó por primera vez esta cuestión en su sentencia de 17 de julio de 1997, en el asunto Leur-Bloem (C-28/95). En este asunto, la Sra. Leur-Bloem tenía previsto aportar sus acciones en dos sociedades neerlandesas (de las que era única accionista y administradora) a una sociedad *holding* de nueva creación para poder aplicar en el futuro una exención sobre cualquier ganancia obtenida con la transmisión de acciones y tener la posibilidad de compensar pérdidas en la sociedad *holding*. En esta sentencia, el TJUE reconocía que la Directiva autoriza a los Estados miembros a incorporar en su ordenamiento la presunción de fraude o evasión cuando se acredite que las operaciones no se efectúan por motivos económicos válidos, hecho que permitiría a las autoridades nacionales denegar la aplicación del régimen. No obstante, el Tribunal aclaraba que la aplicación de la presunción de fraude no es ilimitada, sino que, para respetar el principio de proporcionalidad, las autoridades deben realizar un examen global de la operación, sin que quepa el establecimiento de criterios generales predeterminados que califiquen como fraudulentas determinadas categorías de operaciones.

El criterio del TJUE sobre la mecánica del test de motivos económicos válidos se completa con varias sentencias posteriores en las que el Tribunal puntualiza que la existencia de una finalidad fiscal en la operación no conlleva directamente su calificación como fraudulenta, sino que deben tenerse en cuenta el resto de circunstancias y motivos de la operación. El Tribunal aclaraba que las autoridades fiscales pueden denegar el régimen únicamente cuando se constate que la operación persigue el fraude o la evasión fiscal, siempre y cuando el Estado haya incorporado la norma antiabuso del artículo 11.a) de la Directiva o exista en su ordenamiento una norma antiabuso de ca-

rácter general aplicable (sentencia TJUE de 5 de julio de 2007, asunto Kofoed (C-312/05)). En este sentido, la presunción de fraude opera en aquellos casos en los que, a pesar de concurrir motivos económicos válidos, como el ahorro de costes, el motivo preponderante es el aprovechamiento de las pérdidas fiscales de otra sociedad, cuestión que corresponde valorar al juez nacional (sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto Foggia (C-126/10)). Sin embargo, el TJUE ha sostenido que no cabe aplicar la cláusula antiabuso del régimen de neutralidad a supuestos en los que el contribuyente proyecta un montaje jurídico mediante una operación de reestructuración que permite evitar el pago de un tributo no contemplado en la Directiva, como el Impuesto sobre Transmisiones (sentencia de 20 de mayo de 2010, asunto Zwijnenburg (C-352/08)).

El análisis del TJUE resulta de aplicación también a situaciones puramente internas cuando el legislador nacional ha decidido, al adaptar el derecho nacional a las disposiciones de la Directiva, dispensar el mismo trato a situaciones puramente internas y a las que regula la Directiva, de forma que ha ajustado su legislación interna al derecho de la UE (Leur Bloem, párrafo 34). En palabras del Tribunal, "*según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho de la Unión con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse*" (Foggia, párrafo 21). Esto significa que, incluso en aquellas operaciones en las que intervengan sociedades residentes en el Estado miembro, sin que exista un elemento europeo transfronterizo, el TJUE tiene competencia para interpretar la idoneidad de la regulación conforme a derecho de la UE, al proceder de la transposición de la Directiva.

Asimismo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de noviembre de 2022 (rec. 89/2018 —ECLI:ES:TS:2022:4154—) señala que lo determinante es analizar si la operación tiene como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, es decir, conseguir una ventaja fiscal indebida, no si concurre un motivo económico válido, lo que implica que la Administración deba realizar un esfuerzo por acreditar si la operación tiene como finalidad el fraude o la evasión fiscal. En esta sentencia, el Tribunal Supremo mantiene su línea jurisprudencial al destacar la importancia de realizar un análisis global de la operación en el que los motivos económicos válidos van a servir para comprobar que no se persigue la evasión o fraude fiscal (v. sentencias de 16 de marzo de 2016, rec. 1815/2014 —ECLI:ES:TS:2016:1365—, y de 4 de julio de 2014, rec. 725/2012 —ECLI:ES:TS:2014:2863—). El hecho de que exista una ventaja fiscal no impide la aplicación del régimen especial, siempre que los motivos económicos sean preponderantes, correspondiéndole a los jueces internos valorar si prevalecen los motivos económicos válidos sobre la ventaja fiscal que se adquiere. De esta forma, el Tribunal Supremo critica "*la economía de opción inversa*", esto es, que la Administración defienda que solo sea legítima "*aquella opción entre las posibles, que se decanta por la mayor carga fiscal, de suerte que cabe identificar el fraude cuando no se favorece la mayor recaudación*". En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de 23 de noviembre de 2016 (rec. 3742/2015 —ECLI:ES:TS:2016:5177—) al considerar que no se puede rechazar el régimen de neutralidad si no existe fraude o evasión fiscal. Así, el TS señala que "*lo prohibido, lo que impide la aplicación del régimen especial de diferimiento no es más que se persiga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, nada más, y simple y llanamente para despejar posibles incógnitas de*

la concurrencia o no de dicho objetivo con la intensidad requerida, se establece la presunción vista, que no concurran motivos económicos válidos" (fundamento jurídico tercero). La sentencia añade que la existencia de motivos económicos válidos implica valorar no solo las circunstancias pasadas y coetáneas a la operación, sino también las posteriores.

Aplicando el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, la DGT entiende que la regularización de la operación solo puede hacerse tras un análisis del caso concreto, una vez que se ha determinado que la operación de reestructuración ha tenido como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscales, tras un examen global de la operación. La existencia de motivos económicos válidos en una reorganización permite acreditar que la operación no persigue el fraude o la evasión fiscal. En cambio, su ausencia no determina la aplicación automática de la cláusula antiabuso. Esta posición es coherente con la doctrina científica que ya había defendido que considerar que la ausencia de motivo económico válido como presunción *iure et de iure* de abuso sería contraria a la interpretación del TJUE (Marín Benítez, 2023).

Al igual que hemos visto con otras sentencias del Tribunal Supremo sobre normas antiabuso, la ausencia de motivos económicos válidos no puede eximir totalmente de la carga de la prueba a la Administración, que tiene que practicar un mínimo de actividad probatoria para concluir que el principal objetivo es el fraude o evasión fiscales. Este mismo año, el Tribunal Supremo ha fijado criterio sobre la carga de la prueba del abuso en el pago de dividendos a matrices europeas controladas por entidades localizadas en terceros Estados, jurisprudencia que señala que la carga de la prueba corresponde a la Administración (v. sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2023, rec. 6528/2021 —ECLI:ES:TS:2023:2652—; de 21 de junio de 2023, rec. 6522/2021 —ECLI:ES:TS:2023:2881—, y de 22 de junio de 2023, rec. 6517/2021 —ECLI:ES:TS:2023:2806—).

3. Los motivos económicos válidos

A diferencia de otras consultas, en este caso, el contribuyente no expone el razonamiento económico que justifica la operación para solicitar a la Administración que valore la existencia de motivos económicos válidos. No resulta sorprende si se tiene en cuenta que la Dirección General Tributos lleva, desde marzo de 2023, evitando pronunciarse sobre este punto en los siguientes términos:

"*La apreciación de los motivos por los que se llevan a cabo las operaciones de reestructuración son cuestiones de hecho que deberán ser apreciadas por los órganos competentes en materia de comprobación e investigación, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, tanto anteriores como simultaneas o posteriores, en línea con lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en reiterada jurisprudencia (ver, por todas, sentencia Euro Park Service, de 8 de marzo de 2017, en el asunto C-14/16)*" (v. consultas V0751-23, de 28 de marzo, y V1882-23, de 29 de junio).

Anteriormente, la DGT había admitido como motivos económicos válidos la centralización de recursos, el acometimiento de nuevas inversiones y el refuerzo y simplificación de la estructura

organizativa y patrimonial del grupo, la reducción de costes administrativos (consulta V2930-16, de 23 de junio de 2016, y V1226-18, de 10 de mayo de 2018), la optimización de recursos y la mayor facilidad para acceder a concursos públicos (consulta V1227-18, de 10 de mayo de 2018) y la planificación del relevo generacional o la intención de facilitar la entrada de nuevos socios a la entidad (consulta V1532-20, de 21 de mayo de 2020).

En otros casos, la DGT había validado incluso la obtención de algunas ventajas fiscales, como el acceso al régimen de consolidación fiscal en el IS, al régimen especial de grupo de entidades en el IVA (consulta V2930-16, de 23 de junio de 2016) o el cumplimiento de los requisitos para la aplicación del régimen de empresa familiar (consulta V0270-20, de 5 de febrero de 2020), aunque había rechazado otras, como la aplicación del régimen de entidades de arrendamiento de viviendas (consulta V4440-16, de 17 de octubre de 2016). También ha reconocido expresamente que, si bien el aprovechamiento de las bases imponibles negativas o deducciones pendientes de aplicar constituye una ventaja fiscal, este no invalida la aplicación del régimen especial en una operación de reestructuración si todas las sociedades son operativas y tras la reestructuración continúan realizando funciones, la operación mejora la situación financiera de la entidad, no existe un plan de liquidación de las actividades desarrolladas y el objetivo preponderante de la operación no es el aprovechamiento de esas bases imponibles negativas, sino que concurren otros motivos empresariales para llevar a cabo la operación (consultas V0476-20, de 27 de febrero de 2020; V1505-22, de 23 de junio de 2022; y V5468-16, de 28 de diciembre de 2016).

Este cambio en la forma en que la DGT trata la validez de los motivos económicos válidos, dejándolo como cuestión a revisar por los órganos de comprobación e inspección, deja al contribuyente sin posibilidad de plantear consulta y, con ello, dotar de seguridad y certeza jurídicas a las operaciones acogidas al régimen de neutralidad.

4. La ventaja fiscal a regularizar

La novedad más relevante de esta consulta es, quizás, que la Administración reconoce que, acogiendo el criterio del Tribunal Supremo, la ventaja fiscal a regularizar en estas operaciones no puede consistir en el diferimiento de las plusvalías tácitas de la operación.

Una vez comprobado que la operación se realiza con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal, las autoridades tributarias deberán eliminar los efectos de esa ventaja fiscal. En concreto, el segundo párrafo del artículo 89.2 de la LIS dispone que "*las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal*". Los cambios legislativos en la redacción de esta norma pueden llevar a poner en duda cuál es la ventaja fiscal que debe eliminarse, teniendo en cuenta que la finalidad y razón de ser de este régimen consiste en diferir las plusvalías inherentes a la operación para evitar que el tratamiento fiscal suponga un obstáculo a este tipo de operaciones (v. considerandos 2 y 3 de la Directiva).

Con carácter previo a la consulta, el Tribunal Supremo, en su sentencia 1503/2022, de 16 de noviembre de 2022, había señalado que la obtención de una ventaja fiscal es inherente al propio régimen de diferimiento (que se caracteriza por su neutralidad fiscal) y, por tanto, la ventaja fiscal prohibida, que se convierte en el objetivo y finalidad de la operación más allá de otros motivos económicos, debe ser distinta del propio aplazamiento fiscal. En este caso, la inspección reprochaba al contribuyente que no hubiera tributado por las plusvalías, considerando que la ventaja fiscal era el propio diferimiento, entendiendo que el mismo fin se hubiera obtenido si en lugar de las operaciones acogidas al régimen de neutralidad la reestructuración se hubiera realizado mediante la enajenación de las acciones.

El Tribunal Supremo rechazó con esta sentencia la interpretación de algunos órganos de comprobación o inspección tributaria que defendían que el diferimiento de rentas que se produce como consecuencia del régimen fiscal de neutralidad podría considerarse la ventaja fiscal perseguida.

La doctrina científica aplaudió este pronunciamiento del Tribunal Supremo en el entendimiento de que la neutralidad fiscal de este régimen no es solo lícita, sino que constituye el fin querido por la norma (García Novoa, 2023). Varios autores ya habían defendido esta tesis hacía varias décadas, puesto que, en palabras textuales, "*carece de sentido que la finalidad de una operación sea evitar unos impuestos que sólo se desencadenan si tal operación se lleva a cabo, de modo que si la operación no se hubiera realizado, tales impuestos nunca habrían existido*" (López Tello, 2000: 254). Las sentencias del TJUE posteriores confirmaban esta interpretación (López Tello, 2010). En otras palabras, el diferimiento de las plusvalías tácitas no puede ser la ventaja fiscal perseguida por la operación, puesto que, si la operación no se hubiera realizado, nunca se habrían generado tales plusvalías (Marín Benítez, 2023).

La DGT acoge este criterio en su consulta y concluye que el diferimiento se produce como consecuencia de la aplicación del régimen de neutralidad, cuyo objetivo es precisamente que el tratamiento fiscal no suponga un estímulo o un freno a este tipo de operaciones y, por tanto, no se puede identificar con la ventaja fiscal cuya persecución a través de este tipo de operaciones podría llegar a considerarse abusiva. Los órganos de comprobación e inspección no pueden regularizar la operación exigiendo a las sociedades intervinientes que tributen por las plusvalías tácitas que no habrían aflorado de no efectuar la operación.

Respecto al tratamiento de los dividendos, la DGT se limita a señalar que estos quedarán exentos si cumplen con los requisitos del art. 21 de la LIS (que regula la exención sobre sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español), sin pronunciarse sobre si, en el caso de una eventual regularización de la operación consultada, esta exención podría considerarse la ventaja fiscal a regularizar (Usón Vegas y Soteras Enciso, 2023: 5). Según señala la DGT, "*la identificación la ventaja fiscal perseguida es una cuestión de hecho, competencia de los órganos de comprobación de la AEAT, que requerirá, caso por caso, de un examen global de la operación de reestructuración de que se trate*". De esta norma, la DGT evitaba pronunciarse sobre este punto.

5. Implicaciones

La consulta de la Dirección General de Tributos supone un notable avance en la posición de la Administración al valorar la aplicación de la norma antiabuso en el régimen de neutralidad fiscal. Acoge la interpretación de los tribunales, tanto nacionales como de la Unión Europea, al entender que la ausencia de motivos económicos válidos en este tipo de operaciones no permite denegar automáticamente el diferimiento propio del régimen, sino invertir la carga de la prueba sobre la existencia de abuso, cuya concurrencia debe en todo caso ser examinada por las autoridades tributarias. Esta consulta se suma a otros pronunciamientos favorables al contribuyente en materia antiabuso recaídos en 2023, como son las sentencias del Tribunal Supremo sobre la carga de la prueba del abuso en el pago de dividendos a matrices de la Unión Europea. La conclusión de la DGT es especialmente relevante si se tiene en cuenta que la norma antiabuso del régimen de neutralidad no requiere, en principio, la tramitación del procedimiento de conflicto en la aplicación de la norma y que, por tanto, carece de las garantías que ofrece el informe de la comisión consultiva.

Esta consulta aporta, además, seguridad jurídica a una cuestión de enorme trascendencia en este tipo de operaciones, cuyo mayor riesgo en muchos casos será el afloramiento de plusvalías tácitas en las participaciones. La DGT aclara que la ventaja fiscal a regularizar ante una situación de abuso en este tipo de operaciones no es el diferimiento fiscal, que es una consecuencia inherente al régimen de neutralidad. Esta aclaración reduce el riesgo de que la Administración liquide el impuesto correspondiente a las plusvalías tácitas de la operación acogida al régimen de neutralidad. Sin embargo, se echa en falta una mayor claridad sobre cuál habría sido la ventaja fiscal concreta que se hubiera regularizado en el supuesto analizado y no dejar esta valoración a la intuición del contribuyente.

También se echa en falta, en esta y otras consultas, un pronunciamiento sobre la motivación económica de este tipo de operaciones, crucial a la hora de valorar el riesgo de litigiosidad, que la DGT ha renunciado a hacer, lo que no contribuye a generar seguridad en este tipo de operaciones, que suelen ser muy relevantes para los contribuyentes involucrados. El cambio en la posición de la DGT para evitar continuar pronunciándose sobre la validez de los motivos económicos de las reorganizaciones empresariales hace cada vez más necesario que se realice un análisis riguroso antes de realizar estas operaciones.

Bibliografía

GARCÍA NOVOA, C. (2023). Motivo económico válido y economía de opción. Sentencia *Securitas* del Tribunal Supremo. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 479, 45-64. https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.11573.

LÓPEZ TELLO, Jesús (2000). La cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores. En AA. VV.: *Los negocios anómalos ante el Derecho Tributario Español*. Madrid: Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

LÓPEZ TELLO, Jesús (2010). La cláusula antiabuso del régimen fiscal de fusiones tras la Sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, Modehuis A. Zwijnenburg BV, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 27.

MARÍN BENÍTEZ. Gloria (2023). Yo opiné antes. Yo opino ahora. Reflexiones sobre los motivos económicos válidos y las reestructuraciones empresariales. *FiscalBlog*, 08/09/2023. Recuperado de https://fiscalblog.es/?p=8670.

USÓN VEGAS, Blanca y SOTERAS ENCISO, José Ángel (2023), *La consulta vinculante 2214/2023 sobre la ventaja fiscal a regularizar en las operaciones FEAC*. Madrid: Grupo de Expertos en Impuesto sobre Sociedades y Contabilidad AEDAF.

España

LA DECLARACIÓN DE ZONAS DE MERCADO RESIDENCIAL TENSIONADO EN CATALUÑA

Joan Andreu Cortada y Rafael García-Perrote Martínez
Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona)

La declaración de zonas de mercado residencial tensionado en Cataluña

La entrada en vigor de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda el pasado 26 de mayo de 2023 introdujo una batería de medidas, entre las que destaca la declaración de zonas de mercado residencial tensionado, la cual es la piedra angular del sistema de limitación de rentas en los contratos de arrendamiento para uso de vivienda introducido en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos por la referida Ley por el derecho a la vivienda. El departamento competente en materia de vivienda del gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña procedió el pasado 11 de agosto a declarar 140 municipios como zonas de mercando residencial tensionado, siendo la primera de las diecisiete comunidades (y las dos ciudades) autónomas en efectuar tal declaración.

PALABRAS CLAVE:
Vivienda, Gran tenedor, Zona de mercado residencial tensionado, Cataluña, Arrendamiento de vivienda, Contención de rentas, Índice de precios de referencia.

"Stressed" residential market areas in Catalonia

Law 12/2023 of 24 May on the right to housing introduced a range of measures, including, most notably, the possibility of declaring "stressed" residential market areas, which, in turn, are the cornerstone of the price limitation framework on residential lease agreements that the abovementioned housing rights law introduced in the Urban Leases Law. On 11 August 2023, the competent housing authorities of the regional government of Catalonia were the first to apply this provision and declare 140 municipalities as "stressed" residential market areas.

KEY WORDS:
Housing, large homeowner, stressed residential market area, Catalonia, residential leases, rent control, price reference index.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Cortada, Joan Andreu; García-Perrote Martínez, Rafael (2023). La declaración de zonas de mercado residencial tensionado en Cataluña. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 162-173 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El pasado 24 de mayo de 2023 las Cortes Generales aprobaron la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (la "Ley de Vivienda"). Esta ley se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* ("BOE") el día 25 del mismo mes y entró en vigor al día siguiente de su publicación, esto es, el 26 de mayo. Entre las muchas novedades que esta ley introdujo[1] destaca especialmente la modificación de la Ley 19/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos ("LAU") para introducir en ella un sistema de contención de rentas en los arrendamientos de vivienda y la que será piedra angular de este: la declaración de zonas de mercado residencial tensionado ("ZMRT").

A raíz de esta habilitación, la Secretaría de Vivienda de Cataluña (orgánicamente dependiente del Departamento de Territorio y Sostenibilidad) inició el pasado 2 de junio de 2023 el procedimiento preparatorio para la obtención de la información necesaria para la declaración de diversos municipios como ZMRT.

El procedimiento para la declaración de ZMRT se inició como tal mediante resolución de la Secretaría de Vivienda de Cataluña en fecha 15 de junio de 2023 y culminó en fecha 11 de agosto con la resolución TER/2940/2023[2] mediante la cual se declaraban como ZMRT 140 municipios catalanes (la "Resolución")[3].

2. La declaración de ZMRT: concepto y caracteres

La declaración de ZMRT se regula en el artículo 18 de la Ley de Vivienda, que se ubica sistemáticamente en el título II relativo a la "*acción de los poderes públicos en materia de vivienda*", y define las ZMRT como "*aquellos ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población, en condiciones que la hagan asequible a para su acceso en el mercado, de acuerdo con las diferentes necesidades territoriales*"[4].

De conformidad con dicho artículo 18, la declaración de ZMRT requiere de la tramitación de un procedimiento "*por la Administración competente en materia de vivienda*"[5] (por tanto, a nivel autonómico) que incluirá necesariamente (i) un procedimiento preparatorio para recopilar la información oportuna sobre la situación del mercado residencial de la zona susceptible de ser declara como ZMRT; (ii) un trámite de información pública[6]; (iii) la motivación de la resolución en base a deficiencias/insuficiencias del mercado de vivienda en dicha zona para atender adecuadamente la demanda de vivienda habitual[7]; y (iv) la elaboración de una memoria que justifique que existe un riesgo de desabastecimiento de vivienda por producirse al menos una de las dos circunstancias siguientes: "*(a) que la carga media del coste de la hipoteca o del alquiler* (...) más los gastos y suministros básicos, supere el treinta por ciento (...) *de la renta media de los hogares o (b) que*

el precio de compra o alquiler de la vivienda haya experimentado en los cinco años anteriores (...)*, un porcentaje de crecimiento acumulado al menos tres puntos porcentuales superior al porcentaje de crecimiento acumulado del índice de precios de consumo de la comunidad autónoma correspondiente*"[8].

Una vez concluido el procedimiento y declarada una zona como ZMRT, esta lo será por un período de tres años y conllevará la redacción por la Administración competente de un plan específico que proponga las medidas necesarias para tratar de corregir los desequilibrios que hubieren podido identificarse y su calendario de desarrollo[9].

Además, se prevé la posibilidad de la cooperación entre el departamento ministerial competente en materia de vivienda y su contraparte autonómica para la elaboración de planes específicos para dichas ZMRT, los cuales se incorporarán al plan estatal de vivienda que estuviere vigente, para habilitar al Estado para promover fórmulas de cooperación con el sector privado a los efectos de estimular la oferta de vivienda asequible, adoptar medidas de financiación que favorezcan la contención o reducción de precios y establecer ayudas públicas adicionales[10].

Asimismo, la declaración de una zona como ZMRT supondrá no solo que resulte de aplicación el régimen de contención de precios en los contratos de alquiler introducidos en la LAU por la disposición final 1.ª, apartado tres, de la Ley de Vivienda, sino también las obligaciones de colaboración y suministros de información por los grandes tenedores de vivienda en tales ZMRT[11], que la política de vivienda sea prioridad en la gestión patrimonial del Estado[12] o que, a falta del establecimiento de un objetivo y marco temporal específico determinado entre las Administraciones competentes, se deba alcanzar en veinte años un parque (mínimo) de viviendas destinadas a políticas sociales de un 20 % respecto del total de hogares[13].

3. Antecedentes: las áreas con mercado de vivienda tenso

Ahora bien, lo cierto es que esta medida ni es novedosa ni es la primera vez que se aplica, pues encuentra un antecedente directo en la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda[14] (la "Ley de Contención de Rentas"), que ya recogía una figura esencialmente equivalente (la declaración de áreas con mercado de vivienda tenso —"AMVT"—) y cuyo efecto último era el mismo (esto es, la aplicación de limitaciones a la renta en los contratos de arrendamiento para uso de vivienda).

Es importante destacar que, si bien el Tribunal Constitucional anuló[15] gran parte del contenido de la Ley de Contención de Rentas por motivos competenciales (a grandes rasgos —por no ser objeto del presente artículo—, por invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de derecho civil en lo que a la regulación de las bases de las obligaciones contractuales se refiere[16]), tal anulación no alcanzó a la sección primera del capítulo II relativa a la "*declaración de áreas con mercado de vivienda tenso*"[17].

A los efectos de la Ley de Contención de Rentas tienen la consideración de AMVT "*los municipios o partes de municipio que están especialmente en riesgo de no disponer de la suficiente dotación de viviendas de alquiler a un precio asequible que permita acceder a las mismas a toda la población*"[18], y esta situación de riesgo se da cuando concurre al menos una de tres circunstancias, siendo dos de ellas prácticamente idénticas a las recogidas en el art. 18.3 de la Ley de Vivienda y la tercera "*que la media del precio de los alquileres de vivienda experimente en dicha área un crecimiento sostenido claramente superior al de la media del territorio de Cataluña*"[19].

Por su parte, el procedimiento de declaración de las AMVT es virtualmente idéntico al de la declaración de ZMRT (pues, al final, son dos procedimientos administrativos encaminados a un mismo fin), aunque pueden destacarse las siguientes diferencias:

i. La autoridad competente para iniciar el procedimiento de declaración es, o bien el departamento competente de la Generalitat en materia de vivienda (esto es, la Agència de l'Habitatge de Catalunya), o bien, dentro de sus respectivos ámbitos territoriales, el Ayuntamiento de Barcelona o el Área Metropolitana de Barcelona, ya sea por iniciativa propia o a solicitud de los municipios que la integran[20].

ii. Se requiere, con carácter preceptivo, de un informe del ayuntamiento del municipio afectado (no así en la Ley de Vivienda).

iii. En la declaración como AMVT debe incluirse detalle sobre las actuaciones que la administración declarante (y, en su caso, la que instó la declaración) va a adoptar para tratar de revertir o mitigar la situación que motivó la declaración como AMVT (mientras que en la Ley de Vivienda no se especifica que este plan deba incluirse necesariamente a la declaración de ZMRT[21] —aunque sí deberá elaborarse tal plan específico de medidas de conformidad con el artículo 18.4 de la Ley de Vivienda—).

En cuanto a la duración, mientras que la Ley de Vivienda hace referencia a tres años susceptibles de prórroga[22], en la Ley de Contención de Rentas la declaración de AMVT es por el periodo que se disponga en la declaración, sin que este pueda exceder de cinco años[23]. Además, se prevé expresamente que la declaración como AMVT pueda ser revisada, ya sea para dejarla sin efecto, reducir su duración o prorrogarla ("*una o más veces*"[24]) en caso de que la situación así lo justifique y siempre que no sea por un periodo superior a su duración inicial.

Es importante destacar aquí que la disposición transitoria segunda de la Ley de Contención de Rentas declaró, por un periodo de un año, 55 municipios[25] como AMVT. Esta declaración estaba previsto que quedara sin efecto automáticamente al vencer dicho plazo, salvo que tales municipios, siguiendo el proceso previsto en la propia Ley de Contención de Rentas, fueran nuevamente declarados como AMVT. Así pues, llegado septiembre de 2021 y cumplido, por tanto, el año de vigencia inicial de la declaración transitoria, se produjo un aluvión de declaraciones de AMVT[26] (aunque en la práctica han quedado vacías de contenido tras la anulación del régimen de control de rentas regulado en la Ley de Contención de Rentas).

Por último, otro presupuesto fundamental de la Ley de Contención de Rentas —y una diferencia muy significativa respecto del régimen previsto en la Ley de Vivienda— es que para que un muni-

cipio pudiera declararse como AMVT es necesario (o, empleando el mismo vocablo que el art. 5 de la Ley de Contención de Rentas, "*se requiere*") que en toda el área afectada por la declaración como AMVT sea de aplicación el índice de referencia de precios de alquiler[27].

4. La declaración de ZMRT en Cataluña: algunas consideraciones

Como se ha esbozado en la sección 1, tras la entrada en vigor de la Ley de Vivienda, la Secretaría de Vivienda del Departamento de Territorio de la Generalitat de Cataluña puso inmediatamente en marcha el procedimiento de declaración de ZMRT en Cataluña, y entre sus principales hitos destacan los siguientes:

i. el 2 de junio, fecha en la cual emitió la resolución la Secretaría de Vivienda iniciando el procedimiento preparatorio dirigido a obtener la información relacionada con la situación de mercado residencial tensionado;

ii. el 15 de junio, fecha en el que se inició el procedimiento para la declaración de las ZMRT y se emitió la memoria para la declaración de determinados municipios de Cataluña como ZMRT de acuerdo con la Ley de Vivienda (la "Memoria");

iii. el 22 de junio, fecha en la que se publicó en el *Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña* ("DOGC") el anuncio por el cual se sometía a información pública el procedimiento para la declaración de las ZMRT en Cataluña[28];

iv. el 10 de agosto, fecha en la que se emitió la memoria de valoración de las alegaciones presentadas en los trámites de información pública y audiencia en el procedimiento para la declaración de las ZMRT en Cataluña (la "Memoria de Alegaciones"); y

v. el 11 de agosto, fecha en la que se publicó la Resolución y en la que se emitió una versión actualizada de la Memoria, que recogía el resultado de la valoración de las alegaciones presentadas durante el trámite de información pública.

El total de municipios declarados como ZMRT fue de 140[29], que, según la Memoria, englobarían a un 80 % del total de la población de Cataluña[30].

Ahora bien, dado que la Resolución se limita a recorrer los principales hitos del procedimiento administrativo, a listar los fundamentos jurídicos en los que se fundamenta (esencialmente, la Ley de Vivienda, el Estatut de Cataluña y la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las admiraciones públicas de Cataluña) y a resolver los municipios que deben declararse como ZMRT, creemos que el documento que reviste especial interés en esta materia es, principalmente, la Memoria.

La Memoria lleva a cabo un recorrido por los criterios territoriales y demográficos empleados, más allá de los criterios previstos en el artículo 18.3 de la Ley de Vivienda, para la selección de los

municipios a valorar como ZMRT y que, en síntesis, consiste en incluir dentro de la lista de municipios potencialmente declarables como ZMRT todos aquellos que, conforme al plan territorial sectorial de la vivienda, han sido identificados como municipios con un potencial de crecimiento demográfico alto o muy alto (según los casos), lo que conformaría un total de 163 municipios[31].

A continuación analiza el cumplimiento de los requisitos para la declaración como ZMRT y concluye que de los 163 municipios inicialmente considerados solo 140 cumplen con tales requisitos, por ser estos en los que el esfuerzo para acceder a una vivienda —ya sea en alquiler o en propiedad— se sitúa en algo menos de un 33 % y, por tanto, por encima del 30 % al que refiere el art. 18.3.a) de la Ley de Vivienda (mientras que en las zonas no tensionadas rondaría el 27 %). Conviene destacar, no obstante, que estos porcentajes corresponden a 2020[32].

Una vez determinados los municipios a declarar como ZMRT, la Memoria entra en la que son, sin género de duda, las dos secciones de mayor relevancia, que no son otras que las relativas a la definición de gran tenedor y la determinación de las viviendas en las que será de aplicación el índice de precios de referencia.

En cuanto a la definición de gran tenedor, debe traerse a colación aquí el artículo 3.k) de la Ley de Vivienda, que lo define como a "*la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros*".

Ahora bien, tomando la habilitación de la segunda parte de este artículo 3.k) que prevé que "*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*", la Memoria[33] opta por reducir el concepto de gran tenedor a los propietarios de cinco o más inmuebles, aunque con expresa exclusión de los promotores sociales de vivienda[34] referidos en el artículo 51.2.a) y b) de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda (la "Ley de Vivienda de Cataluña").

Los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria ("API") de Barcelona, Gerona y Lérida, el Consejo de API de Cataluña y la Asociación de Agentes Inmobiliarios de Cataluña presentaron alegaciones contra la reducción en el número de viviendas para ser considerado gran tenedor, mientras que los ayuntamientos de Sabadell y el de Vilanova y la Geltrú solicitaron expresamente tal reducción (pues la versión inicial de la Memoria no preveía tal reducción, sino que fijaba el número de viviendas para ser considerado gran tenedor en más de diez).

Esta cuestión se resuelve en el apartado 3.20 de la Memoria de Alegaciones, en la que la Administración señala que, según los datos del Observatorio Metropolitano de la Vivienda sobre la concentración de la propiedad en Cataluña, un 7,7 % de todas las viviendas en alquiler pertenecen a propietarios que tienen entre seis y diez viviendas, por lo que la reducción en el número de viviendas necesario para ser considerado gran tenedor ampliaría significativamente el número de vivienda sujetas a las medidas previstas en la Ley de Vivienda. En consecuencia, acepta las alegaciones para la reducción y desestima las que solicitan no reducirlo.

Respecto de las viviendas en las que debe ser de aplicación el índice de referencia la Memoria dispone en su apartado 7 que alcanzará a:

A. Los nuevos contratos de alquiler de viviendas que sean propiedad de grandes tenedores que han estado arrendadas en algún momento en los cinco años inmediatamente precedentes a la declaración del municipio como ZMRT.

B. Los nuevos contratos de alquiler de viviendas que no hubieran estado arrendadas en algún momento en los cinco años inmediatamente precedentes a la declaración del municipio como ZMRT, con la excepción de aquellos supuestos en los que se trate de viviendas de nueva construcción o provenientes de un proceso de gran rehabilitación[35] cuando hayan obtenido el certificado de final de obra en los cinco años siguientes a la declaración del municipio como ZMRT (y siempre que para su construcción no se hayan otorgado subvenciones públicas).

   Según el apartado 7.2 de la Memoria, la extensión de la aplicación del índice a viviendas que no hubieren estado arrendadas tiene un fundamento doble, que sería, por un lado, el tratar de evitar importantes asimetrías en la oferta de alquiler y, por otro, moderar la evolución de los precios.

   Por otra parte, la exclusión de las viviendas de nueva construcción o que han sido objeto de un proceso de gran rehabilitación encuentra su fundamento en "*la necesidad de estimular el aumento en la oferta de vivienda de nueva construcción*"[36] (o, cabe suponer que, cuando menos, lo es para no desincentivar la promoción de vivienda de nueva construcción para destinarla al alquiler).

C. Los nuevos contratos de alquiler de viviendas que hubieran estado arrendadas en algún momento en los cinco años inmediatamente precedentes a la declaración del municipio como ZMRT, con la salvedad de que no será de aplicación la referencia a la renta del contrato anterior prevista en el artículo 17.6 de la LAU[37] cuando el contrato anterior:

   i. se hubiera formalizado antes del 1 de enero de 1995 (y, por tanto, antes de entrar en vigor la LAU);

   ii. sea un contrato formalizado en el marco de programas de alquiler social;

   iii. en el momento de su terminación tuviera una renta mensual un 25 % inferior a la que resulta del índice de precios de referencia (para prevenir que, por quedar sujeto a una renta "*muy inferior*"[38] al precio de mercado, se desincentive el poner la vivienda en alquiler);

   iv. estuviere sujeto a un régimen de protección oficial.

D. Los nuevos contratos de alquiler de viviendas de titularidad privada que han estado arrendadas en algún momento en los cinco años inmediatamente precedentes a la declaración

del municipio como ZMRT cuando el último contrato estuviera sujeto a un régimen de protección oficial, pero hubiera expirado la vigencia de su calificación como tal.

Al hilo de los supuestos referidos y, sobre todo, excluidos en el apartado (iii), debe tenerse en cuenta la alegación efectuada en el apartado 3.26 de la Memoria de Alegaciones en la que se solicitaba la no sujeción de tales supuestos al índice de referencia, la cual fue, sin embargo, desestimada por la Administración[39] con el argumento de que ni la LAU ni la Ley de Vivienda contemplan la posibilidad de excluir tales supuestos del régimen de contención de rentas previsto.

Ahora bien, lo que sí trata de corregir la Administración por vía de un acto administrativo de aplicación de la Ley de Vivienda es la deficiente técnica legislativa (muy posiblemente fruto del apresurado proceso legislativo para la aprobación de la Ley de Vivienda en vísperas de la disolución de las Cortes Generales) en la redacción del nuevo artículo 17.6 LAU que sujeta los contratos de arrendamiento a la renta del contrato anterior cuando se ubiquen en una ZMRT (sean o no los inmuebles propiedad de un gran tenedor), obviando que hay supuestos en los que la renta del contrato anterior puede, o bien ya estar sujeta a regímenes de contención de renta, o bien ser notablemente inferior a la renta de mercado y, por tanto, hacer antieconómico volver a arrendar dicha vivienda. En este punto, la Administración catalana toma como precedente directo el artículo 1.2 de la Ley de Contención de Rentas y le añade el supuesto referido en el apartado (iii)(c).

Asimismo, también pueden destacarse otras alegaciones a la declaración como ZMRT, tales como:

i. la solicitud de la no inclusión en el sistema de contención de rentas de viviendas con características especiales, tales como aquellas de más de 150 m^2 (como sí preveía la Ley de Contención de Rentas) o los que sean propiedad de personas en situación de vulnerabilidad[40];

ii. las que apuntan las consecuencias negativas que las medidas de contención de rentas pueden tener en el mercando del alquiler en las ZMRT[41]; o

iii. las que manifiestan la necesidad de articular un mecanismo de compensación para los propietarios[42].

Ahora bien, la Administración desestima todas ellas aduciendo respecto del supuesto (i) que ni la LAU ni la Ley de Vivienda contemplan tal posibilidad, y respecto de los supuestos (ii) y (iii) que tales materias no son objeto de análisis en este procedimiento ni forman parte de él.

Por último, debe hacerse referencia al índice de referencia de los precios de alquiler, que, como hemos visto, es la clave del sistema de contención de rentas (tanto en el previsto en la Ley de Vivienda como en el —anulado por inconstitucional— régimen de la Ley de Contención de Rentas).

La Ley de Vivienda introduce por medio de su disposición final primera, apartado seis, una nueva disposición transitoria en la LAU (concretamente, la séptima) que prevé que el sistema de contención de rentas previsto en el art. 17.7 de la LAU para grandes tenedores y vinculado directamente al índice solo será de aplicación una vez que se encuentre aprobado el sistema de índices de precios de referencia.

Para ello es necesario que se active lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley de Vivienda, esto es, que se conforme la base de datos para el desarrollo del sistema de índices de referencia, se establezcan los mecanismos de colaboración entre comunidades autónomas y organismos e instituciones competentes y, finalmente, que por resolución del departamento ministerial competente (por tanto, a nivel estatal y no autonómico) se apruebe tal sistema de índices de precios de referencia[43].

La cuestión aquí es que la Comunidad Autónoma de Cataluña dispone desde 2017 de su propio índice de referencia de precios de alquiler y, consecuentemente, la Memoria incluyó en la versión inicial de su apartado 7 que tal índice sería el de aplicación en Cataluña.

Ahora bien, numerosas entidades, tanto públicas (como el Área Metropolitana de Barcelona) como privadas (tales como la Asociación de Promotores y Constructores de Cataluña o el Consejo General de Cámaras de la Propiedad Urbana de Cataluña) cuestionaron la posibilidad de aplicar el índice de referencia de precios de alquiler catalán.

A los efectos de dilucidar esta cuestión, tal y como se expone en el apartado 3.18 y el apartado 5 (anexos) de la Memoria de Alegaciones, la Agència de l'Habitatge de Catalunya solicitó la homologación del índice aprobado por la Orden GAH/142/2017, de 5 de julio, "*para facilitar la aplicación inmediata de esta parte de la Ley*[44]", la cual no fue concedida por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana sobre la base de la que la Ley de Vivienda prevé un proceso específico de colaboración, en particular con aquellas comunidades que ya disponen de sistemas de referencia del precio del alquiler y que "*en las próximas semanas*"[45] se iniciará el procedimiento de colaboración, de modo que en el índice que se apruebe se tengan en cuenta las bases de datos y sistemas existentes, las especificidades territoriales y la coordinación técnica, así como la transparencia en la delimitación de la muestra para la determinación de los valores de referencia.

Tal negativa, que supone que el índice de referencia de los precios de alquiler existente en Cataluña no resulte de aplicación a los efectos de las limitaciones introducidas por la Ley de Vivienda y que, por tanto, quede en su actual papel informativo, llevó a ajustar la Memoria para eliminar la mención incluida en el apartado 7 a que el índice aprobado por la Orden GAH/142/2017, de 5 de julio, sería el aplicable en las ZMRT.

5. Consideraciones finales

Como ha podido observarse, ni el concepto de ZMRT resulta novedoso ni es la primera vez que algo así sucede en la Comunidad Autónoma de Cataluña. Además, dado el precedente de las AMVT en Cataluña a raíz de la Ley de Contención de Rentas, resultaba más que previsible que la Administración catalana fuera la primera en dar el paso para proceder a la declaración de las ZMRT. Sorprende, sin embargo, que el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana denegara la homologación —si quiera temporal— del índice de referencia de precios de alquiler existente.

Resulta positivo, no obstante, que la Administración catalana haya tratado de corregir en el marco del procedimiento de declaración de las ZMRT algunas de las omisiones en la redacción del nuevo artículo 17.6 de la LAU, pero, dado el diferente rango en nuestro ordenamiento jurídico de una y otra disposición (por un lado, una ley y, por otro, un acto administrativo de aplicación de esta), podemos aventurar que ello podrá ser fuente de futuras controversias entre arrendadores y arrendatarios.

Ahora bien, no debe olvidarse que el artículo 18 de la Ley de Vivienda (y, por tanto, la declaración de las ZMRT) ha sido objeto de varios recursos de inconstitucionalidad, fundamentalmente por entenderse que, bajo la pátina de la competencia exclusiva del estado, "*para regular 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, en este caso, en relación con el derecho de propiedad de la vivienda, pero también con el ejercicio del derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*"[46] prevista en el artículo 149.1.1.ª de la Constitución Española ("CE"), así como en las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (*ex*. art. 149.1.13.ª CE), lo que se está llevando a cabo realmente es un vaciamiento de la competencia exclusiva de las comunidades autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (*ex* art. 148.1.3.ª CE), por lo que el futuro de las ZMRT, y, consecuentemente, las zonas ya declaradas como tal en Cataluña, es incierto.

Notas

1 Véase ABAD LLORIA, Iván y 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.

2 Esta resolución se publicó en el *Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña* n.º 8984 de 22 de agosto de 2023.

3 Esta resolución ha sido recurrida en alzada ante la Consejera del Departamento de Territorio por el Consejo de Cámaras de la Propiedad Urbana de Cataluña, el Colegio de Administradores de Fincas de Cataluña, el Consejo de Colegios Oficiales de API de Cataluña, la Asociación de Agentes Inmobiliarios de Cataluña y la Asociación de Promotores y Constructores de Cataluña.

4 Véase el art. 18.1 de la Ley de Vivienda.

5 Véase el art. 18.2, párrafo primero, de la Ley de Vivienda.

6 El cual incluirá "*la información sobre la que se basa tal declaración, incluyendo los estudios de distribución espacial de la población y hogares, su estructura y dinámica, así como la zonificación por oferta, precios y tipos de viviendas, o cualquier otro estudio que permita evidenciar o prevenir desequilibrios y procesos de segregación socio espacial en detrimento de la cohesión social y territorial*" (art. 18.2.b de la Ley de Vivienda).

7 "*A precio razonable según la situación socioeconómica de la población residente y las dinámicas demográficas, así como las particularidades y características de cada ámbito territorial*" (art. 18.2.c de la Ley de Vivienda).

8 Véase el art. 18.3 de la Ley de Vivienda.

9 Véase el art. 18.4 de la Ley de Vivienda.

10 Véase el art. 18.5 de la Ley de Vivienda.

11 Véase el art. 19 de la Ley de Vivienda.

12 Véase la disposición adicional 2.ª de la Ley de Vivienda.

13 Véase la disposición transitoria 2.ª de la Ley de Vivienda.

14 La Ley de Contención de Rentas se publicó en el DOGC el 21 de septiembre de 2020 y entró en vigor al día siguiente, esto es, el 22 de septiembre de 2020.

15 Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional 37/2022, de 10 de marzo, y 57/2020, de 7 de abril.

16 Esencialmente, el Tribunal Constitucional entendió que (i) la autonomía de la voluntad es un principio informador del derecho civil que, en materia de arrendamientos, tiene su reflejo en la libre fijación de la renta arrendaticia por las partes (como recoge el art. 17 de la LAU); (ii) la renta en el contrato de arrendamiento se configura como uno de los elementos estructurales de dicho contrato, al definir el núcleo del régimen de derechos y obligaciones de las partes; y (iii) todo lo anterior lleva necesariamente a concluir que la libre fijación de la renta tiene la consideración de base de las obligaciones contractuales en materia de arrendamientos y que, por tanto, es de competencia exclusiva del Estado.

17 En consecuencia, la posibilidad de declarar AMVT en Cataluña conforme a la Ley de Contención de Rentas sigue vigente, aunque carece efecto práctico al haber sido declarada inconstitucional su principal finalidad, que no es otra que el régimen de contención de rentas en los contratos de arrendamiento para uso de vivienda.

18 Véase el art. 2.1 de la Ley de Contención de Rentas.

19 Véase el art. 2.1.a) de la Ley de Contención de Rentas.

20 En caso de coincidir dos Administraciones respecto de una misma área, corresponderá a la Administración más cercana, pero contando con la participación de las otras Administraciones competentes.

21 Y así lo ha entendido la Administración catalana, como resulta del apartado 3.4 de la Memoria de Alegaciones.

22 Véase el art. 18.2.d) de la Ley de Vivienda.

23 Véase el art. 4.2 de la Ley de Contención de Rentas.

24 Véase el art. 4.3 de la Ley de Contención de Rentas

25 Véase el anexo a la Ley de Contención de Rentas.

26 Véanse (i) la Resolución del pleno del Consejo Municipal de Barcelona de fecha 15 de septiembre de 2021, sobre la aprobación definitiva de la declaración de todo el ámbito del municipio de Barcelona como AMVT; (ii) la Resolución DSO/2812/2021, de 15 de septiembre, por la que se declaran diversos municipios como AMVT, que declaraba veinticinco municipios como AMVT y rechazaba la declaración respecto de seis; o (iii) la Resolución DSO/3832/2021, de 23 de diciembre, por la cual se declaran varios municipios como AMVT tenso respecto de diecisiete municipios.

27 Este índice fue creado por medio de la Orden GAH/142/2017, de 5 de julio, y determina un índice de precios de alquiler tomando como referencia la información disponible en el registro de fianzas de contratos de alquiler relativa a los tres años naturales anteriores. Este índice, que es notablemente anterior a la Ley de Contención de Rentas, tiene una función esencialmente informativa: debe hacerse constar en la publicidad del alquiler (art. 59 de la Ley de Vivienda de Cataluña), en la oferta y en el contrato de arrendamiento (arts. 61 y 62 de la Ley de Vivienda de Cataluña), y cumple una función informadora de la política de vivienda en Cataluña (art. 68 bis de la Ley de Vivienda de Cataluña).

28 De una duración de veinte días y durante el cual se dio audiencia a los ciento cuarenta municipios a declarar como ZMRT, así como a las entidades que aparecen listadas en el apartado 1 "Antecedentes" de la Memoria de Alegaciones.

29 Abrera, Alella, Amposta, Arenys de Mar, Arenys de Munt, Argentona, Badalona, Badia del Vallès, Balaguer, Banyoles, Barberà del Vallès, Barcelona, Berga, la Bisbal d'Empordà, Blanes, Cabrera de Mar, Cabrils, Caldes de Montbui, Caldes d'Estrac, Calella, Calldetenes, Cambrils, Canet de Mar, la Canonja, Canovelles, Cardedeu, Castellar del Vallès, Castellbisbal, Castelldefels, Cerdanyola del Vallès, Cervelló, Cervera, Corbera de Llobregat, Cornellà de Llobregat,

Cubelles, Esparreguera, Esplugues de Llobregat, Falset, Figueres, les Franqueses del Vallès, la Garriga, Gavà, Girona, Granollers, Guissona, l'Hospitalet de Llobregat, Igualada, la Llagosta, Lleida, Llinars del Vallès, Lloret de Mar, Malgrat de Mar, Manlleu, Manresa el Masnou, Matadepera, Mataró, Molins de Rei, Mollerussa, Mollet del Vallès, Montcada i Reixac, Montgat, Montmeló, Montornès del Vallès, Móra la Nova, Olesa de Montserrat, Olot, Palafolls, Palafrugell, Palamós, Palau-solità i Plegamans, el Papiol, Parets del Vallès, Pineda de Mar, Polinyà, Porqueres, el Prat de Llobregat, Premià de Dalt, Premià de Mar, Puigcerdà, Reus, Ripoll, Ripollet, la Roca del Vallès, Roquetes, Rubí, Sabadell, Salou, Salt, Sant Adrià de Besòs, Sant Andreu de Llavaneres, Sant Boi de Llobregat, Sant Celoni, Sant Climent de Llobregat, Sant Cugat del Vallès, Sant Esteve Sesrovires, Sant Feliu de Guíxols, Sant Feliu de Llobregat, Sant Fost de Campsentelles, Sant Fruitós de Bages, Sant Joan Despí, Sant Just Desvern, Sant Pere de Ribes, Sant Pol de Mar, Sant Quirze del Vallès, Sant Sadurní d'Anoia, Sant Vicenç de Montalt, Sant Vicenç dels Horts, Santa Coloma de Cervelló, Santa Coloma de Farners, Santa Coloma de Gramenet, Santa Margarida de Montbui, Santa Perpètua de Mogoda, Santa Susanna, Sarrià de Ter, la Seu d'Urgell, Sitges, Solsona, Sort, Tarragona, Tàrrega, Teià, Terrassa, Tiana, Tona, Torelló, Torredembarra, Torrelles de Llobregat, Tortosa, Tremp, Vallirana, Valls, el Vendrell, Vic, Viladecans, Vilafranca del Penedès, Vilanova del Camí, Vilanova i la Geltrú, Vilassar de Dalt, y Vilassar de Mar.

30 Concretamente 6.928.897 personas según el padrón de 1 de enero de 2022.

31 La Memoria incluye un informe de 25 de octubre de 2019 sobre la previsión de las necesidades residenciales en diferentes ámbitos territoriales de Cataluña que analiza las proyecciones de crecimiento poblacional entre 2018 y 2038 y el cual concluye que, en un escenario medio, habrá un crecimiento poblacional de, aproximadamente, 760.000 personas en Cataluña (sección 2.1, tabla 2-3) y que el número neto de hogares se incrementará en 496.290 (sección 4, primer guion) al tiempo que el número de habitantes por hogar descenderá de 2,44 a 2,31 (sección 2.2, tabla 2-12) con una tendencia estructural a hogares de menor tamaño y, con cada vez más frecuencia, de carácter independiente (sección 4, segundo guion, subapartado 3).

32 El hecho de que un buen número de datos a los que se hace referencia en la Memoria se refieran al periodo 2016-2020, unido al breve período entre la aprobación de la Ley de Vivienda y la elaboración de la Memoria, lleva a pensar que gran parte de estos datos son los que, en su día, se emplearon para la declaración de las AMVT en 2020-2021 y, en este sentido, en el apartado 3.22 de la Memoria de Alegaciones la Administración responde expresamente y de forma agrupada a diecisiete alegaciones —tanto de instituciones públicas (como el Instituto Municipal de Vivienda de Barcelona) como privadas— sobre los cálculos que justifican la declaración de ZMRT, alegando que se han empleado los datos más actualizados para cada fuente estadística y que es imposible disponer de información en tiempo real por requerir, para asegurar la calidad, un proceso de compilación, depuración, revisión y control que requiere de un cierto tiempo.

33 Véase la sección 6 "Definición de gran tenedor" de la Memoria.

34 A resultas de la alegación recogida en el apartado 3.21 de la Memoria de Alegaciones.

35 En aplicación de los criterios hermenéuticos de interpretación recogidos en el artículo 3 del Código Civil y, en particular, por cuestiones de sistemática, entendemos que para la definición del concepto de "gran rehabilitación" debe acudirse con carácter preferente a lo previsto en el artículo 3.h) de la Ley de Vivienda de Cataluña, que lo define como "*el conjunto de obras que consisten en el derribo de un edificio salvando únicamente sus fachadas o constituyen una actuación global que afecta a la estructura o al uso general del edificio o vivienda rehabilitados*".

36 Véase el apartado 7.2 *in fine* de la Memoria.

37 Debe tenerse en cuenta que, de conformidad con la nueva redacción del art. 17 de la LAU introducida por la Ley de Vivienda, las limitaciones establecidas en el nuevo apartado 6 de dicho artículo 17 se aplicarán a todo arrendador en una ZMRT, mientras que las medidas previstas en el nuevo apartado 7 de dicho artículo 17 solo serán de aplicación a los grandes tenedores.

38 Véase el apartado 7.3, subapartado 3.3 *in fine*, de la Memoria.

39 Presentada por la Asociación de Promotores y Constructores de Cataluña.

40 Véase el apartado 3.25 de la Memoria de Alegaciones.

41 Véase el apartado 3.2 de la Memoria de Alegaciones.

42 Véase el apartado 3.1 de la Memoria de Alegaciones.

43 Lo que deberá hacerse "*por ámbitos territoriales, considerando las bases de datos, sistemas y metodologías desarrolladas por las distintas comunidades autónomas y asegurando en todo caso la coordinación técnica*", según el apartado segundo de la disposición transitoria séptima de la LAU.

44 Véase el último párrafo de la carta incluida en el anexo 5.1 de la Memoria de Alegaciones.

45 Véase la carta incluida en el anexo 5.2 de la Memoria de Alegaciones.

46 Véase el párrafo tercero de la sección II de la exposición de motivos de la Ley de Vivienda.

España

EL REGISTRO CENTRAL DE TITULARIDADES REALES: CUESTIONES PRÁCTICAS E INTERROGANTES

Xavier Codina García-Andrade e Iñigo Ormaeche Lendínez
Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

El Registro Central de Titularidades Reales

El pasado 11 de julio de 2023 el Gobierno aprobó el Real Decreto 609/2023, por el que se crea el Registro Central de Titularidades Reales y se aprueba su Reglamento. El Registro centralizará los datos de titularidad real que se le declaren de manera directa y la información contenida en los demás registros con competencia en esta materia.

La aprobación de este Real Decreto trae consigo importantes novedades, desde nuevas obligaciones en materia de titularidad real a implicaciones en el ejercicio de la diligencia debida.

PALABRAS CLAVE:
Registro Central de Titularidades Reales, Prevención del blanqueo de capitales, Titular real, Obligación de declaración, Obligación de verificación, Acceso, Diligencia debida.

Centralised Beneficial Ownership Register

On 11 July 2023, the Spanish government created a centralised beneficial ownership register and approved its regulation (Royal Decree 609/2023). The register will centralise beneficial ownership information that it receives directly and that is registered with other competent registers.

This is an important development that brings with it new obligations and has connotations on beneficial ownership due diligence measures.

KEY WORDS:
Central Register of Beneficial Ownership, anti-money laundering, beneficial ownership.

FECHA DE RECEPCIÓN: 5-12-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 8-12-2023

Codina García-Andrade, Xavier; Ormaeche Lendínez, Iñigo (2023). El Registro Central de Titularidades Reales: cuestiones prácticas e interrogantes. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 174-183 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

A partir del 19 de septiembre de 2023, los operadores económicos, y no solo los sujetos obligados en materia de prevención del blanqueo de capitales, tienen nuevas obligaciones en materia de cumplimiento normativo. En esa fecha entró en vigor el Real Decreto 609/2023, de 11 de julio, por el que se crea el Registro Central de Titularidades Reales y se aprueba su Reglamento (el "Reglamento RCTR"). A través de esta norma, el Reino de España da respuesta, al menos formal, a la obligación recogida en los artículos 30 y 31 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, tras la modificación operada por la Directiva 2018/843, ("Directiva 2015/849") de contar con un Registro Central de Titularidades Reales ("RCTR").

Ocurre, sin embargo, que, en este momento inicial de su andadura, el RCTR está lejos de cumplir la función para la que fue creado: facilitar a los operadores el ejercicio de sus obligaciones de debida diligencia y permitir a las autoridades competentes concentrar información hasta ahora dispersa. No se vislumbra cuándo ocurrirá que el RCTR sirva para obtener información "*adecuada, precisa y actualizada*" (en términos del Reglamento RCTR).

El propio legislador nacional desconfía del RCTR recién creado. De hecho, poco antes de la aprobación de su Reglamento introdujo una modificación legislativa en la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo ("Ley 10/2010") en la que indicó a los operadores que, para cumplir con su diligencia debida, "*los sujetos obligados no se basarán únicamente en la información contenida en el registro, debiendo realizar comprobaciones adicionales*". No se entiende bien, entonces, que se hayan mantenido los artículos 9.1. y 9.6 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo ("Real Decreto 304/2014"), de los que hablaremos más adelante.

Ese difícil arranque se suma a una norma, el Reglamento RCTR, que ha creado más sombras que luces, exponiendo a los operadores económicos a una falta de seguridad jurídica significativa, lo que, a nuestro juicio, deberá tenerse en cuenta en eventuales procedimientos sancionadores.

Sentado lo anterior, en el presente trabajo se intentan exponer cuáles son las cuestiones más relevantes que se están planteando los operadores y cómo consideramos que podrían sortearse los obstáculos que el Reglamento plantea (siempre, claro, que ello sea posible).

2. Marco legal: el derecho de la Unión y la normativa interna aplicable

El punto de partida en el análisis es, necesariamente, el derecho de la Unión Europea. Así, el RCTR tiene su origen en la obligación que impone el artículo 30 de la Directiva 2015/849, que impuso a los Estados, ya en 2015, que se asegurasen de que "*la información a que se refiere el apartado 1 sobre la titularidad real se conserve en un registro central en cada Estado miembro*".

La referencia a un registro central de titularidades reales contenida en la citada Directiva se incorporó por primera vez a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril. Esa norma modificó la Ley 10/2010 para añadir el artículo 4 bis, que regula la información de titularidad real de las personas jurídicas, y también añadir las disposiciones adicionales tercera y cuarta, que prevén, respectivamente, la creación del RCTR y el acceso a él. Esa disposición adicional tercera de la Ley 10/2010 fue la que remitió a un desarrollo reglamentario la configuración del nuevo RCTR (ese desarrollo es, precisamente, la norma objeto de este comentario).

La única explicación al amplio lapso temporal que transcurrió entre el RDL 7/2021 y el Reglamento RCTR (2023) es que, entretanto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó su Sentencia de 22 de noviembre de 2022, asuntos acumulados C-37/20 y C-601/20, *Luxembourg Business Registers*, mediante la que anuló uno de los supuestos de acceso al registro, el que permitía al "*público en general*", en términos de la Directiva 2015/849 tras la reforma operada en 2018. Luego volveremos sobre esta decisión, pero baste aquí señalar que obligó al legislador español a modificar el régimen del RCTR previsto por la Ley 10/2010 a través del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio.

En definitiva, el cuerpo normativo que rige el RCTR se conforma por el artículo 30 de la Directiva 2015/849, las disposiciones adicionales tercera y cuarta de la Ley 10/2010, el Reglamento 304/2014 y el Reglamento RCTR.

Repárese, eso sí, en que las obligaciones derivadas del RCTR son independientes (aunque sin duda guarden relación con ella) de la obligación general recogida en los artículos 4 bis y 4 ter de la Ley 10/2010, que obligan a todos los operadores económicos a identificar a su propio titular real y mantener esa información a disposición de los sujetos obligados por la norma de prevención del blanqueo de capitales. El incumplimiento de esas obligaciones está ya recogido como infracción grave en el artículo 52 de la Ley 10/2010. En otras palabras, aunque el RCTR tarde en estar operativo, las obligaciones de autoidentificación y puesta a disposición son ya plenamente eficaces.

3. Ámbito subjetivo del RCTR

Los operadores objeto de las obligaciones que impone el Reglamento RCTR son los siguientes (art. 1.1 del Reglamento RCTR y disposición adicional tercera de la Ley 10/2010):

i. Todas las personas jurídicas españolas.

ii. Todas las entidades o estructuras sin personalidad jurídica que (a) tengan la sede de su dirección efectiva o su principal actividad en España, (b) estén administradas o gestionadas por personas físicas o jurídicas residentes o establecidas en España.

iii. Todas las entidades o estructuras sin personalidad jurídica "*como los fideicomisos tipo trust y entidades o estructuras sin personalidad jurídica análogas a los trust*" (a) que pretendan establecer relaciones de negocio, realizar operaciones ocasionales o adquirir bienes inmuebles en España; (b) que no estén gestionadas o administradas desde España u otro Estado de la Unión Europea, y (c) que no estén registradas por otro Estado de la Unión Europea.

Cuando un fondo (que es una estructura sin personalidad jurídica) quede capturado en alguno de los apartados anteriores, deberá declarar su titularidad real, pero el sujeto obligado a cumplir con esa obligación del fondo será la sociedad gestora, que, a su vez, puede verse obligada a hacer lo propio con su titularidad real (art. 1.5 del Reglamento RCTR).

Por otro lado, el Reglamento RCTR no se pronuncia de manera expresa en relación con las sucursales, lo que contrasta con las numerosas menciones a esta figura que se encuentran a lo largo de todo el texto de la Ley 10/2010. No obstante, entendemos que las sucursales están incluidas en el concepto de estructuras sin personalidad jurídica que tienen su sede en España, por lo que entrarían dentro del ámbito subjetivo del Reglamento RCTR.

4. Obligaciones de declaración, de verificación y de colaboración en la resolución de discrepancias

4.1. Obligación de declaración

El RCTR se nutrirá de la información de titularidad real que le sea suministrada de manera directa por los operadores jurídicos, así como de la contenida en los distintos registros con competencia en materia de titularidad real (los "Registros de Procedencia"). Según el artículo 1.3 del Reglamento son Registros de Procedencia "*los Registros de Fundaciones, Asociaciones, Cooperativas, Sociedades Agrarias de Transformación, y otros registros que puedan recoger la información de las personas jurídicas o entidades inscritas, así como la obtenida por la Base de Datos de Titulares Reales a cargo del Consejo General del Notariado y de los Registros Mercantiles gestionados por el*

Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, todas ellas fuentes fiables e independientes".

Esos Registros de Procedencia volcarán su información al RCTR en el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor del Reglamento. Una vez realizado este primer volcado, la información obrante en el RCTR se actualizará diariamente.

En este sentido, los operadores obligados a declarar su titularidad real (vid. apartado anterior) deberán suministrar al RCTR la información correspondiente, salvo que lo hagan a un Registro de Procedencia (art. 4 del Reglamento RCTR). Así, por ejemplo, no será necesario declarar la referida información en el RCTR si esta se declara en el Registro Mercantil (en la disposición transitoria única del Reglamento RCTR se prevé la aprobación de una hoja específica de declaración de la titularidad real que debe presentarse en el momento de depósito de cuentas).

En el caso de las sociedades mercantiles, el Reglamento RCTR establece que, si se producen cambios en su titularidad real, deberá presentarse una nueva declaración en el Registro Mercantil correspondiente en el plazo máximo de diez días a contar desde el siguiente a que tenga conocimiento del cambio. Sin embargo, no se prevé una regla similar respecto de los demás operadores que sí declaran sus datos a algún Registro de Procedencia. El Reglamento se limita a señalar que el RCTR se actualizará diariamente con la información obrante en los Registros de Procedencia (disposición adicional tercera del Reglamento RCTR).

En el caso de los operadores jurídicos que no declaren su titularidad real en un Registro de Procedencia, deberán suministrar la información al RCTR mediante una declaración en el plazo máximo de un mes desde su constitución. Si existe un cambio de titularidad deberá actualizarse la información en un plazo de diez días (art. 1.4 del Reglamento RCTR). Repárese en que este precepto no incluye a la base del Consejo General del Notariado, refiriéndose expresamente a aquellas entidades que no declaren su titularidad real en Registro Mercantil, o los Registros de Fundaciones, Asociaciones, de Cooperativas u otros donde estuvieran inscritas.

Además, en el caso de estas entidades la información deberá ser actualizada anualmente en el mes de enero a través de la correspondiente declaración y, en caso de que no se haya producido ningún cambio en la titularidad real, una declaración confirmando este extremo (art. 1.4 del Reglamento RCTR). Esta obligación de declaración anual se encuentra recogida en un precepto, el art. 1.4, dedicado a las entidades que no declaran sus datos al Registro de Procedencia. Por tanto, no es una obligación que deba extenderse al resto.

Parece, pues, que a las entidades que quedan al margen del circuito de actualización diaria se les somete a un régimen más pesado de comunicaciones.

4.2. Obligación de verificación

En caso de que los datos obrantes en el RCTR no sean todos los previstos en el artículo 4 del Reglamento RCTR, los operadores jurídicos deberán realizar una primera declaración complementaria en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor del Reglamento RCTR (disposición adicional

tercera del Reglamento RCTR). Esta declaración complementaria se hará por medios electrónicos a través de un formulario previsto a tal efecto. En el momento de escribir el presente artículo, no consta que dicho formulario haya sido aprobado.

Además, en el momento de escribir estas líneas tampoco consta que se haya producido el volcado de los datos desde los Registros de Procedencia (para el que, aquí sí generosamente, se prevé un plazo de nueve meses), por lo que difícilmente podrán los operadores cumplir con esta obligación.

En el momento de redactar estas líneas no hay manera de saber si los datos que obran en el RCTR son los previstos en el artículo 4 de su Reglamento. La única posibilidad de acceso que tienen los operadores en este momento es a través de la vía de acceso del 5.3 del Reglamento, que es una vía limitada que no proporciona la totalidad de los datos existentes.

4.3. Obligación de colaborar en la resolución de discrepancias

El RCTR justifica su propia existencia en que es un registro que debiera contener y ofrecer información "*adecuada, precisa y actualizada*" (art. 3.3 del Reglamento RCTR y 30 de la Directiva 2015/849). Ahora bien, puede ocurrir que las autoridades o los operadores usuarios del RCTR detecten discrepancias en los datos que constan en el RCTR, en cuyo caso deben ponerlo en conocimiento del RCTR (en el caso de los sujetos obligados, solo existe obligación de declarar la discrepancia cuando esta tenga origen en información que no proceda de los Registros de Procedencia, según establece el art. 3.5 del Reglamento RCTR).

El criterio para resolver tales discrepancias será el del principio del "*dato más relevante por su fecha o por la fiabilidad de la forma en que se ha obtenido*" (art. 3.3 del Reglamento RCTR). El Reglamento RCTR considera datos fiables los obtenidos a través de escrituras públicas de transmisión de acciones o participaciones sociales, actas notariales de titularidad real, los depósitos de cuentas y nuevas declaraciones de identificación de la titularidad real en caso de cambios en la titularidad real una vez depositadas las cuentas en el Registro Mercantil, y los Registros de Fundaciones, de Asociaciones, Cooperativas y de Sociedades Agrarias de Transformación.

Como se puede apreciar, el Reglamento se pronuncia de manera muy ambigua, sin dejar claro cuál de los dos criterios tiene mayor peso, si la fecha o la fiabilidad. Esa ambigüedad se decide unas líneas más adelantes, cuando el Reglamento termina afirmando que, a efectos de la información suministrada por el RCTR, tendrá prioridad el dato más reciente. Parece abandonarse así el texto del proyecto de norma, que se decantaba por el dato más reciente de entre los acreditados o, en su defecto, de los manifestados.

En todo caso, el RCTR proporcionará al operador el dato más reciente, sin perjuicio de que se aclare la discrepancia (tras resolver el procedimiento de discrepancias, el RCTR informaría en caso de que el dato final fuera distinto al proporcionado inicialmente, según establece el art. 3.4 del Reglamento RCTR). Ese procedimiento de resolución de discrepancia se inicia por el RCTR, que informa a los Registros de Procedencia correspondientes. Esos Registros comunicarán las discrepancias al operador y le requerirán para que, en el plazo de diez días, ratifique o realice una

nueva declaración ante el propio Registro de Procedencia requirente. El Registro de Procedencia remitirá al RCTR el nuevo dato y este actualizará su información.

En principio, el operador deberá tener en cuenta el dato que emita el RCTR, pues este será normalmente (o al menos debería ser) el más reciente. Ahora bien, cabe la posibilidad de que el operador haya recabado algún dato posterior al obrante en el RCTR —por ejemplo, mediante una declaración responsable o escritura posterior— y que, por tanto, el dato del RCTR no sea el más reciente. En este supuesto, es razonable que el operador tenga por bueno el dato más reciente y no el obrante en el RCTR, siempre que este último esté claramente desfasado y haya una explicación para ello. Será en ese ejercicio en el que habrá que valorar, además, la fiabilidad del dato más reciente. En cualquier caso, los operadores deberán valorar en cada caso conforme a criterios razonables qué dato es más fiable.

5. Relevancia del RCTR para cumplir con la diligencia debida

Una de las funciones principales del RCTR es facilitar el cumplimiento de la obligación de identificación del titular real que pesa sobre todos los sujetos obligados de la Ley 10/2010. Ese objetivo está hoy lejos de alcanzarse porque el RCTR está, en el momento de redactar estas líneas, no operativo plenamente.

La única evidencia que tenemos es que el acceso al RCTR a los efectos de identificar el titular real tiene un carácter obligatorio para todos los sujetos obligados de la Ley 10/2010. Así lo establecen de manera expresa la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2010 y el artículo 9.6 del Real Decreto 304/2014.

Ahora bien, la información obtenida del RCTR no será, casi nunca, suficiente. De hecho, solo será suficiente en caso de negocios o clientes sometidos a medidas simplificadas de diligencia debida (y solo si la información obtenida sea razonablemente satisfactoria y no ofrezca motivos de sospecha). En todos los demás casos, habrá que completar la información del registro con "*comprobaciones adicionales*" (disposición adicional cuarta de la Ley 10/2010). Por tanto, el novedoso artículo 9.6 del Reglamento 304/2014, que parecía indicar que el acceso a esas otras fuentes era facultativo ("*puedan realizar consultas*"), carece de sentido nada más nacer.

Si a lo anterior se suma lo previsto en el artículo 9.1 del Reglamento 304/2014 para los casos de riesgos superiores al promedio ("*documentación adicional o de información de fuentes fiables independientes*"), el cumplimiento de la diligencia debida se vuelve verdaderamente confuso.

Una posible solución al problema pasaría por plantear el ejercicio de identificación de titularidad real de la siguiente manera:

i. Clientes sometidos a medidas simplificadas de diligencia debida: suficiente con recabar la información que proporcione el RCTR, con las salvedades que realiza la propia norma.

ii. Clientes de riesgo bajo, pero no sujetos a medidas simplificadas: la información que proporcione el RCTR y "*comprobaciones adicionales*", que pueden consistir en búsquedas en fuentes fiables u obtención de declaraciones responsables. Téngase en cuenta que en el caso de clientes de riesgo bajo pueden encontrarse sociedades cotizadas (excluidas de la obligación de identificación del titular real), entes públicos (que carecen conceptualmente de titular real, como pueda ser una Administración pública), por lo que los casos en que realmente se aplique la obligación de identificación del titular real quedarán limitados a las entidades financieras no cotizadas que puedan presentar perfil bajo, donde tendrá sentido acudir al mecanismo de la declaración responsable como complementario del RCTR.

iii. Clientes de riesgo medio: la información que proporcione el RCTR y "*comprobaciones adicionales*". También pueden consistir en búsquedas en fuentes fiables y, según el caso, en una declaración responsable.

iv. Clientes de riesgo alto: el RCTR y "*documentación adicional o de información de fuentes fiables independientes*". Aquí la norma no se altera respecto de lo que se venía haciendo, si bien se añade el acceso al RCTR.

6. Acceso y excepciones

El acceso al RCTR se producirá a través de una solicitud que deberá presentarse en la sede electrónica del RCTR. Dado que esta no cuenta en el momento de redactar estas líneas con todos los trámites previstos en el Reglamento RCTR, se desconoce la forma que adoptarán tato el propio acceso como la información a la que se acceda.

6.1. Sujetos con derecho de acceso y alcance

El acceso al RCTR está reconocido a distintos sujetos, si bien su alcance variará en función de quien sea el sujeto solicitante (art. 5 del Reglamento RCTR).

Las autoridades, nacionales y de otros Estados miembros de la Unión Europea, con competencia en materia de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y de sus delitos precedentes podrán acceder al RCTR de forma gratuita y sin restricción (estas autoridades están enumeradas en el artículo 5.1 del Reglamento RCTR).

Estas autoridades, así como los notarios y registradores y sus órganos centralizados de prevención, podrán, en el ejercicio de sus funciones y previa acreditación, acceder al dato vigente sobre la titularidad real, a los datos históricos obrantes en el RCTR y a la naturaleza y alcance del interés real ostentado y de esa titularidad real. En concreto, en relación con la naturaleza y el alcance de la titularidad real, podrán acceder al dato de si esta se debe al control de la propiedad o al de su órgano de gestión y el porcentaje de participación, con inclusión, en el caso de propiedad indirecta, de la información sobre las personas jurídicas interpuestas y su participación en cada una de ellas.

En los mismos términos podrán acceder al RCTR las autoridades y organismos nacionales que gestionen, verifiquen, paguen o auditen fondos europeos, y cuyas funciones vengan determinadas en un Reglamento comunitario, así como la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Comisión Europea, la OLAF y el Tribunal de Cuentas Europeo cuando se trate de cuestiones relacionadas con fondos europeos. Es decir, estas autoridades podrán también acceder a toda la información señalada en el párrafo anterior.

También tienen reconocido el acceso al RCTR los sujetos obligados de la Ley 10/2010, acceso que será obligatorio para el cumplimiento de la obligación de identificación, información y comprobación de la identidad del titular real, para lo que deberán recabar certificación del RCTR o un extracto al respecto.

El interés legítimo de los sujetos obligados de la Ley 10/2010 se presumirá siempre que indiquen la causa de la consulta y que esta sea conforme con la finalidad del RCTR. Los sujetos obligados tendrán acceso a la información sobre la naturaleza y el alcance del interés real ostentado y de esta titularidad real. En particular, podrán acceder "*al dato de si la misma se debe al control de la propiedad o al del órgano de gestión de la misma y el porcentaje de participación, con inclusión, en el caso de propiedad indirecta, de la información sobre las personas jurídicas interpuestas y su participación en cada una de ellas*" (art. 5.2 del Reglamento RCTR).

Finalmente, también tiene derecho a acceder a la información del RCTR "*aquella persona u organización que pueda demostrar un interés legítimo en su conocimiento*" (art. 5.3 del Reglamento RCTR). Este interés legítimo se presumirá acreditado cuando se trate de medios de comunicación o de organizaciones de la sociedad civil que "*presentan relación con la prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo*", siempre que en la solicitud inicial acrediten su condición de tales (art. 5.3 del Reglamento RCTR).

En estos supuestos, la información a la que podrán acceder es más limitada. Así, podrán acceder exclusivamente a los datos identificativos de los titulares reales (no a los documentos) y a la naturaleza de la titularidad real, pero solo al dato de si esta obedece al control de la propiedad o al de su órgano de gestión. No podrán, por tanto, acceder a los datos históricos o al alcance de la titularidad real.

Pese a ser un presupuesto del acceso al RCTR, la norma no define qué es el interés legítimo. Tampoco lo define el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 22 de noviembre de 2022, que es de la que trae causa esta expresión.

6.2. Motivos de denegación del acceso

En el caso de las personas u organizaciones que puedan demostrar un interés legítimo, el acceso al RCTR podrá ser denegado motivadamente, siempre que concurra alguna de las siguientes causas: en primer lugar, cuando pueda exponer a la persona titular real a un riesgo desproporcionado, o a un riesgo de fraude, secuestro, extorsión, acoso, violencia o intimidación, u otros de análoga gravedad, o, en segundo lugar, si la persona titular real es menor de edad, con la capacidad limitada o sujeta a especiales medidas de protección. Estas dos causas no podrán motivar la denegación del

acceso solicitado por las autoridades enumeradas en los artículos 5.1 y 5.8 del Reglamento RCTR o por los sujetos obligados que soliciten el acceso para cumplir con sus obligaciones de identificación del titular real. La resolución por la que se deniegue el acceso será recurrible en alzada.

En todo caso, para que el acceso solicitado pueda ser denegado, es necesario que con carácter previo la persona interesada solicite la restricción de acceso a su información a la persona encargada del RCTR, que dispone de un plazo máximo de seis meses para resolver la solicitud, transcurrido el cual la solicitud se entenderá desestimada por silencio administrativo.

7. Consecuencias del incumplimiento

Cuando se incumpla la obligación de identificación e información al RCTR, "*por falta de identificación en la hoja de titularidad real o por falta de constancia de la hoja de titularidad real por omisión en el depósito de cuentas anuales*", la consecuencia será el cierre registral por falta de depósito de cuentas previsto en el artículo 378 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (disposición adicional segunda del Reglamento RCTR). El Reglamento RCTR no especifica cuándo tendrá lugar dicho cierre registral, por lo que hay que estar a lo dispuesto en el citado artículo 378, de acuerdo con el cual, el cierre ocurrirá "*transcurrido un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas*".

Además de lo anterior, el incumplimiento de las obligaciones previstas en el Reglamento podrá dar lugar a una infracción administrativa. Dado que en la fecha de emisión del presente artículo la Ley 10/2010 no ha tipificado como infracción dichos incumplimientos, estos no son sancionables. Desde la óptica del principio de legalidad sancionadora (art. 25 CE), es del todo cuestionable la técnica legislativa en este punto, que remite al Ministerio de Justicia "*la determinación de la gravedad de cada una de las infracciones, la determinación de las posibles sanciones a imponer en relación con cada infracción, el establecimiento del procedimiento sancionador y la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora*" (disposición adicional tercera de la Ley 10/2010).

Portugal

DECRETO-LEI N.º 80/2023, DE 6 DE SETEMBRO. O PROCEDIMENTO EXCECIONAL DE ATRIBUIÇÃO DE CAPACIDADE DE LIGAÇÃO À REDE DE INSTALAÇÕES DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA EM ZONAS DE GRANDE PROCURA

Gonçalo Andrade e Sousa e Vera Galhardo Simões

Advogado e advogada estagiária da área de Direito Público da Uría Menéndez (Lisboa)

Decreto-Lei n.º 80/2023, de 6 de setembro. O procedimento excecional de atribuição de capacidade de ligação à rede de instalações de consumo de energia elétrica em zonas de grande procura

Através da aprovação do Decreto-Lei nº 80/2023, de 6 de setembro, o Governo instituiu um procedimento excecional para atribuição de capacidade de ligação à rede de instalações de consumo de energia elétrica em zonas de grande procura. O diploma visa potenciar as condições de acesso à rede necessárias para a concretização de investimentos industriais, superar eventuais constrangimentos de capacidade de ligação à rede, promover uma adequada gestão dos riscos associados aos investimentos necessários na rede elétrica nacional e garantir a previsibilidade de que aqueles investimentos industriais necessitam. Vem também reconhecer como zona de grande procura a zona territorial de Sines.

PALAVRAS-CHAVE:
Energia Elétrica; Procedimento Excecional; Investimento Industrial; Rede Elétrica De Serviço Público; Zona De Grande Procura.

Exceptional legal procedure for allocating connection capacity to electricity consumption facilities in high-demand areas

Decree-Law 80/2023 of 6 September provides an exceptional procedure for granting connection capacity to electricity consumption facilities in high-demand areas. This procedure aims to enhance the grid access conditions required to implement industrial investments, address potential grid-connection capacity constraints, promote proper risk management associated with the necessary investments in the national electrical grid, and ensure the necessary predictability for those industrial investments. It also designates Sines as a high-demand area.

KEY WORDS:
Electricity, exceptional procedure, industrial investment, public service electric grid, high-demand area.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Andrade e Sousa, Gonçalo; Galhardo Simões, Vera (2023). Decreto-Lei n.º 80/2023, de 6 de setembro. O procedimento excecional de atribuição de capacidade de ligação à rede de instalações de consumo de energia elétrica em zonas de grande procura. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 184-190 (ISSN: 1578-956X).

1. Introdução

Entrou em vigor no passado dia 7 de setembro o Decreto-Lei 80/2023 de 6 de setembro ("DL 80/2023"), que vem estabelecer o procedimento excecional de atribuição de capacidade de ligação à rede elétrica de serviço público ("RESP") de instalações de consumo de energia elétrica em zonas de grande procura, que não possa ser integralmente satisfeita nos prazos requeridos. Vem também reconhecer como zona de grande procura (e, por isso, sujeita ao procedimento excecional) a área territorial de Sines.

O DL 80/2023 procura, no contexto da transição energética, atingir três objetivos:

i. Superar eventuais constrangimentos de capacidade de ligação à rede;

ii. Promover uma adequada gestão dos riscos associados aos investimentos necessários na rede elétrica nacional;

iii. Garantir a previsibilidade que estes investimentos industriais necessitam.

Estão fora do escopo de aplicação deste diploma o acesso às redes pelos clientes em baixa tensão (BT), bem como os consumidores que pretendam uma capacidade de ligação igual ou inferior a 2 MVA.

2. Zona de grande procura

A aplicação do procedimento previsto no DL 80/2013 está limitada às "zonas de grande procura".

Para que uma zona de rede seja reconhecida como zona de grande procura, deverão os pedidos de ligação à RESP de novas instalações de consumo implicar prazos objetivamente superiores aos que resultem da concretização dos planos de investimento para aumento da capacidade das redes previstos para a zona em causa.

Ainda antes do reconhecimento de uma zona de rede como zona de grande procura, o operador da RESP deve (em coordenação com os diferentes operadores da RESP) procurar satisfazer a procura de capacidade de ligação à rede de instalações de consumo, quer reformulando, quer reforçando a rede, quer ainda tomando medidas de redespacho ou de flexibilidade.

Caso não seja possível satisfazer a procura de capacidade de ligação à rede de instalações de consumo nos prazos requeridos pelos clientes, mediante parecer da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos ("ERSE"), o operador da RESP elabora proposta de reconhecimento de uma zona de grande procura. Este reconhecimento –e consequente abertura do procedimento excecional– ocorre por despacho do membro do Governo responsável pela área da energia.

É de salientar que a identificação de dificuldades na satisfação da capacidade de ligação à rede de instalações de consumo pelo operador da RESP implica a não atribuição de nova capacidade até ao termo do referido procedimento excecional.

3. Fases do procedimento

O procedimento previsto no DL 80/2023 tem cinco potenciais fases:

i. Manifestação de interesse e apuramento de capacidade não utilizada;

ii. Prestação de caução;

iii. Apuramento da procura;

iv. Disponibilização e cedência de capacidade e avaliação da procura; e

v. Leilão para atribuição da capacidade disponível.

Apenas as três primeiras fases são obrigatórias, sendo a quarta e a quinta eventuais, dependendo da verificação de circunstâncias concretas.

O procedimento é tramitado pelo operador da RESP que identificou as dificuldades de satisfação da capacidade de ligação.

3.1. Manifestação de interesse e apuramento da capacidade não utilizada

O procedimento inicia-se com a promoção de uma consulta pública pelo operador da RESP com vista à manifestação de interesse pelos interessados na atribuição de capacidade.

A consulta pública é promovida no prazo de 5 dias a contar do despacho governamental que determinou a abertura do procedimento, devendo durar 10 dias.

Nesta manifestação de interesse deverão ser incluídos pelos interessados, para além dos elementos especificados pelo operador da RESP na abertura da consulta pública, uma calendarização do projeto a instalar, do plano de investimento e das necessidades efetivas de potência.

Durante o decurso do prazo de 10 dias para consulta pública, e em paralelo com esta, o operador da RESP deve identificar a capacidade de consumo atribuída, mas não utilizada, dentro da zona de grande procura em questão. Para estes efeitos, considera-se capacidade utilizada a correspondente à potência contratada, ou seja, à potência que os operadores das redes colocam à disposição no ponto de entrega de eletricidade, conforme previsto no regulamento tarifário do setor elétrico. A identificação da capacidade de consumo atribuída, mas não utilizada, é necessária para efeitos das (e caso tenham lugar as) duas últimas fases do procedimento.

3.2. Prestação de caução e apuramento da procura

Recebidas as manifestações de interesse e identificada a capacidade de consumo atribuída, mas não utilizada, no prazo de 5 dias após a cessação da consulta pública o operador da RESP notifica os interessados que participaram na fase de manifestação de interesse para que confirmem os termos da procura requerida. Esta confirmação implica a prestação de uma caução no prazo de 10 dias, sob pena de caducidade da manifestação de interesse.

A caução visa garantir os encargos com a reformulação ou reforço da rede nas zonas sujeitas a procedimento excecional de atribuição de capacidade. O apuramento do respetivo valor é definido pelo operador da RESP, computando os valores totais pelos interessados. Admitem-se, como meio de prestação de caução (com as necessárias adaptações) os previstos no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro, isto é: garantia bancária, seguro caução ou depósito bancário em conta titulada pelo operador da RESP destinada exclusivamente a esse efeito.

A caução poderá ser executada pelo operador da RESP caso a instalação de consumo incumpra prazos da calendarização definida na manifestação de interesse acrescidos do prazo de interpelação para o cumprimento. Findo esse prazo, o operador da RESP deverá solicitar à Direção-Geral de Energia e Geologia ("DGEG") autorização para executar a caução. A caução será executada na proporção do incumprimento atendendo à discrepância entre o estado da instalação de consumo e a calendarização a que se vinculou o interessado.

A caução prestada apenas será restituída no momento da ligação da instalação de consumo à RESP nos prazos previstos na calendarização. A caução será ainda restituída caso o interessado não obtenha, em sede de leilão (caso esta fase se chegue a verificar), capacidade que lhe permita

satisfazer as necessidades previstas na sua manifestação de interesse. A caução será, adicionalmente, reduzida na proporção do valor pago pelo interessado em sede de leilão, caso tenha aí adquirido capacidade.

3.3. Disponibilização e cedência de capacidade e avaliação da procura

No prazo de 10 dias contados da prestação de caução, o operador da RESP verificará se a capacidade resultante dos reforços e investimentos previstos para as redes nos respetivos planos de desenvolvimento é suficiente para satisfazer a procura resultante das manifestações de interesse.

Finda esta verificação, terá lugar um de dois cenários:

i. Caso a capacidade identificada pelo operador da RESP for suficiente, este último atribui aos interessados a capacidade indicada na manifestação de interesse, de acordo com a respetiva calendarização, celebrado com estes contrato para o efeito.

ii. Caso a capacidade não for suficiente, abre-se a fase de disponibilização e cedência da capacidade não utilizada.

No segundo cenário, os titulares de capacidade não utilizada (que foram identificados pelo operador da RESP no decurso da primeira fase do procedimento) são notificados para, no prazo de 10 dias:

i. Apresentarem prova de que a capacidade não utilizada é, ainda assim, necessária, devendo ser apresentada calendarização para efeitos dessa utilização (devendo a DGEG validar as justificações apresentadas e sendo o incumprimento da calendarização causa de caducidade dos contratos de ligação à RESP); ou

ii. Disponibilizarem voluntariamente a capacidade não utilizada para satisfazer a procura resultante das manifestações de interesse.

Findo este apuramento, caso a capacidade disponibilizada voluntariamente pelos titulares de capacidade não utilizada em conjugação com a capacidade resultante de reforços de rede, atentas as manifestações de interesse, seja suficiente, o operador da RESP atribui aos interessados a capacidade indicada na manifestação de interesse, de acordo com a respetiva calendarização, celebrado com estes contrato para o efeito.

Caso contrário, os titulares de capacidade não utilizada e não disponibilizada devem cedê-la obrigatoriamente, sendo o modo e a quantidade a ceder propostos pelo operador da RESP e aprovados pela ERSE. Antecipa-se que, caso venham a ocorrer casos destes, esta obrigação de cedência de capacidade não utilizada (seja ela temporária ou definitiva) será com grande probabilidade fonte de discórdia entre os respetivos titulares e o operador da RESP. E isto pese embora essa cedência seja objeto de compensação (que poderá, consoante as circunstâncias, ser fixada pela ERSE ou ser o resultado do leilão).

Caso a soma da capacidade disponibilizada e cedida por titulares de capacidade não utilizada em conjugação com a capacidade resultante de reforços de rede, atentas as manifestações de interesse, se mantenha insuficiente para responder à procura, segue-se o procedimento de leilão.

3.4. Leilão para atribuição da capacidade disponível

Sendo insuficiente para satisfazer a capacidade requerida nas manifestações de interesse, a capacidade disponível que foi sendo identificada ao longo do procedimento (quer por via de reforços de rede, quer por disponibilização voluntária, quer ainda por cedência obrigatória) é leiloada.

Assim, no prazo de 20 dias após o final da fase de disponibilização e cedência de capacidade e avaliação da procura, o operador da RESP promove leilão para atribuição da capacidade. Para o efeito, o operador da RESP elabora as peças procedimentais e submete-as à aprovação da ERSE, que dispõe de 5 dias para o fazer. O procedimento de leilão deverá estar concluído no prazo de 20 dias após a publicação do respetivo aviso e peças procedimentais.

Os interessados que não obtenham, em sede de leilão, capacidade suficiente para satisfazer as necessidades previstas na manifestação de interesse perderão a capacidade entretanto obtida. No entanto, estes interessados poderão apresentar um pedido de reconfiguração e recalendarização do seu projeto e respetivas necessidades de capacidade, ajustando-as à capacidade obtida no leilão.

4. Notas adicionais

Do DL 80/2023 cumpre ainda salientar três aspetos.

O primeiro é o de que a capacidade para consumo adquirida pelos interessados ao abrigo dos procedimentos previstos no DL 80/2023 não pode ser objeto de transmissão, o que se traduz numa expressão clara da incindibilidade entre o projeto e a capacidade alocada ao mesmo.

O segundo é o de que os projetos que beneficiam do estatuto de Potencial Interesse Nacional (PIN) ou que são financiados ao abrigo das Agendas Mobilizadoras e das Agendas Verdes para a Inovação Empresarial do PRR preferem aos restantes projetos na medida em que caso a capacidade resultante de reforços de rede e da capacidade disponibilizada ou cedida (i) for suficiente face à procura que resulta das manifestações de interesse destes projetos, então é atribuída a estes projetos a capacidade necessária; ou (ii) for insuficiente, o leilão é limitado aos referidos projetos.

O terceiro é o de que o DL 80/2023 vem, desde logo, reconhecer Sines como zona de grande procura, sendo, portanto, esta zona sujeita ao procedimento fixado neste diploma.

5. Conclusão

O DL 80/2023 vem dar resposta a uma carência normativa que já se fazia sentir em zonas em que a procura por capacidade de ligação excedia a oferta.

O diploma constitui um passo importante para oferecer aos promotores de projetos alguma certeza, se não quanto à obtenção de capacidade de ligação, pelo menos quanto ao modo como os mesmos a poderão obter. Adicionalmente, não obstante se anteciparem possíveis litígios relativamente à obrigação de cedência de capacidade não utilizada, o DL 80/2023 não deixará de incentivar uma gestão eficiente dessa capacidade por parte dos seus detentores. Finalmente, servirá, também, como modo de financiamento do setor elétrico, na medida em que a receita obtida nos leilões será deduzida aos proveitos a obter das tarifas do operador da RESP ou servirá para comparticipar o investimento que satisfaça a procura da capacidade em causa.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 63, diciembre 2023, pp. 191-201

Foro de Actualidad

Portugal

A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA: O ARRESTO DE BENS DE UMA SOCIEDADE PARA GARANTIA DE UMA DÍVIDA DE UMA PESSOA SINGULAR

Luís Bértolo Rosa e Mafalda Fuzeta da Ponte

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

A desconsideração inversa da personalidade jurídica: o arresto de bens de uma sociedade para garantia de uma dívida de uma pessoa singular

A desconsideração inversa da personalidade jurídica — reconhecida por alguns ordenamentos jurídicos, como é o caso do Brasil e dos Estados Unidos da América — vem sendo admitida e aplicada pelos Tribunais Portugueses, perante aquelas situações em que uma sociedade é utilizado como meio / instrumento para ocultar bens e ativos dos credores particulares de um terceiro, designadamente sócios (aparentes ou ocultos) ou pessoas com eles especialmente relacionadas. Neste artigo, é analisada a jurisprudência e a doutrina portuguesas, procurando identificar os casos em que pode operar o referido instituto.

PALAVRAS-CHAVE:
Desconsideração inversa da personalidade jurídica, arresto de bens de sociedade para garantia de dívida de pessoa singular, mistura de patrimónios, blindagem de ativos.

Reverse piercing of the corporate veil doctrine: seizure of company assets to guarantee an individual's debt

The Portuguese courts have admitted and applied the reverse piercing of the corporate veil doctrine — recognised by some legal systems, such as Brazil and the US — in situations where a company is used as an instrument to conceal assets from a third party's private creditors, notably the shareholders (including de facto shareholders) or closely related entities. This article analyses Portuguese case law and academic opinion, with a view to ascertaining when this doctrine applies.

KEY WORDS:
Reverse piercing of the corporate veil doctrine, seizure of company assets to guarantee an individual's debt, mixing assets, asset protection.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Rosa, Luís Bértolo; Fuzeta da Ponte, Mafalda (2023). A Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica: O Arresto de Bens de uma Sociedade para Garantia de uma dívida de uma Pessoa Singular. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 191-201 (ISSN: 1578-956X).

1. Enquadramento

É comumente aceite que o princípio da atribuição da personalidade jurídica às sociedades e de separação de patrimónios entre estas e os seus órgãos, não é um valor absoluto e não pode ser utilizado como forma de esconder práticas ilícitas, contrárias à ordem pública, em prejuízo de terceiros e com desvios ao seu fim social: de facto, "*hoje, os autores são concordes na visão da personalidade jurídica como «uma criação do direito», um «expediente jurídico», um «mecanismo técnico» ordenado a fins essencialmente práticos e limitado por esses fins. O conceito de personalidade não deve pois ser absolutizado nem demasiado abstratizado. Este não pode ter a posição dum feitiço*" (Coutinho de Abreu, 2006: 102).

Neste contexto, o instituto da desconsideração da personalidade coletiva é amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como um mecanismo criado para combater utilizações abusivas da personalidade coletiva, *"(...) devendo ser usado, se e quando, a coberto do manto da personalidade colectiva, a sociedade ou sócios, dolosamente, utilizarem a autonomia societária para exercerem direitos de forma que violam os fins para que a personalidade colectiva foi atribuída, em conformidade com o princípio da especialidade, assim almejando um resultado contrário a uma recta actuação (...)*" (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09.05.2019, relator Nuno Pinto Oliveira).

Ainda que o mencionado instituto não tenha uma consagração legal expressa, a sua utilização é justificada com recursos a grupos de situações nas quais é notável a utilização abusiva da personalidade coletiva. Em particular, ao longo do tempo, a doutrina e a jurisprudência têm agrupado as situações que são suscetíveis de desencadear o levantamento da personalidade jurídica nos seguintes grupos de casos: (i) o abuso da personalidade coletiva e o atentado a terceiros, (ii) as situações de subcapitalização da sociedade e, (iii) a confusão de esferas jurídicas, quando não seja

possível estabelecer uma linha delimitadora entre o património da sociedade e o património do sócio.

Sucede que outro tipo de casos — carecidos de tutela jurídica — existem na nossa realidade, que não logram ser colmatados com o *normal* levantamento da personalidade jurídica: referimo-nos aos casos em que uma sociedade — ou grupo societário — é utilizado como meio / instrumento para ocultar um conjunto de bens dos credores particulares de uma pessoa singular.

Neste tipo de situações, a doutrina e jurisprudência estrangeiras — mormente, brasileira e norte-americana — têm desenvolvido (e aplicado) o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, *de forma inversa*. Tal como acontece com o levantamento *normal* da personalidade jurídica, o levantamento invertido visa revelar a realidade subjacente: a diferença é que, este último, parte dos sócios para atingir a sociedade (enquanto que o primeiro parte da sociedade para atingir os sócios).

2. A desconsideração inversa da personalidade jurídica no ordenamento jurídico português

2.1. A jurisprudência

Em Portugal, o instituto da desconsideração *inversa* da personalidade jurídica foi reconhecido inicialmente pela jurisprudência e, posteriormente, pela doutrina.

Deste modo, em 1997, o Supremo Tribunal de Justiça desconsiderou a personalidade jurídica de uma sociedade comercial, imputando-lhe a obrigação de não-concorrência a que estavam sujeitos os respetivos sócios, tirando o seguinte sumário: "*Hoje é pacífico não atribuir à personalidade jurídica das sociedades valor idêntico à das pessoas singulares. Seria inaceitável que dois indivíduos obrigados ao dever de não concorrência se libertassem disso constituindo uma pessoa coletiva.*" (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.06.1997, relator Sá Couto).

Em 2012, o Supremo Tribunal de Justiça proferiu um acórdão por intermédio do qual operou a desconsideração inversa da personalidade coletiva, imputando ao sócio a aquisição de um imóvel que havia sido comprado pela sociedade: (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.01.2012, relator Salazar Casanova).

Em 2015, seria a vez de o Tribunal da Relação de Coimbra proferir um acórdão, no qual declarava o seguinte: "*Merece também registo o facto de, actualmente, ter já algum estágio de amadurecimento a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, mediante a quebra da autonomia patrimonial, com que se busca responsabilizar a sociedade no tocante a dívidas ou actos praticados pelos sócios, sempre que for apurado o uso abusivo, simulado ou fraudulento da pessoa jurídica, isto é, que estejam suficientemente caracterizados nos factos o desvio de bens, a fraude ou abuso de direito por parte dos que detêm o controlo da sociedade, que se utilizam da personalidade jurídica para transferir ou esconder bens, prejudicando assim os credores ou terceiros.*" Nesse mes-

mo acórdão, o Tribunal da Relação de Coimbra refere ainda, que "*a desconsideração inversa da personalidade jurídica possui como um de seus efeitos o efetivo alcance dos bens patrimoniais da sociedade, quando esta for utilizada como «esconderijo» de bens que eram antes de propriedade do sócio e sua família e também nos casos onde o sócio em questão detém o absoluto controlo da sociedade. Isto ocorre, contudo, em decorrência de manobras fraudulentas, visando assim, acobertar o seu património pessoal, transferindo-o para uma pessoa jurídica, maculando o princípio da autonomia patrimonial*" (cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03.11.2015, relator Alexandre Reis).

Ao longo da última década, o instituto da desconsideração inversa da personalidade coletiva foi igualmente acolhido – de forma expressa ou implícita – por múltiplas decisões dos tribunais superiores portugueses, com destaque para aquelas que abaixo se enumeram:

i. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08.11.2012, processo n.º 1988/11.1TVLSB-B.L1-2, relatado pelo Desembargador Pedro Martins: "*se os bens arrestados pertencem à sociedade embargante, mas esta é uma sociedade por quotas unipessoal, sendo sua sócia única a sociedade arrestada, devedora do arrestante, que decidiu vender os bens daquela (sociedade totalmente dominada) para pagar as suas (da sociedade totalmente dominante) dívidas, justifica-se que se desconsidere a personalidade jurídica da embargante e se tratem os bens arrestados como se fossem da sociedade arrestada, não se levantando o arresto dos bens*".

ii. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18.12.2013, processo n.º 3126/13.7TJCBR.C1, relatado pelo Desembargador Moreira do Carmo: "*se um devedor, para se eximir ao cumprimento da sua obrigação, passar bens do seu património pessoal para uma sociedade unipessoal que entretanto criou, e de que passou a ser sócio, ceder a única quota de tal sociedade, que integra tais bens, à sua nora, e depois continua a comportar-se como dono de tais bens, bens que depois são postos à venda, há que convocar a figura da desconsideração ou do levantamento da personalidade jurídica da sociedade unipessoal nas situações em que a personalidade colectiva é usada de modo abusivo para prejudicar terceiros*".

iii. Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, de 03.11.2015, processo n.º 136/14.0TBNZR.C1, relatado pelo Conselheiro Alexandre Reis: "*No caso, a matéria indiciada permitiria, fundadamente, concluir, em face da situação concreta, que era o 1º requerido quem, sem aparecer como administrador ou gerente ("homem oculto"), servindo-se do nome do filho, ou seja, actuando através de pessoa fictícia ("homem de palha"), sempre deteve o domínio dos factos e o controlo efectivo da sociedade e que esta apenas serviu como "testa de ferro" para aquele poder desenvolver a respectiva actividade e pôr o seu património a salvo dos credores, actuando através de um gerente ficticiamente designado. Assim sendo, ao reconhecer a existência de abuso da autonomia patrimonial da sociedade, em prejuízo dos credores, mais do que plausível, foi defensável a abordagem fáctico-jurídica que a sra. Juíza engendrou, obtendo, com autonomia e uma racionalidade (também) prático-normativa, um resultado que, não sendo singular nem o único possível, de modo algum, pode ser apodado de "peregrino". Por isso, a desconsideração (inversa) ou levantamento da personalidade jurídica da sociedade A..., por ser uma solução legítima da questão submetida à apreciação da sra. Juíza, não afectou a decisão proferida de manifesta ilegalidade (...).*"

iv. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.05.2016, processo n.º 136/14.0TBNZR.C1.S1, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos, confirmou o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa citado no ponto anterior;

v. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21.04.2020, processo n.º 11557/19.2T8LSB.L1-7, relatado pela Desembargadora Cristina Coelho: "*1. Apurados os factos integrantes de situação de abuso funcional de personalidade colectiva, pode o credor requerer o arresto de bens para garantia de crédito de pessoa singular, ainda que formalmente se encontrem inscritos na esfera jurídica de uma sociedade constituída, ou utilizada, para iludir os credores. 2. Os fundamentos e princípios que enformam o instituto da desconsideração da personalidade coletiva não afastam que o agente possa ser uma pessoa que não faça parte do substrato pessoal da sociedade, mas que por força dos poderes que tem sobre a gestão da sociedade a use em seu benefício e em manifesta violação da ética dos negócios ou dos princípios gerais de boa fé, sendo sócio ou acionista (de forma significativa) pessoa especialmente relacionada com o agente, um testa-de-ferro.*"

vi. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 09.06.2020, processo n.º 1560/13.1TBVRL-M.G1, relatado pelo Desembargador António Figueiredo de Almeida, num caso em que, por um crédito sobre pessoas singulares, fora decretado o arresto de bens de uma sociedade controlada por essas mesmas pessoas: "*... as sociedades constituídas pelos executados constituem um expediente dos mesmos para se desonerarem de cumprir as suas obrigações em prejuízo dos credores, em fraude à lei, que atinge valores muito significativos, tendo em conta que os executados vivem confortavelmente, sendo o executado F. B. (para além de desempenhar outras funções) advogado, com escritório próprio em Vila Real (no r/c Dto. do prédio onde foi tentada a realização da penhora…), onde tem funcionários ao seu serviço e onde recebe clientes e a executada A. M. explora comercialmente uma farmácia na cidade de Vila Real, mas, apesar de ser assim, aos executados nenhum bem ou valor penhorável é conhecido. Por outro lado, a requerida, embargante de Terceiro no Apenso A) é um ente coletivo que atua para esconder a atuação dos executados A. M. e Dr. F. B.. A simples leitura da matéria de facto provada é bem demonstrativa daquilo que se afirmou acima e, conforme acima se expendeu, a manutenção da decisão da matéria de facto traduz a verificação dos requisitos acima apontados que permitem e justificam a desconsideração da personalidade coletiva, nos moldes indicados e sustentados na douta decisão recorrida.*"

vii. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11.05.2023, processo n.º 7292/22.2T8BRG.G2, relatado pela Desembargadora Fernanda Proença Fernandes: "*Ora, face à alegação da requerente/apelante, temos que se pode verificar efectivamente uma situação de desconsideração da personalidade jurídica colectiva, em que existe a mistura do património do indivíduo (1º requerido) e das sociedades (2ª e 3ª requeridas) e em que o acto de constituição da sociedade 2ª requerida pelo 1º requerido foi praticado exclusiva ou predominantemente para "blindar" os bens que constituem a garantia patrimonial dos credores da 3ª requerida, situação em que o resultado da desconsideração da personalidade jurídica se traduz em considerar que um dado bem (nomeadamente o veículo automóvel ou antes, a sua expectativa de aquisição), apesar de formalmente pertencer a uma dada sociedade, deve ser tratado como pertencente a outrem. Nesta medida, ao invés de indeferir liminarmente*

o requerido arrolamento, deveria o Tribunal a quo ter feito prosseguir o presente processo como sendo de arresto e produzido a prova indicada pela requerente."

viii. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19.05.2022, processo n.º 1784/21.8T8LOU-A.P1, relatado pela Desembargadora Isabel Silva: "*a eventual operância do levantamento da personalidade coletiva resultará na possibilidade de os imóveis poderem ser diretamente penhorados na execução, assim se atingindo diretamente o património desse terceiro subadquirente, razão pela qual terá interesse direto em ser parte na execução*".

ix. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17.12.2018, processo n.º 216/ 16.8T8V-NF.G2, relatado pela Desembargadora Sandra Melo, admitiu a desconsideração para satisfação de credores, *ainda que o devedor não seja sócio da sociedade*.: "*Pela figura da desconsideração da personalidade jurídica ou levantamento da personalidade coletiva visa-se responsabilizar "pessoalmente" aqueles que usem de forma abusiva as sociedades, aproveitando-se da restrição da responsabilidade prevista na lei ou a atribuição de personalidade diversa da dos seus sócios, para fins proibidos, violando os fins sociais e económicos que estão subjacentes à criação de sociedades comerciais*".

x. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.09.2019 processo n.º 8049/15.2TPRT.P1.S3.S1, relatado pela Conselheira Catarina Serra: "*Não é raro, neste tipo de circunstâncias, verificar-se que o acto (de constituição da sociedade ou mesmo de realização da entrada) foi praticado exclusiva ou predominantemente para "blindar" os bens que constituem a garantia patrimonial dos credores pessoais do(s) sócio(s), ou seja, para que estes ficassem impedidos de executar directamente estes bens, por força da aplicação das regras de separação patrimonial, designadamente a regra de que o património social só responde pelas dívidas sociais*".

xi. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 04.05.2022, processo n.º 605/17.0T8AVR.P1, relatado pelo Desembargador Rodrigues Pires: "*A desconsideração da personalidade coletiva justifica-se pela necessidade de corrigir comportamentos ilícitos, fraudulentos, de sócios que abusaram da personalidade coletiva da sociedade, seja atuando em abuso de direito, em fraude à lei ou, de forma mais geral, com violação das regras de boa-fé e em prejuízo de terceiros; Se o respetivo gerente ficcionou a constituição da sociedade autora com vista a colocar o seu património imobiliário nessa sociedade (que não tem atividade, que não tem receitas, que não tem clientes, que não tem conta bancária) e, nessa qualidade, munido de uma deliberação social, no âmbito de um contrato de mútuo constitui hipoteca sobre um prédio integrado nesse património, para, mais tarde, após não ter conseguido cumprir com o que fora estipulado, vir a sociedade autora invocar regras societárias para invalidar tal garantia respeitante a esse prédio impõe-se o recurso ao instituto da desconsideração da personalidade coletiva*".

xii. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 12.01.2023, processo n.º 969/18.9T8PTM-B.E1, relatado pelo Desembargador José António Moita: "*O instituto da desconsideração, ou levantamento, da personalidade jurídica de pessoa colectiva, máxime sociedade comercial, surge como uma forma de derrogação, ou de não observância da autonomia jurídica-subjetiva e, ou, patrimonial das sociedades perante os respectivos* sócios ou acionistas, com vista

a poder responsabilizar estes, por serem os únicos responsáveis, perante credores. Tal pode ter na sua base práticas de "mistura", ou "confusão" de esferas jurídicas, mormente patrimoniais, entre a sociedade comercial e os seus sócios/acionistas. Verificando-se que a personalidade *colectiva passa a ser instrumento de abusiva obtenção de interesses estranhos ao fim social da sociedade relacionados com a instrumentalização da dita personalidade jurídica deve operar-se a desconsideração desta, o que se justificou fazer no caso concreto."*

2.2. A doutrina

Na doutrina portuguesa, o primeiro autor a reconhecer o instituto da desconsideração *inversa* da personalidade jurídica foi o Professor Oliveira Ascensão, que, nas modalidades de desconsideração da personalidade coletiva, referia, a par da direta, a invertida: "*desconsideração direta seria aquela em que se ultrapassava a sociedade para atingir os sócios; desconsideração invertida seria aquela em que, partindo-se dos sócios, se atingia, afinal a sociedade*".

Mais recentemente, este instituto foi reconhecido sucessivamente em monografias da autoria dos Professores Diogo Costa Gonçalves, Elisabete Ramos e Hugo Ramos Alves, acabando por merecer acolhimento expresso no *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, coordenado pelo Professor António Menezes Cordeiro e da autoria de investigadores do CIDP - Centro de Investigação em Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Assim, o Professor Diogo Costa Gonçalves, na sua tese de doutoramento (2015), defende a admissibilidade do levantamento inverso da personalidade jurídica, escrevendo o seguinte: "*Os efeitos jurídicos assacados à pessoa coletiva, por efeito do levantamento, são-no agora a outros sujeitos. O inverso não é de afastar: a imputação à pessoa coletiva de situações jurídicas tituladas por outros sujeitos.*" Em abono deste entendimento, o Professor Diogo Costa Gonçalves cita o supramencionado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.06.1997, e ainda o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02.07.2009, que o Autor sintetiza da seguinte forma: "*certo credor requer o arresto de bens de uma sociedade, alegando que a mesma foi constituída apenas para que a sociedade devedora transmitisse os seus ativos, furtando-se assim à execução. O Tribunal concedeu provimento, justificando que o levantamento permite a imputação da propriedade dos bens à sociedade devedora*".

Por sua vez, a Professora Elisabete Ramos, no seu manual de *Direito das Sociedades* (2022), afirma que "*não é de afastar a chamada «desconsideração inversa da personalidade jurídica»*", caso em que "*há imputação à pessoa coletiva de situações jurídicas tituladas por outras pessoas*", dando como exemplo "*o caso decidido pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10-05-2016 - processo 136/14.0TBNZR.C1.S1, relator Fonseca Ramos*", em cuja argumentação "*invoca-se a desconsideração inversa porque, em rigor, a sociedade cuja personalidade foi desconsiderada não é devedora; devedores são os «sócios ocultos», pais do sócio-único gerente*".

Na mesma ordem de ideias, o Professor Hugo Ramos Alves, na sua recente monografia dedicada ao tema da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais (2023), reconhece a aplicabilidade do instituto da desconsideração *inversa* ao ordenamento jurídico português. O Professor Hugo Ramos Alves começa por enquadrar os termos em que a questão se

coloca: "*cabe agora aferir da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica inversa, i.e. responsabilizar a sociedade, agredindo o património desta, tendo por base as condutas do(s) respetivo(s) sócio(s)*". De seguida, o Autor refere que esta questão já mereceu resposta afirmativa por parte do Tribunal da Relação de Coimbra e do Supremo Tribunal de Justiça: "*Uma situação deste jaez já foi apreciada pelo TRC, tendo o STJ sancionado a decisão daquele. Se o TRC chegou a afirmar que «a concreta atuação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de sociedades ainda padece de falta de rigor dogmático (...)», certo é que foi admitida a desconsideração inversa.*" O Autor prossegue, mencionando que a questão também tem merecido resposta afirmativa no ordenamento jurídico brasileiro, cuja doutrina foi, aliás, invocada pela Relação de Coimbra e pelo Supremo Tribunal de Justiça: "*Importa realçar o facto de que, em abono da desconsideração inversa, o STJ socorreu-se dos ensinamentos além-Atlântico, invocando expressamente um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Brasileiro, bem como os ensinamentos de Fábio Konder Komparato e Fábio Ulhoa Coelho, naquilo que é, digamos, uma importação pouco usual. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal tem sustentado que, «conquanto a consequência de sua aplicação seja inversa, sua razão de ser é a mesma da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita: combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Em sua forma inversa, mostra-se como um instrumento hábil para combater a prática de transferência de bens para a pessoa jurídica sobre a qual o devedor detém controle, evitando, com isso, a excussão do seu património pessoal». (...)* Conclui o Professor Hugo Ramos Alves que "*a priori, não vemos motivo para impedir a desconsideração inversa, contanto se verifique um desvirtuamento da pessoa coletiva,* rectius *uma situação de disfuncionalização*".

Por fim, na mais recente edição (2022) do *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, coordenado pelo Professor Menezes Cordeiro, o instituto do *levantamento inverso* da personalidade coletiva merece acolhimento expresso, dizendo o seguinte: "*A desconsideração não conduz sempre a uma solução que atinja aqueles sujeitos que se ocultam sob o manto da personalidade jurídica. Nalgumas hipóteses, o levantamento ocorre em sentido inverso: o que se visa, em tais hipóteses, é justamente atingir a sociedade que formalmente se encontra arredada do processo aplicativo do direito. Soluções como aquelas que assumem que, por certas dívidas do sócio responde o património da sociedade ou que certo negócio jurídico, para determinado efeito, deve ser tido como sendo celebrado pela sociedade e não pelos seus sócios, são hipóteses paradigmáticas do que noutras latitudes (sobretudo no Brasil) se vem designando por desconsideração inversa da personalidade*."

Posto isto, da análise da jurisprudência e doutrina portuguesas resulta que os institutos da desconsideração e da desconsideração *inversa* da personalidade jurídica têm ambos o mesmo fundamento último: ou seja, e no essencial, a proibição do abuso de direito, consagrada no artigo 334.º do Código Civil: "é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito".

3. Casos em que se deverá equacionar a desconsideração inversa

No caso da desconsideração da personalidade jurídica, é habitual recorrer a "*grupos de casos*" passíveis de justificar o recurso ao instituto. O mesmo não se verifica no caso da desconsideração *inversa* da personalidade jurídica, a qual — talvez por ter sido objeto de menor atenção doutrinária — ainda não se fixou em "*grupos de casos*" mais ou menos tipificados. No entanto, analisando a jurisprudência portuguesa, conclui-se que a desconsideração *inversa* da personalidade jurídica tem lugar em duas *constelações típicas de casos*.

Por um lado, temos a constelação da "*confusão de esferas*" ou "*mistura de patrimónios*", que consistem no desrespeito das regras de segregação de patrimónios (entre património pessoal e património da sociedade ou de diversas sociedades), tornando difícil distinguir com clareza onde acaba o património das sociedades e começa o património dos sócios.

Nas palavras da Professora Elisabete Ramos, "*nos casos de mistura de patrimónios, circulam bens da sociedade para o património dos sócios (por exemplo, as contas bancárias da sociedade são usadas para pagar as despesas privadas de sócio(s), os bens da sociedade são usados para satisfazer necessidades dos sócios ou de quem lhe é próximo), tornando impossível distinguir com rigor o património da sociedade e o património dos sócios*".

De forma particularmente feliz, o Professor Rui Polónia refere que "*a mistura (...) importa que (...) o agente (...), na sua conduta, revele que trata a sociedade como uma extensão de si mesmo, que faz dela coisa sua e a usa para exprimir a sua própria vontade de formas que ultrapassam em muito as coordenadas do regime societário*", acrescentando que "*para o agente, ele e a sociedade são um só, sendo ela sua, sendo a sua personalidade a que consome a da sociedade, e os comportamentos que adota espelham isso mesmo*".

Por outro lado, temos os casos de *blindagem de ativos*, em que as sociedades são instrumentalizadas para evitar o cumprimento de obrigações pessoais ou para colocar os bens a salvo dos credores (muitas vezes continuando a usufruir dos mesmos). Exemplo paradigmático deste último tipo de situações é o dos devedores que conseguem — de forma direta ou indireta — colocar a totalidade ou parte do seu património em sociedades das quais não são (formalmente) titulares, nem direta nem indiretamente, mas sobre as quais continuam a exercer controlo (direta ou indiretamente), de tal forma que, do ponto de vista material ou substancial, tudo se passa como se os bens pertencessem ao devedor. Tudo isto porque não é lícito aos sócios (ocultos ou aparentes) nem a terceiros que controlam a sociedade (de direito ou de facto) e a usam em seu benefício instrumentalizarem a sociedade de forma a *usarem, fruírem e disporem de bens (com todas as vantagens que os mesmos lhes proporcionam) e, ao mesmo tempo, colocarem esses bens a salvo dos seus credores pessoais*.

Com efeito, a ninguém é lícito instrumentalizar a sociedade de forma a *usufruir das vantagens de determinado bem* (como um proprietário) *sem incorrer na desvantagem correspondente, que*

consiste no facto de esse bem integrar a garantia geral das suas obrigações (artigo 601.º do Código Civil).

Na expressiva formulação do já mencionado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.01.2012, relatado pelo Conselheiro Salazar Casanova, "*muito singelamente, dir-se-á que o autor* [*i.e.*, o devedor] *quer as vantagens da aquisição da propriedade dos imóveis sem as desvantagens inerentes a essa situação; quer adquirir a propriedade mas não quer cumprir a que o proprietário está obrigado*".

4. Breves conclusões

A personalidade jurídica, sendo uma criação do direito, não é um valor absoluto, devendo ser desconsiderada sempre que existam situações de abuso. A desconsideração *inversa* da personalidade jurídica vem sendo admitida e aplicada pela nossa jurisprudência, sendo plenamente admissível no ordenamento jurídico português. Os casos típicos em que opera a desconsideração *inversa* são os fenómenos de mistura de patrimónios e de *blindagem de ativos*. A maior parte dos arestos dos tribunais superiores portugueses que aplicaram (ou, pelo menos, reconheceram) o instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica foram proferidos precisamente a propósito de procedimentos cautelares de arresto.

Bibliografia

COSTA GONÇALVES, Diogo (2022). Anotação ao artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais. In A. MENEZES CORDEIRO (coordenação), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*. Almedina, pp. 115-116 (5.ª edição).

COSTA GONÇALVES, Diogo (2015). *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais. Dimensão Problemática e Coordenadas Sistemáticas da Personificação Jurídico-Privada*. Almedina, p. 970.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel (2006). *Do Abuso de Direito - Ensaio de um critério em direito Civil e nas Deliberações Sociais*. Almedina, p. 102.

RAMOS ALVES, Hugo (2023). *Sobre a desconsideração da personalidade jurídica nas sociedades comerciais*. AAFDL Editora, pp. 288 a 291.

RAMOS, Elisabete (2022). *Direito das Sociedades*, Almedina, pp. 160, 163 e nota 41.

MENEZES CORDEIRO, António (2000). *Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial*. Almedina, p. 107.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José (1993). *Direito Comercial*, Vol. IV, *Sociedades Comerciais*. Lisboa, pp. 58-59 (policopiado).

POLÓNIA, Rui (2022). *Direito das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2022, p. 196.

Unión Europea

EL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN DE SUBVENCIONES EXTRANJERAS ENTRA EN APLICACIÓN

Edurne Navarro Varona e Inés Pajares de Dios Tarancón

Abogadas del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Bruselas)

El régimen de autorización de subvenciones extranjeras entra en aplicación

El Reglamento de subvenciones extranjeras (FSR), en vigor desde el 12 de octubre de 2023, faculta a la Comisión Europea para investigar las subvenciones de terceros países a empresas de la UE que distorsionen el mercado interior. El Reglamento abarca una amplia gama de contribuciones extranjeras e introduce obligaciones de notificación para concentraciones y procedimientos de contratación pública. La Comisión Europea también puede iniciar investigaciones de forma independiente, imponer medidas correctoras y multas en caso de no notificación. Las empresas deben adaptar sus procesos internos y considerar el impacto en costes y plazos. En previsión de transacciones o licitaciones, la recopilación de información sobre contribuciones extranjeras es crucial, incluso en casos en que las contribuciones financieras sean inferiores a los umbrales de notificación.

PALABRAS CLAVE:
Reglamento de subvenciones extranjeras, FSR, Comisión Europea, Subvenciones de terceros países, Mercado interior, Notificaciones, Concentraciones y contratación pública.

The foreign subsidies authorisation regulation enters into force

The Foreign Subsidies Regulation (FSR), effective since 12 October 2023, empowers the European Commission to investigate third-country financial contributions to EU companies distorting the internal market. The regulation covers a wide range of foreign contributions and introduces notification obligations for mergers and public procurement. The European Commission can also initiate investigations independently, impose corrective measures and impose fines for failure to notify. Companies must adapt their internal processes and

consider the impact on costs and timelines. Before undertaking transactions or tenders, collecting information on foreign contributions is crucial, even below notification thresholds.

KEY WORDS:
Foreign Subsidies Regulation, FSR, European Commission, third-country subsidies, internal market, notifications, mergers and public procurement.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Navarro Varona, Edurne; Pajares de Dios Tarancón, Inés (2023). El régimen de autorización de subvenciones extranjeras entra en aplicación. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 202-208 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 23 de diciembre de 2022 se publicó el Reglamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (*Foreign Subsidies Regulation*) (el "Reglamento FSR"), que faculta a la Comisión Europea ("CE") para investigar las contribuciones financieras (subvenciones) otorgadas por terceros Estados a empresas activas en la Unión Europea ("UE") y que puedan distorsionar el mercado interior y la igualdad de condiciones de competencia dentro de él. Si bien resulta aplicable desde el 12 de julio de 2023, faculta a la CE a examinar retroactivamente subvenciones concedidas en los cinco años anteriores a dicha fecha, siempre que distorsionen el mercado interior.

Asimismo, el Reglamento FSR preveía una aplicación paulatina que ha culminado con la entrada en vigor del Reglamento de Ejecución 2023/1441, que detalla las normas y procedimientos aplicables, estableciendo obligaciones de notificación que entraron en vigor el pasado 12 de octubre de 2023.

Con este nuevo marco normativo, la UE pretende eliminar la asimetría existente entre el control de las ayudas de Estado concedidas por Estados miembros de la UE y el control de las ayudas otorgadas por terceros Estados. Hasta ahora, las primeras eran objeto de un control exhaustivo por parte de la UE, lo que no ocurría con ayudas otorgadas por terceros Estados.

A continuación, se abordan de forma sucinta los principales aspectos de la nueva regulación.

2. Concepto de contribución extranjera

La definición de *contribución o subvención extranjera* que figura en el artículo 3 del Reglamento FSR es muy amplia. No se limita a subvenciones directas, sino que incluye medidas como el acceso a financiación a tipos de interés reducidos, incentivos fiscales, condonación de deuda o adquisición de bienes o servicios por parte de terceros Estados. No obstante, el Reglamento FSR se refiere a las categorías de *subvenciones extranjeras con mayores probabilidades de distorsionar* el mercado interior, a saber:

i. subvenciones extranjeras concedidas a empresas en dificultades que se prevea cesen su actividad en el corto o medio plazo de no obtener dicha ayuda, siempre que no exista un plan de reestructuración;

ii. subvenciones extranjeras que adopten la forma de una garantía ilimitada en cuanto a importe o duración, destinadas a respaldar las deudas u obligaciones de una empresa;

iii. medidas de financiación de exportaciones no alineadas con el Acuerdo de la OCDE en materia de créditos a la exportación con apoyo oficial;

iv. subvenciones extranjeras que faciliten directamente una concentración;

v. subvenciones extranjeras que permitan a una empresa presentar una oferta indebidamente ventajosa y sobre cuya base pueda adjudicarse el contrato a dicha empresa.

Asimismo, el concepto de *tercer Estado* que recoge el artículo 3 es especialmente amplio, puesto que incluye las contribuciones aportadas no solo por el Gobierno central de un país, sino también por las autoridades públicas de todos los niveles, entidades públicas extranjeras o entidades privadas, cuando su actuación pueda atribuirse al Estado extranjero.

3. Mecanismos de control y plazos

El nuevo régimen incluye un sistema de notificación y autorización previa para operaciones de concentración y de contratación pública, siempre que se superen determinados umbrales cuantitativos. En ambos casos se establece, so pena de sanción, una *obligación de suspensión de la ejecución* de la operación o el contrato público hasta su autorización.

La información que deben facilitar las partes notificantes en ambos casos se detalla en los formularios que se incluyen como anexos del Reglamento de Ejecución. Cabe destacar que la información varía en función del tipo de contribución financiera recibida por la empresa.

3.1. Mecanismo de control en concentraciones

Deberán notificarse aquellas concentraciones que cumplan los siguientes requisitos cumulativos:

i. que al menos una de las empresas que se fusionen, la *target* o la *joint venture*, esté establecida en la UE y genere un volumen de negocios total en la UE de al menos 500 millones de euros; y

ii. que las siguientes empresas hayan obtenido de terceros países, en los tres años anteriores a la celebración del acuerdo, el anuncio de la oferta pública o la adquisición de una participación de control, contribuciones financieras combinadas superiores a 50 millones de euros: (i) en el caso de una adquisición, el adquirente o adquirentes y la *target*; (ii) en el caso de una fusión, las empresas que se fusionan; y (iii) en el caso de una *joint venture*, las matrices y la propia *joint venture*.

Los plazos de 25 y 90 días hábiles propuestos para el examen preliminar y la investigación exhaustiva, respectivamente, coinciden con el análisis tradicional de concentraciones en primera y segunda fase. De la misma manera, se prevén prórrogas para estos plazos en determinadas circunstancias.

3.2. Mecanismo de control en contratación pública

Serán objeto de notificación aquellas contribuciones financieras extranjeras recibidas por las empresas que oferten en un procedimiento de contratación pública cuando:

i. el valor estimado del contrato público o del acuerdo marco, IVA excluido, sea igual o superior a 250 millones de euros (o en el caso de contratos divididos en lotes, que el valor del lote o el valor acumulado de todos los lotes sea superior a 125 millones de euros); y

ii. el operador, incluidas sus filiales sin autonomía comercial, sus sociedades de cartera y, cuando proceda, aquellos de sus subcontratistas y proveedores principales que participen en la misma licitación hayan recibido, en los tres años previos a la notificación, contribuciones financieras por un importe total igual o superior a 4 millones de euros por cada tercer Estado.

Asimismo, las empresas que no tengan obligación de notificar por no cumplirse los umbrales deberán presentar una declaración responsable en la que enumeren las contribuciones extranjeras recibidas que confirmen que no están sujetas a notificación. El poder adjudicador será el destinatario de dicha declaración y la transmitirá a la CE.

En cuanto al plazo de revisión, la CE tendrá veinte días hábiles para realizar el examen preliminar de estas subvenciones, que podrá ampliar en diez días hábiles adicionales. La investigación exhaustiva deberá realizarse en un máximo de ciento diez días hábiles desde su notificación, con posibilidad de prorrogar hasta veinte días adicionales.

3.3. Investigación *ex oficio* por parte de la CE

Además de las obligaciones de notificación mencionadas anteriormente, la CE dispone de la facultad de examinar por iniciativa propia la información relativa a presuntas subvenciones extranjeras que distorsionen el mercado interior. Dicha información puede venir de diferentes fuentes, entre ellas, Estados miembros o cualquier persona física o jurídica. Cabe destacar que la CE podrá realizar el examen de oficio incluso respecto de operaciones o procedimientos de contratación que no cumplan los requisitos de notificación.

Por el momento, se han presentado ciertas denuncias en el sector futbolístico por el apoyo que han recibido ciertos clubs por parte de países como Qatar, Arabia Saudí y Emiratos Árabes Unidos que potencialmente podrían distorsionar su posición competitiva[1].

4. Análisis sustantivo

Con independencia del procedimiento de investigación, la CE examinará si las contribuciones financieras extranjeras provocan una distorsión en el mercado interior. Existirá distorsión si la contribución financiera extranjera mejora la posición competitiva de una empresa y tiene la capacidad real o potencial de afectar negativamente a la competencia en el mercado interior.

Para determinar la distorsión del mercado interior, la CE podrá utilizar diversos indicadores, entre los que destacan el importe, la naturaleza y finalidad de la contribución financiera, la situación y tamaño de la empresa y el alcance de su actividad en el mercado.

La llamada *prueba de sopesamiento* indica que, si la CE constata efectos negativos de la contribución financiera extranjera, podrá sopesarlos con los posibles efectos positivos sobre el desarrollo de la actividad económica subvencionada de que se trate en el mercado interior. Asimismo, tendrá en cuenta otros efectos positivos más generales y en línea, por ejemplo, con objetivos políticos pertinentes, en particular los de la UE.

Si la CE comprueba que existe una distorsión real o potencial del mercado interior sobre la base de la contribución financiera extranjera, podrá imponer medidas correctoras a fin de subsanar la distorsión. Asimismo, la CE podrá aceptar y declarar vinculantes los compromisos ofrecidos por la empresa investigada.

Al igual que ocurre en materia de control de concentraciones, las medidas correctoras o los compromisos pueden incluir obligaciones tanto estructurales como de comportamiento.

5. Sanciones

La CE podrá imponer multas de hasta el 10 % del volumen de negocios total del ejercicio financiero anterior cuando el operador económico no notifique la contribución financiera en aquellos casos en que resultaba preceptivo.

Asimismo, la CE está facultada para imponer adicionalmente multas coercitivas para garantizar la efectividad de los compromisos asumidos por las partes en el marco del procedimiento o como garantía del cumplimiento de medidas correctoras. Estas multas coercitivas podrán ser suficientemente disuasorias y llegar hasta el 5 % del volumen de negocios diario medio total de la empresa afectada, durante el ejercicio financiero anterior por cada día de incumplimiento, a partir de la fecha de la decisión de la CE por la que se imponga dicha multa, y hasta que la CE compruebe que la empresa ha cumplido la decisión.

6. Conclusión

El 12 de octubre de 2023 marcó el inicio de las obligaciones de notificación y la plena entrada en vigor del Reglamento FSR. La CE ya ha iniciado su labor investigadora, lo que hace necesario preparar los procesos internos con antelación para minimizar en la medida de lo posible el impacto de esta nueva regulación:

i. Las notificaciones preceptivas derivadas del Reglamento de FSR se añaden a las ya existentes en materia de control de concentraciones e inversiones extranjeras directas. Por tanto, resulta necesario tener esta nueva notificación en cuenta en cuanto a *costes y plazos*. En este sentido, el calendario de las transacciones deberá reflejar no solo el período de revisión legal, sino también el tiempo necesario para cotejar la información sobre las contribuciones financieras extranjeras recibidas, preparar los borradores de las notificaciones y entablar conversaciones con la CE previas a la notificación.

i. En previsión de nuevas transacciones o licitaciones públicas, las empresas deberán tomar *medidas para recopilar información* sobre las contribuciones financieras extranjeras recibidas y para registrar futuras contribuciones. Se recuerda que, en el ámbito de licitaciones públicas, pese a que no se superen los umbrales de notificación, los licitadores deben presentar una declaración responsable, por lo que la recopilación de información es relevante en cualquier caso.

Notas

1 Véase la nota de prensa de LALIGA en el siguiente enlace: https://www.laliga.com/en-GB/news/laliga-files-complaint-against-psg-with-european-commission y la nota de prensa de ROYAL EXCELSIOR VIRTON en el siguiente enlace https://www.revirton.be/subventions-etrangerescertains-clubs.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 63, diciembre 2023, pp. 209-218

Foro de Actualidad

Unión Europea

LA REFORMA DEL MERCADO DE LA ELECTRICIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

Roberto Fernández Castilla y Laura Martín de la Hera

Abogados del Área de Público y Medio Ambiente de Uría Menéndez (Madrid)

La reforma del mercado de la electricidad en la Unión Europea

Este foro resume las medidas contenidas en el acuerdo para la propuesta de reforma del mercado interior de la electricidad en la Unión Europea. El objetivo perseguido por la reforma es lograr la estabilidad a largo plazo del mercado mediante el impulso de los contratos de compra de energía, el fomento del uso de los contratos bidireccionales por diferencia para canalizar la inversión y el desarrollo de los mecanismos de capacidad. Además, trata de implementar protecciones adicionales tanto en situaciones de crisis como hacia los consumidores, reduciendo su dependencia de los precios a corto plazo y permitiéndoles beneficiarse de la transición energética.

PALABRAS CLAVE:
Contrato de compra de energía, Contrato por diferencias, Mecanismos de capacidad, Mercado de la electricidad, Protección a los consumidores, Transición energética.

The European Union's energy market reform

This article summarises the measures in the agreement on the proposal for the European Union's energy market reform. The reform aims to achieve long-term market stability by promoting power purchase agreements and contracts for differences, as well as developing capacity mechanisms. It also seeks to implement additional protections both in crises and for consumers, reducing their dependence on short-term prices and allowing them to benefit from the energy transition.

KEY WORDS:
Capacity mechanisms, consumer protection, Contracts for Differences, energy market, energy transition, Power Purchase Agreements.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Fernández Castilla, Roberto; Martín de la Hera, Laura (2023). La reforma del mercado de la electricidad en la Unión Europea. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 209-218 (ISSN: 1578-956X).

1. Antecedentes

El impacto de la guerra de Ucrania y las sucesivas reducciones de flujos de gas ruso hacia Europa han propiciado una volatilidad de precios sin precedentes en el mercado de la electricidad. Ante esta situación, la Unión Europea y sus Estados miembros han incrementado el despliegue de medidas que contrarrestan la inestabilidad en los precios y que, además, direccionan el mercado hacia el empleo de la energía procedente de fuentes renovables.

Esas medidas temporales que se han venido implementando desde principios del año pasado, y según qué Estado miembro, se han concretado, por ejemplo, en la limitación de ingresos de la generación inframarginal, la limitación del precio de gas (conocido como el *tope al precio de gas*), estas dos últimas desarrolladas por España, así como la suspensión de determinadas reglas de gasto de la normativa de ayudas de Estado para que los Estados miembros pudieran establecer programas de ayuda a empresas y consumidores vulnerables. Todos estos instrumentos han resultado efectivos a corto plazo, pero exiguos en el largo, y, por tanto, también insuficientes en aras de la consecución del objetivo de estabilidad de precios —razonables— de la energía en la Unión Europea.

La necesidad de fomento de un mercado interior de la energía, estable, tanto a nivel industrial como doméstico en el marco de la Unión Europea, unido al ya vetusto debate sobre el modelo marginalista del mercado (frente a un sistema *pay-as-bid*), y ahora acrecentado por el efecto generado a partir de la penetración en el mercado de las energías renovables, han llevado a las instituciones de la Unión a tomar cartas en el asunto y proponer una reforma del mercado eléctrico.

La iniciativa de reforma, planteada por vez primera en estos términos por la Comisión Europea en septiembre del pasado año, buscó lidiar con lo que se ha denominado como *el trilema energético*, por el que se garantice tanto la seguridad del suministro como precios asumibles de la energía y, finalmente, la sostenibilidad ambiental en los Estados miembros de la Unión Europea. La reforma, instrumentalizada en una propuesta de nuevo reglamento, introduce modificaciones en cuatro de las normas en materia de energía vigentes en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea[1].

Es de destacar que el Gobierno de España ha participado activamente, desde el inicio, en los trabajos destinados a la mejora del mercado interior de la energía. Al respecto, presentó una propuesta de reforma integral del mercado de la electricidad en enero de este año y en la que se planteaba, principalmente, (i) establecer un precio fijo y regulado de la energía producida por centrales nucleares e hidráulicas (lo que hubiese supuesto dejar a estas tecnologías fuera de los

efectos del desarrollo del mercado mayorista), (ii) fijar el reconocimiento de la potestad de los Estados miembros (en cierto grado) de intervenir en sus ámbitos locales, (iii) establecer subastas para fijar el precio en los mercados de producción solar y eólica, y (iv) establecer subastas de capacidad para ciclos combinados e hidroeléctricas de bombeo, en las que se valorase tanto su capacidad de estar disponible (seguridad de suministro) como el volumen de energía aportado al sistema. Sin embargo, un cambio de modelo como el propuesto no tuvo acogida, inicialmente, por la Comisión, y, además, siete países de la Unión (Alemania, Dinamarca, Países Bajos, Luxemburgo, Finlandia, Estonia y Letonia) manifestaron su rechazo a la propuesta, defendiendo el modelo actual del mercado y aceptando únicamente medidas dirigidas a resolver problemas concretos.

No obstante, y dada la necesidad de adoptar medidas frente a la tensión de precios de la energía que se estaba experimentando, lo anterior lleva a la Comisión a publicar una propuesta de reglamento del Parlamento y del Consejo sobre la reforma de la configuración del mercado de la electricidad de la Unión Europea en marzo de este año. Esa propuesta no plantea modificaciones en el diseño y funcionamiento del mercado diario (esto es, esencialmente, el sistema marginalista de casación precios). Por el contrario, dispone que las reglas de los mercados deberán basarse en la libre configuración de precios resultante de la interacción entre la oferta y la demanda mediante el refuerzo del papel de los mercados de electricidad a largo plazo y los mecanismos de capacidad. Igualmente, propone una nueva configuración de los contratos bidireccionales por diferencia como instrumento que facilite el despliegue de nuevos proyectos renovables, así como las condiciones específicas de acceso a ellos para la generación nuclear, todo ello con especial protección a las situaciones y colectivos vulnerables.

Recientemente (el 17 de octubre de este año 2023), el Consejo de la Unión Europea, bajo la presidencia del Gobierno del Reino de España, ha acordado su postura (mediante orientación general) sobre esa propuesta de reforma de la configuración del mercado de la electricidad, y ha sido respaldada por los Estados miembros, especialmente, por Francia y Alemania. Siguiendo la tramitación ordinaria, esta posición conjunta permite a la Presidencia del Consejo iniciar las negociaciones con el Parlamento Europeo para alcanzar un acuerdo definitivo, con lo que culmina la interrelación de los intereses de la Unión representados por el trílogo.

Así, vistos estos antecedentes, mediante este foro, se pretende abordar de manera didáctica en qué consiste el contenido del acuerdo para la propuesta de reforma del mercado interior de la electricidad en la Unión Europea.

2. Contenido del acuerdo: las medidas para lograr la estabilidad del mercado eléctrico a largo plazo

Con el fin de garantizar la seguridad en el suministro eléctrico y la persistencia de un precio asumible de la energía, a la vez que cumplir los objetivos de descarbonización, el acuerdo alcanzado para la reforma del mercado eléctrico se basa en la fijación de medidas que, en primer lugar, permitirían dotar a las metodologías de cálculo de precios de la energía de instrumentos que aíslen la volatilidad de los precios de los combustibles, y, por tanto, en segundo lugar, establecerían parámetros de funcionamiento del mercado que generen una suficiente estabilidad en él, prote-

giendo tanto a los consumidores industriales como a los domésticos de subidas bruscas de precios. Para ello, las medidas acordadas proponen impulsar y fomentar, además de una correcta y rápida penetración de renovables, también los contratos de compraventa (a largo plazo) de energía, la generalización los contratos bidireccionales por diferencia y, finalmente, dotar de permanencia a los mecanismos de capacidad.

2.1. Impulso de los contratos de compra de energía a largo plazo

Como se ha dicho, el principal objetivo de la reforma del mercado de la electricidad en la Unión Europea es el de dotar de estabilidad de precios a ese mercado y a largo plazo.

Para ello, el acuerdo alcanzado recientemente en el Consejo busca fomentar el uso de los contratos de compra de energía, por sus siglas en inglés, PPA (*Power Purchase Agreements*), a los que define como aquellos contratos por los que una persona física o jurídica se compromete a comprar electricidad a un productor en condiciones de mercado, es decir, atendiendo a la voluntad libre de las partes.

Si bien ya se había reconocido la importancia de que los Estados miembros favoreciesen el impulso de los PPA, mediante recomendaciones concretas que trataban de eliminar los obstáculos administrativos que los pudiesen impedir, el hecho de que se recoja su figura y tratamiento en la propuesta de reforma hace que la recomendación se codifique elevándose a nivel de reglamento. Ahora los Estados miembros deben favorecer su ejecución, eliminando los obstáculos injustificados que impiden su acuerdo y los cargos o procedimientos desproporcionados o discriminatorios, a la vez que deben velar por la competencia y por la liquidez del mercado de la electricidad, tal y como ha recogido el Consejo en su orientación general.

La propuesta de reforma define la caracterización que deben poseer los PPA para que gocen de ese trato, esto es, que sean contratos a largo plazo y con precios estables. Con el fin de promover esta figura jurídica, la propuesta de reforma incluye medidas como la introducción de un sistema de garantías que reduzca los riesgos derivados de los posibles impagos en los que pueda incurrir el contratista y que posibilite el acceso a los PPA a la generalidad de los demandantes de energía que no se encuentren en dificultades financieras, a través de regímenes como el de garantía a precios de mercado o de garantías privadas.

Otras medidas también contempladas por la propuesta de reforma son las relativas a la creación de instrumentos o estructuras por parte de los Estados miembros que agrupen la demanda de PPA aplicando criterios no discriminatorios.

En el diseño de los sistemas de ayudas a la electricidad procedente de fuentes renovables, el acuerdo dispone que los Estados miembros deberán permitir la participación de proyectos que reserven parte de la electricidad para venderla a través de un PPA u otros acuerdos basados en condiciones de mercado, y que se esforzarán por utilizar criterios de evaluación destinados a incentivar el acceso al sistema de estos PPA para los clientes que se enfrentan a barreras de entrada, siempre que esto no afecte negativamente a la competencia en ese mercado.

2.2. Nueva configuración de los contratos bidireccionales por diferencia

Probablemente, este ha sido el punto de negociación más candente entre los Estados miembros a la hora de fijar una postura común de cara a la propuesta de reforma del mercado.

En efecto, desde un inicio, la propuesta de reforma ha incluido entre sus medidas a adoptar el fomento de los sistemas de ayudas directas en forma de contratos bidireccionales por diferencia, por sus siglas en inglés, CfD [(*two-way*) *Contracts for Differences*] como vía para instrumentalizar el apoyo público a las inversiones en nuevas instalaciones para la generación de electricidad a partir de las fuentes de producción de energía eólica, solar, geotérmica, hidroeléctrica sin embalse (o fluyente) y nuclear. En este sentido, la Comisión ha definido CfD como "*un contrato firmado entre el operador de una instalación generadora de electricidad y una contraparte, normalmente una entidad pública, que proporciona tanto una protección de la remuneración mínima como un límite al exceso de remuneración; el contrato está diseñado para preservar los incentivos para que la instalación generadora opere y participe eficientemente en los mercados de la electricidad*".

Mediante los CfD, el operador vende su energía en el mercado diario, pero sin percibir el precio de equilibrio de ese mercado, sino el estipulado con la entidad pública en el contrato a largo plazo. Con ello, se transfiere el riesgo de precio del operador hacia la entidad pública compradora y, a su vez, se estabiliza el flujo de ingresos para el primero. En consecuencia, las entidades públicas complementan el precio de mercado cuando es más bajo que el fijado en el contrato y solicitan al productor que reembolse un importe cuando el precio de mercado supera un límite fijado.

Este ha sido uno de los puntos principales de discordia en la negociación de la reforma de mercado. En efecto, las conversaciones han estado meses estancadas como consecuencia del distinto entendimiento que han tenido Francia y Alemania en torno a la estructura de los CfD, en tanto que la visión de uno y otro era distinta en relación con el efecto que tendría la posible captación de ingresos (extra) que estos países obtendrían ante precios superiores a los umbrales fijados.

No obstante lo anterior, bajo la Presidencia española del Consejo, se ha acordado que los CfD sean el modelo de uso obligatorio en las inversiones para la instalación de nuevas plantas de producción de energía renovables, así como posible para las relativas a la repotenciación y extensión de la vida útil de los proyectos. En la propuesta de reforma se ha considerado que puedan acceder a este tipo de contrato los nuevos proyectos nucleares y, además, de acuerdo con la voluntad de Francia, también se incluye la posibilidad de utilizar este tipo de instrumentos para las inversiones en repotenciación y extensión de la vida útil de las plantas nucleares ya existentes.

Alemania tenía reticencias frente a lo anterior ante el riesgo de pérdida de competitividad de su industria frente, principalmente, a la francesa. No obstante, las posturas entre ambas potencias europeas se han reconciliado de manera casi unánime en el seno del Consejo, y en donde Alemania obtiene, además de la mención en el texto de que lo anterior podrá tener lugar siempre que no distorsione la competencia y el proceso de fijación del precio sea transparente, la posibilidad de distribuir los beneficios obtenidos por la operativa del sentido bidireccional de los CfD para ayudar de manera simétrica a sus industrias.

En relación con la redistribución de los ingresos generados por las entidades públicas mediante los CfD, esta se deberá hacer a todos los clientes finales de electricidad en función de su cuota de consumo. Asimismo, los ingresos podrán ser utilizados para financiar los costes de los sistemas de ayudas directas a los precios o las inversiones para reducir los costes de electricidad a los clientes finales. No obstante, como se indica, esto tendrá como límite que cualquier redistribución de ingresos que tenga lugar no podrá crear distorsiones indebidas de la competencia y el comercio en el mercado interior de la Unión Europea y se deberá diseñar de manera que mantenga los incentivos de los clientes para reducir su consumo o desplazarlo a periodos en los que los precios de la electricidad sean bajos.

Las normas para estos CfD solo se aplicarían tras un periodo transitorio de tres años (con ampliación a cinco años para determinados proyectos híbridos *off-shore*) después la entrada en vigor del reglamento que sea objeto de aprobación.

2.3. Mecanismos de capacidad

A través de los mecanismos de capacidad (conocidos históricamente como *pagos por capacidad*), los Estados miembros garantizan la consecución del nivel necesario de cobertura que asegure el suministro eléctrico a medio y largo plazo mediante la remuneración a los generadores de electricidad (incluyendo almacenamiento). La propuesta de reforma permite el desarrollo de los mecanismos de capacidad con carácter permanente.

Cuando un Estado miembro confecciona un mecanismo de capacidad, debe ser analizado y aprobado por la Comisión Europea, en línea con la normativa de ayudas de Estado. En relación con este procedimiento, la propuesta del Gobierno español consideraba la necesidad de que se simplificara, lo cual ha sido contemplado en la postura del Consejo. Además, se elimina la temporalidad máxima de diez años, siendo este un punto que España planteó en su propuesta de inicios de este año.

El acuerdo recoge la posibilidad de que los Estados miembros configuren o reconfiguren los mecanismos de capacidad para fomentar la flexibilidad hipocarbónica, además de la posibilidad de que introduzcan nuevos sistemas de ayudas a la flexibilidad no fósil como la respuesta de la demanda y el almacenamiento, mediante la introducción de criterios o características adicionales en el diseño.

Además, como ya se ha indicado, y en ello Polonia ha tenido una especial incidencia, el Consejo ha incluido una excepción a los requisitos sobre límites de emisiones de CO_2 para que los generadores reciban apoyo de los mecanismos de capacidad hasta el 31 de diciembre de 2028. En particular, dispone que los Estados miembros podrán solicitar que la capacidad de generación cuya producción comercial haya comenzado antes del 4 de julio de 2019 y que emita más de 550 g de CO_2 procedente de combustibles fósiles por kWh de electricidad pueda comprometerse excepcionalmente o recibir pagos o compromisos de pagos futuros en virtud de un mecanismo de capacidad que aprobará la Comisión antes de la entrada en vigor del reglamento a aprobar, siempre que cumplan con unas determinadas condiciones. Gracias a esta excepción, los proyectos

de energía procedente del carbón, imperantes en países como Alemania y Polonia, podrán seguir percibiendo remuneración por capacidad hasta esa fecha.

3. Especial protección en situaciones vulnerables

La propuesta de reforma busca garantizar que los beneficios obtenidos derivados de las modificaciones en la configuración del mercado de la electricidad también favorezcan a los consumidores, incluidos los más vulnerables, y en última instancia los protejan de las crisis energéticas y eviten que más hogares caigan en la pobreza energética.

3.1. Protección en situaciones en crisis de precios en el mercado de la electricidad

En el mercado de la electricidad de la Unión Europea, los Estados miembros tienen la posibilidad de aplicar precios regulados a los hogares vulnerables y en situación de pobreza energética. Además, como medida de transición, pueden aplicar esos precios a hogares y microempresas con independencia de que se produzca o no una crisis de precios de la electricidad.

La propuesta de reforma establece las condiciones de asequibilidad durante un periodo de crisis. La Comisión Europea podrá declarar mediante decisión una crisis de precios de la electricidad por un periodo de hasta un año, y con carácter regional o para el conjunto de la Unión Europea, si se cumplen las siguientes condiciones:

i. que se den precios medios muy elevados en los mercados mayoristas de electricidad. Se entiende por precios muy elevados aquellos precios medios que superen al menos 2,5 veces el precio medio de la electricidad durante los cinco años anteriores (sin tener en cuenta el año 2022 ni los períodos en los que se haya declarado una crisis de precios de electricidad a escala regional o de la Unión Europea) y de los que se espera que continúen durante al menos seis meses;

ii. que hayan producido fuertes aumentos de los precios minoristas de la electricidad, de alrededor de un 70 %, y de los que se espera que continúen durante al menos tres meses; y

iii. que la economía se vea afectada por el aumento de los precios de la electricidad.

Una vez declarado el periodo de crisis, la propuesta de reforma incluye que los Estados miembros puedan aplicar medidas de precios regulados a consumidores domésticos y pymes, de manera temporal y limitadas a un máximo del 70 % del consumo que hubiera realizado durante el mismo periodo del año anterior, las cuales deberán, asimismo, mantener un incentivo para la reducción de la demanda.

Conviene apuntar que el Consejo ha manifestado en su postura la voluntad de que los Estados miembros puedan aplicar un tope a los ingresos excesivos del mercado procedentes de los productores inframarginales, es decir, aquellos que tienen los costes marginales más bajos, como son

los de energías renovables y los de la energía nuclear y el lignito. Esta medida se desarrollaría hasta el 30 de junio de 2024 y mantendría las mismas condiciones que la medida de emergencia relativa a los ingresos inframarginales que se adoptó el 6 de octubre de 2022.

3.2. Protección a los consumidores

Para proteger a los consumidores frente a la volatilidad de los precios y ofrecerles oportunidades de participación en el mercado de la energía, la propuesta de reforma hace hincapié en la importancia de actualizar sus derechos y protecciones, permitiéndoles beneficiarse de la transición energética, disociar sus facturas de electricidad de los movimientos de precios a corto plazo en los mercados de la energía y reequilibrar el riesgo entre proveedores y consumidores. Con ese fin, trata de proporcionar mercados de plazo eficaces y eficientes que cubran la exposición de proveedores y consumidores a los precios a largo plazo y reducir la dependencia de los precios a corto plazo.

En este sentido, la propuesta de reforma se hace eco de la importancia de que los consumidores tengan siempre acceso a una información mejor y más clara sobre los contratos, en un mercado en el que puedan elegir entre una variedad de contratos que se adapten a sus necesidades, tanto de precio fijo asequible y de duración determinada como dinámicos. No obstante, conviene apuntar que la definición de contrato suministro de electricidad de duración determinada y precio fijo incluida en la propuesta de reforma contiene la posibilidad de que se incluya en el contrato que garantice las mismas condiciones contractuales un elemento flexible con, por ejemplo, variaciones entre precios punta y precios valle. Asimismo, vela por que los proveedores no puedan modificar unilateralmente las condiciones antes de que expiren los contrato. De este modo, los consumidores, incluidas las pequeñas empresas, pueden bloquear precios seguros y a largo plazo para mitigar el impacto de variaciones repentinas en los precios. La oferta de este tipo de contrato será obligatoria para los proveedores que tengan, al menos, 200.000 clientes finales.

Asimismo, la propuesta de reforma dispone la obligatoriedad para los Estados miembros de aplicar un régimen de proveedores de último recurso, que pueden ser tratados como proveedores de servicio universal. Estos proveedores se harán cargo de los clientes de otros proveedores que hayan dejado de prestar su servicio con el fin de evitar su desconexión. El desarrollo de la figura del proveedor de último recurso no implica, sin embargo, que los Estados miembros tengan la obligación de suministrar a un precio mínimo fijo determinado.

También se incluye en la propuesta de reforma una especial protección hacia los clientes vulnerables, por la que los Estados miembros deban garantizar que no se produzca su desconexión de la electricidad.

4. Conclusión

A la vista de lo anterior, las medidas propuestas, que aún deben pasar el trámite ante el Parlamento Europeo, prometen dotar, sin *tocar* la estructura marginalista existente del mercado eléctrico, de estabilidad a largo plazo a los mercados eléctricos de la UE, evitando las bruscas fluctuaciones de precios que se han experimentado en el último año.

En palabras de la ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, la reforma trata de alcanzar el objetivo del coste de la electricidad dependa menos de la volatilidad de los precios de los combustibles fósiles.

Sin duda, las medidas que se han previsto, como las destinadas a un aumento de la contratación a plazo o fomento de los PPA, mejorarán la operativa del mercado eléctrico, en tanto que, como es el caso de los PPA, aumentarán la contratación y la liquidez del mercado de futuros, siempre y cuando, eso sí, efectivamente se racionalicen los procedimientos y cargos que ahora obstaculizan su desarrollo.

Lo mismo cabe decir del desarrollo de los esquemas analizados de CfD para nuevas instalaciones con el objeto de alcanzar los objetivos de instalación renovable y tecnologías no emisoras, como son la solar, eólica, geotérmica, hidroeléctrica sin embalse, así como las nucleares. Es relevante destacar que en este punto Francia consigue que los CfD puedan alcanzar a la extensión de la vida útil de sus nucleares existentes.

También las medidas adoptadas en relación con los mecanismos de capacidad son relevantes, dado que se pone el foco sobre la necesidad de desarrollar los mecanismos de capacidad, incluso permitiendo que haya tecnologías emisoras que se puedan beneficiar de estos pagos por capacidad de manera temporal (instalaciones térmicas o ciclos combinados).

Todas estas medidas, en nuestra opinión, están destinadas a realizar una transición energética razonable y sostenida, de manera que se permita dotar al sistema de seguridad en el suministro, sin perder de vista la necesaria penetración de renovables y el almacenamiento, y, en definitiva, a la consecución de objetivos de descarbonización.

Sin perjuicio de lo antedicho, el acuerdo alcanzado tendrá que ser debidamente *aterrizado*, en primer lugar, en el reglamento que definitivamente se apruebe y, en segundo lugar, en el día a día del mercado eléctrico. Por ello, las conclusiones que cabe extraer de lo analizado solo pueden hacerse desde una perspectiva general, por lo que habrá que esperar a la aprobación del nuevo marco normativo para evaluar su impacto real.

Notas

1 Las normas que modifica la reforma son:

(1) El Reglamento (UE) 2019/943, de 5 de junio de 2019, relativo al mercado interior de la electricidad.

(2) El Reglamento (UE) 2019/942, de 5 de junio de 2019, por el que se crea la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía.

(3) La Directiva (UE) 2019/944, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado

interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE.

(4) La Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, recientemente modificada por la Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 63, diciembre 2023, pp. 219-226

Foro de Actualidad

Internacional

NOVEDADES EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS: EL NUEVO REAL DECRETO 571/2023, DE 4 DE JULIO, SOBRE INVERSIONES EXTERIORES

Marina Pulido y Celia García Paredes

Abogados de las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje, y Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

Novedades en materia de inversiones extranjeras directas: el nuevo Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores

Este foro resume las principales novedades normativas introducidas en el régimen de inversiones extranjeras en España y, en particular, en los mecanismos de control de inversiones.

PALABRAS CLAVE:
Inversiones extranjeras, Mecanismos de control, Autorización, Exenciones.

Developments in foreign direct investments: new Royal Decree 571/2023 of 4 July on foreign investments

This article summarises how the Spanish foreign-direct-investment framework has changed, specifically, the screening mechanisms for specific investments.

KEY WORDS:
Foreign direct investments, screening mechanisms, authorisation, exemptions.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Pulido, Marina; García Paredes, Celia (2023). Novedades en materia de inversiones extranjeras directas: el nuevo Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 219-226 (ISSN: 1578-956X).

El control de inversiones extranjeras es una práctica común en un número cada vez mayor de jurisdicciones, que está en constante revisión y que se inspira en sistemas similares de otros países que llevan más tiempo en vigor, como es el caso de CFIUS en Estados Unidos. Su impacto en las operaciones de fusiones y adquisiciones es relevante.

En España, el Gobierno ha aprobado recientemente el Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores (el "RD de Inversiones Exteriores"), que deroga el Real Decreto 664/1999 y desarrolla la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior (la "Ley 19/2003").

El nuevo RD de Inversiones Exteriores regula (i) las obligaciones de declaración de inversiones extranjeras en España a efectos estadísticos, que deben realizarse con posterioridad al cierre de las operaciones objeto de declaración; (ii) las obligaciones de declaración de inversiones españolas en el exterior a estos mismos efectos; y (iii) como cuestión más relevante, se modifican y desarrollan los mecanismos de control de inversiones extranjeras directas (los "Mecanismos de Control") en virtud de los cuales el cierre —que no la firma— de determinadas operaciones de inversión en España requiere de autorización administrativa previa. En concreto, se prevén los siguientes Mecanismos de Control: el de carácter general previsto en el art. 7 bis de la Ley 19/2003 (el "Mecanismo de Control del 7 bis"), el relativo a actividades directamente relacionadas con la defensa nacional (el "Mecanismo de Control de Defensa"), el relativo a adquisiciones de inmuebles de destino diplomático de Estados no miembros de la Unión Europea (el "Mecanismo de Control de Inmuebles Diplomáticos"), así como un nuevo régimen para inversiones en actividades directamente relacionadas con armas, cartuchería, artículos pirotécnicos y explosivos de uso civil u otro material de uso por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (el "Mecanismo de Control de Armas").

Este nuevo RD de Inversiones Exteriores entró en vigor el 1 de septiembre de 2023, por lo que a todos los procedimientos de autorización de inversiones iniciados con anterioridad a esa fecha les siguen resultando de aplicación el Real Decreto 664/1999 y la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 11/2020 —en particular, sus plazos de resolución—.

Sin perjuicio de que el RD de Inversiones Exteriores regula también los aspectos de obligaciones de declaración estadística ya apuntados, a continuación resumiremos las novedades de mayor interés respecto de la regulación de los Mecanismos de Control. Cabe destacar que, aunque no se haga referencia expresa a ellos en el RD de Inversiones Exteriores, estas modificaciones deben entenderse igualmente aplicables al Mecanismo de Control del 7 bis para operaciones realizadas por inversores residentes en la Unión Europea ("UE") y Asociación Europea de Libre Comercio ("AELC") fuera de España, para los que existe un régimen transitorio de control hasta el 31 de diciembre de 2024, en los términos que explicaremos más adelante.

1. Cambios comunes a todos los mecanismos de control

Seguidamente se indican las novedades más relevantes introducidas por el RD de Inversiones Exteriores y que afectan a todos los Mecanismos de Control.

En primer lugar, se reduce el plazo del que disponen las autoridades para resolver las solicitudes de autorización de seis a tres meses. En caso de no obtener respuesta transcurrido ese plazo, se entenderá desestimada. No obstante, las autoridades pueden requerir información adicional que suspenda el cómputo de este plazo para resolver y notificar.

En segundo lugar, se formaliza el sistema de consulta voluntaria que, sin cobertura legal expresa ni plazo para resolver determinado, venía existiendo en la práctica. Mediante este procedimiento, que tiene carácter voluntario, los inversores pueden recibir, en un plazo máximo de treinta días hábiles, una respuesta confidencial y vinculante sobre la necesidad de que una determinada operación sea sometida a autorización o no. El interesado podrá presentar solicitud de autorización si no recibe respuesta transcurrido ese plazo o si la consulta se resuelve en sentido de que resulta necesaria. Aunque el RD de Inversiones Exteriores no lo señala expresamente, cabe entender que, si transcurre ese plazo, el interesado podrá en todo caso esperar a la resolución expresa de la consulta.

En tercer lugar, se aclaran algunos aspectos del régimen común de las autorizaciones. Por un lado, se contempla expresamente la posibilidad de que las autorizaciones estén sujetas a condiciones —algo que en la práctica ya venía sucediendo en algunos casos—. Por otro, se aclaran las consecuencias de la infracción de la obligación de sometimiento a cualquier Mecanismo de Control cuando resulte preceptivo: el inversor no autorizado no podrá ejercer los derechos económicos y políticos en la sociedad española hasta que se obtenga la autorización preceptiva —si se obtiene—.

En cuarto lugar, se establecen algunas normas para los casos en los que haya varios inversores implicados en la operación o haya varias operaciones de inversión seguidas entre las mismas partes. Así, se indica que debe presentarse una única solicitud por operación de inversión, siempre que exista acuerdo entre las partes, y no por inversor —esto es, si en una misma operación existe más de un inversor extranjero sujeto a un Mecanismo de Control y se trata de una operación concertada (con acuerdos de inversión entre todas las partes), la solicitud debe ser única por la operación y no pueden presentarse solicitudes separadas por inversor—. También se indica que, cuando dos o más operaciones de inversión tengan lugar dentro de un período de dos años entre los mismos compradores y vendedores, "*se considerarán como una sola realizada en la fecha de la última operación*" —nótese que el precepto se refiere expresamente a identidad de compradores y vendedores, y no de objeto, pero si varía la empresa objeto de inversión (esto es, si la empresa en la que se invierte no es la misma), no resulta razonable entender que se trata de una sola operación de inversión a efectos de aplicación de los Mecanismos de Control—.

Por último, se aclara el sujeto obligado en estructuras de fondos de inversión. Siguiendo el criterio interpretativo que ya se venía aplicando, en caso de inversión a través de instituciones de inversión colectiva o entidades de inversión colectiva cerrada, fondos de pensiones, de empleo u otras entidades de inversión para la jubilación, así como estructuras análogas —frecuentes en el mundo del *private equity*—, el sujeto obligado a someterse a control como titular de la inversión será la sociedad gestora (incluido el denominado *general partner* —GP— o *investment advisor* en estructuras que usen estas denominaciones), siempre que los socios o beneficiarios no ejerzan legalmente derechos políticos ni tengan acceso privilegiado a la información de la empresa. En otras palabras, cabe interpretar que los denominados *limited partners* —LP— no son relevantes a estos efectos en la medida en que adopten un rol pasivo y sin acceso a información privilegiada —concepto que puede suscitar dudas de aplicación—.

Vistos los cambios comunes a todos los Mecanismos de Control, a continuación se exponen los cambios que afectan, de forma específica, a cada uno de ellos.

2. Cambios en el mecanismo de control del 7 bis

Antes de exponer los cambios introducidos por el RD de Inversiones Exteriores en el Mecanismo de Control del 7 bis, debe aclararse que no cualquier inversión en España está sujeta a dicho mecanismo. Su sujeción depende de dos factores que el RD de Inversiones Exteriores no ha modificado de forma sustancial, sino que solo ha matizado en algunos aspectos.

i. El primer criterio se refiere al ámbito en el que la sociedad que se adquiere desarrolla su actividad. Debe analizarse si el negocio de la empresa, activo o rama de actividad se corresponde con alguno de los sectores listados en el apartado 2 del art. 7 bis de la Ley 19/2003, para los que el RD de Inversiones Exteriores ofrece mayor detalle sobre su alcance.

ii. El segundo viene dado por el sujeto que realiza la inversión. Aquellos inversores no residentes en la UE o la AELC ("Inversores No Europeos") que reúnan alguna de las características subjetivas establecidas en el apartado 3 del art. 7 bis de la Ley 19/2003 requieren autorización para cualquier operación que quieran llevar a cabo en España. El RD de Inversiones Exteriores ha introducido alternativas para determinar la consideración de un inversor como tal.

Además, el RD de Inversiones Exteriores identifica ciertas operaciones que no quedan sujetas al Mecanismo de Control del 7 bis de acuerdo con su apartado 1. Todo ello se analizará en los siguientes epígrafes.

Por último, cabe señalar que, desde el punto de vista procedimental, el RD de Inversiones Exteriores elimina la posibilidad de recurrir al procedimiento simplificado del Mecanismo de Control del 7 bis para las operaciones cuyo importe fuese inferior a 5 millones de euros. Como se ha indicado, desde la entrada en vigor del RD de Inversiones Exteriores todas las solicitudes que se presenten dispondrán del mismo plazo de resolución de tres meses, si bien el órgano competente para resol-

ver variará en función el importe de la operación: corresponderá a la persona titular de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones resolver sobre las operaciones cuyo importe sea igual o inferior a 5 millones de euros, y al Consejo de Ministros en el resto de los casos.

2.1. Alcance de los sectores sujetos al Mecanismo de Control del 7 bis

El RD de Inversiones Exteriores define el alcance de los sectores de actividad de la sociedad objeto de adquisición sujetos a autorización. La nueva regulación no supone una novedad práctica en la mayoría de los casos, sino un reflejo de los criterios que las autoridades en materia de inversiones exteriores ya seguían en aplicación del cuestionario oficial de la Subdirección General de Inversiones Exteriores ("SGIE") para tramitar los expedientes. Los sectores quedan delimitados de la siguiente manera:

i. Se entiende por infraestructuras críticas las que figuren en el Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas (art. 4 de la Ley 8/2011). Ya existía una referencia en el art. 7 bis 2.a) a dicha norma, por lo que no supone un cambio significativo.

ii. Desarrolla el apartado b) del art. 7 bis 2 de la Ley 19/2003 para definir qué debe entenderse por tecnologías críticas y de doble uso, tecnologías clave para el liderazgo y la capacitación industrial, y tecnologías desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España. En relación con estas últimas, aclara que son aquellas "*que implican una cantidad o un porcentaje sustancial de financiación con cargo al presupuesto de la Unión Europea o de España*", que hasta la entrada en vigor del RD de Inversiones Exteriores no se concretaban en la normativa de inversiones exteriores. A pesar de ello, su interpretación es ambigua, porque no aclara si existe un umbral mínimo a partir del cual resulte necesario solicitar la autorización.

iii. Replica la descripción del cuestionario oficial de la SGIE sobre insumos fundamentales (apartado c del art. 7 bis 2 de la Ley 19/2003), citando de forma expresa los insumos provistos por sociedades que desarrollen y modifiquen *software* empleado en la operación de infraestructuras críticas en diversos sectores. No obstante, no precisa qué materias primas tienen la consideración de insumos fundamentales o qué debe entenderse por seguridad alimentaria.

iv. Los sectores con acceso a información sensible también se definen con base en las preguntas que ya se incluían en el cuestionario oficial de la SGIE. Recoge una referencia ambigua a que la actividad que desarrolle la empresa objeto de adquisición esté sometida "*obligatoriamente*" a una evaluación de impacto sobre los datos personales, que puede suscitar dudas de aplicación al caso concreto cuando la actividad principal no esté sometida a dicha evaluación, pero la empresa sí la haya llevado a cabo.

Ahora bien, aun con este desarrollo, siguen existiendo problemas interpretativos que no ha resuelto la nueva redacción del RD de Inversiones Exteriores y que obligarán a verificar las operaciones dudosas con las autoridades.

2.2. Exenciones

El RD de Inversiones Exteriores también establece un nuevo sistema de exenciones que varía en función de la empresa objeto de la inversión. Por este motivo, para el análisis de las inversiones que lleven a cabo los Inversores No Europeos, deja de ser relevante el importe de la operación, que hasta la entrada en vigor del RD de Inversiones Exteriores tenía que ser superior a 1.000.000 de euros. Sí se mantiene, en cambio, el umbral que se aplica de forma transitoria a las inversiones que realicen los inversores residentes en la UE o la AELC fuera de España, que es más exigente: 500.000.000 de euros (o inversiones en sociedades cotizadas en las que se adquiera al menos el 10 % de su capital social o que den lugar a control sobre ella).

Los supuestos de exención que se espera que puedan tener un impacto más significativo en el volumen de consultas y solicitudes de autorización son los siguientes:

i. No será necesario notificar las inversiones en el sector energético, con independencia de su cuantía, cuando la cuota resultante por tecnología para el inversor no llegue al 5 % (entre otros requisitos). La fórmula de cálculo incluye coeficientes de ponderación que no son públicos, por lo que es probable que siga suscitando dudas que no permitan determinar con seguridad y claridad para todas las potenciales inversiones en este sector si quedan sujetas o no al Mecanismo de Control del 7 bis.

ii. Las inversiones en sociedades cuya cifra de negocios no supere los 5.000.000 de euros en el último ejercicio social cerrado no estarán sujetas al Mecanismo de Control del 7 bis, aunque hay varias excepciones a la aplicación de esta exención, siendo la más relevante que la empresa que se adquiera haya desarrollado tecnologías al amparo de programas y proyectos de interés para España.

iii. Solo estarán sometidas a control las inversiones en inmuebles afectos a infraestructuras críticas o indispensables e insustituibles para la prestación de servicios esenciales. Los inversores que cumplan alguna de las condiciones del art. 7 bis 3 de la Ley 19/2003 también podrán beneficiarse de esta exención en relación con la inversión en inmuebles.

iv. Se exime de control a las inversiones transitorias, es decir, las que se consideran de corta duración ("*horas o días*") en las que el inversor no llega a tener capacidad de influir en la gestión de la sociedad adquirida.

Es una mejora evidente respecto al sistema anterior, sobre todo en los sectores que generaban un mayor número de notificaciones (energías renovables) o que podían ver en el Mecanismo de Control del 7 bis un obstáculo para lograr financiación en la etapa inicial de su desarrollo empresarial (como es el caso de las *start-ups*).

2.3. Operaciones no sujetas

El RD de Inversiones Exteriores recoge además la interpretación que ya venían adoptando las autoridades respecto a las operaciones no sujetas al Mecanismo de Control del 7 bis.

En concreto, las operaciones de reestructuración interna en grupos de empresas no se consideran inversiones directas en el sentido del art. 7 bis 1 de la Ley 19/2003, y por ello no requerirán la presentación de solicitudes o aclaraciones complementarias. Para que se aplique la no sujeción es condición necesaria que la estructura de control último dentro del grupo no varíe. Si bien era un criterio consolidado en la práctica, es positivo que se recoja de forma expresa en el articulado del RD de Inversiones Exteriores, por cuanto se trata de operaciones que se dan con mucha frecuencia y cuya sujeción no está resuelta con claridad en otros países.

Tampoco se considerarán inversiones directas según el art. 7 bis 1 de la Ley 19/2003 los incrementos de participación por inversores que ya tengan al menos un 10 % del capital social de la sociedad española, siempre que no vayan acompañados de cambios en la naturaleza de su control sobre la entidad. Es decir, como consecuencia de la operación el inversor no puede pasar de una situación de no control a control conjunto o exclusivo, o de control conjunto a control exclusivo.

Por último, las inversiones que se considere que tengan "*escasa o nula repercusión en los bienes jurídicos*" que protege la normativa de inversiones exteriores (es decir, la seguridad pública, la salud pública y el orden público) tampoco estarán sujetas al Mecanismo de Control del 7 bis. No obstante, la redacción es amplia y está sujeta a interpretación.

2.4. Características subjetivas del inversor

El RD de Inversiones Exteriores ofrece parámetros para determinar si un Inversor No Europeo reúne las características subjetivas que determinan que deba solicitar autorización para cualquier operación que lleve a cabo en España, con independencia del sector en el que invierta.

El supuesto para cuya determinación se introducen más criterios es el que se refiere al control del inversor (ya sea directo o indirecto) por parte del Gobierno de un tercer país. Esto no siempre es claro, y sucede con frecuencia en relación con fondos de pensiones de terceros Estados que reciben financiación pública o que son supervisados por organismos públicos de su país. Las inversiones que se realicen a través de estos fondos estarán exentas de autorización si se puede considerar que su política de inversión es independiente y que se centra solo en la rentabilidad de sus carteras. Además de lo anterior, se puede concluir que existe dicho control con base en la financiación que reciba el inversor (incluidos subsidios) de un Gobierno extranjero.

3. Cambios en el mecanismo de control de defensa

El RD de Inversiones Exteriores también establece importantes novedades en cuanto al Mecanismo de Control de Defensa.

Por un lado, en cuanto a inversores potencialmente sujetos, se amplía el ámbito subjetivo a personas físicas extranjeras residentes en España, con independencia de su nacionalidad. Hasta el momento, solamente se aplicaba a los inversores extranjeros no residentes en España (tanto personas físicas como jurídicas), y con el nuevo RD de Inversiones Exteriores, se mantiene la sujeción

de personas físicas o jurídicas no residentes en España (incluidas las residentes en la UE fuera de España) y se amplía a personas físicas extranjeras residentes en España.

Por otro lado, se establecen nuevas excepciones a los supuestos de aplicación del Mecanismo de Control de Defensa. Se establece una excepción general para inversiones en sociedades españolas cuando no se alcance el 5 % del capital social y no se permita al inversor formar parte, directa o indirectamente, del órgano de administración de la sociedad —hasta ahora, esta excepción solamente resultaba aplicable a sociedades cotizadas, para las no cotizadas no existía un umbral mínimo—. Además, se introduce una nueva excepción condicional para inversiones de entre un 5 % y un 10 %: no requerirán autorización administrativa previa si se notifican a la Dirección General de Armamento y Material y a la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones junto con un documento en el que el inversor se comprometa en escritura pública a no utilizar, ejercer ni ceder a terceros sus derechos de voto, ni a formar parte de cualesquiera órganos de administración. La redacción del RD de Inversiones Exteriores incluye una referencia final a que el compromiso debe referirse a "*la sociedad cotizada*", por lo que deberá aclararse si esta referencia es un error o realmente pretende limitarse esta excepción a sociedades cotizadas.

4. Nuevo mecanismo de control de armas

Otra novedad relevante del RD de Inversiones Exteriores es la creación de un nuevo Mecanismo de Control aplicable a actividades relacionadas con la fabricación, comercio o distribución de armas, cartuchería, artículos pirotécnicos y explosivos de uso civil, de acuerdo con la Ley 18/1992, de 1 de julio, lo dispuesto en el Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, y en el Reglamento de Explosivos, aprobado por el Real Decreto 130/2017, de 24 de febrero, y el Reglamento de artículos pirotécnicos y cartuchería, aprobado por el Real Decreto 989/2015, de 30 de octubre. Sobre este Mecanismo de Control de Armas, cabe destacar que no existen umbrales cuantitativos que eximan de la obligación de solicitar autorización (a diferencia de los Mecanismos de Control del 7 bis y de Defensa), y que el ámbito subjetivo es similar al del Mecanismo de Control de Defensa: se aplica tanto a personas físicas y jurídicas residentes fuera de España como a personas físicas extranjeras residentes en España, con independencia de su nacionalidad.

5. Conclusiones

El RD de Inversiones Exteriores, aplicable a aquellos procedimientos de autorización que se inicien a partir del 1 de septiembre de 2023, introduce importantes novedades en el régimen de inversiones extranjeras en España y, en particular, el de control de inversiones, y debería ofrecer una mayor seguridad jurídica al mercado. En este sentido, se reduce el plazo general de resolución de solicitudes de autorización de seis a tres meses, se recogen por escrito algunos criterios interpretativos que ya venían aplicando las autoridades, se establece un nuevo sistema de exenciones que varía en función del sector de actividad de la empresa en que se invierta y se establece un nuevo marco de control para inversiones en defensa nacional y armas, cartuchería, artículos pirotécnicos y explosivos de uso civil.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 63, diciembre 2023, pp. 227-237

Foro de Actualidad

Internacional

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS PERSONALES ENTRE EUROPA Y EE. UU.

Leticia López-Lapuente y Mirian Goitia

Abogadas del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

El régimen jurídico de las transferencias internacionales de datos personales entre Europa y EE. UU.

La realización de transferencias internacionales de datos en los últimos años ha supuesto un reto jurídico para las empresas, especialmente en la realización de transferencias de datos de Europa a EE. UU. La falta de seguridad jurídica como consecuencia de las resoluciones emitidas en esta materia han incrementado el riesgo regulatorio inherente a su realización cuando el tercer país al que se transfieren los datos no cuenta con una decisión de adecuación.

PALABRAS CLAVE:
Transferencias internacionales, Decisión de adecuación, Garantías, Seguridad jurídica, Datos personales, Nivel de protección, Unión Europea.

The legal framework for international transfers of personal data between Europe and the US

International transfers of personal data have been challenging for companies in recent years, in particular, from Europe to the US. The lack of legal certainty that decisions on the matter have caused, has increased the regulatory risks inherent to international transfers of data to third countries that have no adequacy decision.

KEY WORDS:
International transfers, adequacy decision, guarantees, legal certainty, personal data, level of protection, European Union.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

López-Lapuente, Leticia; Goitia, Mirian (2023). El régimen jurídico de las transferencias internacionales de datos personales entre Europa y EE. UU. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 227-237 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Las políticas y regulación que la Unión Europea ha ido desarrollando a lo largo de la última década para regular el derecho a la protección de datos personales ha tenido como resultado que la región europea se sitúe como la que garantiza un nivel de protección de datos más elevado a nivel global. Como resultado, los datos personales de los ciudadanos europeos cuentan con un grado de protección elevado.

La normativa de protección de datos, con su origen en la ya derogada la Directiva 95/46, el Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos ("RGPD") y las normas nacionales que se han ido dictando (la "Normativa de PD") han establecido un régimen para regular la compartición de datos personales de ciudadanos de la UE con destinatarios que se sitúan en países fuera del EEE y que, al no estar sometidos a las normas europeas en materia de protección de datos, podían no garantizar un nivel de protección de datos adecuado.

La normativa de PD actual —y en particular el RGPD— requiere que, cuando se prevea transferir datos personales a un país tercero —aquel que se encuentre fuera del EEE— o a una organización internacional, los responsables del tratamiento deben asegurar que el tercer país u organización garantiza un nivel de protección de datos adecuado conforme al régimen jurídico de la UE, bien sea porque cuenta con normas similares a las que existen en la UE, o porque el emisor y el destinatario de los datos han acordado que, tras la transferencia internacional de datos, estos datos se tratarán cumpliendo una serie de garantías y cautelas que, como resultado, logren garantizar que esos datos personales son tratados en el tercer país con el mismo grado de protección que en la UE.

A. La decisión de adecuación

Conforme al artículo 45 del RGPD, aquellos países terceros u organizaciones internacionales que garantizan un nivel de protección de datos adecuado pueden ser reconocidos por la Comisión Europea como tales. Para contar con este reconocimiento, la Comisión Europea ha estudiado el nivel de protección de datos que se garantiza en ese tercer país teniendo en cuenta para ello el Estado de Derecho (la legislación en materia de derechos humanos, la seguridad pública, defensa, la legislación penal, el acceso a las autoridades públicas), la existencia y funcionamiento de autoridades de control independientes con responsabilidad de hacer cumplir las normas en materia de protección de datos, los compromisos internacionales asumidos por el tercer país u organización internacional, así como otras obligaciones asumidas de acuerdos o instrumentos jurídicamente vinculantes[1]. Como resultado del análisis del nivel de protección otorgado a los datos personales en el tercer país, en aquellos casos en los que el tercer país u organización internacional garan-

tiza un nivel de protección de datos adecuado, la Comisión Europea los reconoce como países adecuados mediante la emisión de un instrumento legislativo europeo, como es una decisión de adecuación. Algunos de los países que cuentan con una decisión de adecuación son Japón, Argentina, Suiza, Canadá, Andorra, Uruguay, Nueva Zelanda, entre otros[2].

B. Otras garantías y medidas adicionales

En aquellos casos en los que los países terceros no cuentan con una decisión de adecuación, el emisor y el destinatario de los datos deben adoptar las garantías y medidas adicionales que resulten necesarias para alcanzar un nivel de protección equivalente en lo esencial al de la UE en el tratamiento de datos personales. Entre las medidas que propone la Normativa de PD se encuentran las normas corporativas vinculantes, las cláusulas contractuales tipo y códigos de conducta, así como mecanismos de certificación aprobados, todo ello conforme a los artículos 46 y 47 RGPD.

C. Excepciones para situaciones específicas

El artículo 49 del RGPD recoge algunas situaciones específicas en las cuales se pueden llevar a cabo transferencias internacionales de datos a un tercer país o a una organización internacional sin contar con una decisión de adecuación o con garantías y medidas adicionales. Estas excepciones se aplican únicamente a transferencias que son puntuales y no repetitivas, así como cuando afecten únicamente a un número limitado de interesados y cuando resulte necesaria para satisfacer los fines de interés legítimo imperiosos que persigue el responsable del tratamiento y sobre los que no deben prevalecer los intereses o derechos y libertades del interesado.

Las situaciones que dan lugar a que se produzca esta excepción son las que vienen establecidas en el artículo 49 RGPD: que el interesado haya dado su consentimiento para la transferencia propuesta tras haber informado sobre los riesgos asociados; que la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato o precontrato entre el interesado y el responsable del tratamiento; que la transferencia sea necesaria para la celebración de un contrato en interés del interesado con el responsable del tratamiento y otra persona física o jurídica; que la transferencia sea necesaria por razones importantes de interés público, para la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones o para proteger los intereses vitales del interesado o de otras personas (cuando el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento); y cuando la transferencia se realice desde un registro público en los términos establecidos en los artículos 49.1.g) y 49.2 RGPD.

2. Las transferencias internacionales de Europa a EE. UU.

El régimen jurídico aplicable a la realización de transferencias internacionales de datos entre la UE y EE. UU. ha sufrido drásticos cambios y ha sido cuestionado en varias ocasiones en los últimos años. En los próximos epígrafes se van a analizar los distintos instrumentos que se han articulado

para garantizar que las transferencias internacionales de datos entre el EEE y EE. UU. se realizan asegurando un nivel de protección de datos adecuado. Asimismo, se analizarán las causas por las cuales algunos instrumentos han sido considerados insuficientes y, en consecuencia, inválidos, así como la progresión en la sustitución de estos mecanismos por otros, hasta llegar a la aprobación del instrumento que actualmente garantiza la realización de transferencias entre el EEE y EE. UU., el conocido como Marco de Privacidad UE-EE. UU.

Históricamente, EE. UU. ha sido una región donde no se ha garantizado un nivel de privacidad elevado. Los poderes elevados reconocidos en el ámbito de las investigaciones y la seguridad nacional, así como la concepción sobre cómo debe gestionarse el control de los datos por parte del interesado de los datos ha llevado a que los ciudadanos estadounidenses no tengan reconocido un derecho a la protección de datos personales como lo entiende la UE. Por todo ello, EE. UU., por el momento, no ha adoptado normas de privacidad a nivel federal. Sin perjuicio de ello, algunos estados han adoptado normas en materia de privacidad, aunque su ámbito de protección resulta menor que el nivel de protección de datos existente en la UE. Por estas razones, los instrumentos de adecuación que se han pactado con EE. UU. a lo largo de los últimos años no han tenido la ambición de abarcar a toda la región, sino que se han circunscrito únicamente a las empresas que voluntariamente han decidido adherirse a algunos principios en materia de protección de datos.

2.1. Puerto seguro

El primer instrumento de adecuación (bajo el artículo 45 RGPD) que reguló la realización de transferencias internacionales entre la UE y EE. UU. fue el *Safe Harbour* (Puerto Seguro) constituido por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos el 21 de julio del año 2000. La Comisión Europea emitió la decisión de adecuación mediante la Decisión 2000/520 (la "Decisión" o "Puerto Seguro")[3], por la cual reconocía que este instrumento garantizaba la realización de transferencias internacionales garantizando un nivel de protección adecuado cuando dichas transferencias se realizaban a las entidades que se encontraban adheridas a los principios de Puerto Seguro. Esta Decisión incluye los principios de Puerto Seguro que van dirigidos en exclusiva a las entidades estadounidenses que reciben datos personales de la Unión Europea. Las entidades receptoras de datos personales deben cumplir los requisitos de Puerto Seguro para obtener la correspondiente presunción de "adecuación". En la realización de transferencias internacionales al amparo de este instrumento, el responsable de los datos debía verificar que la empresa destinataria de los datos en EE. UU. estaba incluida en el instrumento Puerto Seguro.

2.2. El caso Schrems I

El 25 de junio de 2013, el Sr. Maximilian Schrems presentó una reclamación para que se prohibiera a una red social transferir datos personales a los Estados Unidos. El Sr. Schrems llevaba años siendo usuario de esta red social. Aunque el contrato para el uso del servicio de la red social por parte de ciudadanos europeos se concluía con la filial irlandesa de la red social, los datos personales de los usuarios europeos se transferían a los servidores pertenecientes a la matriz del grupo situados en EE. UU. El Sr. Maximilian Schrems alegaba en su reclamación que se debían prohibir las transferencias de datos a EE. UU. porque el derecho y las prácticas en vigor en EE. UU. no garantizaban un nivel de protección suficiente y equivalente en lo esencial al de la UE[4]. La reclamación del

Sr. Maximilian Schrems llegó a la High Court Irlandesa, que, para resolver sobre el litigio, planteó algunas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE")[5].

2.2.1. SOBRE LAS FACULTADES DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE PROTECCIÓN DE DATOS

El TJUE concluyó que las autoridades nacionales de control, como el Comisionario Irlandés, disponen de una amplia gama de facultades necesarias para garantizar el cumplimiento de sus funciones, entre otras, facultades de investigación, de recabar información y de intervención, como por ejemplo prohibir provisional o definitivamente un tratamiento de datos. Sin embargo, las autoridades de control estatales, en tanto en cuanto deben abarcar los tratamientos de datos realizados en su territorio, no disponen de facultades respecto de los tratamientos de datos que se realizan en un tercer país. Por ello, la autoridad de control nacional es competente en analizar si la transferencia se realizó adoptando las garantías exigidas por la Normativa de PD. No obstante, el TJUE aclaró que, mientras que la decisión de adecuación no haya sido declarada inválida por el TJUE, los Estados miembros (incluyendo las autoridades de control) no pueden adoptar medidas contrarias a la decisión. El TJUE es la única autoridad que puede declarar la invalidez de una decisión adoptada por la Comisión. Por ello, el TJUE analiza la validez de la Decisión.

2.2.2. SOBRE LA VALIDEZ DE LA DECISIÓN DE PUERTO SEGURO

El TJUE estableció que el nivel de protección garantizado por un tercer país puede evolucionar y la Comisión Europea debe comprobar periódicamente si el tercer país sigue garantizando un nivel de protección de datos adecuado. En particular, el TJUE establece que esa comprobación es obligatoria cuando hay indicios que generan dudas sobre el nivel de protección ofrecido.

El TJUE reconoció que, si bien la adopción de la presunción de adecuación de las entidades estadounidenses se lograba con la adopción de los principios de Puerto Seguro, la Decisión reconocía la primacía de las exigencias sobre seguridad nacional, interés público y cumplimiento de la ley de EE. UU. sobre los principios de Puerto Seguro. Por ello, las entidades adheridas estaban obligadas a dejar de cumplir los principios de Puerto Seguro si estos resultaban incompatibles con las normas de EE. UU. En este sentido, el TJUE consideró que una norma cuyo objetivo es salvaguardar el derecho a la protección de datos personales de los ciudadanos europeos no puede permitir a las autoridades públicas acceder de forma generalizada al contenido de las comunicaciones electrónicas (en vulneración del derecho fundamental a la vida privada)[6]. Asimismo, no se prevé la posibilidad de que el interesado de los datos ejerza acciones para acceder a los datos personales que le conciernen o para ejercitar el resto de derechos en materia de protección de datos (en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva)[7]. Adicionalmente, el hecho de que la Decisión no reconozca a EE. UU. como un país que garantiza efectivamente un nivel de protección de datos adecuado vulnera las exigencias del artículo 25.6 de la Directiva 95/46, que requiere que la adopción de una decisión de adecuación exige que se haya constatado que el tercer país garantiza en su legislación interna un nivel de protección de los derechos fundamentales sustancialmente equivalente al garantizado en la UE. En el caso de la Decisión de Puerto Seguro no se cumple este precepto y, por ello, la Decisión resulta inválida.

2.3. Privacy Shield

Tras la invalidación de la Decisión en 2014, las transferencias internacionales de datos ente la UE y EE. UU. se realizaban basando estas en otras garantías distintas a la decisión de adecuación hasta que se aprobara la nueva decisión de adecuación 2016/1250 de la Comisión el 12 de julio de 2016 ("Privacy Shield")[8]. El Privacy Shield mantiene un esquema de autocertificación, en virtud del cual, las entidades estadounidenses pueden someterse al cumplimiento de algunos principios complementarios establecidos por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos, entre los cuales se encontraban el principio de notificación a los interesados, el principio de integridad de los datos y limitación de la finalidad, el principio de opción a oponerse, el principio de integridad de los datos y limitación de la finalidad, el principio de seguridad, el principio de acceso, el principio de recurso, aplicación y responsabilidad, y el principio de responsabilidad de la transferencia ulterior.

Tras la aprobación del Privacy Shield, las transferencias internacionales de datos entre la UE y EE. UU. se realizaban con seguridad jurídica y con mayor facilidad, lo que ayudaba a agilizar las transacciones entre ambas regiones.

2.4. El caso Schrems II

El 16 de julio de 2020, el TJUE se pronunció sobre otra reclamación interpuesta por el Sr. Maximilian Schrems[9] ante las autoridades irlandesas, en particular, la reclamación fue interpuesta contra una red social por realizar transferencias internacionales de datos basadas en la firma de cláusulas contractuales tipo a la matriz de la red social situada en EE. UU. cuando, según el Sr. Maximilian Schrems, este instrumento no garantiza un nivel de protección de datos adecuado en este contexto. Resulta necesario aclarar que la reclamación originaria que da lugar a este litigio se enmarca en el momento temporal en el que, tras la invalidación de la Decisión de Puerto Seguro, aún no se había aprobado el Privacy Shield. No obstante, el TJUE además de analizar el supuesto que dio lugar a la reclamación también se pronunció sobre la validez del Privacy Shield.

2.4.1. SOBRE LA REALIZACIÓN DE TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES A EE. UU. BASADAS EN SCC

En este sentido, el TJUE concluyó que, en cumplimiento con lo establecido en los artículos 46(1) y 46(2)(c) RGPD, los responsables del tratamiento debían adoptar las garantías adecuadas para garantizar que los interesados de los datos son provistos mediante las SCC de un nivel de protección esencialmente equivalente al que se proporciona en la Unión Europea. En casos en los que el tercer país no haya sido reconocido por la Comisión Europea como un país que garantiza un nivel de protección de datos adecuado, es responsabilidad de los exportadores de los datos adoptar las garantías suficientes, lo cual puede suponer que, además de la adopción de las SCC, se deban adoptar garantías adicionales para asegurar un nivel de protección de datos suficiente. Las SCC son por su naturaleza instrumentos contractuales que garantizan un nivel de protección *inter partes* y no garantizan un nivel adecuado de protección fuera de la relación contractual. En consecuencia, tal y como se estableció en la sentencia Schrems I, las autoridades de protección de datos nacionales deben requerir la suspensión de las transferencias internacionales de datos

si no se están adoptando las garantías necesarias. En este caso, salvo que exista una decisión de adecuación con ese país tercero, en caso de que las SCC resulten una garantía insuficiente, se debe suspender y prohibir la transferencia internacional de datos a EE. UU.

2.4.2. SOBRE LA VALIDEZ DEL PRIVACY SHIELD

Finalmente, el TJUE se pronuncia sobre el impacto que tiene en esta reclamación la reciente aprobación del Privacy Shield. En este sentido, el TJUE establece que, aunque la decisión de adecuación del Privacy Shield establece que EE. UU. garantiza un nivel de protección de datos adecuado a los datos transferidos de la UE a organizaciones en los EE. UU. al amparo del Privacy Shield, también establece que, la adherencia a los principios que rigen el instrumento de adhesión puede estar limitada a lo necesario para garantizar la seguridad nacional, el interés público y los requerimientos de cumplimiento. Por lo tanto, estos últimos principios tienen primacía respecto de los principios establecidos en el Privacy Shield.

Por todo lo anterior, el TJUE concluye que la existencia de mecanismos donde ejercitar y obtener la tutela judicial efectiva es inherente al cumplimiento de las normas de la UE y a la existencia de un Estado de Derecho, y que la legislación de un país que no garantiza el ejercicio de este derecho (p. ej., por no facilitar la posibilidad a los interesados de ejercitar sus derechos en materia de protección de datos) no respeta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y no garantiza un nivel de protección de datos adecuado. En consecuencia, el TJUE invalida el Privay Shield como mecanismo para transferir datos del EEE a EE. UU.

2.4.3. EFECTOS DE LA INVALIDACIÓN DEL PRIVACY SHIELD

En este contexto, la organización activista por la privacidad *Non of your business* —en la que participa el Sr. Maximilian Schrems— inició un proceso de reclamaciones en masa (ciento una en total)[10] frente a empresas que realizaban transferencias de datos entre la UE y EE. UU. en las que se alegaba que las transferencias internacionales de datos que se producían por el uso de la integración de dos tipos de *cookies* en las páginas web de los responsables del tratamiento europeos se llevaban a cabo sin garantizar un nivel de protección de datos adecuado. En particular, fueron objeto de estas reclamaciones dos multinacionales tecnológicas. En efecto, varias autoridades de los distintos Estados miembros de la UE emitieron resoluciones sancionadoras que establecían que debía suspenderse la realización de transferencias internacionales de datos del EEE a EE. UU. por no garantizar un nivel de protección de datos adecuado (véanse las resoluciones del CNIL, autoridad italiana, autoridad austríaca, autoridad noruega y autoridad irlandesa), por considerar que la firma de cláusulas contractuales tipo no suponía un instrumento que garantizara un nivel de protección de datos adecuado.

Como resultado de esta sentencia del TJUE, el Comité Europeo de Protección de Datos ("EDPB") adoptó medidas para proporcionar nuevas pautas en la realización de transferencias internacionales de datos. En concreto, el EDPB emitió unas nuevas guías sobre los mecanismos en virtud de los cuales se podrían llevar a cabo transferencias internacionales de datos[11], incorporando la necesidad de que los responsables de los datos llevaran a cabo un estudio del impacto de la transferencia internacional y concluyeran sobre la necesidad o no de adoptar garantías adicionales a

los mecanismos habituales previstos en el RGPD, y proporcionando ejemplos de estas garantías o medidas adicionales, así como los criterios que se debían tomar en consideración para valorar el riesgo de la transferencia y la necesidad de adoptar garantías adicionales. Asimismo, también se actualizaron los modelos de SCC y se publicaron modelos diferenciados para cada tipo de relación (responsable a responsable, responsable a encargado, encargado a responsable y encargado a encargado). Si bien la respuesta por parte del EDPB redujo —en parte— la inseguridad jurídica que se había generado tras la sentencia del TJUE y las resoluciones de las autoridades nacionales, los operadores jurídicos que llevaban a cabo transacciones económicas (y de datos) entre la UE y los EE. UU. se vieron inmersos en un riesgo regulatorio y de inseguridad, ya que la responsabilidad de la adopción de los mecanismos para transferir datos y la justificación de que dichas medidas eran suficientes quedó atribuida a los exportadores de datos.

2.5. El actual marco de privacidad entre la UE y EE. UU.

La situación de falta de seguridad jurídica en la realización de transferencias internacionales entre la UE y EE. UU. ha supuesto un obstáculo en la realización de actividades comerciales entre ambas regiones. Además, por la naturaleza de la cuestión, esta situación no podía resolverse con la mera voluntad de los operadores privados, sino que, al tratarse de un tema de seguridad nacional, requería un pacto político entre ambas regiones para facilitar los flujos transfronterizos de datos personales entre la UE y EE. UU.

Tras la invalidación del Privacy Shield, se iniciaron negociaciones políticas entre la UE y EE. UU. para lograr acordar otro instrumento que resultara válido y amparara la realización de transferencias internacionales de datos entre la UE y EE. UU. En octubre de 2022, el presidente Biden emitió una orden ejecutiva[12] en la que se comprometía a adoptar las garantías necesarias para que las actividades de investigación estadounidenses implementaran determinados compromisos de minimización y garantías en materia de protección de datos y, de esta forma, avanzar en la conclusión del acuerdo para la realización de transferencias internacionales de datos entre la UE y EE. UU. acordado entre ambos Gobiernos.

Tras la revisión y adaptación del marco jurídico estadounidense, la Comisión Europea ha vuelto a evaluar el nivel de protección de datos garantizado en EE. UU. y ha considerado que proporciona un nivel de protección de datos adecuado. En consecuencia, la Comisión emitió en julio del año 2023 la decisión de adecuación para la realización de transferencias internacionales de datos desde la UE a EE. UU. (EU-US Data Privacy Framework) (el "Privacy Framework")[13].

El nuevo marco legal sigue un régimen de certificación, en virtud del cual, las empresas estadounidenses deberán adherirse a una serie de principios de protección de datos (p. ej., *principio de limitación de la finalidad, transparencia, tratamiento de categorías especiales de datos, actualización de los datos, minimización y seguridad de los datos*), así como someterse a los poderes de investigación y cumplimiento del Federal Trade Comission y the U.S. Department of Transportation para poder transferir datos personales sin la necesidad de adoptar garantías adicionales. El proceso de certificación deberá renovarse anualmente y las empresas que estaban adheridas al marco legal anterior deberán adherirse al nuevo marco. Aquellas empresas que no se certifiquen y adhieran

al cumplimiento de los principios de protección de datos no se podrán beneficiar del Privacy Framework en la recepción de datos personales enviados desde la UE.

El nuevo Privacy Framework incluye mecanismos vinculantes para regular aquellas materias que el TJUE consideró que no se garantizaban y, en consecuencia, considerar que las entidades estadounidenses adheridas no proporcionaban un nivel de protección de datos adecuado. En particular, el Privacy Framework limita el acceso a los datos de ciudadanos europeos a los servicios de inteligencia estadounidenses al someterlo al cumplimiento de determinados principios de necesidad y proporcionalidad. Asimismo, se establece un órgano jurisdiccional al que los ciudadanos de la UE pueden acceder (Data Protection Review Court). Entre otras funciones, este órgano podrá ordenar la supresión de los datos personales en el caso de que se hayan obtenido de forma contraria a lo establecido en el Privacy Framework (p. ej., en vulneración de alguno de los principios) o analizar si las agencias de inteligencia estadounidenses recaban y tratan los datos personales de forma válida. Para ello, este órgano jurisdiccional podrá adoptar decisiones vinculantes.

Asimismo, las entidades adheridas deberán cumplir con la obligación de permitir el acceso gubernamental a los datos que tienen estas entidades. Para que las entidades estadounidenses puedan adherirse al Privacy Framework, deberán cumplir con las nuevas obligaciones en materia de protección de datos que se establecen, entre otros, suprimir los datos cuando no resulten necesarios para la finalidad para la que fueron recabados y garantizar la continuidad de la protección de los datos cuando se comunican a terceros.

De conformidad con lo establecido en el Privacy Framework, este instrumento estará sujeto a revisiones periódicas. La primera de ellas se llevará a cabo al año desde su entrada en vigor, cuando se verificará que todos los elementos incorporados en el Privacy Framework han sido debidamente implementados en el ordenamiento jurídico estadounidense y funcionan de forma efectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, desde la publicación del Privacy Framework ya se ha anunciado la interposición de recursos contra la validez de este acuerdo por parte de activistas y de personas físicas. Por ello, habrá que seguir de cerca los pronunciamientos en esta materia que vayan emitiendo los órganos y tribunales de cada Estado miembro.

3. Conclusiones

La realización de transferencias internacionales de datos que garanticen un nivel de protección adecuado ha resultado un reto jurídico en los últimos años. Actualmente, el régimen de trasferencias internacionales a EE. UU. queda amparado, por el momento, en el Privacy Framework cuando el destinatario de los datos esté adherido a este instrumento. Además, el acuerdo político entre la UE y EE. UU. se está reforzando con el trabajo de organizaciones internacionales cuyo objetivo es elevar este consenso a los flujos transfronterizos que se llevan a cabo a nivel global. En consecuencia, el Privacy Framework, además de ser un acuerdo bilateral entre la UE y EE. UU., podría generar un impacto y adoptarse como estándar para garantizar que el intercambio transfronterizo de datos a nivel global se realiza también al amparo de estos principios.

Sin perjuicio de lo anterior, tras las sentencias del TJUE en los casos Schrems I y Schrems II, las resoluciones sancionadoras de algunas autoridades de control europeas de protección de datos, y la publicación de las nuevas guías sobe garantías para la realización de transferencias internacionales emitidas por el CEPD, los exportadores de datos sufren aún las consecuencias de la inseguridad jurídica y asumen cierto riesgo regulatorio a la hora de realizar transferencias internacionales.

Lo anterior se debe a que la fórmula de medidas que se debe adoptar para garantizar que una transferencia se realiza garantizando un nivel de protección de datos adecuado depende de las circunstancias particulares de cada caso, y en aquellos casos en los que no se transfieren datos en virtud de una decisión de adecuación, sino mediante otros mecanismos, como pude ser la firma de las SCC, el exportador de datos debe elegir y demostrar qué medidas resultan suficientes como para garantizar que las transferencias internacionales se realizan asegurando un nivel de protección de datos adecuado. Además, la complejidad y riesgos asociados a esta cuestión no solo se aplica a la realización de transferencias internacionales a EE. UU., sino también a la realización de transferencias internacionales de datos a cualquier tercer país u organización internacional que no cuente con una decisión de adecuación.

Notas

1 Artículo 45 RGPD.

2 El listado de países adecuados que cuentan con una decisión de adecuación se puede consultar en este enlace: https://www.aepd.es/preguntas-frecuentes/6-transferencias-internacionales-bcr-codigos-de-conducta/1-transferencias-internacionales/FAQ-0605-que-paises-se-consideran-con-un-nivel-adecuado-a-efectos-del-articulo-45-del-rgpd.

3 Decisión 2000/520 de la Comisión Europea: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32000D0520.

4 El motivo principal del argumento suscitado por el Sr. Maximilian Schrems se basa en que las agencias estadounidenses, como el National Security Agency (NSA), y otros organismos federales, como el Federal Bureau of Investigation (FBI), pueden acceder a los datos personales en el contexto de ejercitar sus deberes de vigilancia, llevando a cabo en ocasiones interceptaciones a gran escala.

5 STJUE 6 de octubre de 2015, Caso C-362/14: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0362.

6 Garantizado en el artículo 7 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (la "**Carta**").

7 Garantizado en el artículo 47 de la Carta.

8 Decisión de ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, sobre la adecuación de protección conferida por el Escudo de Privacidad UE-EEUU (Privacy Shield): https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016D1250&from=es.

9 STJUE Caso C-311/18, de 16 julio de 2020: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CJ0311.

10 NOYB. EU-US Transfers Complaint Overview: https://noyb.eu/en/eu-us-transfers-complaint-overview.

11 Guías sobre mecanismos para la realización de transferencias internacionales de datos del CEPD (link).

12 Orden ejecutiva para la implementación del EU-US Data Privacy Framework (link).

13 Decisión de adecuación UE-EEUU (Data Privacy Framework) (link).

Derechos Humanos

SOBRE EL CARÁCTER VINCULANTE DE LOS DICTÁMENES DE LOS ÓRGANOS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JULIO DE 2018 Y 13 DE JUNIO DE 2023

Carlos Cervera Yñesta y Diego Sánchez Borjas

Abogados del Área de Derecho Público y Medioambiente de Uría Menéndez (oficina de Barcelona)

Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los Órganos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 y 13 de junio de 2023

Entre 2018 y 2023, el Tribunal Supremo ha cambiado su doctrina en relación con el carácter vinculante en derecho español de los dictámenes de los Órganos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Estos Tratados reconocen y protegen, a nivel internacional, los derechos humanos en el ámbito civil, político, económico y social. El Reino de España es un Estado parte de estos Tratados. Como tal, puede ser denunciado por cualquier individuo que considere que ha vulnerado sus derechos ante el Órgano creado por el concreto Tratado que los codifique. Bajo este procedimiento, los Órganos elaboran unos dictámenes donde

concluyen si el Reino de España incumplió o no las obligaciones asumidas bajo alguno de estos Tratados. Sin embargo, no existe precepto legal, ni en estos Tratados ni en derecho español, que habilite un cauce para hacer efectivo un dictamen favorable a la pretensión reparadora de la víctima. Adicionalmente, en el plano internacional, estos dictámenes no son vinculantes por sí mismos. Ante ello, este artículo pretende analizar si, bajo el derecho internacional y español, estos dictámenes son vinculantes en nuestro ordenamiento, así como su suficiencia para acreditar los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la vulneración constatada por un Órgano de un derecho reconocido y protegido por los Tratados.

PALABRAS CLAVE:
Órgano de tratado, Derechos humanos, Responsabilidad internacional del Estado, Responsabilidad patrimonial de la Administración.

On the binding nature of the opinions of the UN Treaty Bodies under Spanish Law: Supreme Court judgments of 17 July 2018 and 13 June 2023

Between 2018 and 2023, the Spanish Supreme Court has reversed its doctrine in relation to the binding nature of the opinions of the committees created under the international human rights treaties. These treaties recognise and protect, at the international level, human rights in the civil, political, economic and social spheres. The Kingdom of Spain is a State-party to these treaties. As such, any individual who considers that his or her rights have been violated can file a complaint against the Kingdom of Spain before the committee created by the specific treaty that codifies them. Under this procedure, the committees draw up opinions on whether or not the Kingdom of Spain has failed to comply with the obligations assumed under any of these treaties. However, there is no legal provision, either in these treaties or in Spanish law, that enables a procedure to enforce an opinion favourable to the victim's claim for reparation. Additionally, at the international level, these opinions are not binding per se. In this scenario, this article analyses whether, under international and Spanish law, these opinions are binding in the Spanish legal system, as well as whether they suffice to prove public authority liability arising from the violation of a right — as declared by a treaty body — that the treaties recognise and protect.

KEY WORDS:
Treaty body, human rights, international state responsibility, public authority liability.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Cervera Yñesta, Carlos; Sánchez Borjas, Diego (2023). Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los órganos de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico español: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 y 13 de junio de 2023. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 238-257 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El presente artículo pretende analizar brevemente el carácter vinculante de los dictámenes de los Órganos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (los "Órganos" y los "TIDH") en el plano internacional y nacional. Determinado lo anterior, se estudiará la suficiencia de estos dictámenes para acreditar los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración (la "RPA") derivada de conculcaciones de derechos protegidos por los TIDH. A todos los efectos, solo serán objeto de este artículo las vulneraciones constatadas por los Órganos.

Los TIDH suponen un marco de referencia a nivel internacional sobre los estándares que los Estados parte deben observar para proteger los derechos humanos. Estos estándares han sido adoptados bajo el auspicio de las Naciones Unidas. Cada Tratado regula ámbitos como el civil y político (derecho a un juicio justo, a no ser discriminado, a la intimidad, etc.) y el económico y social (derecho a la educación, a la salud, a la previsión social, etc.). Por cada uno de los referidos ámbitos, existe un instrumento jurídico internacional específico (acuerdo, pacto, tratado o protocolo) que reconoce, protege y regula estos derechos.

En este sentido, los TIDH han diseñado un mecanismo de supervisión para asegurar que los Estados parte adopten todas las medidas para cumplir con sus obligaciones bajo estos Tratados. Esta función supervisora es encomendada a unos Órganos cuya creación, funcionamiento y procedimiento es regulado por los TIDH. En el marco de esta función, se prevé la posibilidad de que cualquier individuo pueda acudir a estos Órganos para denunciar a cualquier Estado parte por la presunta vulneración de sus derechos. De esta forma, los TIDH han diseñado una vía supranacional cuyo objetivo es permitir que las víctimas de vulneraciones de los derechos protegidos por estos Tratados puedan llegar a obtener una reparación. Por supuesto, con carácter previo, estas víctimas deben agotar todos los recursos administrativos y/o judiciales establecidos a nivel interno, a lo que viene asociado un alto coste económico y temporal.

A modo de ejemplo, entre otros, existen los siguientes TIDH: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (regula, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad de expresión), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (regula exhaustivamente la prohibición de discriminación), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 (regula la prohibición contra la tortura), la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (regula los derechos que corresponden a la infancia y adolescencia), así como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (regula la prohibición de discriminación contra las mujeres).

El Reino de España es uno de los Estados parte de la mayoría de los TIDH[1]. Esto quiere decir que los individuos podrían denunciar al Reino de España ante los Órganos por cualquier vulneración de sus derechos reconocidos por los TIDH que hayan sido ratificados por este Estado.

No obstante, a nivel interno ha sido discutido el carácter vinculante y los efectos de los dictámenes dictados por los Órganos.

En primer lugar, hasta el año 2018, la Administración pública y los órganos judiciales españoles rechazaban el carácter vinculante para el Estado de este tipo de dictámenes.

En segundo lugar, este paradigma cambió radicalmente con la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de julio de 2018 (RJ 2018\3555; la "Sentencia TS de 2018" y "TS"), por la que se declaró que el Reino de España estaba vinculado al contenido de los referidos dictámenes. Desde ese entonces, parecía posible obtener una reparación, a partir de dichos dictámenes, al incorporarlos como un elemento de valoración en el régimen de la RPA.

Pero, y en tercer lugar, esta novedosa postura fue abandonada por el TS regresando a sus tesis iniciales con su Sentencia de fecha 13 de junio de 2023 (RJ 2023\3496; la "Sentencia TS de 2023"). Esto quiere decir que ha vuelto a rechazar que los dictámenes de los Órganos tengan algún tipo de valor jurídico para la pretensión reparadora de la víctima en el ordenamiento jurídico español.

2. Delimitación de la controversia: el cambio de criterio del Tribunal Supremo en relación con los dictámenes de los Órganos

Para valorar lo anterior, resulta esencial analizar los pronunciamientos recientes de las Sentencias TS de 2018 y de 2023. En particular, los hechos que las originan, así como su parecer en relación con el carácter vinculante en nuestro ordenamiento jurídico y la suficiencia de los dictámenes de los Órganos en el régimen de la RPA.

2.1. La Sentencia TS de 2018

La sentencia se refiere a un supuesto de violencia doméstica en el que la expareja de la recurrente asesinó a su hija en el curso de una visita judicialmente autorizada. La recurrente reprochó que, a pesar de las abundantes denuncias, el órgano judicial no tuvo en cuenta adecuadamente esta circunstancia al modificar el régimen de visitas.

Debido a la situación anterior, la recurrente solicitó una indemnización al Ministerio de Justicia por RPA en 2005. Tras haber sido desestimada su reclamación, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la AN, el cual fue desestimado en 2008. Esta decisión devino firme en 2010 tras desestimarse por el TS el correspondiente recurso de casación, e inadmitirse por el Tribunal Constitucional ("TC") un recurso de amparo.

Habiéndose agotado la vía interna, la recurrente decidió presentar una queja ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer por una vulneración del derecho a la no discriminación reconocido en el artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (el "Órgano de la CEDAW" y la "CEDAW").

El Órgano de la CEDAW[2] reconoció la vulneración alegada, "*a la luz de toda la información puesta a su disposición por la autora y por el Estado parte*", por el incumplimiento del Reino de España de sus obligaciones bajo la CEDAW.

Esto se dio tras un análisis de "*la responsabilidad del Estado por no haber cumplido con su deber de diligencia en relación con los hechos que llevaron al asesinato de la hija de la autora*". En lo relevante aquí, el artículo 2 de la CEDAW prevé los compromisos expresos, dentro de la prohibición de la discriminación, que asumen los Estados parte —entre ellos, el Reino de España—. Entre estos compromisos se encuentra la adopción de "*medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer*", incluyendo el

"*garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación*".

Por tanto, el dictamen constató la vulneración alegada e indicó al Reino de España que adoptase medidas de reparación. A partir de esa decisión, la recurrente formuló una segunda reclamación de RPA ante el Ministerio de Justicia en 2015. En esta reclamación, se solicitó que se dictara resolución estimatoria en la que se cumpliera con el dictamen del Órgano de la CEDAW y se le otorgara una reparación. Sin embargo, fue desestimada por la Administración. Esta resolución administrativa fue confirmada en 2016 por la AN, quien desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente.

Posteriormente, el TS estimó el recurso de casación de la recurrente por el que se revocó la Sentencia de la AN, y se estimó el recurso inicialmente planteado. La *ratio decidendi* del TS supuso un cambio sustancial en la doctrina jurisprudencial[3]. Hasta la fecha, el TS y el TC rechazaban que los dictámenes de los Órganos tuvieran carácter vinculante en nuestro ordenamiento y que el mecanismo de RPA constituyera un cauce adecuado para implementar tales dictámenes. El TS rompe con su anterior doctrina con base en los siguientes fundamentos:

i. El dictamen del Órgano del CEDAW, bajo derecho español, es vinculante según el derecho internacional, como parte de las medidas para hacer efectivos los derechos protegidos por la Convención, así como del derecho constitucional, ya que la Convención forma parte del ordenamiento jurídico español y los derechos fundamentales deben interpretarse según la referida CEDAW y el Órgano de la CEDAW.

ii. El dictamen es un "*presupuesto válido*" para formular una reclamación de RPA al acreditar, "*junto con los hechos que se desprenden del expediente administrativo*", los requisitos del régimen de responsabilidad patrimonial interno.

2.2. La Sentencia TS de 2023

En el recurso en el que se dictó esta sentencia se tratan unos abusos padecidos por la recurrente durante su detención policial en el traslado a la comisaría. En concreto, denunció que sufrió una fractura nasal durante su detención y que no recibió asistencia médica.

La recurrente acudió, en un primer momento, ante la jurisdicción penal. El Juzgado de Instrucción n.º 1 de Córdoba acordó el sobreseimiento provisional en 2014, decisión que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Córdoba en el mismo año. Ante ello, decidió interponer un incidente de nulidad de actuaciones que acabó siendo desestimado por la misma Audiencia también en el mismo año. Con todo, la recurrente formuló recurso de amparo, que fue inadmitido por el Tribunal Constitucional en 2015.

Agotada la vía interna, la recurrente presentó una queja en 2016 ante el Comité contra la Tortura por una vulneración de la prohibición de la tortura regulada en el artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (el "Órgano de la CAT" y la "CAT").

En su dictamen de 2019[4], tras analizar las alegaciones de la recurrente y del Estado, el Órgano de la CAT constató que el Reino de España era responsable por los actos de tortura o tratos crueles padecidos por la recurrente. Aquí se incluye la falta de atención sanitaria durante su detención. Por ello, debía ser indemnizada por el Estado.

Ante ello, la recurrente decidió formular una reclamación de RPA ante el Ministerio del Interior en 2021. Esta reclamación fue desestimada por silencio administrativo. Pues bien, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio ante la AN en la que se solicitaba "*que se cumpliera la decisión del CAT de 15 de enero de 2020 mediante el abono de la indemnización que…ascendía a la cantidad de 8.931 euros*". Este recurso fue estimado en 2022 por la AN en su Sentencia de fecha 27 de abril de 2022 (la "Sentencia AN de 2022").

No obstante, en 2023 el TS revocó la Sentencia AN de 2022 con ocasión del recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado. Pues bien, el TS en este caso en concreto se apoyó y regresó a la primera doctrina jurisprudencial sobre esta materia, la cual había sido rechazada por la Sentencia TS de 2018. De ahí que se acabara negando nuevamente el carácter vinculante de los dictámenes, por carecer "*de fuerza ejecutoria directa para determinar la nulidad de resoluciones judiciales firmes*". Es más, para el TS, estos dictámenes solo sirven como "*indicadores relevantes sobre la observancia de los derechos previstos*" y para ser "*tenidos en cuenta por los Estados para encauzar su acción legislativa*". De esta forma, a falta de "*previsión normativa sobre la vía específica que debe seguirse para el cumplimiento y ejecución*" de los dictámenes, el TS rechaza que puedan ser "*título bastante y autónomo para haber lugar a la responsabilidad patrimonial*".

2.3. Controversia jurídica

En definitiva, nos encontramos ante dos sentencias que, habiendo sido dictadas por la misma Sala y Sección del TS, y con base en unos hechos equivalentes a estos efectos, alcanzan conclusiones sustancialmente distintas.

La controversia jurídica que interesa, por tanto, para nuestro análisis sobre los efectos en derecho español de los dictámenes de los Órganos consiste en los siguientes puntos:

i. Determinar si los dictámenes de los Órganos tienen carácter vinculante en el ordenamiento jurídico español, ante la falta de jurisprudencia consolidada del TS.

ii. Determinar el valor probatorio que poseen los dictámenes de los Órganos en el marco del procedimiento de RPA para acreditar que concurren los requisitos legalmente exigidos.

3. El carácter vinculante de los dictámenes de los Órganos en el Derecho Internacional y en el ordenamiento jurídico español

A los efectos del presente apartado, por *carácter vinculante* se entenderá que las autoridades, incluyendo a sus órganos jurisdiccionales, de un Estado parte del TIDH están obligados a respetar la constatación de la vulneración de un derecho protegido por los TIDH en un caso concreto y la indicación de adoptar medidas de reparación, que se fijan en los dictámenes de los Órganos.

3.1. El régimen jurídico de los Órganos

Bajo el derecho internacional, las normas que prevén y regulan las obligaciones que los Estados asumen en materia de derechos humanos se encuentran codificadas en los TIDH. Los Estados que son parte de estos TIDH deben cumplirlos, en virtud del principio del derecho internacional por el que dichos Estados parte están obligados a cumplirlos de buena fe (también referido como *pacta sunt servanda*). En ese marco, los TIDH diseñaron un sistema en el que los Órganos juegan un papel fundamental.

Para ello, los Órganos deben estar conformados por juristas con reconocida competencia en materia de derechos humanos y de gran integridad moral, según el respectivo Tratado que crea el concreto Órgano[5]. Estos son elegidos, como regla general, por un período de cuatro años por los propios Estados parte de los TIDH. Ahora bien, a pesar de que deben ser nacionales de alguno de los Estados parte de los TIDH, su respectiva regulación prevé que estos ejercen sus funciones a título personal, con independencia e imparcialidad.

A los efectos que interesan, una de las manifestaciones de la función supervisora que ejercen los Órganos es el procedimiento de queja individual previsto, bien en el propio Tratado, bien en su Protocolo Adicional, en cada uno de los TIDH. En este sentido:

i. Cualquier individuo puede denunciar la vulneración de sus derechos protegidos por el correspondiente TIDH en contra de cualquiera de los Estados parte del TIDH.

ii. Solo se admite una queja cuando el Estado parte ha reconocido previamente la competencia del Órgano para recibir y considerar tales quejas individuales.

iii. Se debe acreditar también el agotamiento de los recursos bajo el derecho nacional.

iv. Una vez admitida a trámite la queja individual, los Órganos inician el procedimiento en el que determinan si la queja es admisible para, luego, analizar si el Estado parte incumplió sus obligaciones bajo el TIDH correspondiente.

v. Tanto el individuo como el Estado parte presentan sus explicaciones o declaraciones sobre el objeto de la queja individual. No pueden aportar pruebas o evidencias nuevas.

Partiendo de las consideraciones anteriores, es necesario precisar cuál es el instituto jurídico del que parten estos Órganos para concluir, en el fondo, que un Estado parte ha infringido sus obligaciones bajo uno de los TIDH. Esto se debe a que, a partir de la información proporcionada de forma contradictoria (tanto por el individuo como por el Estado parte), se atribuye una conducta (acción u omisión) al Estado parte que constituye una violación de una obligación internacional (en este caso, una norma prevista en los TIDH). De esta forma, se determina cuál es el hecho internacionalmente ilícito relevante para realizar este juicio de atribución. Todo ello permite al Órgano que recomiende o indique, finalmente, las medidas adecuadas de reparación de tal hecho internacionalmente ilícito. De esta forma, se demuestra la aplicación del instituto de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos en el razonamiento de los dictámenes de los Órganos[6].

No olvidemos tampoco el carácter cuasijurisdiccional de estos dictámenes. Con sus respectivas particularidades (de acuerdo con sus Reglamentos internos), los Órganos prevén un procedimiento en el que se garantiza la participación tanto del individuo como del Estado parte bajo la contradicción. Esto es así porque el Órgano decide sobre la responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos del Estado parte a partir de la información presentada en el seno del procedimiento, tanto por quien presenta la queja (el individuo) como por el Estado parte. Es más, esta interpretación es confirmada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH")[7], al considerar que, cuando se ha iniciado un procedimiento de queja individual, este reviste de una naturaleza (procedimiento contradictorio sobre caso individual) y efectos (pronunciamiento sobre violación de obligaciones internacionales y reparación) que impiden presentar, en paralelo, una demanda ante el TEDH.

3.2. Los dictámenes como método auxiliar para determinar las obligaciones internacionales bajo los tratados internacionales de derechos humanos

Desde el punto de vista del derecho internacional, los dictámenes de los Órganos no constituyen instrumentos jurídicos con fuerza vinculante *per se*.

Esta interpretación, confirmada por la doctrina mayoritaria[8], se apoya en la ausencia de preceptos en los TIDH que establezcan expresamente esta vinculación, como sí sucede, en cambio, en los tratados internacionales, en los que sí se prevé tal carácter vinculante para, por ejemplo, las resoluciones judiciales emitidas por el Tribunal Internacional de Justicia ("TIJ")[9] o aquellas que se dicten por el TEDH[10].

El propio TIJ ha declarado expresamente que no está vinculado por el contenido o sentido dado a cualesquiera de las obligaciones bajo los TIDH que resulte de la interpretación dada por los Órganos[11]. En cambio, el TIJ sí ha reconocido el valor significativo y persuasivo de la interpretación que los Órganos realizan sobre estas obligaciones en concreto[12].

De todo esto, cabe concluir que, bajo el derecho internacional, estos dictámenes pueden equipararse a los métodos auxiliares para determinar las reglas de derecho[13]. En concreto, nos encontramos ante unas decisiones cuasijurisdiccionales que, en la medida que determinan si un Estado parte vulneró sus obligaciones bajo los TIDH, contribuyen en la interpretación y aplicación de una

determinada norma en materia de derechos humanos a determinados supuestos o circunstancias[14]. Ello es una consecuencia lógica de dos factores en concreto: la redacción abstracta y genérica de estas normas para facilitar la subsunción de diversas acciones o conductas en su ámbito de aplicación (y de protección), y el conocimiento directo que tienen los Órganos sobre tales acciones o conductas gracias al procedimiento de queja individual.

A mayor abundamiento, y siguiendo la jurisprudencia del TIJ[15], los dictámenes de los Órganos constituyen un elemento de las reglas de interpretación codificadas bajo el derecho de los tratados (que, además, poseen el carácter de derecho consuetudinario internacional). En concreto, el alcance y contenido de estos dictámenes[16] debe tenerse en cuenta en el momento de interpretar los derechos y obligaciones bajo los TIDH, ya que estamos ante una práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado. En otras palabras, bajo el derecho internacional, cuando se interpreta una obligación bajo los TIDH, no puede ignorarse sin más el alcance y contenido que los Órganos, en sus dictámenes, han atribuido a dicha obligación a través de la interpretación que efectúan en las diferentes quejas individuales que resuelven.

En conclusión, bajo el derecho internacional, los dictámenes de los Órganos, a pesar de no ser una fuente de obligaciones de derecho internacional, son un método relevante que, al momento de establecer cuál es el contenido de las obligaciones bajo los TIDH, deben tomarse en cuenta expresamente. Lo contrario supondría en todo caso interpretar de forma parcial o incorrecta el contenido de los TIDH.

3.3. La fuerza jurídica de los dictámenes como cumplimiento de las obligaciones del Reino de España bajo los tratados internacionales de derechos humanos

Una vez analizado el régimen jurídico de los dictámenes de los Órganos bajo el derecho internacional, conviene detenernos en la perspectiva del derecho español.

Sin entrar exhaustivamente en la constante jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa de la que se hace eco la Sentencia TS de 2023 (FJ 5.º), desde el año 2000 en el Reino de España se consideraba que los dictámenes de los Órganos no obligaban a los poderes públicos. Esta doctrina se consolidó en el seno de pretensiones dirigidas a la revisión de sentencias o actos administrativos firmes, así como de la reclamación de la RPA. En particular, porque, a diferencia de las resoluciones del TEDH, no existía previsión alguna bajo los TIDH que le atribuyeran dicho carácter vinculante.

Con todo, esta postura, recuperada por la Sentencia TS de 2023, no se colige con la relación que existe entre las normas de derecho internacional y de derecho español. Por ello, desde el derecho español, debe analizarse qué mecanismo existe para concluir que estos dictámenes gozan de carácter vinculante. Esto quiere decir que obligan a los poderes públicos a reconocer que se ha producido una vulneración de un derecho fundamental y que deben adoptar una medida para indemnizar a la víctima. Deben tenerse en cuenta los siguientes argumentos:

i. La incorporación de las obligaciones bajo los TIDH en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 96.1 de la Constitución). Esto no impide que se incorporen también los dictámenes de los Órganos. Y es que los dictámenes fijan cómo deben ser interpretados los TIDH.

Los dictámenes de los Órganos no están excluidos de las reglas de interpretación de los TIDH bajo nuestro derecho. Las Sentencias del TS de 2018 y 2023 aceptan de forma incontrovertida que las obligaciones de los TIDH están incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 96.1 CE. No obstante, la Sentencia TS de 2023 rechaza que lo anterior se predique de los dictámenes, esto es, que el artículo 96.1 CE sea aplicable a la interpretación y conclusiones fijadas por los dictámenes de los Órganos.

Pues bien, esta conclusión no parece compatible con el artículo 35.1 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y Acuerdos Internacionales ("LTAI"), según el cual los TIDH deben entenderse de acuerdo con las reglas generales de interpretación de los Tratados bajo el derecho internacional. En otras palabras, bajo las consideraciones realizadas en el apartado 3.2 del presente artículo. La jurisprudencia internacional acepta (y admite) que los dictámenes, que son parte del contexto de los TIDH, deben ser tomados en cuenta para extraer el significado y contenido de las obligaciones bajo los TIDH. No pueden omitirse o privarles de cualquier efecto y tampoco pueden excluirse de los efectos del artículo 96.1 de la Constitución, en tanto lo concluido por los dictámenes supone la interpretación auténtica de lo establecido en los TIDH, así como el criterio de cómo deben aplicarse esos Tratados al caso concreto planteado. De esta forma, no parece correcto que los dictámenes carezcan de cualquier fuerza jurídica: los Juzgados y Tribunales españoles están obligados a acudir a estos dictámenes cuando pretendan interpretar los TIDH.

ii. Dentro de estas obligaciones, los Estados parte, en este caso el Reino de España, se comprometen, bajo los TIDH, a adoptar todas las medidas (administrativas, legislativas y judiciales) para hacer efectivos esos derechos (a modo de ejemplo, los artículos 2 del CAT y del CEDAW). Los dictámenes de un Órgano pueden concluir que el Reino de España vulneró sus obligaciones bajo uno de los TIDH. Esto es, la vulneración de un derecho fundamental consagrado en nuestro ordenamiento jurídico mediante el propio TIDH y la Constitución. La constatación, de forma definitiva por el Órgano, de esa vulneración de un derecho fundamental no puede ser desconocida por el ordenamiento interno, atendiendo a los mandatos del derecho internacional y de la Constitución de proteger esos derechos fundamentales.

Los poderes públicos (tanto las Administraciones públicas como los Juzgados y Tribunales) están obligados a aceptar la constatación, por parte de los dictámenes de los Órganos, de que se ha vulnerado un derecho protegido por los TIDH, que es una obligación que asume el Estado para proteger. El Estado (artículo 53.1 de la Constitución), incluyendo a los Juzgados y Tribunales (artículo 7.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), están vinculados por el contenido y sentido de los derechos fundamentales. Esto se conecta con el deber de interpretación conforme de los derechos fundamentales según los TIDH sobre la misma materia (artículo 10.2 de la Constitución) que rige en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, debe existir una equivalencia entre alguno de los derechos fundamentales (artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución) y los derechos reconocidos por

los TIDH. Bajo este cauce, los dictámenes de los Órganos adquieren un peso importante, lo cual se reafirma, en su *ratio decidendi*, a partir de la Sentencia TS de 2018 para otorgar relevancia a los dictámenes de los Órganos.

La interpretación (que, en este caso, incluye su aplicación) de uno o varios derechos fundamentales debe ser de acuerdo con el sentido y significado que le atribuye el Órgano en relación con los TIDH. Por ello, sería incompatible que, si el Órgano concluye que tal derecho ha sido vulnerado por una conducta atribuible al Estado, los poderes públicos rechazaran que tal vulneración hubiera ocurrido. De ser así, se estaría perpetuando el incumplimiento por el Reino de España de sus obligaciones bajo los TIDH (según el dictamen; artículo 29 de la LTAI) y se incumpliría, además, con la obligación, en derecho español, de otorgar un nivel de protección en el plano interno que sea acorde con las exigencias internacionales. Por todo ello, es posible determinar que los poderes públicos no podrían desconocer que un derecho fundamental, a cuya protección están obligados a garantizar, ha sido vulnerado según los dictámenes de los Órganos.

iii. Asimismo, los Estados parte, bajo el derecho internacional, están obligados a cumplir de buena fe con los TIDH. Esto incluye el deber de adoptar estas medidas en relación con los dictámenes de los Órganos.

Recordemos: existe un mecanismo, implementando por los propios TIDH, que vela para que los Estados parte cumplan sus obligaciones. Ahora bien, si ello no comporta la ejecución de ninguna medida para reparar la vulneración que se constata, no sería posible concluir que se esté cumpliendo de buena fe con los TIDH. Esas medidas pueden ser de carácter legislativo, como indica la Sentencia TS de 2023, pero no hay un fundamento específico que debiera limitarlas a ese ámbito. En efecto, el Estado debería cesar con la conducta de vulneración de los derechos fundamentales, constatada por el Órgano, porque, en caso contrario, se mantendría una vulneración de derechos fundamentales contraria a los TIDH. Y, adicionalmente, el Estado debe reparar a quien ha sufrido un daño por la vulneración de sus derechos fundamentales, constatado de forma definitiva por el dictamen, puesto que ese daño será antijurídico. En definitiva, el cumplimiento del TIDH exige a los Estados parte la protección y respeto de los derechos fundamentales consagrados en ellos, lo que exige necesariamente el cese de conductas vulneradoras y la reparación de los daños antijurídicos causados.

Los dictámenes de los Órganos tienen carácter vinculante en nuestro ordenamiento jurídico como resultado de materializar la obligación de cumplir de buena fe los TIDH. Tal y como reconocen las Sentencias del TS de 2018 y 2023, no existe un cauce administrativo o procesal para hacer cumplir el contenido de los dictámenes de los Órganos. Ahora bien, esto no implica, por sí mismo, que los dictámenes carezcan de fuerza vinculante[17]. Los Estados no pueden valerse de su normativa interna (o la falta de cauce o procedimiento) para excusar su incumplimiento de una norma internacional[18]. De ahí que tampoco parece relevante que no exista un precepto específico en los TIDH para que estos dictámenes surtan efectos jurídicos vinculantes en nuestro derecho. Y es que los Estados parte pueden aceptar o no la competencia de los Órganos para considerar las quejas individuales. No olvidemos que el Reino de España no puede desvincularse del contenido de un dictamen

en el que se concluye que una conducta concreta del Estado ha vulnerado un derecho fundamental por mandato del artículo 10.2 de la Constitución (deber de interpretación conforme). En efecto, el Estado no podría justificar que la continuación de esa conducta es admisible en nuestro ordenamiento jurídico (por un supuesto y negado carácter no vinculante de los dictámenes), puesto que el Órgano ya ha concluido que esa conducta es incompatible con lo prescrito en el concreto Tratado. El Órgano fija la interpretación correcta a la vista de una conducta concreta del Estado, la cual es reputada como contraria al Tratado y vulneradora del derecho fundamental en cuestión.

Por lo anterior, la aceptación de esta competencia (que sí hace el Reino de España) puede implicar también la de la función atribuida por los TIDH a estos Órganos para concluir si hubo o no una vulneración. Esto se traduce en que nace, a su vez, la aceptación por el Estado parte de un deber de respetar estas decisiones[19], pues el referido deber, para que se materialice en nuestro derecho, exige, tal y como mandan los TIDH, que se adopten las medidas necesarias (sean administrativas, legislativas o judiciales)[20]. De esta forma, la implementación de los dictámenes de los Órganos en nuestro ordenamiento es una de las medidas que hacen efectivos los derechos que reconocen los TIDH. Esta conclusión parece ser la más razonable cuando se leen de forma conjunta tanto el acto de reconocimiento de la competencia del Órgano por el Estado parte (en este caso el Reino de España) como la obligación que emana de los TIDH de adoptar medidas para garantizar y materializar los derechos allí reconocidos.

3.4. Conclusión

Habiendo abordado los tres epígrafes planteados en el apartado anterior, es posible concluir que el carácter vinculante de los dictámenes de los Órganos en nuestro derecho se visualiza en tres momentos:

i. Deben ser tomados en cuenta para interpretar los derechos y obligaciones bajo los TIDH.

ii. Los derechos fundamentales bajo nuestra Constitución deben ser interpretados según el sentido y significado que les atribuyan los dictámenes de los Órganos.

iii. Deben ser adoptadas las medidas para implementar los referidos dictámenes al formar parte de las obligaciones que, de forma voluntaria, asume el Reino de España cuando ratifica los TIDH.

4. La suficiencia de los dictámenes de los Órganos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

4.1. La responsabilidad patrimonial de la Administración como medida de reparación de las lesiones de derechos humanos

Habiendo determinado que los dictámenes de los Órganos tienen carácter vinculante para el Reino de España, corresponde analizar de qué forma puede hacerse efectivo la constatación de la vulneración de un derecho fundamental, y la indicación de reparación a la víctima.

A pesar de la obligación del Estado de adoptar las medidas para implementar los dictámenes de los Órganos, los TIDH no han introducido ni una instancia de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas[21], ni el carácter ejecutivo de los dictámenes, ni tampoco imponen a los Estados parte unas medidas procedimentales específicas de carácter anulatorio o rescisorio. En otras palabras, no se prevén mecanismos que aseguren la reparación de las desviaciones que los Órganos puedan llegar a apreciar. Por ello, de acuerdo con la anterior sección, corresponde a cada Estado parte diseñar e implementar tales mecanismos.

No obstante, ante la inexistencia de un cauce específico y autónomo en el ordenamiento jurídico español[22], la observancia de las obligaciones internacionales que emanan de los TIDH por parte de los poderes públicos convierte al instituto de la RPA en un remedio adecuado y eficaz para restaurar su lesión. Recordemos: esta consideración parte del recurso a este instituto jurídico por las Sentencias TS de 2018 y de 2023 analizadas.

4.2. El paralelismo entre la responsabilidad patrimonial de la Administración y la responsabilidad internacional del Estado

El recurso a la RPA como inevitable medida de reparación se somete a la concurrencia de determinados requisitos, en los términos que la legislación establece y que la jurisprudencia viene interpretando.

Esto precisa determinar si los dictámenes tienen un contenido suficiente a los efectos de examinar el cumplimiento de las condiciones del régimen de la RPA[23]. Recordemos: estos dictámenes aplican el mecanismo de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos para concluir si el Estado incumplió o no con sus obligaciones bajo los TIDH. Si para estos Órganos concurren los elementos para acreditar que concurren los requisitos del régimen de responsabilidad internacional, debe analizarse cómo esto se traslada en el plano interno. Esto quiere decir, si los considerandos fijados en el dictamen, que permiten concluir si el Estado es responsable o no, son suficientes para demostrar que concurren los requisitos que exige la RPA. En base al apartado 3.3 del presente artículo, los dictámenes tienen un carácter vinculante, por lo que los poderes públi-

cos no pueden cuestionar o rechazar su contenido, incluyendo aquí los elementos que permitirían acreditar si concurre o no la RPA.

En este sentido, el contenido de los dictámenes podrá coincidir en todo o en parte con los elementos para apreciar la procedencia de la reclamación de RPA. Lo anterior determinará su carácter suficiente para demostrar que concurren los requisitos que se exigen para estimar una reclamación de la RPA. De esta manera, si es necesario o no que una víctima acuda a otros documentos o medios probatorios distintos del dictamen en el procedimiento de RPA (ej., informes, dictámenes periciales, expediente administrativo, entre otros).

Para ello, deben confrontarse los regímenes jurídicos de la RPA y de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, toda vez que este último es el utilizado por los Órganos en sus dictámenes al momento de valorar el cumplimiento o no por el Estado parte de sus obligaciones bajo los TIDH, tal y como hemos adelantado[24].

Por un lado, el régimen jurídico de la RPA se encuentra regulado, en cuanto a sus aspectos sustantivos, en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ("LRJSP"); y, en cuanto a su tramitación, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ("LPAC").

En particular, para apreciar la existencia de responsabilidad por parte de la Administración, es necesario que operen de forma cumulativa los elementos objetivos siguientes[25]:

i. lesión en cualquiera de sus bienes y derechos, evaluable económicamente e individualizada con relación a una persona o grupo de personas (daño efectivo);

ii. que la lesión sea una consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (relación causal);

iii. ausencia de fuerza mayor; y

iv. antijuridicidad de la lesión (ausencia del deber jurídico de soportarlo).

Por otro lado, los requisitos de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos desarrollados y aplicados por la jurisprudencia internacional han sido codificados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en los denominados Artículos de Responsabilidad Internacional por Hechos Internacionalmente Ilícitos ("ARSIWA").

En esencia, se considera como hecho internacionalmente ilícito del Estado:

i. aquella conducta consistente en una acción u omisión;

ii. que sea atribuible al Estado, según las normas del derecho internacional; y

iii. que constituya una violación de una obligación internacional del Estado (relación causal).

Por *violación* se entiende cuando una conducta del Estado no es compatible con el contenido de la obligación internacional, sea cual fuere el origen o la naturaleza. En otras palabras, que no exista un deber jurídico de soportarlo. En esta línea, en ARSIWA se identifican determinadas circunstancias susceptibles de excluir la ilicitud de la conducta del Estado (entre ellas, la de fuerza mayor, al igual que en el régimen de la RPA).

Determinado el hecho internacionalmente ilícito, el Estado estará obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por ese hecho. Esta acción de reparación comprenderá todo daño causado. De acuerdo con ARSIWA, la reparación, que en todo caso implica una obligación de evitar que se repita ese hecho ilícito[26], se puede llevar a cabo a través de tres mecanismos: la restitución (restablecimiento de la situación que existía antes de la comisión del hecho), la indemnización o la satisfacción (reconocimiento de la violación, expresión de pesar, disculpa formal, etc.).

De la confrontación entre los dos regímenes jurídicos, resulta razonable concluir que existen posibles similitudes entre los regímenes jurídicos de la responsabilidad del Estado, tanto a nivel internacional como nacional. Esto se desprende de los siguientes aspectos:

i. En ambos regímenes, debe existir una lesión, daño o perjuicio que sea el resultado de una conducta (acción u omisión) atribuible al Estado. Esto significa que esa lesión, daño o perjuicio debe ser antijurídico (bien contrario al derecho español o a las normas del derecho internacional).

ii. A diferencia del régimen de responsabilidad nacional (en el que debe acreditarse el funcionamiento normal o anormal de la Administración), en el plano internacional se exige que se demuestre que la conducta atribuible al Estado sea incompatible con una obligación internacional (derivada de un tratado, de la costumbre internacional o de un principio general del derecho).

iii. En ambos regímenes, la concurrencia de fuerza mayor puede producir la desestimación de la reclamación de la RPA o la exclusión del carácter ilícito de la conducta atribuible al Estado bajo el derecho internacional.

iv. En ambos regímenes, debe existir un nexo o relación causal entre la conducta atribuible al Estado (bien funcionamiento normal o anormal de la Administración, o bien un hecho internacionalmente ilícito) y la lesión, daño o perjuicio que se produjo.

v. Aun así, existe una particularidad importante entre ambos regímenes jurídicos. Esto se debe a que, en el marco de los Órganos, se pretende un fin diferente[27] al perseguido por la RPA, en el que solo se puede indemnizar la lesión, daño o perjuicio derivado del funcionamiento normal o anormal de la Administración. Como no se puede aportar pruebas o evidencias nuevas en el procedimiento de queja individual, los Órganos no pueden evaluar ni determinar la cuantía que corresponde a la lesión, daño o perjuicio padecido. De ahí que los Órganos no concluyan si la lesión, daño o perjuicio es evaluable económicamente. Su función no es indemnizar en todo caso (como en la RPA) otorgando una indemnización a la víctima. Los Órganos constatan si el Estado vulneró o no los derechos de la víctima bajo los TIDH para evitar que se repita la referida conducta. De ser así, indican al Estado

que adopte, a través de sus medidas internas, la forma de reparación adecuada. Por eso, el estándar exigido por los Órganos es que dicha lesión, daño o perjuicio pueda inferirse a partir de la información remitida que sea resultado de una conducta (acción u omisión) atribuible al Estado parte. En cambio, el mecanismo de la RPA exige probar que la lesión, daño o perjuicio es cuantificable a modo de una indemnización pecuniaria.

Habiendo establecido el paralelismo entre la RPA y el régimen de responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos, es posible concluir que los dictámenes podrían servir para demostrar que concurren los requisitos de la RPA. Al tener un carácter vinculante, los poderes públicos no pueden apartarse de los considerandos de los dictámenes, lo que incluye a los elementos en los que se basó el Órgano para establecer la responsabilidad internacional del Estado. Y, al existir ciertas similitudes entre dichos elementos y los requisitos de la RPA, esto permite que los dictámenes adquieran un valor probatorio en nuestro derecho. Dependerá, en ese caso, de los poderes públicos competentes verificar que, a través del dictamen, concurren los requisitos de la RPA. Pero, en ningún caso, supondría que pueden rechazar o apartarse de que dicha vulneración de un derecho fundamental tuvo lugar, y que ello supuso una lesión, daño o perjuicio a la víctima.

4.3. Solución planteada: el contenido del dictamen como acreditación del cumplimiento de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración

La Administración pública —o, llegado el caso, los Juzgados y Tribunales— debe examinar la concurrencia de los requisitos para determinar la existencia de la RPA.

Partiendo del apartado anterior, a nuestro juicio se confirma que los dictámenes de los Órganos pueden tener valor probatorio en el procedimiento de RPA. En base a las circunstancias de cada caso en concreto, la víctima podría valerse de este dictamen para acreditar en todo o en parte los requisitos que exige la RPA bajo nuestro ordenamiento jurídico. Esto se observa en las siguientes cuestiones:

i. Los dictámenes permiten verificar que se ha producido un hecho antijurídico: los derechos fundamentales de la víctima que fueron vulnerados.

ii. Se desprende de los dictámenes que existe un nexo o relación causal entre ese hecho antijurídico y la conducta del Estado (por acción u omisión).

iii. Los dictámenes, en cuanto que la fuerza mayor es una circunstancia que excluye el carácter ilícito de la conducta del Estado, permitirían acreditar si, bajo la RPA, existe una ausencia de fuerza mayor en el caso concreto.

De cualquier modo, la naturaleza del procedimiento de queja individual no permite que los dictámenes acrediten o demuestren que ha concurrido, en el caso concreto, un daño económicamente evaluable. Los dictámenes infieren que se ha producido una lesión, daño o perjuicio a partir de las circunstancias del caso concreto (lo que incluye la remisión de toda la información del procedimiento administrativo y judicial a nivel interno). Por tanto, corresponde a la Administración

pública o los Juzgados y Tribunales verificar que tal lesión, daño o perjuicio es, en realidad, un daño económicamente evaluable a través de otros medios probatorios.

A la vista de estas cuestiones, pueden darse dos escenarios: que los poderes públicos acepten que el dictamen ha probado los requisitos que son exigibles para declarar la RPA en un caso concreto o que estos entiendan que la víctima debe aportar documentación adicional para probar que concurren los requisitos de la RPA.

Estos dos escenarios se observan en las Sentencias de la AN de 2022 (que fue revocada por la Sentencia TS de 2023) y del TS de 2018:

i. La Sentencia AN de 2022 confirma que el dictamen tiene valor probatorio autónomo a los efectos de acreditar que concurren los requisitos de la RPA (FJ 4.º)[28].

   Recordemos que esta sentencia aplicó, de forma íntegra, la *ratio* de la Sentencia TS de 2018. A su vez, se asumió aquí el contenido del dictamen sin necesidad de recurrir a otros documentos, incluido el expediente administrativo, a efectos de acreditar que debe declararse la RPA. Únicamente para acreditar el requisito de daño evaluable económicamente la AN se apoyó en un informe pericial para determinar el *quantum* indemnizatorio.

ii. La Sentencia TS de 2018, adoptando una postura más moderada que la Sentencia AN de 2022, considera que, para determinar si concurren los requisitos de la RPA, se debe analizar tanto el dictamen como el expediente administrativo: "*el Dictamen del Comité de la CEDAW* [acredita] *junto con los hechos que se desprenden del expediente administrativo*" (FJ 7.º).

   Bajo este escenario, es necesario que los poderes públicos verifiquen tanto el dictamen del Órgano como el expediente administrativo del caso concreto. Aunque tenga un carácter vinculante, los poderes públicos deben verificar que no concurran en el caso concreto aspectos como fuerza mayor o ausencia de nexo causal, de acuerdo con los requisitos de nuestro derecho. Esto significa que la víctima deberá realizar un esfuerzo probatorio adicional, además del dictamen, para obtener una indemnización a través de la RPA bajo nuestro derecho.

A pesar de que los dictámenes de los Órganos bajo nuestro derecho tienen carácter vinculante, su implementación no es automática. La víctima, cuando reclama la RPA, debe probar que los requisitos que se exigen para obtener una indemnización se cumplen en su caso concreto. Es cierto que, a la vista del contenido del dictamen, la víctima podrá acreditar todos o parte de los requisitos de la RPA. Pero esto está sujeto a las circunstancias del caso concreto. En cualquier caso, no será posible que sea indemnizada a menos que realice un esfuerzo probatorio nuevo que consista en evaluar económicamente la lesión, daño o perjuicio que padeció.

5. Conclusiones

i. Los dictámenes de los Órganos, que se emiten bajo el procedimiento de queja individual creado por los TIDH, determinan si un Estado parte es responsable internacionalmente por incumplir sus obligaciones bajo los Tratados. Esto es así cuando el Estado parte ha reconocido la competencia del Órgano para emitir esos dictámenes (lo que hizo el Reino de España), es decir, por vulnerar los derechos protegidos por los Tratados del denunciante. Si concluyen que el Estado es responsable por la referida vulneración, el Órgano indicará al Estado que decida la forma de reparación adecuada.

ii. Los TIDH obligan a los Estados parte a proteger y garantizar los derechos reconocidos en los TIDH, incluyendo adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los referidos derechos. Como Estado parte, estos deberes se incorporan en el ordenamiento jurídico español. De esta forma, el Estado está obligado a reconocer la existencia de una vulneración de derechos fundamentales a partir de estos dictámenes.

iii. Este carácter vinculante de los dictámenes en derecho español se deriva de tres aspectos: cuando se interpreta el sentido y significado de los derechos bajo los TIDH, se debe tomar en cuenta el contenido de un dictamen en el caso concreto; ante la existencia de una vulneración, los poderes públicos están obligados a entender los derechos fundamentales acorde con el referido dictamen; y cuando el dictamen indica que el Estado debe reparar a la víctima por la antedicha vulneración, el Estado está obligado a adoptar una medida que implemente ese pronunciamiento.

iv. Como parte de la obligación de cumplir de buena fe los TIDH, que incluye el deber de adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los Tratados, el cauce de la RPA es un mecanismo adecuado para reparar o resarcir la vulneración de derechos fundamentales. Los dictámenes de los Órganos concluyen que el Reino de España es responsable por incumplir la obligación bajo uno de los TIDH. Al tener un carácter vinculante, los poderes públicos no pueden apartarse de esta postura. Para llegar a ello, los Órganos utilizan elementos que, en el plano internacional, guardan cierto símil con los requisitos que deben concurrir para declarar la RPA. Esto permite que las víctimas puedan apoyarse en estos dictámenes para sustentar su reclamación de RPA.

v. A nivel probatorio, el valor de los dictámenes en el procedimiento de RPA no es instantáneo. Los dictámenes no concluyen que debe estimarse la RPA. Estos solo sirven para probar que ciertos elementos (como el hecho antijurídico, el nexo causal, la ausencia de fuerza mayor) concurren en el caso concreto como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental. Pero, para demostrar que el daño es evaluable económicamente, las víctimas deberán apoyarse en documentación técnica adicional. De esta forma, pueden ocurrir dos escenarios: bien que los poderes públicos consideren que el dictamen del Órgano acredita todos los requisitos de la RPA (Sentencia AN de 2022), o bien que la víctima deba apoyarse también en documentación adicional para demostrar aquellos requisitos que el referido dictamen no logra probar por sí mismo (Sentencia TS de 2018).

Notas

1 A día de hoy, de los 18 TIDH más importantes, según Naciones Unidas, el Reino de España no es parte de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares de 1990. *Vid.* Office of the United Nations High Commissioner of Human Rights (2023), Status of Ratification Interactive Dashboard. Recuperado de https://indicators.ohchr.org/.

2 Ángela González Carreño c. España, Dictamen núm. 47/2012, de 15 de agosto, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/58/D/37/2012.

3 CASLA, Koldo (2018). Supreme Court of Spain: UN Treaty Body individual decisions are legally binding. *EJIL: Talk!* Recuperado de https://www.ejiltalk.org/supreme-court-of-spain-un-treaty-body-individual-decisions-are-legally-binding/.

4 E.L.G. c. España, Dictamen núm. 818/2017, de 27 de diciembre, del Comité contra la Tortura, CAT/C/68/D/818/2017.

5 *Vid*. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2023). Órganos de Tratados. Recuperado de https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies.

6 HOFBAUER, Jane y JANIG, Philipp (2022). State Responsibility. En Binder, C., Nowak, M., A Hofbauer, J. y Janig, P. (coords.), *Elgar Encyclopedia of Human Rights*; OLLESON, Simon (2011). *The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts - Preliminary Draft*, British Institute of International and Comparative Law.

7 *Vid*. Decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 6 de julio de 1992, Calcerrada Fornieles y Cabeza Mato c. España, asunto n.º 17512/90, pp. 223-224; y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de abril de 2009, Peraldi c. Francia, asunto n.º 2096/05.

8 SANCIN, Vasilka (2021), Corruption as a Serious Inhibitor to Human Rights Realisation: A Response from the UN Human Rights Committee, *Zbornik PFZ*, 71, (1), pp. 23-49.

9 *Vid*. artículo 59 del Estatuto del TIJ.

10 *Vid*. artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ("CEDH").

11 Asunto Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. República Democrática del Congo), Fondo: Sentencia de 30 de noviembre de 2010, TIJ, apartado 66; Qatar c. Emiratos Árabes Unidos, Objeciones preliminares: Sentencia de 4 de febrero de 2021, TIJ, apartado 101.

12 *Vid*. Guinea c. República Democrática del Congo, *op. cit.*, 11, apartado 66.

13 *Vid*. artículo 38(1)(d) del Estatuto del TIJ.

14 MECHLEM, Kerstin (2009). Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42 (3), pp. 905-947.

15 *Vid*. Qatar c. Emiratos Árabes Unidos, *op. cit.*, 11, apartados 88 and 101; Cuestiones relativas a la Obligación de Perseguir o Extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia de 20 de julio de 2012, apartados 101-102.

16 *Vid*. artículo 31(3)(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; AZARIA, Danae (2020). The Legal Significance of Expert Treaty Bodies Pronouncements for the Purpose of the Interpretation of Treaties, *International Community Law Review*, 22, pp. 33-60.

17 *Vid*. SSTC núm. 245/1991 (Rec. 1005/90), de 16 de diciembre y 91/2000, de 30 de marzo (Rec. 3868/98).

18 *Vid*. artículo 32 de ARSIWA.

19 MONTESINOS PADILLA, Carmen (2023). El cumplimiento de los dictámenes de los comités de Naciones Unidas en España. ¿Imposibilidad jurídica o falta de voluntad política? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 127, pp. 49-80. Recuperado de https://doi.org/10.18042/cepc/redc.127.02.

20 ULFSTEIN, Geir (2013), Law-making by Human Rights Treaty Bodies. Recuperado de: https://core.ac.uk/display/30815084?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1.

21 A diferencia de lo que sucede con el TEDH como tribunal internacional que se encarga de interpretar y garantizar la aplicación del CEDH y sus protocolos adicionales.

22 En el mismo sentido, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, introdujo el artículo 5 bis en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en cuya virtud se permite la interposición de recurso de revisión ante el TS contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el TEDH declare que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y sus protocolos adicionales, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

23 DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel y MEDINA ALCOZ, Luis (2023). Lección 32. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En F. Velasco Caballero y M. Darnaculleta Gardella (coords.), *Manual de derecho administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Público: Teoría y Método. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 795-826.

24 Por el alcance de la publicación, la exposición de ambos regímenes jurídicos de responsabilidad prescindirá de las matizaciones jurisprudenciales realizada por órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales en la materia. Entendemos que la valoración de la concurrencia de los requisitos para la procedencia de la RPA deberá considerar en todo caso la referida jurisprudencia aplicable.

25 El artículo 32 de la LRJSP establece, en su apartado primero, que "*los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*". Además, en su apartado segundo, se establece que, "*en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas*".

26 Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Fondo (Serie A), N. 13, septiembre de 1928, Asunto Fábrica Chorzow (Alemania c. Polonia).

27 HOFBAUER, Jane y JANIG, Philipp, *op. cit.,* 6.

28 *Vid*., en este sentido, SÁNCHEZ BORJAS, Diego (2022). ¿Hacia una nueva mirada en derecho español de los organismos supervisores de derechos humanos de la ONU?: Breve comentario de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2022. *Revista General de Derecho Administrativo*, 61. Recuperado de https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=61&id=1; SANZ RUBIALES, Iñigo (2022). Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los Comités de Derechos Humanos (comentario a la sentencia de la audiencia nacional de 27 de abril de 2022). *Revista de Estudios Europeos*, vol. 80, pp. 262-272. Recuperado de https://revistas.uva.es/index.php/ree/article/view/6499.

Directrices para las colaboraciones

Directrices para las colaboraciones

Con objeto de facilitar la labor de la Redacción, se ruega a nuestros colaboradores que se ajusten a las siguientes líneas de orientación en la presentación de sus artículos.

Los autores entregarán el original en la fecha designada por la Dirección de la REVISTA. Con objeto de que se puedan corregir las posibles erratas, se les enviará una prueba de maquetación.

La Dirección de la REVISTA introducirá, si lo estima conveniente, las modificaciones que sean necesarias para mantener los criterios de uniformidad y calidad que requiere la publicación, e informará de ello a los autores.

Los originales deberán ser inéditos y estar referidos a los contenidos propios de la REVISTA, sin ningún tipo de premaquetación o paginación.

Si un autor presentara en su trabajo cuadros, gráficos o imágenes no elaborados por él, será de su responsabilidad la obtención de los pertinentes permisos de sus legítimos propietarios para poder publicarlos.

1. Características

1.1. Características de los artículos

- Contenido analítico (no meramente descriptivo). Se evitarán en lo posible debates excesivamente teóricos.
- Extensión: entre 15 y 20 folios.
- Se podrán incluir (aunque no es necesario) notas al pie de página, limitadas en número y, sobre todo, en extensión.
- Todos los artículos deberán encabezarse, debajo del título y el autor, con un breve resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).

1.2. Características de los foros

- Contenido menos analítico y más descriptivo, pero se puede efectuar un análisis somero de alguna cuestión especialmente relevante. Debe hacerse un brevísimo resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).

- Extensión entre 5 y 10 folios.

- No se pueden incluir notas al pie.

1.3. Características de las crónicas de legislación y jurisprudencia

- Deben limitarse a una enumeración de las normas o decisiones judiciales más relevantes, con un breve resumen de su contenido.

- Extensión de no más de 9 páginas por cada sección (incluyendo tanto la parte de España como la de Portugal).

2. Normas de estilo

2.1. Formato

- Letra Times New Roman, 12 puntos

- Interlineado 1,5 líneas

- Sin sangrías ni espaciados

2.2. Títulos, epígrafes y subepígrafes

- El título de la colaboración se escribirá en mayúsculas y negrita.

- En los originales, se escribirán los títulos de epígrafes en mayúsculas y negrita; los títulos de subepígrafes, en minúsculas y negrita.

- La numeración de epígrafes y subepígrafes se hará según el siguiente modelo:

  1. EPÍGRAFE

  1.1. Subepígrafe

  (Se evitarán terceros niveles)

2.3. Utilización de cursivas, negritas y subrayados en el texto principal

- Se evitarán las negritas y los subrayados en el texto principal; se utilizará la cursiva para resaltar.

- Las citas textuales irán siempre entrecomilladas y en letra cursiva. La identificación de la fuente ha de hacerse de forma inequívoca por medio del sistema de autor, fecha y página (estilo de cita APA), con arreglo a los siguientes ejemplos:

  Como afirmó en su día Menéndez (1978: 353), *"la existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima"*.

  Ya lo dijo la doctrina: *"La existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima"* (Menéndez, 1978: 353).

- Se recuerda que todo aquello que sea cita literal de normas de legislación y de documentos jurisprudenciales también debe entrecomillarse y escribirse en letra cursiva.

2.4. Citas doctrinales

En los artículos y foros se debe incluir una bibliografía final ordenada por apellidos de los autores que recoja única y exclusivamente las obras que se han citado en el cuerpo de la contribución (no deben aparecer otras referencias adicionales). Si no se ha citado bibliografía en el texto del artículo o del foro, no se incluirá ese apartado final. En caso de que se citen varias obras del mismo autor, se seguirá un orden cronológico de aparición. Cuando la obra sea anónima, se alfabetizará por la primera palabra del título.

Las **citas bibliográficas seguirán el sistema internacional APA** y se harán de acuerdo con los siguientes modelos:

LIBROS:

APELLIDOS, nombre (año). *Título del libro en cursiva*. Ciudad: editorial (edición). Ejemplo: URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo (2000). *Derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons (27.ª ed. revisada en colaboración con María Luisa Aparicio).

ARTÍCULOS DE REVISTA:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo sin comillas. *Nombre de la revista en cursiva*, número, páginas. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1984). Escisión de sociedad anónima y obligaciones convertibles. *Revista de Derecho Mercantil*, 172-173, pp. 227-269.

COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título de la colaboración sin comillas. En inicial y APELLIDOS (mención de responsabilidad), *Título de la obra colectiva en cursiva*. Ciudad: editorial, [volumen], páginas

que ocupa la colaboración. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1994). Calificación jurídica del crédito de descuento documentado en póliza. En A. POLO DÍEZ (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*. Madrid: La Ley, vol. II, pp. 1797-1812.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo o colaboración sin comillas. *Título de la publicación electrónica en cursiva*, número, [páginas]. Recuperado de <página web>,. Ejemplo: PAZ-ARES, Cándido (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, pp. 1-61. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf.

Oficinas URÍA MENÉNDEZ

ESPAÑA

BARCELONA
Av. Diagonal, 514
08006 Barcelona, Spain
barcelona@uria.com
+34 93 416 51 00

BILBAO
Torre Iberdrola Planta 21
Plaza Euskadi, 5
48009 Bilbao, Spain
bilbao@uria.com
+34 94 479 49 20

MADRID
C/ Príncipe de Vergara, 187
Plaza de Rodrigo Uría
C/ Suero de Quiñones, 42
28002 Madrid, Spain
madrid@uria.com
+34 915 860 400

VALENCIA
C/ Colón, 28
46004 Valencia, Spain
valencia@uria.com
+34 96 352 91 91

PORTUGAL

LISBOA
Praça Marquês de Pombal, 12
1250-162 Lisboa, Portugal
lisboa@uria.com
+351 21 030 86 00

OPORTO
Bom Sucesso Trade Center
4150-146 Porto, Portugal
porto@uria.com
+35 1 22 030 86 00

EUROPA

BRUSELAS
Espace Meeûs
Square de Meeûs 40
1000 Brussels, Belgium
bruxelles@uria.com
+32 (0) 2 639 64 64

LONDRES
125 Old Broad Street
17th floor
EC2N 1AR London, United Kingdom
london@uria.com
+44 (0)20 7260 1800

LATINOAMÉRICA

BOGOTÁ
Carrera 9 # 74-08
Bogotá, Colombia
bogota@uria.com
+571 326 8600

LIMA
Av. Santa Cruz No. 888 Piso 4
15074 Miraflores, Lima, Peru
peru@uria.com
+511 513-7200

SANTIAGO DE CHILE
El Golf 40, Piso 20
Santiago, Chile
chile@uria.com
+56 22 364 37 00

ESTADOS UNIDOS

NUEVA YORK
277 Park Avenue
New York, NY 10172
newyork@uria.com
+1 212 593 13 00

URÍA
MENÉNDEZ

www.uria.com