

Actualidad Jurídica Uría Menéndez

Tribuna Abierta

El papel de la abogacía en la sociedad
Eugenio Ribón Seisdedos

Artículos

Are competition authorities planning to rule the world? New and expanded approaches to merger control

Margot Lopes Martins and Inés Pajares de Dios Tarancón

Pero ¿cuándo está justificado enviar a un investigado a juicio? Estándar de prueba y auto de transformación en el procedimiento penal abreviado

Ismael Clemente Casas

Implementación del chatGPT en la administración de justicia colombiana: más dudas que certezas

Santiago Cruz y Felipe González

Titularização sintética de créditos bancários com recurso a garantias

Diogo Zambujo e Hélder Frias

Foro de Actualidad

España

Portugal

Latinoamérica

Internacional

Derechos Humanos



COMITÉ EDITORIAL

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
Antonio Manuel Morales Moreno, *Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Fernando Rodríguez Artigas, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Pantaleón Prieto, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Vicente Cuñat Edo, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Gómez Pomar, *Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra*
José Massaguer Fuentes, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Montiano Monteagudo Monedero, *Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universitat Pompeu Fabra*
Cándido Paz-Ares, *Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Alexandre Mota Pinto, *Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*
Emilio Díaz Ruiz, *Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid*
Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *Doctor en Derecho y profesor titular de Derecho Administrativo y de la Unión Europea en 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, Nuno Salazar Casanova, Hélder Frías, Javier García Sanz, Cristian Gual Grau y Gloria Marín Benítez

REDACTORES

Alejandro Anca Alamillo y José Antonio González Salgado

OBRA EN CUBIERTA:

Nuno Cera. *A Room with a View #2*, (Dom Henriques, Porto), 2007

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.

64

Actualidad
Jurídica
Uría
Menéndez

Mayo 2024



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

In memoriam. Cristina Rodríguez-Morcón

Tribuna Abierta

- 9 El papel de la abogacía en la sociedad
Eugenio Ribón Seisdedos
-

Artículos

- 23 Are competition authorities planning to rule the world? New and expanded approaches to merger control
Margot Lopes Martins and Inés Pajares de Dios Tarancón
-
- 51 Pero ¿cuándo está justificado enviar a un investigado a juicio? Estándar de prueba y auto de transformación en el procedimiento penal abreviado
Ismael Clemente Casas
-
- 77 Implementación del chatGPT en la administración de justicia colombiana: más dudas que certezas
Santiago Cruz y Felipe González
-
- 92 Titularização sintética de créditos bancários com recurso a garantias
Diogo Zambujo e Hélder Frias
-

Foro de Actualidad

España

- 105 A propósito de la STS 4853/2023, de 2 de noviembre: la anulación de la zona de bajas emisiones (ZBE) del ámbito rondas de Barcelona aprobada en 2019
Judit Urban Carrasco y Daniel Mendez Barranco
-
- 114 Efectos fiscales de la doctrina del vínculo. Evolución jurisprudencial en el estado de la cuestión
Gloria Marín Benítez
-
- 119 Comentario a las sentencias de 28 de diciembre de 2023 de la Audiencia Nacional en el expediente de la CNMC de Derivados Financieros
Jokin Beltrán de Lubiano y Álvaro Angulo Garcíandia
-

125 La declaración del acusado en último lugar: jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo
Mario Montes Santamaría

133 Reformas procesales introducidas por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre
Marta Estrada Novo, Juan Fullana Martínez, Mario Montes Santamaría, Jesús R. Mercader Uguina y Jaime Luque Lora

153 Las nuevas medidas de la Generalitat de Catalunya en materia de vivienda
Rafael García-Perrote Martínez

Portugal

167 Termo inicial da contagem dos juros indemnizatórios em casos de autoliquidação de tributos: desenvolvimentos recentes e análise crítica
Catarina Fernandes e Gonçalo Martins Agostinho

177 O novo regime da gestão de ativos: a (in)esperada regulamentação?
Domingos Salgado e João Pacheco Ferreira

Latinoamérica

184 Entrega de información falsa en la notificación de una operación de concentración en Chile
Pablo Aguayo Aubel

Internacional

189 El régimen jurídico de las obligaciones de declaración o *reporting* en el ámbito de las sanciones internacionales
Xavier Codina García-Andrade y Santiago Fernández Tourné

Derechos Humanos

199 El traslado a España de solicitantes de protección internacional en situación de peligro: clarificación del régimen del art. 38 de la Ley 12/2009 en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 199/2024, de 6 de febrero
José Alberto Navarro Manich y Pablo Ramírez Jiménez de Parga

217 Directrices para las colaboraciones

In memoriam

El pasado 14 de abril falleció Cristina Rodríguez-Morcón. Magnífica profesional y compañera, Cristina dirigió durante casi treinta años el que es ahora el Departamento de Gestión del Conocimiento y Formación del Despacho, al que esta Revista está estrechamente vinculado y sin el que difícilmente habría podido existir. La recordaremos siempre con admiración y enorme cariño. Muchísimas gracias por todo, Cristina; descansa en paz.

LA REDACCIÓN



Tribuna
Abierta

Tribuna Abierta

EL PAPEL DE LA ABOGACÍA EN LA SOCIEDAD

Eugenio Ribón Seisdedos

Decano del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid

El papel de la abogacía en la sociedad

El devenir de los acontecimientos, desde la antigua Roma hasta nuestros días, nos ha dejado numerosos ejemplos que revelan el importante papel que la abogacía tiene en la sociedad. En cada proceso del que participan, en cada causa noble que defienden, los profesionales de la abogacía contribuyen no solo a preservar los intereses de su patrocinado, sino también los de la sociedad en su conjunto.

De la lex artis individual a la responsabilidad como colectivo y del caso concreto, a la generalización de las soluciones justas, la función social de la abogacía se ha evidenciado a lo largo de los siglos, formando hoy parte esencial de la tutela judicial efectiva.

Y a ello han contribuido también los Colegios Profesionales velando para que los abogados y las abogadas podamos desarrollar la misión que nos encomienda el ordenamiento jurídico con la máxima independencia y libertad, y asegurando, a su vez, el escrupuloso cumplimiento de las normas propias de nuestra deontología profesional.

PALABRAS CLAVE:

Abogacía, Derechos humanos, Deontología profesional, Colegios de la Abogacía, Desarrollo sostenible.

The legal profession's role in society

Throughout history — from Roman times to the present — there have been numerous examples of how important the legal profession is for society. In every proceeding they are involved in and noble cause they champion, legal professionals contribute to protecting not only their clients' interests, but also those of society as a whole.

From an individual's law of the skill (lex artis) to collective responsibility, and from the specifics of a case to the more generalised search for justice, the legal profession's role in society has been evident for centuries, to the extent that it is now an essential component of the principle of effective judicial protection.

Bar associations have also contributed by ensuring that lawyers are able to exercise their legally established mandate freely and independently while ensuring that the rules of law and professional conduct are complied with.

KEYWORDS:

Legal practice, human rights, professional conduct, bar associations, sustainable development.

FECHA DE RECEPCIÓN: 25-3-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 28-3-2024

Ribón Seisedos, Eugenio (2024). El papel de la abogacía en la sociedad. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 9-20 (ISSN: 1578-956X).

1. La abogacía, una profesión milenaria

La historia de la abogacía es la historia del progreso y de la civilización, y cualquier interferencia que limite su ejercicio desintegra la razón, desinfla la compasión hacia los demás y pudre la dignidad de las personas.

No les debe extrañar que abogacía y ley no hayan caminado siempre juntas, pues aun teniendo leyes, jueces, juristas y oradores, ni egipcios, ni babilonios, ni los sumerios, ni acadios, ni siquiera los griegos tuvieron abogados que defendieran profesionalmente los intereses del individuo. Quizás por ello, sus culturas quedaron escondidas bajo la arena de forma tan misteriosa y distante.

La abogacía es una profesión milenaria cuyos orígenes podríamos situar en Roma y en las contribuciones que los grandes juristas clásicos como Cicerón, Celso o Ulpiano nos brindaron, vislumbrando las estructuras de un ordenamiento jurídico que ha ido evolucionando y que, en lo fundamental, ha trascendido hasta nuestro tiempo.

Una de las aportaciones que podríamos destacar, por su importancia, es la conocida como Ley de las XII Tabas, que fue creada en el siglo V a. C. inspirándose en uno de los principios vertebradores de cualquier ordenamiento jurídico y sociedad civilizada: la igualdad de oportunidades. En efecto, la también conocida como Ley decenviral, por haber sido redactada por un comité de 10 juristas, permitió a la aristocracia resolver sus disputas acudiendo a la norma escrita, pero también a los plebeyos protegiendo por tanto por igual a toda la ciudadanía en sus derechos desde la seguridad jurídica.

Fue en el Imperio Romano, donde, junto con el más espléndido desarrollo social, económico, territorial y la mejor conocida PAX ROMANA, se talló la noble cuna de la abogacía que hoy conocemos, convirtiéndola en una profesión honorable, reconociéndose por el emperador Claudio, en el año 47 d. C. el derecho a los ingresos por los servicios prestados. Fue también Roma quien nos legó el término *advocatus*, "el que te auxilia estando cerca de ti". En la Constitución de los emperadores León y Antemio dada a Calícrates, se resalta lo provechosos que son para el género humano los abogados que levantan las causas caídas y reparan las quebrantadas, comparando su importancia con las de aquellos que en batallas y guerras reciben heridas para salvar a su patria. Todo esto cambió con la caída del Imperio. Muchos avances se perdieron en la oscuridad. Es con Alfonso X el Sabio con quien se recuperan, reconociéndose en la Primera de las Leyes de sus Partidas el valor de la abogacía.

Y es que la abogacía, como hoy la conocemos, no se entendería sin la relevante función social que ya en aquel entonces se puso de manifiesto. En un primer momento, como jurisconsultos y oradores que abogaban a quienes debían defenderse ante una acusación y no se veían capaces de hacerlo por sí mismos; y, más adelante, a partir de la formación de un auténtico derecho procesal, como coadyuvantes de la propia administración de justicia de la República romana.

Fue entonces cuando la abogacía se profesionalizó erigiéndose además en un servicio imprescindible y esencial, cuyas funciones redundaban sobre el bien común de la sociedad. Incluso surgieron las primeras limitaciones y normas que bien podríamos calificar como propias de una deontología profesional, referidas a valores primordiales para quien ejerciera la abogacía, como son la responsabilidad, la ética o la lealtad en la defensa del cliente.

Ciertamente, la abogacía permitió que las partes pudieran reclamar a través de unas normas basadas en la isonomía, esto es, en la libertad y la igualdad, aquello a lo que consideraban tener derecho. Y contribuyó a frenar la arbitrariedad, asegurando que toda reivindicación se vehiculara a través de un proceso justo y con una finalidad de concordia. Un derecho que en su aplicación se iba modulando y ajustando a las necesidades propias de su tiempo, jugando la abogacía un "*papel civilizador*" que se ha mantenido a lo largo de los siglos, a través del ejercicio de esta noble y bella profesión, como defendería con enorme atino en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, mi admirado y antecesor en el decanato del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid, Luis Martí Mingarro.

Especialmente a partir de la denominada Revolución Gloriosa de Inglaterra en 1688, la aparición de los Estados nación como superación del Antiguo Régimen absolutista y el posterior triunfo de la Ilustración, la teoría de la separación de poderes de Montesquieu y la creación del concepto de ciudadanía, a la que se asociaron una serie de derechos propios e inalienables que poco a poco se fueron consagrando en las importantes Declaraciones¹ que precedieron a una Era a la que hoy llamamos Contemporánea.

En España, esa función social y de defensa de la razón y la civilización, parafraseando, de nuevo, al excelentísimo decano emérito Luis Martí Mingarro, la encarnaron muy bien los abogados y las abogadas a partir de la segunda mitad del siglo XX. Así, los profesionales de la abogacía contribuyeron, sin duda alguna, al impulso de los valores democráticos y europeístas que en ese momento se extendían en el viejo continente, y que de manera progresiva se fueron consolidando en los textos constitucionales de la mayoría de los países de nuestro entorno. Aunque resulta de justicia decir que muchas de esas constituciones pudieron inspirarse en la que en España se promulgó en el año 1931, tras la proclamación de la Segunda República y que estuvo en vigor hasta el final de la Guerra Civil en abril del año 1939. Una Constitución que incorporó elementos que hoy nos parecen básicos, pero que en aquel entonces resultaban del todo vanguardistas por avanzados a su tiempo, tales como el sufragio femenino o el derecho al divorcio.

En cualquier caso, en el amargo periodo que vino con posterioridad a ese momento y aun a pesar de las dificultades que en términos de restricción de las libertades tuvieron que lidiar, fueron mu-

¹ Principalmente, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789.

chos los abogados y las abogadas que se involucraron, algunos arriesgando su libertad e incluso su propia vida, en la defensa acérrima de sus clientes ante los terribles excesos del franquismo. También los Colegios de la Abogacía, que aún incluso con las depuraciones y la proclamación de Juntas de Gobierno afines al régimen, se convirtieron en reductos donde el debate y las reflexiones jurídicas encontraron su refugio para servir de ariete y luchar, con astucia y no exento de un elevado riesgo, contra la vulneración sistemática de los derechos humanos y las libertades más fundamentales de las personas.

Algunos hitos significativos de esa época tan convulsa, donde la abogacía fue testimonio, pero a la vez protagonista de los cambios que una mayoría silenciosa (o silenciada) anhelaban, fueron la creación el 19 de junio de 1943 del Consejo General de los Ilustres Colegios de Abogados de España (hoy, Consejo General de la Abogacía Española); los foros de debate en el seno de los Colegios de la Abogacía, principalmente de Madrid y de Barcelona; la aparición de los primeros despachos laboristas o la organización del IV Congreso Nacional de la Abogacía celebrado en León en 1970 (tras dieciséis años del anterior que tuvo lugar en Valencia), al que asistieron más de 1500 abogados y abogadas procedentes de toda España.

En ese Congreso, que muchos recuerdan como el *Congreso de la Ruptura*, se abordaron, lógicamente, los temas más acuciantes referidos al ejercicio de nuestra profesión, como son la reforma del Estatuto General de la Abogacía, la regulación del abogado de empresa o la retribución del turno de oficio y la justicia gratuita. Pero también se trataron otros asuntos que, si bien desde una perspectiva jurídica, constituían, sin lugar a dudas, un verdadero reclamo a nivel social y político, como eran la amnistía, la unidad de jurisdicciones o la supresión de la pena de muerte.

La función social de la abogacía se ha evidenciado y ha servido para el impulso de los valores democráticos y la consolidación del Estado de Derecho. Sin ir más lejos, en la Transición española se logró articular jurídicamente el paso de un régimen autoritario a uno democrático siguiendo el método "*de la ley a la ley, pasando por la ley*", en palabras del propio jurista y político Torcuato Fernández-Miranda. Una tarea que en absoluto resultaría fácil, pues en esa tensa y necesaria evolución rupturista, las principales fuerzas políticas, económicas y sociales de la época, algunas desde el exilio o desde una obligada clandestinidad, tenían ante sí el reto de lograr consensos sobre cuestiones tan cruciales como la articulación del Estado de las autonomías, la Ley para la Reforma Política del año 1977, la convocatoria de elecciones constituyentes o la redacción y proclamación de la Constitución Española de 1978.

El devenir de los acontecimientos, desde la antigua Roma hasta nuestros días, nos ha dejado numerosos ejemplos que demuestran que la abogacía, en cada proceso del que participa, en cada causa noble que defiende, contribuye no solo a preservar los intereses de su patrocinado, sino también los de la sociedad en su conjunto.

Hoy, la abogacía forma parte esencial de la tutela judicial efectiva, asegurando que prime la legalidad, como principio de inexcusable cumplimiento *urbi et orbi*, incluyendo los poderes públicos y las administraciones. Y lo hace, como lo hizo en su día y como lo hará en un futuro, velando para que por encima de la ley y de cualquier arbitrariedad triunfe la justicia en su concepción más humanista.

2. La abogacía como elemento vertebrador del Estado de Derecho

2.1. La abogacía en la Constitución y el ordenamiento jurídico

Hasta en cuatro ocasiones la Carta Magna hace referencia a nuestra profesión; dos de ellas en la sección primera del capítulo segundo, que se refiere, precisamente, a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Por un lado, se alude a los profesionales de la abogacía cuando en el art. 17.3 CE se proclama la garantía de la asistencia letrada a la persona que se encuentre detenida, en el marco de unas diligencias policiales o judiciales. Y, por otro lado, en el art. 24.2 CE, a la hora de consagrar, como elemento sustancial de la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa. Completan las referencias a los profesionales de la abogacía, los arts. 122.3 y 159.2 de la Constitución, en relación con la posibilidad de ser elegidos, como juristas de reconocida competencia, como miembros del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, respectivamente.

Las reseñas en los preceptos referidos a la abogacía reflejan la importancia del papel que a la misma le confiere la Constitución. Por eso, para el cumplimiento de las importantes encomiendas que nos reserva el ordenamiento jurídico como valedores del Estado de Derecho, se hace necesario que como profesionales dispongamos de una serie de salvaguardas que aseguren la práctica del derecho de defensa con la mayor de las garantías.

En este sentido el art. 542.2 LOPJ dispone que *"en su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa"*. Tales elementos, como la independencia, la libertad, la dignidad, la integridad y el respeto del secreto profesional, se recogen en nuestro Estatuto profesional, aprobado por el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, como principios rectores y valores superiores del ejercicio de la abogacía. De la lectura del referido precepto, que además de definirla señala los elementos nucleares de la abogacía, se infiere, de nuevo, no solo la trascendencia de las funciones que el ordenamiento jurídico nos atribuye en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, sino también lo que la sociedad espera de nuestra actuación, como *"personas de reconocida honorabilidad"* y con *"una trayectoria de respeto a las leyes, a los principios rectores y valores superiores de la Abogacía, a las normas deontológicas y a las buenas prácticas profesionales"*.

Por eso, el papel de la abogacía en la sociedad debe interpretarse conforme a las normas deontológicas propias de nuestra profesión, que hoy se recogen en el Código que el pleno del CGAE aprobó el 6 de marzo de 2019 y que nos informan sobre cómo deben ser las relaciones entre los profesionales con el Colegio, con los Tribunales, con los compañeros, con los clientes y con la parte contraria. Y es que no podemos olvidar que en nuestra actividad de asesoramiento, consejo y defensa de derechos e intereses públicos y privados debemos aplicar la ciencia y la técnica jurídicas, *"en orden a la concordia y a la efectividad de los derechos y las libertades fundamentales"*, según reza nuestro Estatuto profesional.

Y para que podamos desarrollar nuestros cometidos con la máxima independencia y libertad, y asegurar, a su vez, que quienes ejercen lo hacen con escrupuloso cumplimiento de las normas propias de nuestra deontología profesional, se hacen imprescindibles los Colegios de la Abogacía.

2.2. El rol de los Colegios como defensores de la abogacía y del Estado de Derecho

Nuevamente la Constitución nos da una pista sobre lo que la sociedad espera de la abogacía en particular y de las profesiones en general. Una seña que encontramos en el art. 36 CE y cuyo tenor literal es el siguiente: *"La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos"*.

El hecho de que en el texto constitucional se haya recogido a los Colegios Profesionales de forma diferencial a los sindicatos y asociaciones empresariales (art. 7 CE), a las asociaciones (art. 22 CE), a las fundaciones (art. 34 CE) o a las organizaciones profesionales (art. 52 CE), resulta muy significativo. Y es algo que debemos a la vehemente defensa que como senador en su día realizó, durante los trabajos de redacción de la Constitución, quien fuera decano del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid y presidente del Consejo General de la Abogacía Española, nuestro añorado compañero Antoni Pedrol Rius.

La STC 89/1989, de 11 de mayo señala que el art. 36 de la Constitución *"establece el marco suprallegal de determinados ciudadanos en cuanto profesionales"*, que se justifica, en parte, por las peculiaridades propias de los Colegios y por la necesidad de proteger a quienes son receptores de determinados servicios profesionales. Especialmente cuando se trata de Colegios que por la naturaleza del colectivo al que representan deben ser de adscripción obligatoria.

En España, tales instituciones se encuentran reguladas en Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, en cuyo preámbulo ya se apunta a que *"deben ser amparadas en cuanto satisfacen exigencias sociales de interés general, para que puedan participar eficazmente en el perfeccionamiento de los fines de la comunidad nacional"*.

El art. 1 LCP define a los Colegios Profesionales del siguiente modo: *"Los Colegios Profesionales son Corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines"*. Asimismo, varias comunidades autónomas tienen una regulación propia sobre los Colegios Profesionales. En el caso de Madrid, dicha ley sería la Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid.

La necesidad de amparar y garantizar la independencia de los Colegios Profesionales se relaciona de manera directa con las finalidades y funciones que realizan los mismos, siendo sus fines esenciales los siguientes: la ordenación del ejercicio de las profesiones; la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria; la defensa de los intereses profesionales de las personas colegiadas; y la protección de los intereses de las personas consumidoras y usuarias de los servicios de sus colegiados.

Para ello, los Colegios Profesionales llevan a cabo una serie de funciones que, por su tipología, en la normativa se distinguen entre públicas o privadas. Serán funciones públicas aquellas que se refieran al control deontológico de la profesión, a la evitación de los actos de intrusismo, competencia desleal u otras actuaciones irregulares, y al ejercicio de la potestad disciplinaria sobre las personas colegiadas.

Otras funciones públicas se corresponderán con la de mantener una colaboración activa con la Administración, participando en sus órganos cuando así se haya previsto legalmente, informando sobre los proyectos de disposiciones generales que afecten al ejercicio de la profesión, y auxiliando, mediante la emisión de los correspondientes dictámenes, en los procesos judiciales y administrativos en los que se discuten cuestiones relativas a los honorarios y aranceles profesionales.

Asimismo, los Colegios promueven y facilitan una formación continua de las personas colegiadas, para garantizar su competencia profesional y que estos estén en disposición de prestar un servicio basado en la excelencia. Y es que el componente deontológico en determinadas profesiones, como es el caso de la abogacía y su papel como valedor de la justicia, resulta evidente. Empezando por la responsabilidad de quien asume un encargo, que debe hacerlo únicamente cuando esté en condiciones de asimilar y cumplir con el mismo. En definitiva, se trata de garantizar, en interés del colectivo al que se representa y en beneficio de toda la sociedad, que el ejercicio profesional que se está prestando se adecúa a la normativa, a la deontología y a las buenas prácticas que son exigibles en cada momento.

Por tanto, resulta lógico que ese control de la calidad de los servicios que se prestan, como así se evidenció en los trabajos del legislador constituyente a la hora de justificar una previsión específica que finalmente se concretó en el art. 36 CE, se lleve a cabo por entidades asociativas de base privada a las que el ordenamiento jurídico les atribuye el carácter de corporaciones de derecho público para el cumplimiento de unas finalidades de interés común.

Y es que históricamente han sido los propios profesionales quienes, conocedores de la técnica y custodios como colectivo del prestigio y la ética que debe presidir la actuación de aquellos, han sido los que en mejor disposición han estado para determinar cuando la prestación de un servicio se ajusta a lo que por analogía conocemos como *lex artis*, en términos de corrección y buenas prácticas.

Y deben poder hacerlo de una manera efectiva brindando el ordenamiento jurídico a los Colegios Profesionales de una potestad de corrección disciplinaria para ello.

2.3. La intervención de los Colegios de la Abogacía en cumplimiento de un mandato constitucional

España se constituye, dice el primero de los artículos de nuestra Constitución, "*en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*". Pero dicho enunciado no tendría sentido sino mediante la articulación de mecanismos que de una forma material aseguraran su efectividad, más allá de su reconocimiento formal.

En el caso que nos ocupa, esa libertad, justicia e igualdad no podrían ser consideradas como tal si no es garantizando el acceso a la jurisdicción, en el marco de un proceso justo y con todas las garantías, independientemente de los recursos de los que el interesado disponga para litigar.

La justicia gratuita es una exigencia para la plena igualdad de condiciones a la que se hace referencia en el propio art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948², y uno de los derechos que como mínimo debe tener cualquier persona que tenga que defenderse ante una acusación como parte de un proceso equitativo, según se dispone en el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.

Ese mandato, que en el caso de nuestra Constitución se recoge en el art. 119, se articula a través de los Servicios de Defensa de Oficio, cuya responsabilidad la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita confía a los Colegios Profesionales.

Históricamente el turno de oficio, o el patrocinio de los pobres, como se recogía en las ordenanzas fundacionales del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid de 1596, ha sido una preocupación de nuestro colectivo, habiéndose regulado de diversas formas. En la actualidad la LAJG traslada al ámbito puramente administrativo el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con un doble objetivo. Por un lado, se pretende descargar a los Juzgados y Tribunales de una tarea que queda fuera de los márgenes constitucionales del ejercicio de la potestad jurisdiccional, ya que, en definitiva, se trata de valorar el cumplimiento de una serie de requisitos en razón de las circunstancias económicas y subjetivas tasados legal y reglamentariamente, en la persona que lo solicita.

Por otro lado, se busca agilizar la resolución de las solicitudes de la ciudadanía mediante una tramitación sumaria y normalizada. Así, son los Colegios de la Abogacía y la Procura quienes resuelven provisionalmente la designación de los profesionales de oficio, resolviendo de manera definitiva el Ministerio de Justicia o las consejerías autonómicas, en el caso de las Comunidades con las competencias transferidas, a través de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita. Todo ello dejando a salvo, como no podría ser de otra manera, los eventuales recursos que ante la autoridad judicial pudiera instar el interesado, en el caso de surgir la necesidad de impugnar la decisión que se hubiera adoptado.

Asimismo, además de la asistencia que pudiera prestarse en el marco de un procedimiento judicial, la LAJG prevé un asesoramiento y orientación previos a la iniciación de cualquier proceso, evitando las pretensiones que por su naturaleza resultan insostenibles o artificiosas, y promoviendo con ella la tan necesaria cultura de la prevención jurídica. A ello es a lo que se dedican los Colegios de la Abogacía desde los Servicios de Orientación Jurídica, respondiendo de forma personal y gratuita a las inquietudes y dudas legales que en un momento determinado pudiera tener una persona.

Por tanto, la importancia de los Colegios de la Abogacía en el cumplimiento del mandato previsto en el sentido expuesto más arriba se revela como esencial, por cuanto a través de los Servicios

² Referente indiscutible de nuestra era en el ámbito de los derechos humanos al que se han adherido los 193 Estados que forman parte de Naciones Unidas.

de Defensa de Oficio, como también desde los despachos de cada profesional, los abogados y las abogadas estamos en disposición de detectar de manera precoz las principales necesidades que a nivel legal la ciudadanía tiene en cada preciso momento.

3. La responsabilidad social de los profesionales de la abogacía

3.1. De la *lex artis* individual a la responsabilidad como colectivo

No hay duda de que más allá de la *lex artis*, de la diligencia debida y del escrupuloso cumplimiento del servicio que se nos ha encomendado, en el marco de un determinado encargo profesional, los abogados y las abogadas tenemos una responsabilidad social de suma relevancia.

Por eso, antes de iniciar el ejercicio profesional se nos obliga a prestar juramento o promesa de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Concretamente se trata de una previsión que se recoge en el art. 10 EGAE del siguiente modo: *"Antes de iniciar su ejercicio profesional, los profesionales de la Abogacía prestarán juramento o promesa de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico y de cumplir las normas deontológicas de la profesión, con libertad e independencia, de buena fe, con lealtad al cliente, respeto a la parte contraria y guardando el secreto profesional"*. Un deber que en realidad tiene una significación que va más allá de una solemne formalidad, pues cada actuación que realizamos, insistimos, debe estar inspirada en las normas éticas y morales que configuran nuestra deontología profesional, anteponiendo los intereses de los clientes y los de la sociedad en general a los propios.

A nivel colectivo, esa responsabilidad social también se encuentra prevista a nivel estatutario, como se puede observar en el art. 75.1 EGAE: *"Los Colegios de la Abogacía tendrán especialmente en cuenta su responsabilidad para con la sociedad en que se integran. Por ello podrán promover, organizar y ejecutar programas de acción social en beneficio de los sectores más desfavorecidos, los valores democráticos de convivencia o de lucha contra la corrupción, así como para la promoción y difusión de los derechos fundamentales"*.

La acción social de la abogacía resulta tan sumamente amplia como importante. En este sentido, los Colegios de la Abogacía organizan diariamente actividades que van más allá de las estrictamente formativas en interés de las personas colegiadas. Muchas de las jornadas y conferencias que se desarrollan en las sedes colegiales se ponen al servicio de la reflexión jurídica, de la que surgen ideas, propuestas *de lege ferenda* y debates que muchas veces nos permiten alzar la voz y reivindicar la defensa de los derechos humanos y el respeto por la dignidad de las personas.

Y es que la abogacía no puede, por resultar simplemente imposible, permanecer impasible ante determinados acontecimientos, ante señaladas injusticias y ante cuestiones aún no resueltas, como pudiera ser la violencia de género, la emergencia climática o la lucha contra la corrupción en todas sus formas. Tampoco ante catástrofes, ya sean por causas naturales o libradas por la mano del ser humano, tales como la crisis humanitaria derivada de la COVID-19, la erupción del

volcán Cumbre Vieja en la isla de La Palma, la invasión de Ucrania por parte de Rusia o la guerra entre Israel y Palestina.

Las acciones de los distintos Colegios y Consejos de la Abogacía en el marco de estos y otros acontecimientos de extraordinaria significación resultan difíciles de resumir en este espacio, pero suponen el reflejo, sin lugar a dudas, del papel que nuestra profesión debe tener en la sociedad en pro de los derechos humanos más elementales. Y debe hacerlo, además, con una vocación de universalidad, mirando más allá de nuestro entorno más inmediato, recabando la colaboración y apoyando, a su vez, a aquellos compañeros y compañeras que durante su ejercicio se han visto abocados a una situación de peligro³.

En determinados países y contextos, muchos abogados y abogadas, de cuya situación se intenta hacer eco el Observatorio Internacional de la Abogacía en Riesgo (OIAD), han sentido peligrar su independencia, su libertad e incluso su integridad personal, precisamente por ejercer su profesión. Además, suelen ser profesionales de la abogacía a los que la defensa de los derechos humanos o de causas legítimas, pero incómodas para determinados regímenes e intereses, les ha llevado a sufrir el intento de desprestigio, el acoso y el hostigamiento. Para ello, quienes han dedicado sus esfuerzos para silenciar sus reivindicaciones no han tenido reparo en dirigir contra dichos profesionales medidas de carácter administrativo o disciplinarias. Tampoco de imputarles hechos delictivos o incluso atentar contra la libertad y la integridad de los mismos. Algo a todas luces intolerable y para cuya lucha se hacen necesarias instituciones, incluyendo a los Colegios Profesionales, que sean sólidas, fuertes e independientes, precisamente para poder luchar contra cualquier atisbo de corrupción.

3.2. Del caso concreto a la generalización de las soluciones justas

La tenacidad de los profesionales de la abogacía en la búsqueda de soluciones justas muchas veces trasciende al caso concreto en el que pudiéramos estar trabajando. En ese sentido, y volviendo a la idea del papel esencial del profesional de la abogacía y su contribución en el inacabable proyecto de vertebrar una sociedad más justa y civilizada, en no pocas ocasiones nos vemos abocados a ser partícipes indirectos de cambios que irán más allá.

La jurisprudencia del TJUE, interpretativa del derecho de la UE, o del TEDH, sobre la adecuación del ordenamiento a la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, nos permitiría reseñar una lista interminable de ejemplos. En cualquier caso, en uno y otro ámbito, los trabajos que preceden a las sentencias constituyen un factor necesario en cuanto al propósito de integrar el sistema de derechos de los países europeos, en una amplia variedad de temáticas donde se aconsejan unos mínimos exigibles conforme a los derechos humanos y los postulados de un auténtico Estado de Derecho.

Precisamente en el ámbito de la UE existe un mecanismo que ha demostrado ser de enorme utilidad para la mejora de nuestro ordenamiento jurídico, en áreas tan relevantes como es la con-

³ Cada 24 de enero desde el año 2009 conmemoramos el Día de la Abogacía en Riesgo, precisamente para concienciar sobre los peligros que muchos profesionales de la abogacía enfrentan en el marco de su ejercicio.

tratación bancaria y la transparencia en la defensa de las personas consumidoras. Nos referimos a la cuestión prejudicial que se regula en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que permite al órgano judicial de un Estado miembro pedir al TJUE que se pronuncie sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión y su conformidad con los Tratados.

Y si bien es el juez o tribunal el encargado de elevar una determinada cuestión, el abogado puede desempeñar un papel decisivo a la hora de situar y contextualizar su planteamiento, acotando el objeto de lo que se considera pertinente recabar un pronunciamiento por parte del TJUE. Solo hay que echar un vistazo a nuestro derecho hipotecario y ver como éste ha mejorado en apenas un lustro gracias a las cuestiones prejudiciales que se han ido planteando y al compromiso perseverante de los profesionales que arduamente habían trabajado en las mismas.

4. La abogacía en la consecución de los ODS y la Agenda 2030 de las Naciones Unidas

Probablemente nos encontremos en la antesala de una nueva era o, al menos, ante grandes e importantes cambios, de los que participa el imparable avance de increíbles desarrollos tecnológicos. Especialmente los referidos a la IA y al Big Data de los que se desprenden grandes oportunidades en términos económicos y sociales, pero frente a los que como juristas debemos anticipar ciertas cautelas para evitar efectos perversos y contrarios a los derechos fundamentales.

Por ello, y como hiciera en etapas anteriores de la historia, la abogacía debe tomar conciencia de los importantes retos que tenemos por delante y abanderar una transformación hacia la sostenibilidad, garantizando a su vez que esa transformación verde y digital sirva realmente para mejorar la vida de las personas y la de nuestro entorno.

En este sentido los Objetivos de Desarrollo Sostenible que se han dispuesto en la Agenda 2030 de las Naciones Unidas suponen un punto de partida de sumo interés y utilidad, por la transversalidad de los ejes en los que se han agrupado las 169 metas que integran la misma: bienestar social, cohesión territorial, emergencia climática, vivienda digna, igualdad de género o una enseñanza de calidad. Los referidos constituyen elementos en los que la abogacía y las profesiones en general, sobre todo aquellas de las que resulta una función social irremediablemente intensa, pueden y deben trabajar con la finalidad última de erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para toda la ciudadanía.

Precisamente, los Colegios Profesionales, como garantes de la deontología y representantes privilegiados de los intereses de cada sector, pueden desempeñar un papel decisivo en el impulso que de manera perentoria se hace necesario realizar respecto a la aplicación de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas. Y es que históricamente las profesiones liberales, especialmente la abogacía, hemos contribuido al desarrollo del Estado de Derecho, siendo necesario que nuestra voz y nuestras propuestas sean escuchadas y valoradas con el propósito de alcanzar las aspiraciones sociales que hoy se concretan en los ODS.

El *compliance*, la ciberseguridad o la implementación de los criterios EGS ("*environmental, social and governance*", por sus siglas en inglés) se han consolidado como áreas emergentes y de un importante valor añadido para los profesionales de la abogacía y que sirven, a su vez, para ahondar en nuestro compromiso para con los derechos humanos, la justicia y la sostenibilidad.

La abogacía, sin perder de vista las grandes conquistas del pasado y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, debe seguir trabajando, haciendo honor a la función social que le es propia para la consecución de una nueva generación de derechos, transformando nuestro entorno desde la ley y la ética por un mundo mejor.



Artículos

Artículos

ARE COMPETITION AUTHORITIES PLANNING TO RULE THE WORLD? NEW AND EXPANDED APPROACHES TO MERGER CONTROL

Margot Lopes Martins and Inés Pajares de Dios Tarancón
Abogadas del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Lisboa y Bruselas)

Are competition authorities planning to rule the world? New and expanded approaches to merger control

Competition authorities worldwide are increasingly inclined to review and challenge mergers. They are using an ever-wider range of tools to claim jurisdiction over transactions that traditionally fell outside their authority (such as those that fell below the corresponding thresholds). They base this new approach on a broader analysis of criteria that goes beyond what were considered the boundaries of competition law. In this context, the substantive assessment of mergers is also evolving, with competition authorities taking into account factors such as sustainability, employment, data/digital markets issues and innovation, and weighing them up against predicted efficiencies to determine a merger's benefits and risks. In addition, commitments for clearance are increasingly being used to address non-traditional concerns.

KEYWORDS:

Concentration of undertakings; merger control; merger regulation; EUMR; thresholds; Article 22; substantive assessment; sustainability; employment issues; digital and data; innovation; mandatory notification; theories of harm, efficiencies, remedies and commitments; Digital Markets Act.

¿Pretenden las autoridades de competencia dominar el mundo? Nuevos planteamientos en control de concentraciones

Las autoridades de competencia a nivel mundial se inclinan cada vez más por examinar e impugnar operaciones de concentraciones. Las autoridades están utilizando una gama cada vez más amplia de herramientas para obtener jurisdicción para revisar operaciones tradicionalmente fuera de su competencia, incluso aquellas por debajo

de los umbrales, basándose en un análisis amplio de criterios que van más allá de los límites tradicionales del derecho de competencia. En este contexto, el panorama de la evaluación sustantiva del control de concentraciones también está evolucionando, y las autoridades de competencia tienen en cuenta en su análisis factores no tradicionales, como cuestiones de sostenibilidad, laborales, aspectos relacionados con datos/mercados digitales e innovación, mientras que la consideración de las eficiencias implica equilibrar los beneficios y los riesgos asociados a factores no tradicionales. Además, se recurre con mayor frecuencia a la propuesta de compromisos para abordar las preocupaciones no tradicionales como condición para la aprobación de las fusiones.

PALABRAS CLAVE:

Concentración de empresas, Control de concentraciones, Reglamento de concentraciones, EUMR, Umbrales, Artículo 22, Evaluación sustantiva, Sostenibilidad, Cuestiones laborales, Digital y datos, Innovación, Notificación obligatoria, Teorías del daño, Eficiencias, Condiciones y compromisos, Digital Markets Act.

FECHA DE RECEPCIÓN: 20-3-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23-3-2024

Lopes Martins, Margot; Pajares de Dios Tarancón, Inés (2024). Are competition authorities planning to rule the world? New and expanded approaches to merger control. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 23-50 (ISSN: 1578-956X).

1. Introduction

Mergers and acquisitions (“M&A”) are used by companies as a means to develop their activities and increase their market shares and financial strength. As such, growth, economies of scale, synergies and diversification are usually the main reasons why companies embark on M&A transactions. Although many of these transactions are beneficial — or at least not harmful — to consumers and the economy, some may raise concerns. To deal with these concerns, countries around the world typically use merger control as a tool to prevent M&A transactions from harming competition and the economy in general.

Assessing M&A transactions from a competition standpoint involves complex analytical exercises such as defining the relevant markets, assessing the effects of the transactions on (future) competition and analysing how the relevant markets function. The complexity lies in the fact that this is the realm of forecasting, predicting and estimating. The aim is to predict the future effects of a current transaction, hence the concept of *ex ante* control.

To help navigate the *ex ante* control of M&A transaction, on 21 December 1989, the Council of the then European Communities adopted a regulation on the control of concentrations, which established that certain transactions must be approved by the European Commission (“EU Commission”). The Merger Regulation (“EUMR”)¹ entered into force on 21 September 1990 and introduced into EU competition law a legal framework for the substantive review of concentrations².

¹ Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings.

² According to Article 3(1) of the EUMR, “a concentration shall be deemed to arise where a change of control on a lasting basis results from: (a) the merger of two or more previously independent undertakings or parts of undertakings, or (b) the acquisition, by one or more persons already controlling at least one undertaking, or by one or more undertakings, whether by purchase of securities or assets, by contract or by any other means, of direct or indirect control of the whole or parts of one or more other undertakings.” The definition is further explained in the Commission’s Consolidated Jurisdictional Notice (“*Jurisdictional Notice*”).

In the 1989 version of the EUMR, it was envisaged that a transaction “which creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded” should be prohibited³. As this test was considered flawed, amendments to the EUMR were adopted in 2003 and became effective on 1 May 2004⁴. In this context, from 2004 onwards, mergers that “would significantly impede effective competition in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position” are considered incompatible with the internal market (the so-called “SIEC test”)⁵. In other words, under this assumption, a merger cannot be prohibited unless it creates or strengthens a position likely to significantly impede effective competition. Most national competition authorities (“NCAs”) follow the same approach.

The SIEC test broadened the scope of regulatory intervention: it was no longer necessary to prove that an undertaking had a dominant position, and this allowed for a more expansive competition analysis. NCAs started looking at the negative effects that transactions had on the structure of markets and competition, considering criteria such as whether the merging parties could be considered direct competitors, the risk of future price increases and the effects of the merger on innovation.

The EU and NCAs’ approach to merger control continues to evolve. These changes bring with them some uncertainty. This article analyses and provides guidance on how, in addition to their traditional approach, the competition authorities appear to be being influenced by social sensibilities and are applying novel legal criteria to catch more and more transactions in their net and to decide on their merits.

2. Notification thresholds and much more

Before addressing the substantive assessment of mergers (Section 3), we look at the number and types of transactions subject to mandatory control, both *ex ante* and *ex post*. Together with the more sophisticated scope of substantive merger analysis, the increased number of transactions subject to merger review by NCAs and the EU Commission demonstrates their ever expanding reach.

The essence of merger control systems in the EU, and in most Member States, is *ex ante* mandatory and suspensive control by the competition authorities whenever a transaction meets certain thresholds — which are generally based on turnover, and in some cases market share⁶ or transaction value⁷. As such, merger control is (or was) based on objective thresholds. When a transaction

3 Article 3(2) of the EUMR.

4 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings.

5 Article 3(2) of the EUMR.

6 For example, in Spain and Portugal.

7 For example, in Germany and Austria.

falls below the thresholds it is not subject to notification or suspension; conversely, when it meets the thresholds it must be notified to and approved by the NCA before it can be implemented.

However, this system does not catch transactions that fall below the (objective) thresholds but are still capable of harming competition, in particular so-called “killer acquisitions”⁸. In response, NCAs have looked for a way to review these transactions that do not meet the thresholds and that otherwise would not have been caught. This has brought with it all the challenges, risks and uncertainties inherent to a subjective system.

Article 22 of the EUMR

Over the years, the EU has produced a relevant number of materials (i.e. Communications, Guidelines, Notices) that address jurisdictional⁹, substantive¹⁰ and procedural matters¹¹. Although they initially provided guidance on understanding, applying and interpreting the EUMR, the EU has recently used these materials to bring about a *de facto* change in the scope of merger control and to broaden the EU Commission’s powers. One example of this is the now (in)famous Article 22 of the EUMR.

The EU Commission has chosen not to revise the EUMR and the existing notification thresholds, and to instead use a new interpretation of Article 22 of the EUMR, established in formal Guidance, which allows it to examine transactions below the EUMR and Member States’ notification thresholds if a Member State refers them¹².

For reference, Article 22 of the EUMR states that “one or more Member States may request the Commission to examine any concentration as defined in Article 3 that does not have a Community dimension within the meaning of Article 1 but affects trade between Member States and threatens to significantly affect competition within the territory of the Member State or States making the request”. While this provision does not expressly require that the Member State in question be competent to control the transaction under its national law (i.e. it does not expressly require that national thresholds have been triggered), the EU Commission had historically considered that it would only accept a referral under Article 22 if the transaction reached the national notification thresholds of at least one Member State.

8 For further information, see *New trends in merger control: the baby, the bathwater, uncertain outlooks and eternal returns*, Tânia Luísa Faria, Margot Lopes Martins and Mariana Viana Pedreira, in *Revista da Concorrência e Regulação*, No. 45, January-March 2021 and *New trends in merger control: capturing the so-called killer acquisitions... and everything else*, Tânia Luísa Faria, Margot Lopes Martins and Raquel Marques Nunes, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, No. 57, September-December 2021, pp. 33-53.

9 Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No. 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, 2008 O.J. C95/1.

10 Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, 1997 O.J. C372/5; Commission Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 2004 O.J. C31/05; and Commission Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 2008 O.J. C265/6.

11 DG Competition Best Practice Guidelines on the conduct of EC merger control proceedings.

12 Commission Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases (“Article 22 Guidance”).

This change obviously raises concerns in terms of legal certainty for companies and M&A activity, as it means that any transaction can be controlled by the EU Commission if the loose conditions set out in Article 22 are met — i.e. if the transaction affects trade between Member States and threatens to significantly affect competition within the Member State making the referral.

The Article 22 Guidance refers to “transactions involving at least one undertaking whose turnover does not reflect its actual or future competitive potential” and presents five, purely indicative, scenarios in which this might be the case for an undertaking: (i) it is a young entity with substantial competitive potential; (ii) it is an important innovator or is carrying out potentially important research; (iii) it exerts significant competitive pressure; (iv) it has access to competitively important assets; or (v) it supplies products or services that constitute important inputs.

This approach is particularly broad and, on top of that, non-exhaustive. It would seem that the possibilities for the EU Commission to claim jurisdiction over a transaction — outside any pre-established jurisdiction at either the national or EU level — are now infinite.

The *Illumina/Grail* merger was the first case handled under the new Article 22 Guidance. For context, Illumina is a US company that specialises in genomic sequencing and sells integrated genetic-analysis systems used in the development and implementation of cancer screening tests. Grail is a biotechnology company that was founded in 2016 and is also headquartered in the United States. Based on genomic sequencing, it develops blood tests for the early detection of cancer and carries out cutting-edge research in this field.

For a variety of reasons, it was both a surprising and a bold choice for the EU Commission to test its new standard against this transaction as (i) it did not trigger any of the EU’s thresholds or the Member States’ national thresholds; (ii) both companies were based outside the EU and Grail did not have a presence in the EU and was not likely to do so in the near future; (iii) the transaction was already being reviewed by the Federal Trade Commission (“FTC”, the US competition authority); (iv) the transaction had been announced to the market in September 2020, while the EU Commission only decided to initiate Article 22 proceedings in March 2021; and (v) the Article 22 Guidance had not been published yet.

Thus, contrary to Commissioner Vestager’s public assurances, the EU Commission started testing a new approach — one that in practice enormously expanded its powers — before adapting the relevant rules. Commissioner Vestager had stated on 11 September 2020, when commenting on the possibility of expanding the scope of merger control laws, that the EU would not depart from its established position without first publishing guidance to assist Member States and merging parties. Specifically, she stated that “This will not happen overnight — we need time for everyone to adjust to the change, and time to put guidance in place about how and when we will accept these referrals”¹³. However, no such guidance had been published when the EU Commission first invited Member States to make a referral request under Article 22 in relation to the *Illumina/Grail* transaction.

¹³ Commissioner Vestager, “The future of EU Merger Control” at the International Bar Association’s 24th Annual Competition Conference, 11 September 2020.

France submitted the first referral request, and was subsequently joined by Belgium, Greece, Iceland, the Netherlands and Norway. Once the EU Commission accepted the referral, Illumina was obliged to notify the transaction to the EU Commission, which it did on 16 June 2021. In other words, NCAs without jurisdiction gave jurisdiction to the EU Commission to review the Illumina/Grail transaction.

The EU Commission decided to prohibit the transaction on 6 September 2022, after a Phase II investigation. On top of that, it initiated a gun jumping procedure, which resulted in it imposing a record fine of EUR 432 million on Illumina and a token fine of EUR 1,000 on Grail on 12 July 2023¹⁴ for going ahead with the transaction prior to receiving merger clearance. The EU Commission concluded that the parties had breached the standstill obligation during the in-depth investigation. Judicial appeals are still ongoing.

This case illustrates the risks for companies under the new interpretation of Article 22. Apart from the uncertainty as to the possibility of the EU Commission or an NCA requiring notification of a transaction that does not meet any of the notification criteria, the EU can — and has — prohibit a transaction and impose interim measures and remedies even though the companies were never under the obligation to notify an NCA (or the EU Commission). The EU Commission can also impose fines and periodic penalty payments on companies for carrying out a transaction that they should, in theory, be entitled to carry out freely and immediately.

In short, the EU's re-interpretation of Article 22 clearly has the merit of being flexible and bridging some of the enforcement gaps in the current regulations, but it is undeniably impractical for companies. Article 22 and the corresponding Guidance are based on abstract theories of harm rather than clear and objective criteria. Furthermore, the Article 22 Guidance only gives examples of scenarios where this new approach can be used, rather than providing an exhaustive list, so in theory the EU Commission could accept any referral at all. In the absence of clearer criteria that allow all those involved to better identify transactions that threaten competition for the purposes of Article 22, there is a veritable lack of legal certainty.

The General Court has already confirmed that the EU Commission's new approach to Article 22 is valid and recognised the NCAs' right to refer a transaction irrespective of whether national thresholds are met¹⁵. This decision is currently under appeal before the ECJ. The resolution of the pending appeal on Illumina/Grail case before the ECJ will hopefully bring further guidance and set some limits to the EU Commission and NCA's powers¹⁶.

14 In the case of Grail, the EU Commission considered that it had been fully aware of the standstill obligation and still played an active role in the infringement by enabling the transaction to be completed when it knew that the EU Commission was carrying out an in-depth review. While the fine was for a symbolic amount, it was the first time that the EU Commission imposed a fine on a target company for gun-jumping.

15 Case T-227/21, *Illumina v Commission*.

16 Pending decision from the ECJ in joined cases C-611/22 P, *Illumina v Commission* and C-625/22 P, *Grail v Commission and Illumina*.

Digital Markets Act

Recent years in the competition law world have seen a considerable focus on digital activities. The constant — and significant — evolution in this field has made it clear that new rules are needed to ensure that digital markets remain (or become) fairer and contestable. A major milestone was the adoption of the Digital Markets Act (“DMA”) in September 2022¹⁷. The DMA entered into force on 1 November 2022 and became applicable, for the most part, on 2 May 2023.

Although the DMA’s main focus is not merger control, since it primarily aims to introduce a set of *ex ante* behavioural prohibitions and obligations for large online platforms¹⁸, the regulator took the opportunity to include merger control provisions in the DMA that broaden the EU’s jurisdiction in the digital markets.

The rationale is that the current merger control tools may be falling short, particularly in digital markets. This became apparent in the policy discussions on killer acquisitions, which concluded that, in digital markets, there is a higher risks of problematic M&A transactions escaping the control of the competent authorities. It has been observed that tech giants are acquiring promising incipient companies before they generate significant turnover or have a significant presence on the market. As a result, these transactions escape merger control based on notification thresholds, but can significantly worsen the competitive situation in the markets involved. As a fairly representative figure, between 1987 and 2022 large digital platforms carried out almost 1,200 transactions but only around 20 of them were subject to merger control under the EUMR¹⁹.

To this end, the DMA defines criteria for determining what platforms should be supervised and classified as “gatekeepers”²⁰. The companies that can be designated as gatekeepers are basically companies that provide core platform services²¹ and meet certain quantitative thresholds²². These quantitative thresholds aim to identify the digital platforms that have a significant impact on the internal market, act as a relevant gateway for business users to reach end-users and enjoy a deep-rooted and durable position in their operations, or it is foreseeable that they will enjoy such

17 Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) [2022] OJ L265/1.

18 Articles 5, 6 and 7 of the DMA.

19 Christophe Carugati, Which Mergers Should the European Commission Review under the Digital Markets Act? (9 December 2022). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4366703>.

20 At the moment, six gatekeepers have been designated: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta and Microsoft. This designation covers 22 services that have been classified as “core platform services”.

21 The DMA (Recital 14) identifies the main core platform services as “online intermediation services, online search engines, operating systems, online social networking, video sharing platform services, number-independent interpersonal communication services, cloud computing services, virtual assistants, web browsers and online advertising services”.

22 If the provider of core platform services:

- (i) has achieved an annual EU turnover equal to or above EUR 7.5 billion in each of the last three financial years; or has had an average market capitalisation or equivalent fair market value of at least EUR 75 billion in the last financial year; and it provides the same core platform service in at least three Member States.
- (ii) provides a core platform service that in the last financial year has had at least 45 million monthly active end-users established or located in the EU and at least 10,000 yearly active business users established in the EU...
- (iii) ... in each of the last three financial years.

a position in the near future²³. To ensure that these new mechanisms keep pace with the constant evolution of digital markets, the EU Commission can carry out market investigations and designate new companies as gatekeepers.

The DMA strengthens the EU Commission's control powers over these platforms, establishing that "any intended concentration" carried out by a gatekeeper must be notified²⁴. Specifically, Article 14 of the DMA obliges gatekeepers to inform the EU Commission of any proposed transaction whenever the target or merging entities provide core platform services or any other service in the digital sector, or enable the collection of data.

This obligation applies regardless of whether the transaction must be notified to the EU Commission or an NCA under the EU or national merger control rules. Companies that fail to notify a transaction under Article 14 of the DMA face a fine of up to 1% of their total worldwide turnover²⁵.

The DMA establishes the minimum information that notifying undertakings must provide to the EU Commission²⁶. Once notified, the EU Commission will inform the NCAs of the information received. The NCAs may use this information to trigger the referral mechanism under Article 22 EUMR and request the EU Commission to review the transaction under the merger control rules²⁷. The goal is for the DMA and Article 22 of the EUMR to work in tandem, in order to fill in the gaps in the traditional merger control framework. Gatekeepers' transactions may then be reviewed by the EU Commission under Article 14 of the DMA (i.e. outside the merger control rules) or through an Article 22 referral under the merger control rules.

As such, the DMA is yet another novel extension of the EU Commission's powers to review transactions that, under the traditional merger control rules, would have escaped scrutiny.

Although this may pose a risk of excessive enforcement insofar as all transactions involving gatekeepers must be notified, in terms of legal certainty the scope of the notification obligation under the DMA is clearer than the obligation under the reinterpreted Article 22 EUMR, as it applies exclusively to designated gatekeepers. We can also expect additional guidance from the EU Commission to clearly identify what transactions must be reviewed under the DMA.

Towercast

The expansion of the competition authorities' powers to analyse concentrations outside the traditional framework of the notification thresholds has continued, notably in March 2023 with the ECJ's decision in the *Towercast* case.

23 Article 3 of the DMA.

24 Article 14(1) refers to the concept of "concentration" as defined in the EUMR.

25 Article 30(3) of the DMA. In the event of non-compliance with the DMA's general rules, gatekeepers may face fines of up to 10% of their total worldwide annual turnover, and in the event of repeated infringements these can increase up to 20%. Periodic penalty payments of up to 5% of their average daily turnover can also be imposed (Articles 30(1) and (2) and 31 of the DMA).

26 Article 14(2) of the DMA.

27 Article 14(4) and (5) of the DMA.

On 16 March 2023, the ECJ handed down its judgment in the *Towercast* case in which it ended up reintroducing the *ex post* control of mergers that fall below EU and national thresholds but that amount to an abuse of a dominant position²⁸.

This case originated in a concentration involving the acquisition of Itas by Télédiffusion France in October 2016. Both companies are providers of digital terrestrial television broadcasting services in France. As the transaction did not trigger the national or EU notification thresholds, the concentration was not subject to prior merger control by the French NCA (*Autorité de la Concurrence*) or the EU Commission. On 15 November 2017, Towercast, another operator in the market, filed a complaint with the French NCA arguing that the concentration was an abuse of a dominant position under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union ("TFEU"). This complaint was rejected on 16 January 2020.

Towercast appealed the French NCA's decision before the French courts, arguing that Article 102 applies to concentrations per the *Continental Can* decision²⁹. The French NCA maintained its position that, with the entry into force of the EUMR, even when M&A transactions trigger the notification thresholds, they fall outside the scope of Article 102 of the TFEU and *Continental Can*. Its rationale was that once the EUMR and national merger control regimes were implemented, it was no longer necessary to use the concept of abuse of a dominant position to control mergers that were potentially harmful.

The French court sought a preliminary ruling from the ECJ on whether, based on Article 21(1) of the EUMR, a concentration that (i) does not meet the EU or national notification thresholds and (ii) has not been referred to the EU Commission, can still be reviewed under the assumption that there is an abuse of a dominant position per Article 102 TFEU.

The ECJ took the opportunity to confirm that Article 102 TFEU and *Continental Can* are applicable, and stressed that even if a concentration is not notifiable, it can still be abusive. As such, a merger that is not notifiable because it falls below the EU and national thresholds, may still be challenged *a posteriori* by the EU Commission or an NCA on the grounds that the merger raises competition concerns.

In practice, this means that a transaction can be challenged even after closing if it can be shown that it amounts to an abuse of a dominant position. In theory, this means that it is always possible to challenge and undo a transaction if it could have led to an abuse of a dominant position. In order to apply *Towercast*, the competition authorities must demonstrate that the buyer has a dominant position on the same market or on a market related to that of the target and that the transaction in itself is harmful to competition insofar as it strengthens that position.

As such, a mere finding of a dominant position is not sufficient to prohibit a transaction; it must be proven that the transaction itself is capable of leading to a substantial restriction of competition and that this amounts to an abuse of such dominant position. To do this, the specific market

²⁸ Judgment of 16 March 2023 in Case C-449/21, *Towercast*.

²⁹ Judgment of 21 February 1973 in Case 6/72, *Continental Can*.

conditions (e.g. significant barriers to entry, high levels of concentration) must be considered. The authorities will also have to find a way of supporting their prediction that the degree of dominance achieved as a result of the transaction is sufficient to prevent competition in the specific market conditions that they have identified. This may be particularly complicated in the case of targets that are incipient companies and for which there is little experience or visibility in the market.

In short, through *Towercast* the ECJ has confirmed yet another mechanism to control concentrations that falls outside the traditional scope of the provisions passed for this purpose, although it may prove challenging to put it into practice.

The *Towercast* mechanism has already been used, at a national level, by the Belgian NCA. It initiated an investigation into Proximus on 22 March 2023 (less than one week after the *Towercast* ruling was handed down) in respect of a possible abuse of a dominant position in the context of its takeover of the EDPnet group, which was not subject to mandatory merger control³⁰. The proceedings ended in November 2023 after Proximus opted to sell EDPnet to Citymesh.

Although its impact is more limited than that of Article 22 EUMR, this new case law has added another source of unpredictability and legal uncertainty for undertakings involved in concentrations.

Control under foreign subsidies legislation

The 2022 EU Regulation on foreign subsidies distorting the internal market (“FSR”³¹) has also created a new mechanism for merger control that can be applied even when national or EU thresholds are not met. And when the notification thresholds are met, this creates an additional notification obligation.

Pursuant to the FSR, a concentration must be notified to the EU Commission when (i) the target or one of the other parties to the transaction is established in the EU and has a turnover of at least EUR 500 million in the EU, and (ii) when the parties have received direct or indirect financial contributions from non-EU countries of more than EUR 50 million over the three years preceding the transaction³².

However, the EU Commission may order a transaction be notified on the basis of the FSR even if these specific thresholds are not met if it suspects that foreign subsidies may have been granted to the undertakings concerned³³.

³⁰ See press release 10/2023, available at https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/20230322_Press_release_10_BCA_0.pdf.

³¹ Regulation (EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on foreign subsidies distorting the internal market. *OJ L 330*, 23.12.2022, p. 1–45.

³² Articles 20 and 21 of the FSR.

³³ Article 21(5) of the FSR.

As such, any company that has received financial aid from non-EU countries must be alert to the possibility that their mergers may be scrutinised even if they do not exceed the EU notification thresholds.

With a simple change of practice, new regulations and case law, in the space of a year the EU Commission and the NCAs have seen the scope of their merger control powers substantially extended to include the review and control of transactions that fall below both the EU and national thresholds. In theory, NCAs and the EU Commission can now control any and all concentrations... it remains to be seen which ones they are interested in scrutinising. Although justified by some enforcement gaps, the main problem these changes pose is the tremendous level of deal uncertainty caused by the possible retroactive assessment of transactions, lengthier M&A procedures and increased costs. While the objective of catching more transactions in the merger control net through the notification thresholds may be laudable, there is definitely a need for more precisely framed guidelines.

Another area that has broadened the scope of the competition authorities' intervention in merger control is the substantive assessment of transactions. As explained in further detail in section 3, the authorities have adopted a much more sophisticated approach to analysing transactions that encompasses concepts and areas that competition law had previously ignored.

3. The substantive assessment

When assessing the effects of a concentration on competition, the authorities traditionally apply two tests to determine if the transaction is likely to (i) create or strengthen a dominant position or (ii) substantially lessen competition.

Since the EUMR was passed in 2004, most Member States have adopted the SIEC test, which determines whether a transaction may have serious anti-competitive effects even in the absence of dominance. The EU Commission and NCAs typically look for evidence related to the harm that the merger may cause to competition, such as price rises or closing the market to smaller or potential rivals. They also consider any efficiencies that would offset the transaction's harmful impact on competition. The evidence typically focuses on conventional competition factors such as prices, output, choice or quality of goods and services.

However, the competition authorities are now taking into consideration other factors when assessing transactions: environmental impact, sustainability, data/digital considerations, employment issues and even fairness to consumers have featured in recent decisions. Until recently, these elements were completely alien to competition law as a whole, let alone merger control.

The following section focuses on the changes that merger control assessment criteria have undergone in recent years from three different dimensions; theories of harm, analysing efficiencies, and defining and submitting remedies. Finally, we will briefly analyse the approach taken on the other side of the Atlantic in this regard.

3.1. Theories of harm

Broadly speaking, the theory of harm explains why a particular conduct may harm competition and, ultimately, market structure and consumer welfare. Competition law and economics provide specific tests to identify whether a particular transaction is capable of seriously harming competition by significantly increasing the acquirer's market power.

One of the challenges that the competition authorities and courts have faced recently is understanding whether the existing theories of harm and tests are well suited to the current economy and new markets. They are all too aware of the need to have an explicit theory of harm that achieves a consistent and rigorous assessment process, especially since the EU Commission has lost appeals and merger decisions were overruled for not formulating or proving properly the theory of harm³⁴.

When assessing a concentration, the competition authority must articulate a proper theory of harm that is appropriate for the specific case. Several theories of harm were developed that identified cases in which a concentration would predictably have anti-competitive effects. We are referring, for instance, to unilateral or non-coordinated³⁵, coordinated³⁶, vertical³⁷ or conglomerate effects³⁸, or effects on innovation³⁹. All of these examples place a strong focus on the ability of and incentives for the undertakings involved in the concentration to increase prices or foreclose rivals, amongst other effects.

Article 2(1) of the EUMR sets out the material criteria to be assessed by the EU Commission. The ultimate goal of merger control is *"the need to maintain and develop effective competition within the common market in view of, among other things, the structure of all the markets concerned"*. In order to do this, the EU Commission takes into account a number of economic factors:

34 Case T-342/99 *Airtours plc v Commission*, 2002 E.C.R. II-2585 (Ct. First Instance); Case T-310/01 *Schneider Electric SA v Commission*, 2002 E.C.R. II-4071 (Ct. First Instance); Case T-5/02 *Tetra Laval v Commission*, 2002 E.C.R. II-4381 (Ct. First Instance).

35 This theory of harm focuses on the potential for a merged entity to have the ability and incentive to unilaterally raise prices, reduce output or limit innovation. The EU Commission assesses whether the merger would result in a significant reduction in competition in the relevant market, leading to higher prices, reduced choice for consumers and a negative impact on competition.

36 This theory of harm examines the possibility that a merger could facilitate collusion or coordinated behaviour among market players. The EU Commission looks for evidence that the entity resulting from the transaction could collude with its competitors to reduce competition, allocate markets or coordinate prices, causing harm to consumers and reducing competition.

37 This theory of harm focuses on the potential for a merger to lead to anti-competitive foreclosure or restriction of access to important inputs or distribution channels. The EU Commission assesses whether the merged entity could engage in anti-competitive conduct, such as denying access to competitors, leveraging market power, or engaging in discriminatory practices, resulting in harm to competition and consumers.

38 This theory of harm looks at the potential for a merger to have anti-competitive effects in unrelated markets. The EU Commission assesses whether the merged entity could engage in anti-competitive behaviour by leveraging its market power from one market into another, resulting in harm to competition and consumers in unrelated markets.

39 This theory of harm focuses on the potential impact of a merger on innovation, such as reducing incentives for research and development or hindering technological progress. The EU Commission assesses whether the merger could lead to a reduction in innovation, resulting in negative effects on competition and consumers in the long term.

- the market position of the undertakings concerned and their economic and financial power,
- the alternatives available to suppliers and users,
- access to supplies or markets,
- legal or other barriers to entry,
- supply and demand trends for the goods and services,
- the interests of intermediate and ultimate consumers, and
- technical and economic progress.

When assessing these factors, the EU Commission has to predict the merged entity's capacity to raise prices, exercise market power, reduce output or the quality of its products, foreclose rivals or hinder their access to inputs.

However, other factors (not mentioned in Article 2 or traditional practice) are increasingly paying a part in modern theories of harm and merger assessment; first innovation, then sustainability, employment and even consumer fairness. These factors are now public policy priorities in many jurisdictions, and certainly the EU itself, and regulators want companies to comply with these and other ESG objectives, not least after merging with or acquiring rivals.

This evolution in the market is pushing policymakers and authorities to reconsider their traditional approach in merger cases and think about how to respond to these new public policy goals. We now take a look at some of the non-traditional concerns in the theory of harm that are being considered when analysing concentrations.

Sustainability / environmental considerations

Sustainability issues have gained increased importance in competition law, in particular in order to support the objectives of the European Green Deal⁴⁰. In September 2023, the EU Commission published some thoughts on the role of merger control in the context of sustainability challenges and environmental risks⁴¹. It confirmed that competition law in general, and merger control in particular, need to intervene and play their part in reaching the European Green Deal goals.

In line with this position, recent precedents show that the EU Commission is increasingly taking into account non-traditional sustainability parameters (together with economic factors). This reflects the strong social demand for more sustainable products and services, industries and technologies.

⁴⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions – The European Green Deal, COM/2019/640 final.

⁴¹ Competition Merger Brief, Issue 2/2023 – September, available at https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-09/kdal23002enn_mergers_brief_2023_2.pdf.

Although the association between competition law and sustainable development is not necessarily an obvious one, both find a meeting point where competition law protects and promotes not only the welfare of consumers — who are increasingly turning to sustainable products — but also sustainable innovations and technologies. Indeed, mergers can be driven by the aim of investing in green technologies and markets (such as clean energy, renewable fuels, electric vehicles or emission-reduction techniques), boosting innovation or designing better products that lead to environmental and sustainable improvements.

As such, when developing theories of harm, the EU and NCAs are now more likely to consider sustainability, in particular when (i) defining the relevant markets from both product and geographic standpoints, (ii) assessing consumer preferences, (iii) evaluating green innovation and closeness of competition between parties, and (iv) preventing so-called “green killer acquisitions”. Sustainability has also gained relevance when considering the positive effects of a transaction on the environment, innovation and product quality (analysed in section 3.2 below) and determining the scope of remedies (analysed in section 3.3 below).

Market definitions: Defining the relevant markets is an essential part of determining whether a transaction is capable of harming competition. It identifies the perimeter within which competition takes place between companies and enables an assessment of the respective market powers of the players involved within said perimeter. Authorities are increasingly being called upon to define and examine the new “green” markets when examining transactions.

For instance, in *Novelis/Aleris*⁴², and *DEMB/Mondelez/Charger OPCO*⁴³ environmental considerations formed a crucial part of the EU Commission’s relevant product market definition. In the former, the EU Commission concluded that steel car body parts and aluminium car body parts were not part of the same market, due to considerations related to CO₂ emissions, and took the view that there was a higher demand for aluminium since aluminium body parts allowed the production of lighter cars and consequently vehicles that allowed greater fuel economy. In the latter case, the EU Commission considered that there was a possible segmentation between non-conventional coffee (which included organic and fair trade coffee) from conventional coffee, since retailers showed that certain consumers perceive non-conventional coffee as fulfilling different needs — including ensuring sustainable development.

Similarly, in *Marine Harvest/Morpol*⁴⁴ consumer preferences for sustainably farmed salmon were considered in the market definition exercise, which ultimately indicated separate product markets for sustainably farmed salmon and conventionally farmed salmon.

In addition, in the 2021 case *Schwarz/Suez*, the EU Commission considered environmental costs as an important parameter in the assessment of the geographic market definition for sorting of lightweight packaging in the Netherlands⁴⁵. In this case, customers in the Netherlands were found

42 Case (EC) M. 9076 - *Novelis/Aleris*.

43 Case (EC) M.7292 - *DEMB/Mondelez/Charger OPCO*.

44 Case (EC) M.6850 - *Marine Harvest/Morpol*.

45 Case (EC) M.10047 - *Schwarz Group/Suez Waste Management Companies*.

to avoid transporting lightweight packaging for sorting over long distances in order to reduce the associated CO₂ emissions. In the end, the relevant geographic market was defined as national in scope (i.e. the Netherlands).

In 2022, in relation to the case *KPS Capital Partners/Real Alloy Europe*, which involved recycled aluminium products and recycling services — both relevant to the circular economy — the EU Commission considered zero-waste technology production to be a differentiating element in the market definition as regards salt slag recycling (a by-product of aluminium production)⁴⁶. Although once again it ultimately defined the relevant market as a general market for salt slag recycling, there were strong arguments for differentiated markets for non-zero waste and zero-waste recycling.

In 2023, in the *Norsk Hydro/Alumetal* case, when looking at the impact of the transaction on the market for solid advanced aluminium foundry alloys in the European Economic Area (“EEA”), the EU Commission considered whether, based on consumer preferences, low carbon solid advanced aluminium foundry alloys could constitute a separate product market from non-low carbon ones⁴⁷. While in the end it left the market definition open, it did consider a differentiation element in its assessment, indicating indirectly that sustainability may play an important role in market definition.

In line with the above cases, the new Market Definition Notice, adopted on 8 February 2024, reflects the urge to take sustainability into account when defining the market. The Notice lists sustainability as one of the non-price parameters that the EU Commission considers when defining relevant product and geographic markets.

Consumer preferences and purchasing behaviour: Sustainability issues are capable of affecting the competitive behaviour of companies and, consequently, are relevant when assessing the conditions of competition to determine the potential impact of a transaction. As such, given the growing interest in eco-responsible consumption, with consumers modifying their purchasing preferences based on social-responsibility and environmental-impact considerations, it is undeniable that this is a criterion that must be taken into account by the competition authorities when analysing the impact of mergers. Consumers are more environmentally conscious than ever and keen to minimise their footprint.

Green innovation considerations: The EU Commission and NCAs are increasingly assessing whether mergers do or do not significantly prevent innovation efforts related to environmental technologies. The EU Commission in particular has shown that it may have a role in protecting environmentally friendly technologies when a transaction seems to raise the risk of reduced incentives to innovate and overlapping research and development efforts. In this context, the EU Commission has also resorted to considerations related to companies’ sustainability capabilities to identify whether parties are close competitors, based on their research and development initiatives.

⁴⁶ Case (EC) M.10702 - *KPS Capital Partners/Real Alloy Europe*.

⁴⁷ Case (EC) M.10658 - *Norsk Hydro/Alumetal*.

This was the case in *GE/Alstom*, which concerned General Electric's ("GE") proposed acquisition of Alstom's power generation business⁴⁸. The EU Commission found that the transaction reduced the number of suppliers for heavy-duty gas turbines — which included the parties, in addition to Siemens and Mitsubishi Hitachi Power Systems — from four to three and would have eliminated a relatively close competitor of GE. The transaction was ultimately cleared after a phase II investigation, subject to remedies, and while reviewing it the EU Commission considered the fact that both GE and Siemens had developed machines that were similar to Alstom's machine in terms of emissions. This was viewed as an indicator that Alstom and GE (as well as Siemens) were largely targeting the same type of customers and, consequently, were close competitors.

Following the same rationale, in *Sika/MBCC*, the EU Commission concluded that the parties, which were both active in the development and supply of chemical admixtures and construction materials, were close competitors, based on the fact that they were both investing significantly in research and development with a strong focus on innovation, and in particular on green innovation (to develop new polymers and introduce more sustainable chemical admixture formulations into the concrete/cement industry)⁴⁹.

The EU Commission reached the same conclusion in *Hyundai Heavy Industries/Daewoo Shipbuilding & Marine Engineering* and found that the parties were close competitors according to various parameters, including innovation, as both were strong innovators, investing particularly in research and development for the development of vessel technologies⁵⁰.

Prevention of green killer acquisitions: Competition authorities (mainly the EU Commission, for the time being) are increasingly claiming jurisdiction (outside the traditional thresholds) over these acquisitions of (generally small) undertakings involved in sustainability-related innovations. The players active in green innovation are usually small entities and start-ups. Transactions aimed at acquiring nascent and innovative green firms with the alleged aim of removing them from the market, normally carried out by already well-established undertakings, usually do not trigger the existing notification thresholds. To this end, the EU Commission is likely to call upon the Article 22 referral mechanism (the legal criteria of which are broad enough to cover environmental concerns⁵¹) to allow it to review such potential green killer acquisitions, as it is already doing with other types of alleged killer acquisitions⁵². Therefore, certain concentrations may have to be reviewed even if the merger thresholds are not exceeded, on the basis that they may affect competition by potentially removing companies from the market that have significant potential for green innovation.

In *Norsk Hydro/Alumetal*, the EU Commission applied these considerations by opening a phase II investigation due to the concern, *inter alia*, that the acquirer, Norsk Hydro, could eliminate a growing competitor able to bring cheaper and more advanced recycled aluminium products to the market.

48 Case (EC) M.7278 - GE/Alstom.

49 Case (EC) M.10560 - Sika/MBCC.

50 Case (EC) M.9343 - Hyundai Heavy Industries/Daewoo Shipbuilding & Marine Engineering.

51 Article 22 Guidance, paragraphs 19-22

52 Case (EC) M.11241 - EEX/Nasdaq Power; Case (EC) M.11212 - Qualcomm/Autotalks; and Case (EC) M. 10262 - META/Kustomer, amongst others.

While it is clear that competition authorities are likely to assess environmental/sustainability issues when involved transactions under review, they do not have jurisdiction to intervene in mergers solely because concentrations are able or likely to harm the environment. For example, in *Bayer/Monsanto*, the EU Commission clarified that the enforcement of rules not strictly related to competition (human health, food safety, consumer protection, and environmental and climate protection) takes place outside the context of the enforcement of the EUMR⁵³.

Innovation

Innovation has always been a part of the merger review scene. The EU Horizontal Merger Guidelines⁵⁴ specifically mention innovation as an economic driver that can be benefited or harmed by a concentration. So it is not new for the competition authorities to look at innovation considerations, particularly when a transaction may have the ability to impact the parties research and development efforts.

However, there seems to have been a paradigm shift in the approach to innovation when analysing mergers, with it becoming a more central element that is addressed more explicitly.

In *Dow/Dupont*, for example, the EU Commission explicitly analysed whether the transaction could lead to a lack of incentives for the parties to pursue ongoing parallel innovation. The main concerns in this case were the possibility of the transaction leading to higher prices, but also to less innovation — as openly affirmed by Commissioner Vestager⁵⁵. The EU Commission found that the entity resulting from the concentration would have incentives to reduce its research and development expenditure and there would be fewer incentives and lower ability to innovate post-transaction. As a result, the transaction was conditionally cleared, with significant divestments aimed at maintaining the merged entity's innovation efforts in the relevant market.

In *Novartis/GlaxoSmithKline's (GSK) oncology business*, the EU Commission reviewed all research and development by both parties and concluded that the transaction could raise concerns as the parties had similar pipeline projects. The transaction was cleared with divestment remedies.

In *GE/Alstom*, as discussed above, the EU Commission expressed concerns over the risk of the transaction leading to reduced innovation and higher prices in the market for a technology that is essential for tackling climate change. It argued that by bringing together two of the three main competitors in the market, the transaction would eliminate an important innovator, reduce the competitive pressure on other competitors and reduce rivals' incentives to invest in innovation. As a result, Alstom had to divest part of its heavy-duty gas turbine business.

53 Case (EC) M.8084 - Bayer/Monsanto.

54 Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ (C 31, 5.2.2004), pp. 5–18.

55 EU Commission, Press release, *Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed merger between Dow and DuPont*, available at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2784_en.htm: "We need to make sure that the proposed merger does not lead to higher prices or less innovation for these products".

As such, when assessing a transaction and its potential to pose competition concerns, it may be relevant to not only assess whether the parties' activities overlap horizontally or whether there are significant upstream or downstream vertical relationships between them, but also whether they engage in similar research and development efforts. Such similarities are seen by the competition authorities as a potential indicator of the level of closeness between the parties, as it shows where they are heading and what their priorities in the market are, thus signalling potential overlaps that may not be visible yet in the market at the time of the transaction.

Digital challenges

"Digital" has become a key word in the vocabulary of European authorities, including competition bodies.

In the context of merger control, the EU has produced some solutions to its concerns through the DMA, which, as discussed above, obliges gatekeepers to inform the Commission of any planned merger, even when below the thresholds. This provides a tool to review mergers with the principal aim of preventing or limiting so-called killer acquisitions and to ensure that these colossal digital platforms do not eliminate competition by acquiring smaller players. However, the DMA also provides the EU Commission the power to prohibit such gatekeepers from making new acquisitions if the substantive rules of the DMA are systematically ignored⁵⁶. So this instrument also makes it possible to impose a line of conduct on these digital giants and require certain behaviour from them.

In parallel, when mergers involving digital platforms are notified to the competition authorities, they continue to be assessed through the lens of theories of harm. While classic theories of harm continue to be used in the context of operations that impact the digital sector, the reality is that authorities need to consider the specificities of this sector.

In this context, the authorities have begun to consider theories that take into account key elements of the digital markets. These include, among others, theories based on the following:

- i. Access to data. Data is often at the heart of digital platforms' business models and can be seen as a new type of currency in digital industries. This can raise competition issues where competitors do not, or no longer, have access to certain data sets they need to provide their own goods or services. As such, access to data has become a relevant parameter of competition. Additionally, when privacy is an important factor in customer choices, competition may play a role in protecting such data. In this context, authorities are increasingly assessing the impact of a transaction on the treatment of such data post-merger. The EU Commission has considered access to data as a theory of harm in various decisions, notably in *Google/Fitbit*, *LSE/Refinitiv*, *S&P/IHS Markit*, *Microsoft/Nuance* and *Facebook/Kustomer*.
- ii. The ecosystem — i.e. analysing the effects of the merger at all levels of the ecosystem, including potentially outside the relevant market targeted by the transaction. This theory has been tested, for example, by the UK Competition and Markets Autho-

⁵⁶ Article 18(2) of the DMA.

riety (the “CMA”) in the *Microsoft/Activision Blizzard* transaction. In this case, the CMA suggested a theory of harm according to which Microsoft could leverage its existing multi-product ecosystem, along with Activision’s games catalogue, to strengthen network effects, raise barriers to entry and ultimately foreclose competitors in the market for cloud gaming services⁵⁷. The Bundeskartellamt (the German competition authority), in the *Meta/Kustomer* case, also considered it relevant to not only assess the potential risk of the transaction for the relevant market for cloud-based CRM services, but to also assess the broader scope of Meta’s ecosystem, which included Facebook, WhatsApp, Instagram and online advertising⁵⁸. More recently, in September 2023, the EU Commission blocked the *Booking/eTraveli* transaction based on the ecosystem theory of harm. The EU Commission considered that the transaction would strengthen Booking’s existing dominant position in the online travel agency market for hotels by acquiring a major customer acquisition channel. This would have enabled Booking to expand its ecosystem of travel services⁵⁹.

On the other hand, the specificities of the digital world also generally help smaller companies (those outside the so-called Big Tech companies — i.e. Alphabet, Amazon, Apple, Meta or Microsoft) demonstrate the absence of competition concerns, often enabling them to argue that the presence of these giants in the markets in question creates sufficient competitive pressure that one can exclude any competition concerns potentially posed by the transaction under review⁶⁰.

Employment issues

Competition law has for some years now been becoming increasingly interested in employment issues. However, the main focus has so far been on detecting anti-competitive practices in labour markets (no-poach agreements, wage-fixing, etc.). There has been much less consideration of employment issues in merger control, except for ancillary restraints agreed to in the context of a transaction (in particular non-solicitation commitments). This seems likely to change.

Although the EU Commission has not been particularly active in this regard, the Dutch competition authority, the *Autoriteit Consument & Markt* (the “ACM”), is at the forefront here, regarding both employment and environmental issues. In *DPG/Sanoma*, the ACM examined, among other things, the consequences of the transaction for the purchase of freelance journalistic services⁶¹. The ACM reviewed whether the transaction could possibly lead to buying power on the market for journalistic services and ultimately concluded that there were no issues in this case.

57 Case (CMA) - *Microsoft/Activision Blizzard*.

58 Case (Bundeskartellamt) B6-21/22 - *Meta/Kustomer*.

59 Case (EC) M.10615 - *Booking Holdings/Etraveli Group*.

60 This argument was considered in, for example, the Spanish case C/1220/21 - *Turnitin/Ouriginal Group*; the Dutch case ACM/19/038207 - *DPG/Sanoma*; the French case 18-DCC-18 - *Axel Springer/Concept Multimédia*; the French case 18-DCC-63 - *TF1/Aufeminin*; the Irish case M/21/002 - *Booster/Liftoff Mobile*. On this subject, see OECD, *Digital Merger Control: Adapting Theories of Harm – Note by Viktoria Robertson* (DAF/COMP/WD(2023)59).

61 Case (ACM) ACM/19/035555 - *DPG/Sanoma*.

In June 2022, in a speech given at the New Frontiers of Antitrust Conference in Paris, Martijn Snoep, the ACM's Chairman, also called on the authority to take into greater account the effects of a M&A transaction on the labour markets, in particular in cases where the merger can result in the reduction of the number of employers for a certain job to one or a few (i.e. labour market monopsony)⁶². In short, the ACM's Chairman brought attention to cases where the undertakings involved compete on the demand side of the labour markets, giving them the ability to restrict input competition as a result of the transaction.

These issues will certainly come up in the near future.

3.2. Efficiencies – Balancing benefits and risks

Efficiency considerations when analysing concentrations stem from the assumption that although mergers can almost by definition affect competition (since they remove an independent player), they can also have economic advantages that sometimes sufficiently counterbalance the negative impact. As such, even if the merger in question raises competition concerns, all is not lost. There may still be light at the end of the tunnel, for when the EU Commission determines the impact of a concentration on competition, it must take account of "any substantiated and likely efficiencies put forward by the undertakings concerned"⁶³.

The criteria used by the EU Commission to examine the efficiencies brought up by undertakings are set out in Section VII of the EU Guidelines on the assessment of horizontal mergers, which state that efficiencies have to fulfil three cumulative conditions: (i) they must benefit consumers in the relevant markets; (ii) they must be merger-specific, or in other words be a direct consequence of the merger and be incapable of being achieved by less anti-competitive alternatives; and (iii) they must be verifiable such that the EU Commission is able to be reasonably certain that the efficiencies are likely to materialise.

Historically, the efficiencies referred to purely economic factors, that is to say lower prices, cost reductions in production or distribution, increased production, or innovation (i.e. new or improved products or services).

However, today competition authorities are increasingly assessing the potential efficiencies and benefits of mergers mainly in terms of sustainability, digitalisation and innovation. For example, a merger that leads to improved environmental performance, enhanced technological capabilities or increased research and development activities may be viewed favourably by competition authorities on the basis of the efficiencies created. At the same time, competition authorities are also mindful of potential risks and negative effects on sustainability, digital markets and innovation. So a merger that, for instance, results in reduced competition and stifled innovation in digital markets or hampers sustainable practices may face regulatory scrutiny.

⁶² *Speech: Labor markets, competition law's long neglected corner*, available at <https://www.acm.nl/en/publications/speech-labor-markets-competition-laws-long-neglected-corner>.

⁶³ Recital 29 of the EUMR.

Green efficiencies

As for sustainability, the so-called “green efficiency defence” has been used in several merger proceedings to seek authorisation by the EU Commission. This term refers to a concept in competition law where a merger is justified on the grounds that it would result in environmental benefits, such as improved sustainability or reduced environmental impact, that outweigh any potential anti-competitive effects and could not be attained without the transaction (i.e. by the parties individually). This defence is based on the premise that the merger would enable the merged entity to operate more efficiently and effectively in achieving environmental goals, and that it should therefore be allowed to proceed despite potential competition concerns.

In this context, environmental factors may be considered to be merger-specific efficiencies, rebalancing the negative impact the transaction may have on the market. For example, in the above-mentioned *Dow/DuPont* case, the EU Commission assessed the incentives to develop new and better quality products as well as the incentives post-merger to ensure the emergence of more environmentally friendly products on the agro-industrial market.

In *Veolia/Suez*, two French companies active in the waste management sector argued that the merger would result in synergies and efficiencies that would bring environmental benefits, such as improved waste recycling and reduced carbon emissions⁶⁴. Veolia framed its tender offer as the creation of a “more powerful and sovereign Green Deal Europe” that “could become a major advance in the implementation of the Green Deal and of the European recovery plan”, referring to it as “a perfect match for the ambitions of the European Commission”⁶⁵. The EU Commission considered the green defence and ultimately approved the merger, subject to certain conditions, after assessing the potential environmental benefits and competition concerns.

On the other hand, in the *Siemens/Alstom* case, the parties argued that Siemens’ proposed acquisition of Alstom would result in increased innovation and investment in green technologies, such as energy-efficient trains, which would contribute to environmental sustainability. However, in this case, the EU Commission rejected the green efficiency defence and blocked the merger in 2019, due to concerns about reduced competition, risks of higher prices and, consequently, potential harm to consumers. It concluded that the proposed merger would have led to a dominant market position for the resulting entity in several national markets for railway signalling systems and very high-speed trains, and would have limited competition and innovation in the rail transport sector, outweighing any potential environmental benefits.

In principle, there is no economic basis for excluding green efficiencies from the conventional efficiency defence. Just like any other type of efficiency, green ones must fulfil the three cumulative criteria listed above (i.e. benefit consumers, be merger-specific and be verifiable).

However, the verifiability of green efficiencies often proves difficult. In fact, for green efficiency gains to be taken into account, it is essential that the competition authority be able to assess the

64 Case (EC) M.9969 - *Veolia/Suez*.

65 See the key terms of Veolia’s draft offer available at [Finance_Communique_norme_relatif_au_depot_du_projet_de_note_d_information_de_Veolia_VENG.pdf](#).

impact of the transaction and likelihood of the benefits materialising within a longer time horizon than for other types of efficiencies. A broader assessment that goes beyond the usual notion of consumer welfare is also required.

For instance, in *Aurubis/Metallo*, the EU Commission found that the second type of efficiency brought up by the merging parties — which consisted of the application of a component at Aurubis' plants resulting in metal recovery and environmental benefits — could not be accepted, since the authority was unable to verify the assumptions underlying the submitted quantifications of the alleged efficiency gains⁶⁶. The EU Commission explained that “the supporting documentation submitted by the Notifying Party only allows for the verification of the calculations based on these assumptions, but not of the assumptions themselves”.

The difficulty may be caused by (i) the complexity of environmental impacts, which can be diverse and require detailed analysis of various environmental factors such as the use of materials and technologies and changes in supply and distribution networks; (ii) long-term and indirect effects; (iii) lack of standardised metrics; (iv) subjectivity and uncertainty since interpretation and valuation may vary depending on stakeholders' perspectives; and (v) trade-offs and conflicting interests.

The *Aurubis/Metallo* decision stresses the centrality of being able to quantify environmental considerations for them to be able to come into play in merger control proceedings. The above decision takes a bold approach by indicating that efficiency gains are not a *carte blanche* to proceed with a transaction and must be verifiable. Due to these challenges, any claims related to green efficiencies brought forward by merging parties must be supported by robust and credible evidence to withstand regulatory scrutiny.

There may also be a need for authorities to define more objective methods of measuring environmental efficiencies. Climate change economics can provide insights and methodologies for assessing and quantifying the environmental benefits resulting from a merger. For example, economic models can be used to estimate the potential reduction in greenhouse gas emissions, the value of avoided environmental damage or the potential resource savings associated with improved sustainability practices.

In any case, the green defence is still evolving, and the outcomes of specific cases will likely depend on various factors, including the specific circumstances of the merger and the jurisdiction and regulatory authorities involved.

Digital efficiencies

As for digital considerations, one of the competition issues that often arises in digital mergers is access to data, which can represent a unique competitive advantage. Data has become a valuable resource, and all the more so in the ecosystems of many digital service providers. Because of the versatility of data, data from one market can be extremely useful across a wide range of related

66 Case (EC) M.9409 - *Aurubis/MetalloGroup Holding*, paragraphs 844 and 845.

or even unrelated markets. This can raise competition issues, as mentioned above, but can also create efficiencies.

One such efficiency is the ability of the parties to improve their related products by combining their data. Combining the merging parties' data may allow the resulting entity to offer a higher-quality product (e.g. as considered in the *Google/Fitbit*⁶⁷ case) or new products thanks to a data set to which the parties would otherwise not have had access (e.g. as considered in the *Microsoft/LinkedIn*⁶⁸ case).

The above illustrates that when alleging efficiencies, even outside the traditional ones, merging parties must duly substantiate their allegations. The authorities are looking at new factors, but not with less rigour.

As regards the standard of proof, crucial aspects were tackled by the ECJ in 2023 with its *CK Telecoms*⁶⁹ ruling. The ECJ clarified that the EU Commission must substantiate that a merger is "more likely than not" to result in a significant impediment to effective competition ("SIEC") in order to block the merger or impose corrective measures. This standard of proof does not demand a higher level of certainty (i.e. a "strong probability"), as was proposed by the General Court.

The ECJ also rejected the GC's stance that the EU Commission must establish a SIEC by proving that two cumulative conditions are met: (i) elimination of the important competitive constraints that the merging parties had exerted on each other; and (ii) reduction of competitive pressure on the remaining competitors. The ECJ found this interpretation to be too restrictive since, following this approach, neither of these factors alone would be enough to demonstrate a SIEC. Instead, it affirmed the requirement to assess mergers in terms of their impact on competition, even in gap cases (i.e. mergers that do not create or strengthen a dominant position but may still give rise to a SIEC).

On another note, this ruling upheld the EU Commission's interpretation of the "closeness of competition" and "important competitive force" concepts. The ECJ disagreed with the stricter interpretation suggested by the GC, stating that the proximity of competition should be evaluated relative to other competitors, and a company can be considered an "important competitive force" without necessarily standing out in terms of pricing behaviour. Instead, it is enough for it to have "more of an influence on the competitive process than its market share or similar measures would suggest". In addition, as regards closeness of competition, the ECJ did not consider it necessary to demonstrate that parties are "close competitors".

Lastly, the ECJ clarified that the EU Commission is not obliged to consider "standard efficiencies" as part of its quantitative analysis of price increases. According to the ECJ, it is up to the notifying parties to demonstrate efficiencies. Therefore, only efficiencies meeting the EU Commission's rigorous standard of proof must be taken into account, without a presumption that all transactions somehow lead to standard efficiencies.

67 Case (EC) M.9660 - *Google/Fitbit*.

68 Case (EC) M.8124 - *Microsoft/LinkedIn*, paragraph 249.

69 Judgment of 13 July 2023 - Case C-376/20 P, *Commission v CK Telecoms UK Investments*.

3.3. Proposal and definition of commitments – Addressing non-traditional concerns

Commitments, remedies and conditions are measures imposed or accepted by competition authorities as a condition for approving a merger. They are intended to mitigate the competition concerns that may result from a merger, as identified by the competition authority reviewing it.

In recent years, competition authorities have increasingly used commitments and remedies to address non-traditional concerns. For instance, companies involved in a merger may be required to commit to certain sustainability practices, employment-protection measures or innovation initiatives to address potential concerns identified by the competition authority in question. As such, it is not uncommon to see M&A transactions receive clearance if the parties involved make commitments to implement sustainable business practices, preserve jobs, protect employees' rights, invest in research and development, or share innovations with competitors. These commitments aim to address the potential negative impact of a merger on non-traditional factors and to ensure that the merger does not harm the evolving interests of consumers.

In fact, where sustainability is an important competitive factor, it may need to be considered as a remedial measure to counteract possible competition issues resulting from the merger. There are examples of remedies that have had a positive effect on the environment.

For instance, as previously mentioned, in the failed merger between Siemens and Alstom, the EU Commission required the companies to commit to divesting part of their high-speed train business and providing access to critical technologies to address concerns related to competition and sustainability in the rail transport sector. The merger was ultimately prohibited, as the commitments proposed were deemed insufficient.

In the merger between Fiat Chrysler Automobiles and PSA Group to form Stellantis, the EU Commission required the companies to commit to measures aimed at supporting electric-vehicle production, addressing potential anti-competitive effects in the small-van segment and protecting competition in the emerging market for hydrogen-fuel-cell vehicles⁷⁰.

The EU Commission very recently approved two transactions in which sustainability aspects were explicitly taken into account. In *Sika/MBCC*, the EU Commission approved the acquisition of MBCC by Sika, conditional on the divestiture of MBCC's global chemical admixture business⁷¹. The transaction involved two key innovators and global leaders in the development and supply of chemical admixtures and construction materials, which plays a key role for the concrete industry, particularly in addressing sustainability challenges.

The EU Commission's preliminary investigation showed that the transaction, as it was initially notified, would substantially reduce competition and lead to higher prices and less innovation in the

⁷⁰ See Case (EC) M.9730 - *FCA/PSA*.

⁷¹ See Case (EC) M.10560 - *Sika/MBCC Group*.

EEA. Specifically, the conclusion was that the merged entity would have had very large market shares with limited competitors, and the market was characterised by significant barriers to entry⁷².

To address those concerns, Sika offered to divest MBCC's chemical admixture business in the EEA, Australia, Canada, New Zealand, Switzerland, the UK and the US, including development facilities and global research.

The commitments consisted of the structural divestiture of a stand-alone business, and fully removed the horizontal overlaps between the parties in chemical admixture markets in the EEA. This enables a purchaser to run the divested business as viable competitive force in the market on a lasting basis. The EU Commission will closely monitor the divestment process, including the choice of purchaser for the divested businesses, which will have to be suitable and approved by the EU Commission itself. The decision is conditional upon full compliance with the commitments.

In *Medtronic/Covidien*⁷³, the EU Commission only cleared the transaction upon obtaining a divestment commitment, as Medtronic was in the process of selling a drug and Covidien was in the late stages of developing a potential competing product called Stellarex. As such, Medtronic had to divest the Covidien drug that was under development. Similarly, in *Pfizer/Hospira*⁷⁴, the EU Commission cleared Pfizer's acquisition of Hospira subject to the divestment of its sterile injectable drugs products and one biosimilar drug under development.

Similarly, as noted above, the EU Commission has also accepted data-related remedies to clear transactions. For instance, in Google's acquisition of Fitbit⁷⁵, it imposed commitments on Google to ensure that the data collected from Fitbit's wearable devices would not be used for anti-competitive purposes and that consumers would have the option to control and delete their data.

This trend of utilising commitments to address non-traditional concerns reflects competition authorities' growing role in shaping the behaviour of companies beyond traditional competition considerations, and highlights the need for companies to proactively address these concerns in their merger strategies and negotiations.

3.4. The apparent disinterest of the US towards non-traditional competitive factors in merger control

On the other side of the Atlantic, the US antitrust agencies continue to review mergers under the traditional standard and remain focused on competitive circumstances. So far, it seems that when reviewing mergers public-interest factors are not being considered as much as in the EU⁷⁶.

72 These barriers included the need to have a sufficiently large customer base, strong sales force and technical team, high volumes of orders and the know-how to compete. In addition, the market was found to operate on a strong brand-loyalty basis.

73 Case (EC) M.7326 - *Medtronic/Covidien*.

74 Case (EC) M.7559 - *Pfizer/Hospira*.

75 See Case (EC) M.9660 - *Google/Fitbit*.

76 See the written contribution from the United States to the 123rd meeting of the OCDE available at www.oecd.org/daf/competition/public-interest-considerations-in-merger-control.htm.

There have been a few cases that show some concern for non-traditional factors, such as environmental, data-related and employment issues. This could suggest that the trend may also be changing on the other side of the Atlantic, but for the time being the US does not seem to be as active on this front.

For example, some attention has been paid to competition in the labour market in the context of merger control. In 2021, the Department of Justice (DOJ) for the first time prohibited a transaction based on its negative impact on the labour market. According to the DOJ, after the proposed acquisition of the publisher Simon and Schuster by the publisher Penguin Random House, the purchasing power of the merged parties would be so strong that authors would have little to no bargaining power to receive advances and fair royalties. The DOJ also concluded that consumers would have less choice in terms of literary offerings⁷⁷.

The US agencies have also looked into green concerns in the context of merger control. For instance, in two cases they analysed market definitions with a focus on sustainability and especially distinguishing between organic versus conventional products. Firstly, in *Post/TreeHouse* (ultimately abandoned by the parties)⁷⁸, the FTC alleged that the ready-to-eat cereal product market excluded “natural and organic” cereals, since they “tend to have healthier and more expensive inputs”, which may result in more expensive downstream products. Secondly, in *Danone/WhiteWave*⁷⁹, while the DOJ was less explicit about non-price factors, it inferred differentiation from the description of the inputs for raw organic milk (“... is collected from organic cows on organic farms that must meet rigorous USDA regulations”) and concluded that this impacts downstream prices. Finally, as regards employment issues, in Amazon’s acquisition of Whole Foods, the FTC urged Amazon to maintain certain employment standards for Whole Foods workers to address concerns about potential negative effects on jobs and working conditions in the grocery retail sector.

On the other hand, it is also clear that the US antitrust agencies are paying increasing attention to Big Data. For the last few years, digital markets and large digital platforms have been a key focus of the US agencies’ priorities. While they are still mostly reviewing transactions in these markets through the lens of traditional substantive assessment, their doing so has shed light on some issues with and shortcomings of the current tools. In July 2023, the FTC and the DOJ jointly issued their new draft Merger Guidelines. The draft guidelines broaden the scope of mergers potentially subject to control by adjusting the thresholds. They now include (i) a lower threshold for what is considered a highly concentrated market under the Herfindahl-Hirschman Index, (ii) a structural presumption against horizontal mergers that result in a combined market share of more than 30%, and (iii) a presumption against vertical mergers where access to more than 50% of the market can be foreclosed. The draft guidelines also address several issues that are highly relevant to mergers in digital markets, in particular to prevent the Big Tech giants from acquiring emerging competitors, aggregating data and developing network effects.

77 Case (DOJ) - *Penguin Random House/Simon and Schuster*.

78 See <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0128-post-holdings-inc-matter>.

79 See <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-danone-sa-and-whitewave-foods-company>.

This is reflective of Biden's Executive Order on Promoting Competition in the American Economy, which prioritises antitrust enforcement with respect to dominant internet platforms, to impede them from using "their power to exclude market entrants, to extract monopoly profits, and to gather intimate personal information that they can exploit for their own advantage"⁸⁰.

Certain regulators in the US have indicated that antitrust principles and factors such as ESG are not in conflict⁸¹. However, there have not been any significant developments in practice and it does not seem that a new approach is part of the Biden Administration's agenda.

The FTC's chair, Lina Khan, has also expressed similar views as regards these potential new factors. At the American Bar Association's antitrust spring meeting on 31 March 2023, she confirmed that the authority is "mindful" of its tools and that the FTC has already shared its views when companies have enquired about mergers that have sustainability benefits but raise competition concerns. In these cases, the FTC will analyse deals through a competition lens, while other types of ESG commitments or sustainability factors will not be key to its inquiries.

Thus, it seems that although the US antitrust enforcers appear to be considering new tools for antitrust assessment in order to adapt the new realities of recently developed markets as well as new consumers' interests and priorities, overall they are not yet considering these factors relevant for merger control purposes. According to the FTC and the DOJ, despite the fact that they "may be appropriate policy objectives and worthy goals [...] integrating their consideration into a competition analysis [...] can lead to poor outcomes to the detriment of both businesses and consumers"⁸².

4. Conclusion

The landscape of merger control is evolving, with competition authorities increasingly taking into account non-traditional factors such as sustainability issues, employment issues, data-related aspects, digital markets and innovation in their substantive analysis of the potential impact of mergers. They also consider the efficiencies that mergers can create and balance them against the negative impact determined according to both traditional and non-traditional factors. Furthermore, commitments are increasingly being used to address non-traditional concerns as a condition for merger approvals.

This trend is part of a much more interventionist approach to reviewing and challenging mergers that is being taken by competition authorities worldwide. The authorities are using an ever-wider range of tools to acquire the prerogative to review transactions that have traditionally fallen outside of their jurisdiction. At the same time, several countries are considering (e.g. Australia) or

80 Executive Order on Promoting Competition in the American Economy, 9 July 2021, available at <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>.

81 Didden, D. G. (2023). Antitrust and ESG. Harvard Law School Forum on Corporate Governance.

82 "Core Competition Agency Principles: Lessons Learned at the FTC," Keynote Address by FTC Chairwoman Edith Ramirez, 22 May 2014, available at https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/314151/140522abachinakeynote.pdf.

See also "International Antitrust Enforcement: Progress Made; Work To Be Done," Keynote Address by DOJ Assistant Attorney General of the Antitrust Division Bill Baer, 12 September 2014, available at <http://www.justice.gov/atr/speech/international-antitrust-enforcement-progress-made-work-be-done>.

already have implemented (e.g. Egypt) a shift from a voluntary or non-suspensive system to the predominant mandatory notification model combined with a standstill obligation.

In addition, the arrival of new legislation with implications for merger supervision, such as the DMA, the FSR and the foreign direct investment (FDI) rules, has added a new level of complexity to an already challenging M&A landscape.

In short, competition authorities are seeking to review more transactions based on a broader analysis of criteria that go beyond the traditional boundaries of competition law. This has created a backdrop of increasing jurisdictional uncertainty, with competition authorities focusing on below-threshold mergers and new theories of harm. They are increasingly applying new analytical frameworks, leading to more comprehensive reviews and more complicated substantive assessments.

The current merger control framework is being shaped by a much more proactive approach from the authorities, one that sometimes goes beyond the applicable statutory framework and in so doing is creating additional uncertainty for businesses. On the one hand there is jurisdictional uncertainty, which has effects on the timing and completion of transactions, while on the other there is analytical uncertainty and a focus on new theories of harm, which are less predictable than traditional theories that benefit from an extensive set of helpful precedents.

Faced with these challenges and the need to guarantee the proper functioning of merger control systems at a global level, competition authorities must cooperate more and better, especially within the EU. That cooperation will be key to the smooth running of the EU merger control system and will most likely require increased coordination of NCAs through the European Competition Network. This is especially important in light of the repurposed Article 22 of the EUMR, as was shown by the *Illumina/Grail* case.

From the point of view of the parties to a merger, they face additional burdens both in terms of assessing when a transaction has to be notified and its substantive assessment. They must weigh up all the possible impacts of the transaction, not only in terms of conventional competition factors, such as prices, output, choice or quality of goods and services, but also the impact on environmental, sustainability, data, digital and employment aspects. These elements must be factored into transaction schedules, closing conditions and risk allocation provisions of the transaction documents, even for non-reportable transactions if they raise competition concerns.

Artículos

PERO ¿CUÁNDO ESTÁ JUSTIFICADO ENVIAR A UN INVESTIGADO A JUICIO? ESTÁNDAR DE PRUEBA Y AUTO DE TRANSFORMACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO

Ismael Clemente Casas¹

Abogado del Grupo de Procesal y Derecho Penal de la Empresa de Uría Menéndez (Madrid)

Pero ¿cuándo está justificado enviar a un investigado a juicio? Estándar de prueba y auto de transformación en el procedimiento penal abreviado

No es esta una pregunta que se haga con frecuencia, pese a su indudable relevancia. ¿Cuál es el estándar de prueba para el juicio de acusación? ¿Qué nivel de indicios delictivos debe requerir a los hechos investigados el juez de instrucción para dictar auto de transformación en lugar de auto de sobreseimiento? La literalidad de la Ley solo nos ofrece términos vagos. La jurisprudencia oscila entre pedir un estándar de mínimos, hacer referencias genéricas a la "probabilidad" de los indicios de criminalidad o exigir un estándar más riguroso. En coherencia con la mejor doctrina del Tribunal Supremo (esta última), en este trabajo defendemos que, tanto la literalidad de las normas, como su interpretación sistemática, como la interpretación a la luz de principios como el de presunción de inocencia, dibujan un estándar de prueba más exigente que el de mínimos para el juicio de acusación; uno que podría identificarse con el more likely than not anglosajón.

¹ En la preparación de este trabajo ha colaborado Clara Irina TORRENTE BELÍO, graduada de Uría Menéndez.

PALABRAS CLAVE:

Proceso penal, Procedimiento penal abreviado, Instrucción penal, Juicio de acusación, Auto de transformación, Auto de continuación del procedimiento abreviado, Sobreseimiento, Estándar de prueba, Indicios de criminalidad.

When should an investigated person be sent to trial? Standard of proof and indictment resolution in abbreviated criminal proceedings

Despite being an important matter, this question is not asked enough. What is the standard of proof for an indictment? What level of prima facie evidence of the criminal offence should the investigating judge find in the investigated facts to issue a formal indictment resolution instead of dismissing the case? The law only provides vague notions. Courts sometimes require a low standard of proof or they may refer generally to the idea of “likelihood” of the criminal offence happening but other times they apply a stricter standard. In line with the better grounded Supreme Court case law, we argue that a literal interpretation of the rules governing this matter and where they are found in Criminal Procedure Law, as well as an interpretation that takes into account the presumption of innocence, entail a stricter standard – similar to the common law’s “more likely than not” standard.

KEYWORDS:

Criminal proceedings, abbreviated criminal proceedings, criminal investigation, indictment trial, indictment resolution, criminal charges, dismissal of criminal charges, standard of proof, prima facie evidence of a criminal offence.

FECHA DE RECEPCIÓN: 25-4-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 22-4-2024

Clemente Casas, Ismael (2024). Pero ¿cuándo está justificado enviar a un investigado a juicio? Estándar de prueba y auto de transformación en el procedimiento penal abreviado. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 51-76 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Las obras de ampliación del puerto de “El Musel” (Gijón) dieron lugar a un conocido procedimiento penal. Concluyó hace un año, en julio de 2023. Casi veinte años después de los hechos que se enjuiciaban. Nueve años más tarde de la interposición de la denuncia origen del procedimiento. Durante todos esos años, un elevado número de personas, en su gran mayoría profesionales relacionados de algún modo con las obras (funcionarios, ingenieros, empresarios, juristas, etc.), tuvieron la condición de investigados. Y veinte de esas personas fueron acusadas y sentadas en el banquillo del juicio oral. Después de esos veinte años desde los hechos, de esos nueve años desde el inicio del procedimiento penal, todos los acusados, los veinte, fueron absueltos. Fue una absolución, si se permite el término, rotunda (y no recurrida por la Fiscalía). Tanto que el tribunal, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, llegó a reconocer en el texto de la sentencia “... la ineficacia que han demostrado en este caso los filtros procesalmente establecidos para impedir que lleguen a la fase de juicio oral hechos con escaso o nulo poder incriminatorio [...]” (Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional —“SAN”—, Secc. 1.^a, n.º 13/2023, de 27 de julio de 2023). Por el camino, las carreras profesionales, y las esferas personales, las reputaciones, incluso los patrimonios, de esas veinte personas sufrieron las consecuencias negativas que cualquiera puede imaginar.

El caso de “El Musel” no es un caso aislado (o así nos parece a nosotros). Los casos en que esos *filtros* fracasan, en que llegan a la fase de juicio oral “*hechos con escaso o nulo poder incriminatorio*”² no son excepcionales ni se dan en número despreciable³. Esta es nuestra —digamos— creencia. Pero ¿cómo saberlo con exactitud? Los casos de fracaso de esos filtros (esto es, los casos en que han llegado a juicio hechos que no lo merecían, sino que habrían debido provocar un sobreseimiento en instrucción) ¿son muchos o pocos? Las estadísticas oficiales no ayudan a responder, creemos. Y nuestra propia experiencia forense podría verse (acertadamente) como aun menos relevante para servir de base a ningún método mínimamente científico. Con todo, el principal escollo que se nos ocurre para responder esa pregunta —digamos— estadística (¿los casos de juicios inmerecidos son muchos o pocos?), que, adelantamos, no nos interesa demasiado aquí ni vamos a intentar resolver, el principal escollo —decimos— no parece tanto la dificultad que entraña recabar datos en una suerte de estudio de campo de estadística judicial cuanto determinar... *qué estamos buscando*. Si queremos saber si los juicios inmerecidos son muchos o pocos, necesitaremos saber antes qué es un juicio inmerecido. ¿Cuándo debemos entender que han fracasado los filtros? ¿Cuándo unos hechos tienen “*escaso o nulo poder incriminatorio*” (en palabras de la SAN que acabamos de citar) y, por tanto, debieron provocar el sobreseimiento en instrucción? ¿Cuándo, por el contrario, ese poder incriminatorio es lo suficientemente intenso para justificar que un investigado/acusado se siente en el banquillo? ¿Cuál es ese umbral o esa frontera? Esta es la pregunta que sí nos interesa en este trabajo: determinar el *estándar de prueba*⁴ que resulta necesario rebasar para enviar a un investigado/acusado a juicio (pues, por debajo de ese estándar, lo que procederá es el sobreseimiento).

Sí cabe decir, sin equivocarse demasiado, que no es una pregunta que haya suscitado especial interés⁵ ni en la doctrina ni en la jurisprudencia en nuestro país. Ni siquiera, creemos, ha preocupado enormemente al legislador. Ni al prelegislador, en las reformas proyectadas de la Ley

2 Enseguida, un poco más adelante, haremos los correspondientes intentos por precisar conceptos y términos, pero, por el momento, nos apropiamos de la forma de explicar las cosas de la SAN que acabamos de citar, porque nos parece que es una elección de palabras (“*poder incriminatorio*”) que se hace entender muy bien.

3 Sobre todo, no resulta excepcional en la práctica profesional de quien suscribe la del derecho penal económico o empresarial. No es difícil apreciar un cierto paralelismo con el también célebre “caso Bankia”, resuelto por la SAN, Secc. 4.^ª, n.º 13/2020, de 29 de septiembre de 2020 (también decenas de acusados, también absolución para todos —y creemos que también rotunda—, también sin recurso de la Fiscalía, también con carreras, vidas, reputaciones y patrimonios afectados). Y con el reciente caso enjuiciado por la Sentencia del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional n.º 1/2024, de 4 de enero de 2024, donde después de someter a un igualmente largo procedimiento penal a varios empleados de una empresa eléctrica por supuesta actuación irregular en el mercado eléctrico, la absolución se basó, entre otros fundamentos, en la aplicación sencilla y directa de las propias reglas más básicas de ese mercado para comprobar que la conducta había sido conforme a derecho, algo que, muy probablemente, podría haber sido advertido en fases previas al juicio (tampoco la Fiscalía recurrió la absolución en este caso).

4 ¿Sería mejor, en este contexto —el de la decisión que consiste en enviar a un investigado/acusado a juicio—, no hablar de *estándar de prueba*, sino de *estándar indiciario*? Probablemente resultaría anatema para un penalista utilizar la palabra *prueba* para referirse a algo que no sea estrictamente la que se practica durante el plenario (como nos dice la jurisprudencia al respecto). Pero, a su vez, probablemente resultaría anatema para un filósofo del derecho emplear la palabra *indicio* aquí por su enorme polisemia y ambigüedad. A ese mismo filósofo, seguramente, no le serviría otra expresión que *estándar de prueba* para designar lo que queremos designar (el grado de corroboración, de fiabilidad, que le vamos a exigir a la hipótesis acusatoria, sea en el trance procesal que sea, para adoptar la decisión judicial que sea). De modo que seguiremos usando *estándar de prueba* para referirnos a esta cuestión, una vez hechas todas estas consideraciones terminológicas.

5 Véase en este sentido GARAYALDE MARTÍN, Elena (2009). ¿Cuál es el estándar de prueba exigible para procesar? *La Ley* 1179/2009, 22 de mayo de 2009, pp. 6 y ss. La autora subraya la falta de consenso en la doctrina científica sobre el estándar de prueba en las fases del proceso penal previas al juicio, alrededor de la polisemia del término *indicios* (algo sobre lo que volveremos), y destaca también que “*Tales desencuentros, sin embargo, no parecen preocupar a casi nadie; de modo que cada cual expone su punto de vista a todo correr y en contados renglones como si de cuestión sin enjundia se hablara. Se me escapa cuáles sean los factores que propician este caótico y —curiosamente— asténico estado de cosas, pero aventuraría la incidencia de al menos un par de ellos: primero, la crónica desatención que los juristas prestan a la vertiente epistemológica de la prueba; y, segundo, la insuficiente asimilación de la constitucional presunción de inocencia tanto en la doctrina académica como en la jurisprudencial*”.

de Enjuiciamiento Criminal (“LECr”) que no han llegado a convertirse en realidad. Por ejemplo, mucho más que nuestra pregunta, la pregunta acerca de *qué* debe tenerse en cuenta para enviar a un investigado/acusado a juicio, ha interesado la pregunta acerca de *quién* debe tomar esa decisión. Se ha discutido mucho, y se sigue discutiendo, si resulta conforme a los principios más respetables que informan el proceso penal (como el principio acusatorio) que sea el juez instructor quien la tome (como sucede ahora en el procedimiento abreviado, un *statu quo* que —nos da la sensación— se ha quedado prácticamente sin partidarios). Se discute si no será mejor que esa decisión la tome un órgano, también judicial, pero no implicado en la investigación, a salvo, por tanto (y en teoría), de potenciales sesgos acusatorios (como el juez de la audiencia preliminar que contemplaba el Anteproyecto de LECr de 2020). Preocupa, en efecto, en este debate sobre el *quién*, salvaguardar la imparcialidad del órgano que toma la decisión; esto es, evitar sesgos o “contaminaciones”. En lo que ahora nos importa, no deja de llamar la atención que preocupe tanto “buscar a la persona correcta”, evitar sesgos, “contaminaciones”... ¡y preocupen tan poco los criterios que, en su caso, deba seguir, respetar, esa “persona correcta”, no “contaminada”, para tomar su decisión (lo que hemos llamado estándar de prueba)! Diríamos que la causa a favor de la imparcialidad es del todo respetable, pero no nos parece que lo sea menos el objetivo de tratar de limitar la excesiva subjetividad, que, en extremo, puede conducir a la arbitrariedad y/o a dificultar enormemente que la decisión pueda ser revisada por vía de recurso.

Otro ángulo de esta misma cuestión puede verse iluminado por esta otra pregunta: ¿realmente es tan grave enviar a juicio a un investigado/acusado que no lo merezca? Si el estándar de prueba para enviar a alguien a juicio no es un tema que haya interesado a doctrina, jurisprudencia, legislador, etc. (como acabamos de decir), tal vez esto sea debido a que, en efecto, no es tan grave que un inocente deba soportar un juicio oral donde, al final, si es realmente inocente, se dictará sentencia absolviéndolo. Para eso está el juicio —cabría decir—, para determinar quién es inocente y quién no. Quizá el juicio sea un mal —cabría añadir—, pero un mal necesario, porque allí es donde, de verdad, y con garantías para todos (acusación y defensa), se dilucida quién es culpable y quién inocente. Por tanto, ¿nuestro problema es grave o no lo es tanto? (¿o acaso es más grave lo contrario?, que un culpable se beneficie del sobreseimiento que no merece y esquive un juicio que debería haber tenido lugar).

Si preguntamos a esas veinte personas que, en el caso de “El Musel”, estuvieron largos años sometidos al procedimiento, con los costes profesionales y personales que citamos más arriba, muchos de esos costes de muy difícil reparación, creemos que su respuesta será que, desde luego, sí es para tanto. Pero es cierto que puede haber opiniones o intereses en otro sentido. Por ejemplo, los del titular del derecho a la tutela judicial efectiva, los de la acusación particular, la víctima del delito. Si miramos el problema con sus ojos, quizá lo grave no sea tanto que un inocente se someta a un juicio no merecido como que se aborte, precisamente, la posibilidad de celebrar ese juicio, donde sus pretensiones puedan ventilarse con plenitud.

En efecto, el problema del estándar de prueba, de cualquier estándar de prueba, y de este también, está estrechamente relacionado con otro problema: *qué error judicial resulta preferible*, el fallo negativo (la falsa absolución) o el positivo (la falsa condena). En el trance procesal que nos ocupa: ¿resulta preferible el error consistente en que un inocente se someta a un juicio inmerecido o el error que implica que un culpable se beneficie de un sobreseimiento también inmerecido?

Se ha dicho que la respuesta a esta nueva pregunta no será sino la expresión de la ideología político-criminal de cada uno⁶ (un parámetro este —se supone— más libre de conflictos de interés que el de la concreta posición en el pleito, como acusación o defensa, al que nos acabamos de referir). En efecto, para unos las falsas condenas, o las falsas aperturas de juicio oral, serán especialmente intolerables y preferirán un estándar probatorio exigente, un listón alto para condenar o para abrir juicio oral. Pero otros, con unos presupuestos ideológicos distintos, pueden, potencialmente, estar más dispuestos a admitir falsas condenas (o falsas aperturas de juicio oral), y no tan dispuestos a admitir falsas absoluciones (o falsos sobreseimientos), y preferirán un listón probatorio algo menos elevado, no tan estricto.

Siendo cierto lo anterior, claro está, que la ideología político-criminal distinta puede llevar a preferencias distintas en nuestro dilema, no es menos cierto que el posible debate que se produzca entre esas visiones político-criminales divergentes (los argumentos que unos y otros puedan esgrimir para tratar de convencer al contrario de que su visión es mejor) es, o debería ser, un debate *de lege ferenda*. A nosotros, aquí, nos interesará más el plano *de lege lata*. El que tiene que ver con, aun, una nueva pregunta: ¿acaso nuestro ordenamiento jurídico ya ha expresado su propia preferencia por uno de los dos términos de nuestro dilema? Al margen de cuál sea la opción político-criminal del intérprete jurídico, y haciendo abstracción de ella, ¿es posible hacer uso de los instrumentos hermenéuticos a nuestra disposición —es decir, no solo del tenor literal de la LECr, sino también de la interpretación sistemática y teleológica, a la luz del conjunto de principios y garantías constitucionales que informan el proceso penal— para saber si nuestro ordenamiento jurídico, en efecto, ya ha optado por preferir los falsos sobreseimientos por encima de las falsas aperturas de juicio oral, o viceversa? Adelantamos desde ya que un ordenamiento como el nuestro, que ha consagrado principios fundamentales del proceso penal como el de presunción de inocencia, o el de *in dubio pro reo*, es, a nuestro juicio, un sistema jurídico que ya ha optado entre los dos términos de nuestro dilema, pues esos principios son también reglas epistemológicas que prefieren las absoluciones falsas por encima de las condenas falsas (o, trasladado a nuestro tema, si es que se acepta que esos principios rigen también en fases del procedimiento penal previas al juicio, los sobreseimientos inmerecidos sobre las aperturas del juicio oral o los autos de transformación también inmerecidos).

6 Véase FERRER BELTRÁN, Jordi (s. f.). Los estándares de prueba en el proceso penal español. Disponible en la web de la Universidad de Valencia: www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf. Véase también, del mismo autor, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, 2007, pp. 144 y ss.

2. Qué dice la Ley

Recordemos, aunque sea mínimamente, los contornos del trance procesal que estamos estudiando. Nos hallamos dentro de las paredes del procedimiento penal abreviado (lo elegimos, sin ninguna sorpresa, por ser, con mucho, el más frecuentemente utilizado en la práctica). Y la decisión que nos interesa es aquella que consiste en enviar (o no) a un investigado/acusado a juicio. Y la pregunta general que nos hacemos es: ¿cuál es el estándar de prueba para tomar esa decisión? (recordemos: ¿qué *poder inculpativo* deben presentar los hechos para que esté justificado enviar a nuestro investigado/acusado a juicio?) Y la subpregunta que, con mayor precisión, nos hacemos en este apartado es: ¿en la regulación que ofrece la LECr de este trance procesal, existe, al menos, alguna pista que nos sugiera ese estándar que buscamos?

Cabe decir, simplificando, que todos o casi todos los procedimientos penales que nos parecen mínimamente civilizados —desde luego los de nuestro entorno— contemplan (i) una primera fase de *investigación* de los hechos; (ii) una segunda fase de *juicio* (que terminará con una sentencia sobre lo ocurrido); y, entre las dos, la que ahora más nos interesa, (iii) una suerte de fase/bisagra en la que, esencialmente, y entre otras cosas, se decide si se transita desde la primera (la investigación) hasta la segunda (el juicio) o si, por el contrario, se da carpetazo al procedimiento sin necesidad de celebrar el juicio. Esta fase/bisagra se suele designar con distintos nombres, pero quizá los más frecuentes puedan ser *juicio de acusación* o *fase intermedia* (con todos los *caveats* sobre precisiones terminológicas que, como vamos viendo, siempre hay que invocar en estas materias).

Como es sabido, en nuestro procedimiento penal abreviado quien investiga es un juez: un juez de instrucción. Un buen día, nuestro juez de instrucción decide poner en marcha la investigación (por ejemplo, admitiendo a trámite una denuncia o una querrela), y otro día, a veces muchos meses o incluso años más tarde, decide que se acerca el momento de ir dándola por terminada. Por el camino, durante esa investigación (llamada aquí fase de *diligencias previas* o, de forma más genérica y simple, *instrucción*), el juez ha tomado declaración al investigado, puede que haya escuchado también a testigos, quizá a peritos, ha leído documentos relacionados con los hechos o ha practicado cualesquiera otras diligencias de investigación. Como decimos, llega un día en que el juez de instrucción entiende que más diligencias de investigación no son necesarias. Que ya se puede tomar *una decisión* con todo ese, digamos de forma neutra, *material*. ¿Qué decisión? Simplificando, el artículo 779.1 LECr aboca al juez de instrucción a optar entre los dos términos de nuestro dilema: sobreseer el procedimiento (dictar auto de sobreseimiento libre o provisional) o encaminarlo hacia el juicio (dictar auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, a veces llamado *auto de incoación de procedimiento abreviado* y aun otras veces llamado *auto de continuación del procedimiento abreviado*⁷). En realidad es una sola

⁷ En este trabajo nos referiremos a este auto como *auto de transformación* en lo sucesivo; y a la decisión del juez de instrucción prevista en el artículo 779.1.4.ª LECr como *transformación*.

decisión, porque una excluye a la otra (de nuevo, simplificando). O se da carpetazo o se envía el caso a juicio. En principio, *tertium non datur*⁸.

Proyectemos ahora nuestra pregunta sobre ese artículo 779.1 LECr: ¿ofrece alguna pista ese precepto respecto de cuál sea el estándar de prueba al que debe atender el juez de instrucción para optar entre sobreseimiento o transformación? Tomamos del tenor literal del precepto lo que creemos resulta más ilustrativo a nuestros efectos (dejamos al margen, entre otras cuestiones, las relacionadas con la falta de autor). Nos dice la regla 1.^a del 779.1 LECr que el juez acordará el sobreseimiento ("*que corresponda*", volveremos sobre ello) "*Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración*". Por el contrario, añade la regla 4.^a del precepto, el juez acordará la continuación del procedimiento (lo que hemos llamado *transformación*, esto es, encaminar el procedimiento hacia el juicio) "*Si el hecho constituyera delito...*".

En un primer vistazo, sorprende enormemente esa elección de palabras. Todo lo que parece decirnos el precepto sobre nuestro anhelado estándar de prueba es: *si hay delito, transformación; y, si no lo hay (ya sea por razones fácticas o jurídicas), sobreseimiento*. Pero, ¿acaso no es la fase de juicio oral —esa respecto de la que estamos decidiendo ahora si merece la pena que exista o no— donde se dilucida si "hay delito" o "no hay delito"? ¿Acaso puede el juez de instrucción decir en esta fase previa al juicio "si el hecho constituye delito" o si no? ¿No estaría invadiendo las competencias del órgano de enjuiciamiento (no estaría prejuzgando, dictando sentencia sin juicio)? ¿En qué sentido se utilizan esas palabras en el artículo 779.1.1.^a y 4.^a LECr?

Parece que el tenor literal del artículo 779.1 (reglas 1.^a y 4.^a) LECr no nos ayuda demasiado. Quizá lo hace un poco más la regulación del sobreseimiento en sede de procedimiento ordinario, de aplicación aquí, cabe entender, por ese reenvío que incluye el artículo 779.1.1.^a LECr: "*acordará el*

8 Hay numerosos problemas, y de indudable calado, relacionados con esta decisión del juez de instrucción, tal y como está regulada por la LECr, que no vamos a abordar aquí por no estar estrictamente relacionados con el foco de atención de este trabajo. (1) Uno de ellos, lo esbozamos antes, es la pregunta acerca de si el juez de instrucción es "la persona adecuada" para tomar esta decisión, o si quizá debiera preferirse a un órgano no "contaminado", uno que no se hubiera ocupado antes de la instrucción (como el juez de la audiencia preliminar del Anteproyecto de LECr de 2020). (2) Otro de esos problemas es si estamos ante un verdadero "juicio de acusación", pues aquí el juez de instrucción no toma su decisión tras haber leído los escritos de acusación y defensa, sino antes. Esto, cabría decir, obliga al juez a construir *él mismo*, en su mente, una hipótesis acusatoria, ya sea para confirmarla o refutarla, lo que podría verse como poco respetuoso con el principio acusatorio y con la garantía de imparcialidad. (3) Y aun otro problema, quizá más prolijo de explicar, es la relación entre esta decisión del art. 779.1 LECr (opción entre sobreseimiento y transformación) y la del art. 783.1 LECr (nueva opción entre sobreseimiento y, en este caso, apertura de juicio oral). La secuencia que prevé la LECr es la siguiente: (i) el juez de instrucción, tras la investigación, decide entre sobreseimiento y transformación (artículo 779.1 LECr); (ii) si decide lo segundo, da la oportunidad a las acusaciones para que formulen sus pretensiones en sus escritos de conclusiones provisionales o escritos de acusación —típicamente, para que pidan la apertura de juicio oral, entre otras cosas—; y (iii) a continuación, el mismo juez de instrucción que, recordemos, hace muy poco decidió rechazar el sobreseimiento y optar por la transformación, en teoría, tiene una nueva oportunidad —tras leer el escrito de acusación, es verdad— para optar de nuevo entre los dos términos del dilema: sobreseer o abrir juicio oral (si decide abrir juicio oral, solo después de esa decisión, se presentará escrito de conclusiones provisionales por el acusado, o escrito de defensa, ya sin posibilidad alguna de servir de base argumentativa para convencer al juez de instrucción de que procede el sobreseimiento). Como no sorprenderá, en la práctica forense, el juez que opta por la transformación en el primer trámite (artículo 779.1 LECr), y por tanto rechaza el sobreseimiento, en muchas ocasiones después de meses o años de recabar material probatorio o indiciario, no suele cambiar de idea en el segundo trámite (artículo 783.1 LECr). Por tanto, a efectos prácticos, creemos que pocos pondrán en duda que la decisión relevante es la primera, la del artículo 779.1 LECr (además, sobre la que cabe recurso, no así sobre la del artículo 783.1 LECr), razón por la cual constituye el objeto de nuestra atención en este trabajo. En todo caso, esta particular relación entre las decisiones del juez de instrucción en los trámites de los artículos 779.1 y 783.1 LECr es la razón por la que nos referimos al *investigado/acusado*, así, con una barra entre los dos términos, como sujeto pasivo de la decisión de ser enviado a juicio. Porque el juez de instrucción toma esa decisión en dos momentos, una respecto del *investigado* y otra respecto del *acusado*. Y en el segundo momento, en teoría, aunque no suele suceder en la práctica, la puede refrendar (abrir juicio oral) o lo contrario, digamos, *revocar* (esto es, ordenar el sobreseimiento aunque antes se hubiera acordado la transformación). Así, en el trámite del 779.1 LECr el juez de instrucción decide transformar la causa (encaminarla hacia el juicio, dando la oportunidad a la acusación de acusar) respecto de alguien que tiene la condición de *investigado* (todavía no acusado). Y en el trámite del 783.1 LECr el juez decide abrir juicio oral, esto es, enviar a juicio, a un (ya sí) *acusado* (alguien así identificado en el escrito de acusación).

sobreseimiento que corresponda". Como es sabido, en sede de procedimiento ordinario se regulan dos tipos de sobreseimiento: el libre (con efectos de cosa juzgada, y que, probablemente por esta razón, los jueces rara vez acuerdan), que, simplificando, en lo que ahora nos importa, procede "cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa" (razones fácticas) o "cuando el hecho no sea constitutivo de delito" (razones de subsunción jurídico-penal, o falta de ella) (artículo 637.1.º y 2.º LECr.); y el provisional (sin efecto de cosa juzgada, mucho más popular en la práctica) "Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa" (artículo 641.1.º LECr).

Tras leer la literalidad de estos preceptos, una opción interpretativa —quizá la más seguida y con la que es fácil simpatizar— es concluir que ese tenor literal *no ayuda en nada* a resolver nuestro problema. En esos términos tan generales, tan simplistas, tan poco rigurosos (si hay delito, transformar; si no, sobreseer), no podemos leer ninguna pista sobre ningún estándar de prueba, no sabemos dónde está el umbral o el listón.

Sin embargo, creemos que merece la pena fijarnos, por lo menos, en un par de detalles de ese tenor literal. Los dejamos apuntados para retomarlos más adelante.

En primer lugar, nos hemos topado aquí, en la literalidad de este conjunto de preceptos, en concreto en la del artículo 637.1.º LECr, con una palabra importante: *indicios*. Dice ese 637.1.º LECr que procederá el sobreseimiento, y libre, "cuando no existan indicios racionales" de haberse perpetrado el hecho que motivó el procedimiento. Esta expresión, *indicios* (de delito), que como hemos visto está en la Ley, sí ha hecho fortuna en la práctica forense. Es comúnmente empleada por los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, etc.) para referirse, aun con imprecisión, al trance procesal que nos ocupa. Es un lugar común en resoluciones judiciales y en escritos de partes procesales hacer orbitar nuestro debate (si procede o no enviar a un investigado/acusado a juicio) alrededor de esa noción. Si el juez de instrucción decide transformar la causa, señalará en su auto de transformación que concurren estos o aquellos indicios delictivos en la conducta del investigado. Si este —el investigado— recurre esa decisión en apelación, se esforzará en argumentar que este o aquel hecho no son en realidad indicios de ningún delito. La audiencia provincial, al resolver ese eventual recurso, dilucidará si lo son o no. El problema consiste en que, aunque esa noción sea moneda de cambio frecuente en estos lances, no por eso es menos imprecisa. Casi nadie sabe con seguridad —ni le resultaría fácil explicar— de qué estamos hablando. Sobre todo, casi nadie sabe qué estándar de prueba (qué grado de corroboración de la hipótesis acusatoria) encierra —en su caso— la expresión *indicios delictivos*. Ni con respecto a este trance procesal ni con respecto a otros en los que la expresión también se utiliza con mucha frecuencia. Porque uno de los problemas fundamentales es la polisemia que, en la práctica, y también en la Ley, presenta la expresión *indicios delictivos*. Se habla de la existencia de indicios delictivos para justificar la admisión a trámite de una denuncia o querrela, en el primer compás del procedimiento penal, en el pistoletazo de salida, cuando está todo por hacer y por investigar. También se habla de indicios delictivos para legitimar la llamada al proceso de un investigado y tomarle declaración con esa condición (de tal manera que no son tan infrecuentes los recursos frente a esa decisión de las defensas, precisamente argumentando que tales indicios no concurren). Por supuesto, se habla de indicios delictivos (*fumus boni iuris* en otra terminología) para fundamentar la adopción de medidas cautelares, ya sea personales o reales. Se habla de indicios delictivos como uno de los

elementos a tener en cuenta en el juicio de proporcionalidad necesario para adoptar diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales, como entradas y registros o intervención de comunicaciones. Y, finalmente, incluso, se habla de indicios como elemento que puede llegar a fundar, no el inicio de la investigación, ni la llamada al proceso de un investigado, ni la adopción de una medida cautelar, ni la limitación de derechos fundamentales, ni enviar la causa a juicio, sino algo infinitamente más intenso como, ni más ni menos, una condena: la jurisprudencia acepta, desde antiguo, y sin problema, la prueba indiciaria (o prueba indirecta, o *praesumptio hominis* —artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, o presunción judicial, o muchos otros nombres) como medio probatorio hábil para enervar la presunción de inocencia y justificar una condena penal. ¿Cómo puede servir una misma noción (*indicios delictivos*) para justificar tanto abrir la primera puerta del proceso penal, esto es, acordar el inicio de la investigación o la llamada al proceso de un investigado, como para cerrar la última puerta, esto es, condenar penalmente a un acusado tras un juicio? Si nos preguntamos si acaso concurren indicios delictivos en la conducta de Ticio, y respondemos que sí, ¿esa respuesta afirmativa sirve tanto para citar a Ticio como investigado como para enviarle a juicio o para condenarlo? (¿el destino de Ticio, por así decir, está irremediabilmente prefijado a la condena si durante las fases previas al juicio respondemos que sí, que concurren indicios delictivos en su conducta?). En definitiva: ¿en todos esos contextos procesales (inicio de la instrucción, medidas cautelares, juicio de acusación, sentencia, etc.) que-remos decir lo mismo con la expresión *indicios delictivos*? La respuesta sería, creemos, *claro que sí y claro que no*, al mismo tiempo.

En todos esos contextos, *claro que "indicios" significa lo mismo*, en un sentido. En todos esos contextos *indicios* significa "elementos de juicio sobre los que se construye una conclusión". Como ha explicado GONZÁLEZ LAGIER, toda actividad probatoria o toda actividad humana tendente a verificar si una hipótesis está suficientemente corroborada por la realidad (ya tenga lugar en un proceso penal o en un laboratorio químico), es un razonamiento que se compone de tres elementos: (i) la hipótesis que queremos probar, la conclusión; (ii) los elementos de juicio o premisas que pretendemos usar para probar esa hipótesis; y (iii) una conexión o relación entre las premisas y la hipótesis (normalmente, aunque no solo, una máxima de experiencia, esto es, una generalización empírica, una conclusión previamente obtenida a través de la observación de un número suficiente de casos, y que preceptamos como buena, como una verdad fiable, y que nos sirve de puente lógico entre las premisas y la conclusión de nuestro razonamiento)⁹. Por poner un ejemplo simplón, (i) si veo humo (premisa, elemento de juicio o "indicio"); y (ii) sé que, generalmente, "donde hay humo hay fuego" (máxima de experiencia, a la que la humanidad ha llegado a través de la observación de un número suficientemente amplio de casos); podré concluir que (iii) debajo del humo, muy probablemente (este tipo de razonamiento no proporciona verdades absolutas, certezas, sino probabilidades), habrá fuego (la hipótesis o conclusión). En todos esos contextos procesales que hemos citado más arriba, *indicios* significa "elementos de juicio o premisas a los que se aplica una máxima de experiencia (simplificando) para alcanzar una conclusión (para corroborar el grado de fiabilidad de una hipótesis)". En este sentido, todos esos usos de la expresión *indicios* significan lo mismo. Son el humo (el *fumus*) que permite inferir la existencia de fuego.

9 Véase GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2020). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 23, pp. 79-97.

Sin embargo, en otro sentido, *claro que "indicios" no significa lo mismo* en cada uno de esos diferentes contextos, en cada uno de esos trámites del proceso penal. ¿Cómo podría? ¿Quién podrá sostener que los mismos *indicios delictivos* que, en los primeros compases del procedimiento penal, cuando está todo por hacer, por corroborar, sirven para justificar el inicio de la investigación o la citación de un investigado, sirven también para enviar a ese investigado a juicio o para condenarlo sobre la base de prueba indiciaria o indirecta? Claro que, en otro sentido, *indicios* significa una cosa distinta en cada uno de esos trances procesales, normalmente sucesivos, que hemos citado (inicio de la investigación, citación de investigado, medidas cautelares, limitación de derechos fundamentales, juicio de acusación y sentencia tras el juicio oral). Como recuerda GONZÁLEZ LAGIER, el tipo de argumentos que hemos descrito más arriba (elementos de juicio-máxima de experiencia-conclusión) nos sirven, sí, para saber si una conclusión está bien fundada, suficientemente corroborada por la realidad, si es fiable, pero *no nos proporcionan certezas absolutas sino solamente grados de probabilidad* (de que la conclusión se sigue de las premisas)¹⁰. Hay ocasiones en las que vemos humo, pero luego, al final, no hay fuego. Aunque son las menos. Pues bien, y anticipamos ya parcialmente la estación de llegada de este trabajo, en cada uno de esos trances procesales (inicio de la investigación, medidas cautelares, juicio de acusación, sentencia, etc.), es verdad que *indicios delictivos* significa siempre "elementos de juicio sobre los que se construye la hipótesis (acusatoria)", pero en cada uno de esos trámites, creemos, y creemos también que así lo viven intuitiva y cotidianamente todos los operadores jurídicos que se acercan al proceso penal, *el grado de probabilidad que arroja la inferencia (la probabilidad de que la conclusión, el delito, se siga de las premisas, los indicios o hechos base), o mejor dicho, que se le exige a la inferencia, es diferente*. Para iniciar una investigación, nos servirá una probabilidad baja. Para condenar, una alta o muy alta. La pregunta que nos hacemos en este trabajo es: ¿y para el juicio de acusación? Para enviar a un investigado/acusado a juicio, ¿qué grado de probabilidad hace falta? Hemos visto que el tenor literal de los preceptos de aplicación de la LECr —lo que abordamos en este apartado— no resuelve, por sí solo, la pregunta. Intuimos que la probabilidad que requiere el juicio de acusación (dictar auto de transformación y/o auto de apertura de juicio oral) será (i) mayor que la que requiere dar inicio a la investigación, pero (ii) menor que la que requiere una condena (volveremos sobre ello). Sin embargo, insistimos, el tenor literal de la LECr no asigna expresamente, o claramente, el grado de probabilidad que buscamos.

En todo caso, y en segundo lugar, sí merece la pena fijarnos, desde esta óptica probabilística que acabamos de apuntar, en otro detalle del tenor literal de los preceptos de la LECr que venimos estudiando, esto es, los artículos 779.1.1.^a (sobreseimiento) y 4.^a (transformación), 637.1.^o (sobreseimiento libre) y 641.1.^o LECr (sobreseimiento provisional). Y es que, aunque —como acabamos de decir— esos preceptos no son especialmente claros a la hora de expresar qué concreto grado de probabilidad requieren (para dictar la transformación en lugar del sobreseimiento), al mismo tiempo, no nos parece descabellado leer en ellos, en su literalidad, un *gradiente* probabilístico. Entre las categorías de sobreseimiento libre, provisional y transformación. (1) Como vimos, dice

10 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2020), *op. cit.*, pp. 82-83: "... las inferencias probatorias empíricas no permiten llegar a una conclusión sobre la que tengamos una certeza absoluta; por el contrario, sólo nos permiten conocer la verdad de una manera limitada y más o menos aproximada [...]. La valoración de la prueba, desde un punto de vista argumentativo, puede identificarse con la determinación del grado de corrección o solidez de la inferencia probatoria empírica, esto es, el grado en el que las pruebas avalan o corroboran la hipótesis. También podría decirse que la valoración de las pruebas consiste en determinar el grado de probabilidad inductiva con el que la hipótesis-conclusión se sigue de las premisas (esto es, de los elementos de juicio y la máxima de experiencia)".

el artículo 637.1.º LECr que se acordará el *sobreseimiento libre* (el más —por así decir— rotundo, que implica efecto de cosa juzgada) “*cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho*” (nos centramos en la parte fáctica y dejamos de lado, en aras de la claridad y simplificación del problema, la de subsunción jurídico-penal). No es descabellado ver aquí una probabilidad muy baja, bajísima, de la hipótesis acusatoria. El juez que acuerda este tipo de sobreseimiento entiende que *no existen* indicios de delito. Está muy poco o nada seguro de que haya delito. Al contrario, y por consiguiente, está muy seguro de que no lo hay. (2) El artículo 641.1.º LECr dice que se acordará el *sobreseimiento provisional* (mucho menos rotundo, que no implica cosa juzgada, y que puede ser revertido si apareciesen nuevos elementos de cargo en el futuro, antes de que el delito prescriba) “*Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito*”. No parece descabellado leer aquí, en este otro tenor literal, una probabilidad de la hipótesis acusatoria *algo más alta* que la que acabamos de ver para el sobreseimiento libre. Gramaticalmente, no parece lo mismo decir que *no existen indicios* del delito que decir que *no resulta debidamente justificado*. Parece que en el primer caso se ha comprobado, en la realidad, que algo (el delito) no existe. En el segundo caso, lo que se dice es que no se ha conseguido *justificarlo* (parece más la descripción de una actividad humana fallida que de un juicio histórico sobre la realidad). Parece, por tanto, que el juez que acuerda el sobreseimiento provisional no tiene que estar tan seguro de que no hay delito, que puede albergar alguna duda (en coherencia con el nombre y efectos de este tipo de sobreseimiento). (3) Y, finalmente, dice el artículo 779.1.4.ª LECr que procederá la continuación del procedimiento o transformación “*Si el hecho constituyera delito...*”. Podrá decirse (como nosotros mismos hemos dicho) que es una sorprendente elección de palabras, y que solo después del juicio oral puede afirmarse que un hecho constituye delito, y que este tenor literal no ayuda mucho. Es cierto. Pero, si nos preguntamos a qué se acerca más este tenor literal, si a exigir una probabilidad alta o baja a la hipótesis acusatoria, desde luego la respuesta será que se aproxima más a pedirle al juez *que esté más bien seguro* de la probabilidad del delito. No dice la norma “*cuando haya dudas, se continuará el procedimiento*”. Lo que dice es que se continuará cuando el hecho “*constituyera delito*”.

Quizá la mera lectura de la literalidad de esos tres preceptos no permite responder perfectamente a nuestra pregunta (¿cuál es el estándar de prueba que debemos superar para enviar a un investigado/acusado a juicio?, ¿cuál es el grado de probabilidad que debemos requerir a la hipótesis acusatoria para dictar la transformación?), pero, insistimos, no es difícil ver un gradiente: (i) se acordará el sobreseimiento libre cuando la hipótesis acusatoria tenga una probabilidad muy baja; (ii) el provisional cuando, siendo baja, pueda haber alguna duda; y (iii) desde luego, la transformación exige mayor probabilidad de la hipótesis delictiva (¿cuánta?; seguimos abordándolo más adelante).

3. Qué han dicho los tribunales

Tras haber revisado el tenor literal de los preceptos de la LECr más relevantes a nuestros efectos (artículos 779.1.1.^a y 4.^a, 637.1.^o y 641.1.^o), nos preguntamos ahora cómo los han leído, o los leen cada día, los tribunales, a la hora de extraer, en su caso, el estándar de prueba que estamos buscando para el juicio de acusación.

Y cabe hacer aquí una distinción. Una cosa es lo que los tribunales *hacen* todos los días y otra cosa es lo que *dicen*, lo que exteriorizan, verbalizan, en sus resoluciones sobre el problema que nos ocupa. Todos los juzgados de instrucción de nuestro país, y todas las audiencias provinciales que revisan sus decisiones en apelación, se enfrentan todos los días a nuestro dilema. Todos o casi todos los días dictan autos de transformación y autos de sobreseimiento (o los revisan en vía de recurso), y, aunque no lo declaren expresamente, toman partido por una posición teórica respecto de nuestro problema de entre las varias disponibles. Sus decisiones acerca de cuándo transformar y cuándo sobreseer unos determinados hechos implican una toma de postura previa respecto del estándar probatorio que buscamos. Unos aplican uno más estricto, otros uno más laxo. Unos prefieren los falsos sobreseimientos a las falsas transformaciones, y otros viceversa. En teoría, si existiera una tecnología que lo permitiera, y recursos casi infinitos, podríamos revisar todos los autos de sobreseimiento y transformación dictados en nuestro país durante, digamos, los últimos cinco años, y revisar también el material probatorio que analizan, y deducir —mejor dicho, inducir— cuál sea *de facto* el estándar de prueba mayoritario en nuestro juicio de acusación. No tenemos, ay, ni la tecnología ni los recursos, y recurrir a la propia experiencia forense o a intuiciones no parece lo más respetuoso con el método científico, de modo que lo que nos queda es, al menos, tratar de localizar en esas resoluciones aquellas ocasiones en las que los tribunales no solo *hacen*, sino que también *dicen*, se refieren de forma expresa a cuál es su entendimiento, su interpretación, del estándar de prueba en este momento procesal (o algo similar).

Y, si nos aplicamos a esa tarea, lamentablemente, el resultado de nuestra búsqueda, al menos a nuestro juicio, se parece más a frases hechas y eslóganes (no demasiado clarificadores) repetidos hasta la saciedad en autos y sentencias, a declaraciones de cómo *son* las cosas, que a razonamientos hermenéuticos basados en razones y argumentos (insistimos: las resoluciones judiciales en esta materia, como en tantas, suelen decirnos cómo *son* las cosas, pero no *por qué* hay que entender que son así). Con honrosísimas excepciones, que subrayaremos, y que creemos son las que iluminan posibles caminos de respuesta a nuestra pregunta.

Una de esas frases hechas en resoluciones judiciales sobre esta cuestión consiste en afirmar que nuestro estándar se corresponde con un listón *de mínimos*. Decía, por ejemplo, hace casi tres décadas, el (muy copiado en esta materia) Auto del Tribunal Supremo (“ATS”) de 20 de diciembre de 1996 (Causa Especial 880/1991) (Ponente: Excmo. Sr. José Augusto de Vega Ruiz), que basta para acordar la transformación (i) “*que no aparezcan evidentemente inexistentes*” los hechos delictivos, sino (ii) “*con un mínimo [subrayamos este adjetivo, mínimo] grado de probabilidad indiciaria*”. La única razón sobre la que, entonces, el Alto Tribunal basaba esa opción por la idea del mínimo indiciario era que la decisión sobre el juicio de acusación “*se apoya en un incompleto material de conocimiento cuando el auténtico arsenal probatorio viene reservado al plenario*”. Esto, como veremos, es un argumento que repetirán *ad infinitum* los tribunales (sobre todo los partidarios

del estándar de mínimos). La comparación entre el estándar de prueba de la sentencia y el del auto de transformación. No se le puede pedir al filtro del juicio de acusación, nos dicen, que sea tan tupido, tan exigente, como el que se requiere a la sentencia. Siendo eso cierto, no parece que ayude demasiado en nuestra labor hermenéutica. Es tan obvio y tan indiscutible que no aporta luz alguna. Ni repetirlo hace más convincente la tesis del estándar de mínimos. Nadie —creemos— defiende que el estándar del juicio de acusación deba ser tan estricto como el de la condena penal. Por supuesto que debe ser más liviano. La cuestión no es esa, sino ¿cómo de liviano? Cabe pensar en niveles teóricos de exigencia muy distintos para el estándar del juicio de acusación y todos ellos capaces de superar este (rudimentario) test según el cual “no cabe pedirle al auto de transformación lo mismo que a una sentencia de condena”. Por ejemplo: requerir a la hipótesis acusatoria que resulte “más probable que lo contrario” (el estándar anglosajón *more likely than not*) superaría el test de ser un estándar inferior al requerido por la sentencia de condena (que se suele expresar con el rubro “más allá de toda duda razonable”, paralelo al *beyond any reasonable doubt* del *common law*), pero aun así sería un estándar más elevado que el de mínimos que preconizaba el ATS de 20 de diciembre de 1996 que acabamos de citar (y muchas otras resoluciones).

Aun hoy, no deja de haber tribunales que, de cuando en cuando, siguen citando expresamente ese estándar de mínimos. El Auto de la Audiencia Nacional (“AAN”) (Secc. 4.ª) n.º 599/2023, de 13 de noviembre de 2023 incide en la misma idea de que los indicios para transformar “... *tienen que ser mínimos para considerarlos suficientes*”; y aquí la justificación que ofrece la Audiencia Nacional es la siguiente: “... *ya que en otro caso exigiríamos, bien al juez de instrucción, bien a la acusación, la aportación a la fase instructora de elementos incriminatorios de carácter indiciario y provisional que harían la fase de instrucción larga y tediosa [...], desnaturalizando la fase de instrucción que exige que esta sea mínima e imprescindible y, además, abreviada, tal como se desprende del mismo nombre del procedimiento*”. Este es otro argumento que en ocasiones se pone de relieve: exigir un estándar riguroso al juicio de acusación provocaría instrucciones más largas (porque la acusación tendría que pertrecharse de *elementos incriminatorios* de un volumen excesivo). Frente a ello, cabría oponer, con carácter abstracto, que el tiempo por sí solo no parece un argumento de mucho peso cuando de lo que se trata es de evitar las penalidades que suponen a los afectados juicios inmerecidos. Pero, ya no en lo abstracto, sino en la realidad práctica, sostener este argumento en asuntos como el citado del puerto de “El Musel”, que transitan por la fase de instrucción durante casi una década, parece un sarcasmo. Más bien al contrario, si una instrucción se ha prolongado durante años (lo que no es extraño, precisamente, en los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional), lo menos que parece que se puede exigir al auto de transformación es que incorpore un estándar de prueba con un rigor y nivel de estudio proporcionados a ese esfuerzo de años. Ya que la instrucción ha durado una década, al menos aseguremos que el juicio es merecido, para no prolongar aún más la agonía, si es innecesaria, de quien está sometido a él.

Con todo, probablemente la frase hecha o el eslogan más repetido en las resoluciones de los tribunales en esta materia no es tanto el estándar de mínimos, o de probabilidad mínima, como la idea de *probabilidad* a secas. Sin cualificar. Más precisamente, y volviendo a una idea ya expuesta, lo que suelen decir nuestros tribunales es que, frente a la *certeza* que requiere la condena, la transformación exige solo *probabilidad*. En palabras de la STS n.º 202/2018, de 25 de abril de 2018 (Recurso de Casación n.º 1.524/2017) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio del Moral García), “.. *al Instructor le basta la existencia de una probabilidad para decretar el procesamiento (o el abrir juicio*

oral, o decretar la conversión en abreviado -art. 779.1.4ª-), en tanto que la Audiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio necesitará certeza". Por su parte, la STS n.º 903/2011, de 15 de junio de 2011 (Recurso de Casación n.º 342/2011) (Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz) decía que el alcance del juicio de acusación es "determinar una veracidad probable", unos "hechos que se presentan como probables".

El problema fundamental de esta formulación es su ambigüedad. El juicio de acusación requiere probabilidad, de acuerdo, pero ¿qué grado de probabilidad? ¿Mínima, como las sentencias antes citadas? ¿Media o mediana? ¿Un poco más que media? Si nos limitamos a decir que la hipótesis acusatoria debe ser *probable* no decimos gran cosa, porque lo que de verdad nos interesa es qué grado de probabilidad debemos requerir. A no ser que cuando los tribunales escriben la palabra *probabilidad*, o *probable*, se refieran al uso, digamos, no matemático de esas expresiones (que no encierra un determinado grado de probabilidad, sino que dentro del mismo caben todas), sino común¹¹, que, parecería, encierra el significado "más probable que improbable" (el estándar *more likely than not* antes mencionado). De todos modos, y siendo honestos, no hallamos en estos pronunciamientos judiciales (que nos hablan solo de *probabilidad* o de hipótesis acusatoria *probable*) una claridad o precisión suficientes para entender que se refieren a un concreto umbral probabilístico. Y, en este grupo de decisiones de los tribunales, tampoco solemos encontrar identificación clara de los argumentos en que se basa la conclusión, excepción hecha de esa idea, o ese repetido *mantra*, ya comentado, y que no nos aporta mucho, según el cual no puede pedirse al filtro del juicio de acusación *certeza*, pues esto es algo que solo cabe requerir a la sentencia¹².

Y llegamos así a las dos resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que de manera más decidida, exhaustiva y útil, al menos a nuestro juicio, han abordado el problema que nos ocupa. Se trata de dos AATS cuyo ponente fue el Excmo. Sr. Antonio del Moral García, uno de ellos el ATS de 31 de julio de 2013 (Causa Especial n.º 20663/2012) y otro el ATS de 28 de abril de 2016 (Causa Especial n.º 20490/2015). En efecto, en estos dos AATS, en lo que respecta a nuestra materia, y con una redacción prácticamente idéntica en ambos casos, el Alto Tribunal ofrece determinadas pautas sobre el juicio de acusación, plasmado en el auto de transformación, que —se nos ocurre— quizá sean el esfuerzo más destacado que hemos conocido a la hora de interpretar cuál sea el estándar de prueba que buscamos. De entre esas pautas, o ideas, destacamos las siguientes:

11 La primera acepción de *probable* en el *Diccionario de la RAE* es 'verosímil, o que se funda en razón prudente'; y la tercera es 'que hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá'.

12 Podemos citar, entre otros muchos, algunos pronunciamientos más en este sentido (partidarios de la expresión *probabilidad*, sin cualificar, para el umbral indiciario o probatorio del juicio de acusación). La STS n.º 1561/1999, de 10 de noviembre de 1999 (Recurso de Casación n.º 4658/1998) (Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Giménez García): "Dicho auto [el de "transformación"], solo es expresión de un juicio de inculpación formal efectuado por el Juez Instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad en una posible responsabilidad penal. Es en el juicio oral donde bajo los principios del Plenario debe practicarse toda la prueba que llevará a la Sala, bien a confirmar aquella valoración provisional con la obtención de un juicio de certeza en un contenido penal, con decaimiento de la presunción de inocencia, o bien a su mantenimiento con el dictado de una sentencia absolutoria por no confirmarse aquella primera y provisional valoración". El ATS de 7 de abril de 2010 (Causa Especial 20048/2009) (Ponente: Excmo. Sr. Luciano Varela Castro) identifica, entre los "Presupuestos de la continuación del procedimiento por los trámites de preparación del juicio oral", la "Existencia de causa probable". En la más reciente STS n.º 477/2020, de 28 de septiembre de 2020 (Recurso de Casación n.º 203/2020) (Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), insiste en la idea de probabilidad —sin cualificar—: "... se está en presencia de un acto de imputación formal efectuado por el Juez Instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso".

- i. El trance procesal que estudiamos, el dilema del juez instructor entre transformación o sobreseimiento, *"asume el papel del juicio de acusación en este modelo procesal"* (esto es, en el procedimiento abreviado). Es, por tanto, el momento procesal en que un órgano jurisdiccional decide si está justificado transitar de la investigación hacia el juicio. Y, para abrir esa puerta, no basta que exista una acusación que lo pida, sino que el órgano jurisdiccional debe considerar que tal acusación es *razonable*. Estamos, por tanto, ante un filtro propiamente dicho.
- ii. Más aun, uno de los objetivos de ese filtro es *"evitar la apertura de juicios innecesarios"*. Alrededor de esto, el Alto Tribunal subraya que encaminar la causa hacia el juicio *"encierra también cierto contenido aflictivo para el acusado, aunque sea difuso"*.
- iii. Algo relevante a nuestro juicio: el propio Tribunal Supremo, en el ATS de 31 de julio de 2013, se hace a sí mismo, y de modo expreso, la pregunta que nos hacemos nosotros en este trabajo. Literalmente: *"¿Qué significa 'justificación suficiente' de la perpetración del delito?"*. El solo hecho de que el Alto Tribunal se haga esta pregunta *en voz alta*, expresamente, no nos parece cuestión menor. Implica que existe un estándar de prueba para el juicio de acusación. Y que ese estándar de prueba está escrito en la Ley (en el ordenamiento), susceptible de ser aprehendido por el intérprete jurídico.
- iv. Ya sobre la concreta cuestión de cuál sea ese estándar, por un lado, se repite aquí una idea —ya lo hemos comentado— muy seguida en general por los tribunales a modo de frase hecha o eslogan: *"es necesaria la probabilidad"* (de la hipótesis acusatoria). A diferencia de la certeza que exige la condena penal, grado de probabilidad máximo que aquí no debe pedirse (*"No pueden extremarse las exigencias en esta fase anticipando valoraciones que solo procederían tras examinar la prueba practicada en el juicio oral"*).
- v. Pero, por otro lado, en estos dos AATS, y creemos que esta es una novedad a destacar, esa idea tan repetida de "probabilidad y no certeza" se ofrece aquí enmarcada en un *gradiente más amplio*. El juicio de acusación exige una probabilidad menor que la condena, sí (hasta ahí el lugar común de tantas sentencias, que no ayuda demasiado, como hemos venido sosteniendo). *Pero también exige una probabilidad mayor que los juicios valorativos previos del procedimiento*, como el que se hace para dar inicio a la investigación o para llamar a una persona como investigado. Literalmente: *"... un escalón superior al necesario para tomar declaración como imputado y, por supuesto, muy por encima de la verosimilitud que justifica la incoación de unas diligencias penales"*.
- vi. Y, adicionalmente, una idea netamente novedosa —creemos— que incorporan en esta materia esos dos AATS de 2013 y 2016 es la de *prosperabilidad* de la acción penal, presente en otros ordenamientos. Nos dice el Alto Tribunal que, en el trance que nos ocupa, *"... ha de cancelarse el proceso cuando racionalmente quepa hacer un pronóstico fundado de inviabilidad de la condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta. Si tal bagaje se revela desde este momento como insuficiente para derrotar a la presunción de inocencia y, con igual juicio hipotético, no pueden imaginarse ni variaciones significativas ni introducción de nuevos materiales, procederá abortar ya el procedimiento en aras de esa finalidad complementaria de la preparatoria del juicio oral: evitar la celebración de juicios innecesarios [...]"*. Esta idea del pronóstico de viabilidad de la condena, con todas las difi-

- cultades prácticas y áreas de gris que pueda implicar, queda lejos, y bastante por encima en requisitos —creemos— que la tesis de mínimos que hemos comentado más arriba.
- vii. No conviene pasar por alto, además, la mención que acabamos de transcribir a la presunción de inocencia. Un principio esencial de nuestro sistema —además de derecho fundamental, o parte de uno— que, de algún modo, en la explicación de estos AATS, ha conseguido *colarse* en la ecuación, o en la coctelera, de herramientas interpretativas para establecer cuál sea ese estándar de prueba que buscamos. Y ello aunque ocurra de una manera —es cierto— indirecta: el juez de instrucción deberá hacer un juicio de pronóstico y preguntarse si, en el futuro, el material probatorio recabado en la investigación será *suficiente o insuficiente* para derrotar a esa presunción de inocencia en el plenario. Pero —parece claro— deberá tenerla en cuenta.
- viii. Y aun otro derecho fundamental, o concreción de uno, que cita el Tribunal Supremo en estos dos AATS como elemento interpretativo es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tanto de la defensa como de la acusación, porque perpetuar un procedimiento abocado a la absolución, esto es, celebrar un juicio innecesario, supondría que ambas partes *"verían inútilmente postergada en el tiempo la decisión final ya pronosticable, y dilapidadas energías no solo procesales sino también económicas y personales cuando se trata de parte [acusadora] no institucional"*.
- ix. Puede verse —pensamos— un claro vector en todas las ideas que hemos ido desgranando. Una orientación a favor de que el filtro del juicio de acusación sea un filtro de verdad. Menos exigente que la condena, claro está, pero más que los estándares de fases previas del procedimiento; un filtro donde sea necesario razonar y hacer un pronóstico sobre el resultado del juicio oral futuro; un filtro donde importe el impacto de la decisión en derechos y garantías como la presunción de inocencia y el derecho a un proceso sin dilaciones. Ahora bien, ¿acaso cabe concretar aún más el estándar de prueba que buscamos? Resulta que el Tribunal Supremo sí lo hace; concreta todavía más en estos dos AATS. En especial, en el ATS de 31 de julio de 2013 se ofrece el que, a nuestro juicio, probablemente sea la formulación más concreta que uno pueda hallar en la jurisprudencia sobre el estándar de prueba del juicio de acusación, sobre el grado de probabilidad de la hipótesis acusatoria que se requiere. Dice el Alto Tribunal literalmente: *"El procesamiento exige que la hipótesis de la comisión del delito y la participación en él del inculpado sea al menos tan posible o fuerte como la contraria"* (subrayado nuestro)¹³. Aquí lo tenemos. Un grado de probabilidad concreto para nuestro estándar. Quizá —como decimos— explicitado por vez primera. Para transformar, la hipótesis acusatoria debe estar, al menos, tan corroborada como la contraria, la tesis absolutoria. Como mínimo, deben empatar. En términos numéricos, la probabilidad de la tesis acusatoria debería ser al menos del 50 % para que se justifique la transformación. Por debajo de ese umbral, procedería el sobreseimiento. Si la tesis absolutoria es más probable que la acusatoria, aunque sea por poco, procedería abortar el procedimiento en este trance procesal. Insistimos: estamos, con esta formulación, muy lejos, muy por encima, del umbral que exigía la que hemos llamado tesis de mínimos.

¹³ El ATS de 28 de abril de 2016 no emplea exactamente esta misma fórmula, sino esta otra, creemos que con parecido espíritu: *"Solo un determinado nivel indiciario de cierta calidad justifica la apertura del plenario [...]"* (subrayado nuestro).

Si juzgáramos el, por así llamarlo, éxito de la doctrina que emana de estos dos AATS de 31 de julio de 2013 y 28 de abril de 2016 por su número de citas en resoluciones de audiencias provinciales, habría que calificar ese éxito de rotundo, y habría que concluir que estos criterios vienen siendo pacíficos desde 2013 hasta hoy en los tribunales inferiores. En efecto, las citas textuales por parte de audiencias provinciales de los párrafos de estos dos AATS que hemos venido transcribiendo, desde que se dictaron hasta la fecha actual, no se cuentan por decenas ni por centenares, *sino más bien por miles*¹⁴. Ahora bien, aunque nos gustaría decir que esas citas masivas prueban que la doctrina de estos dos AATS (esto es, que el estándar de prueba del juicio de acusación exige que la tesis acusatoria sea “*al menos tan posible o fuerte como la contraria*”) ha sido abrazada de forma unánime por las audiencias, en realidad, nos tememos, ay, que esa conclusión pueda ser apresurada. Si se repasan, al azar, unas cuantas de las resoluciones judiciales que contienen esas citas, comprobaremos, lamentablemente, que funcionan más bien como un meme, como una partícula repetida una y mil veces que se inserta en las resoluciones de forma acrítica y, en alguna medida, desconectada del razonamiento. Y advertiremos también que esas citas se insertan, para redondear la resolución, cuando la audiencia quiere confirmar un sobreseimiento. No es descabellado pensar que cuando, por el contrario, la audiencia pretende confirmar una transformación, incluirá más bien una de las sentencias o autos que defienden la tesis del umbral de mínimos.

En todo caso, con cita masiva o sin ella, o con cita consciente y conducente al fallo o sin ella, creemos que la capacidad de convencer de la doctrina contenida en esos AATS de 31 de julio de 2013 y 28 de abril de 2016 proviene sobre todo del estudio detenido en que se basa, de las razones que se esgrimen, en una materia donde, como se ha venido diciendo, sobre todo impera lo contrario, las frases hechas, los eslóganes, casi siempre desprovistos de razonamientos trabajados. Por esa razón, creemos que esta doctrina sí debe ser tomada, a falta de otra, como mejor doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia, y cuya vigencia se prolonga hasta la fecha actual¹⁵.

14 Nuestra prueba ha consistido en realizar una búsqueda en una base de datos jurisprudencial, en el campo texto libre, de una de las frases nucleares de los AATS de 2013 y 2016 que hemos citado (“... *ha de cancelarse el proceso cuando racionalmente quepa hacer un pronóstico fundado de inviabilidad de la condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta*”), y los resultados de resoluciones de audiencias provinciales que contienen la cita textual han sido superiores a 4.000. Como suele decirse, esto, desde luego, creemos que excusa la cita individualizada de las numerosísimas resoluciones de tribunales que van citando los AATS que venimos estudiando, desde que se dictaron, respectivamente, en 2013 y 2016 hasta 2023.

15 Pese a que creemos en esto que decimos, no ocultaremos que, en ocasiones, el propio Tribunal Supremo ofrece lo que podría llamarse fuertes virajes en esta doctrina. Cabría ver uno de ellos en la STS n.º 705/2022, de 11 de julio de 2022 (Recurso de Casación n.º 4752/2020). En lo que respecta al juicio fáctico relacionado con el estándar de prueba que nos ocupa (en el juicio de acusación), esta STS, del mismo ponente que los AATS de 2013 y 2016 que hemos mencionado (Excmo. Sr. Antonio del Moral García), nos dice lo siguiente: “*En ese momento no juega -perdónese la simplificación- el in dubio pro reo. Más bien el principio inverso: si hay un fundamento indiciario suficiente que hace no ya muy probable, sino racionalmente posible una condena, aunque no segura, es prematuro abortar el procedimiento (in dubio pro iudicio). Se impone entrar en el plenario para permitir a la acusación que luche por disipar todo atisbo de duda y hacer triunfar su pretensión acusatoria si consigue provocar en el Tribunal esa certeza más allá de toda duda razonable que, según la tradicional fórmula cuasi sacramental, abre el paso a una condena. Para desactivar el juicio de acusación, en cambio, lo que se precisa es, y, de nuevo discúlpese lo mucho de simplificación que encierra esta equivalencia, un pronóstico, cercano a la certeza, de que la base indiciaria es tan frágil que no se podrá demostrar la comisión del delito. Solo en ese caso será viable dejar ya cerrado el proceso mediante un sobreseimiento basado en temas probatorios*”. Aunque los términos son lo suficientemente ambiguos para defender que el viraje no es tal o no tan intenso (“suficiente”, “probable”, “pronóstico”...), creemos que el sentido general, la atmósfera, el vector, aquí, no se parecen demasiado a los de los AATS del mismo ponente de 2013 y 2016, pues allí se hablaba de que la hipótesis acusatoria debiera ser tan probable —al menos— como la contraria, y se mencionaba la presunción de inocencia, y aquí, llamativamente, no solo se olvida la presunción de inocencia, sino que, más aun, se invoca expresamente una derogación clara del principio, e incluso se aplica al revés, de manera invertida: *in dubio pro iudicio*; eso sí, sin explicar sobre qué argumentos hermenéuticos se asentaría esa inversión (o ese viraje respecto de los AATS de 2013 y 2016).

4. Una propuesta de interpretación

Recordemos por un instante nuestro camino hasta aquí. Buscamos un estándar de prueba (esto es, un grado de probabilidad requerido a la hipótesis acusatoria) para el auto de transformación (esto es, para el juicio de acusación, para saber cuándo está justificado enviar a un investigado/acusado a juicio). Lo hemos buscado en el tenor literal de la LECr, sin mucho éxito (aunque hemos encontrado algunas pistas, como la palabra *indicios* y un cierto gradiente probabilístico entre las decisiones de sobreseimiento libre, provisional y transformación). Lo hemos buscado también en la jurisprudencia, y tampoco hemos hallado allí claridad, sino oscilaciones entre exigir solamente un mínimo de probabilidad, hacer referencia a probabilidad sin cualificar y algunas resoluciones mejores —y muy citadas— donde parece exigirse al menos un 50 % de probabilidad a la hipótesis acusatoria. Tras dar esos pasos, intentamos ahora ofrecer nuestra propia propuesta de solución. Pero no una solución *de lege ferenda* (qué sería lo bueno o lo conveniente), sino *de lege lata*: una propuesta de interpretación acerca de cuál es la preferencia que ha expresado, en su caso, nuestro ordenamiento respecto del problema que nos ocupa.

Antes de ofrecer esa propuesta, nos detendremos brevemente en una cierta paradoja que mencionamos al comienzo: en general, nuestra búsqueda no parece interesar vivamente. Más aun, añadimos ahora, (i) para algunos, la propia existencia de un estándar de prueba, digamos, positivizado, ya sea para aplicarlo a nuestro juicio de acusación o a la propia sentencia, no es una buena idea; y (ii) para otros, sea buena o mala idea, en la práctica, resulta poco menos que un imposible.

En efecto, para algunos, y simplificando mucho, exigir al juez o tribunal que respete un determinado estándar de prueba antes de tomar una decisión (dictar auto de transformación o sentencia de condena contra un investigado/acusado) es algo parecido a resucitar el sistema de prueba tasada, donde la norma jurídica establecía el peso de cada medio probatorio (testigos, documentos públicos, documentos privados, etc.) y obligaba al juez a respetar ese sistema métrico. Y, por tanto, para estos intérpretes, ese estándar de prueba, que no sería otra cosa que la prueba tasada enmascarada, resultaría rechazable, porque pondría en peligro el principio de libre valoración de la prueba por parte del juez o tribunal, que se considera una suerte de conquista evolutiva y un valor a proteger¹⁶. Ahora bien, esto si uno es partidario del régimen de libre valoración de la prueba y contrario al de prueba tasada, porque también hay quienes no están tan convencidos de esa preferencia, y apuntan ventajas en, al menos, ciertas normas que regulen el modo de valorar algunas pruebas o de resolver de forma obligatoria y pre-fijada determinados problemas de prueba¹⁷. En todo caso, nos parece, de nuevo junto con GONZÁLEZ LAGIER, que las trincheras del combate entre prueba tasada y valoración libre de la prueba no coinciden con las de la batalla entre partidarios del estándar de prueba y los de que no exista. Porque una cosa es la valoración

16 En este sentido, NIEVA FENOLL, Jordi (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *In Dret. Revista para el anàlisi del Dret*, 03/2020, pp. 407 y ss.

17 En este otro sentido, LARSEN, Pablo (2020). Reglas, estándares y dos modelos de derecho probatorio para el proceso penal. *In Dret. Revista para el anàlisi del Dret*, 01/2020, pp. 300 y ss.

de la prueba y otra el estándar de prueba¹⁸. Requerir al juez que respete un determinado estándar de prueba (por ejemplo, *beyond any reasonable doubt*) no es lo mismo que decir que debe interpretar la prueba conforme a un sistema métrico pre-fijado o que debe valorarla de esta manera o de aquella. Dicho de otro modo, yo, como juez, puedo (i) valorar la prueba conforme al régimen de libre valoración, teniendo en cuenta tanto las palabras de un testigo como el contenido de un documento, y haciendo pasar a ambos por el tamiz de las reglas de la sana crítica, sin respetar un sistema métrico pre-fijado que me obligue a considerar a un testigo por encima o por debajo de un documento, y (ii) la conclusión que alcance a través de ese método seguirá siendo un juicio probabilístico, susceptible de quedar por encima o por debajo de un determinado umbral, también probabilístico, al que llamamos estándar de prueba. Es decir, el juez, *valorando libremente la prueba*, alcanzará una convicción, pero esa convicción puede ser más o menos probable (puede acercarse a la certeza, a la duda fuerte, a la duda no tan fuerte, etc.), y coincidir o no con un estándar probatorio (certeza, duda fuerte, duda no tan fuerte...), este sí, fijado en una norma jurídica (y que puede ser más riguroso para la condena, algo menos para el juicio de acusación, menos para iniciar la investigación; mientras que el método de valoración de la prueba —por ejemplo, la libre valoración judicial— sería, en principio, siempre el mismo). En conclusión, podemos ser partidarios del principio de libre valoración de la prueba y, al mismo tiempo, de la existencia del estándar de prueba para el juicio de acusación (y/o para la condena) que buscamos. Sobre todo para hacer posible que la subjetividad o discrecionalidad del juez pueda tener algún límite (u orientación) en esta materia. Otra cosa es la capacidad de controlar si el juez o tribunal ha cumplido o respetado debidamente ese límite, ese estándar, capacidad de control que —no lo negaremos— es bastante precaria en la práctica.

Precisamente esa dificultad, obvia, a la hora de controlar si el juez ha respetado el estándar hace que algunos intérpretes entiendan que, si bien en abstracto un estándar de prueba pre-fijado en la Ley puede parecer una buena idea, resulta poco menos que imposible llevarla a la práctica. Pensemos en la forma de expresar los estándares de prueba allí donde son culturalmente más característicos, el mundo del *common law*: *probable cause, more likely than not, beyond any reasonable doubt...* Son, todos ellos, términos muy vagos. ¿Qué es una duda razonable? ¿Qué extensión tiene el término *razonable* aquí? ¿Acaso, nos dirían quienes piensan así, no presentan estos términos una ambigüedad tan amplia que los inhabilita para servir de límite a la subjetividad o discrecionalidad judicial —es decir, aquello para lo que se inventaron—?¹⁹ Frente a esto, a nuestro juicio, y modestamente (y desde la perspectiva de la práctica forense especialmente), nos parece que (i) si se acepta como objetivo deseable limitar la subjetividad judicial —u orientarla—; entonces (ii), aunque el estándar sea un medio imperfecto para lograr ese fin, (iii) difícilmente la ausencia de estándar será mejor o preferible. Mejor, creemos, una herramienta imperfecta que ninguna herramienta. Creemos también que, aunque el cumplimiento del estándar sea muy difícil

18 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2020), *op. cit.*, pp. 86-87. "... los criterios de valoración y el estándar de prueba tienen objetos y finalidades distintas: lo que valoramos con las reglas de valoración de la prueba es el razonamiento o inferencia probatoria para tratar de establecer su grado de confirmación o justificación. Por el contrario, el estándar de prueba no pretende valorar (de nuevo) la prueba: lo que valoramos con el estándar es el grado de justificación obtenido (esto es, el resultado del razonamiento previo), para responder a la cuestión de si es suficiente para tomar la decisión. Por supuesto, no necesitamos solo un estándar de prueba único, sino que este puede ser distinto -más o menos exigente- según el tipo de decisión de que se trate. Sin embargo, los criterios de valoración son los mismos para todo tipo de casos (aunque algunos pueden ser más relevantes o más característicos de algunos tipos de hechos)".

19 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2020), *op. cit.*, p. 91: "Creo que es posible interpretar los estándares sin que dependan de estados mentales subjetivos, pero soy mucho más escéptico respecto de que sus dos formas de vaguedad puedan ser reducidas de una manera satisfactoria que permita frenar la discrecionalidad del juez".

de fiscalizar en la práctica, sí tiene, al menos, un efecto pedagógico, o informativo u orientador, para el juez, del que el órgano jurisdiccional carecería en ausencia de ese estándar. Especialmente cuando hablamos, como aquí, de establecer distintos estándares de exigencia para distintos momentos procesales²⁰. Dicho más claramente: el mensaje que el ordenamiento envía al juez de instrucción si le dice que debe abrir juicio oral cuando los indicios sean *mínimos* es muy distinto al que le dirige si le dice que la probabilidad de la tesis acusatoria debe ser *más probable que lo contrario* (al margen de que haya un alto grado de ambigüedad en ambos mensajes, y de que sea difícil controlar su cumplimiento, parece que la diferencia de rigor entre ambos, esa sí, es bastante clara). Lo mismo cabe decir, creemos, respecto de la posición de las audiencias provinciales a la hora de revisar la decisión de transformación dictada por el juez de instrucción en vía de recurso de apelación: no será lo mismo el entendimiento que la propia audiencia tenga de su capacidad de revisar esa decisión, esa discrecionalidad del juez de instrucción, si el ordenamiento (i) no establece estándar alguno, o si (ii) establece un estándar de mínimos, o si (iii) establece un estándar más exigente, etc.

Como consecuencia de cuanto se acaba de decir, (i) creemos que la existencia de un estándar en el juicio de acusación es, en sí mismo, una buena idea, un modo razonable de limitar u orientar la discrecionalidad judicial a la vez respetuoso con el principio de libre valoración de la prueba y (ii), aun siendo conscientes de la dificultad que implica controlar el cumplimiento del estándar por parte del juez, desde luego eso no priva al propio estándar de toda eficacia o impacto.

Dicho lo anterior, sobre si los estándares son buenos o malos, posibles o imposibles, nuestra pregunta quería ser más próxima al derecho positivo. ¿Cuál es el estándar para el juicio de acusación que está escrito en el ordenamiento —si es que lo hay—? Y aquí, creemos, después de cuanto hemos apuntado más arriba respecto de lo que dice la Ley y lo que han dicho los tribunales, caben *dos grandes opciones interpretativas* (eso sí, simplificando): (i) entender que nuestro ordenamiento prefiere las falsas aperturas de juicio oral sobre los falsos sobreseimientos y, en coherencia, ha establecido para el juicio de acusación un umbral de mínimos (como dicen algunas resoluciones judiciales que también hemos citado antes); o bien (ii) entender que, por el contrario, nuestro sistema prefiere los falsos sobreseimientos sobre las falsas transformaciones y, por consiguiente, el umbral del artículo 779.1 LECr es más riguroso que un filtro de mínimos; que es más parecido al que defienden los AATS de 31 de julio de 2013 y 28 de abril de 2016 que hemos estudiado; o mejor, que es un estándar similar al *more likely than not* anglosajón (la tesis acusatoria debe ser, al menos, un poco más probable que la absolutoria). Anticipamos que nos decantamos por la segunda opción, y ello sobre la base de las razones que abordamos a continuación (en realidad, ordenamos algunas ideas y argumentos que han ido apareciendo en los apartados precedentes).

En primer lugar, aunque quizá no sea el argumento más potente o clarificador, la *literalidad* de los propios preceptos. Como hemos visto, los artículos 779.1.1.^a y 4.^a; 637.1.^o y 641.1.^o LECr ofrecen lo

20 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2020), *op. cit.*, p. 96. Incluso desde la perspectiva escéptica del autor, reconoce lo siguiente: “No obstante, no todos los estándares de los que disponemos son completamente inútiles o contraproducentes. Algunos de ellos son, al menos, mínimamente informativos: Todo el mundo entiende que el criterio de confirmación “más allá de toda duda razonable” es más exigente que el de la “prueba preponderante” o el de “prueba clara y convincente”; y que cuando se exige que haya prueba de cargo en los delitos de violencia de género la “ausencia de incredibilidad de la víctima” y la “corroboración por medio de otro datos” de su declaración, se está estableciendo un nivel de exigencia mayor que si bastara su mera declaración. Al menos, los estándares deberían transmitir la información de si la autoridad jurídica quiere establecer un nivel de exigencia mayor o menor, aunque no logren precisar cuál y, por tanto, si se ha alcanzado suficiente prueba acabe dependiendo de la estimación del juez y su buen criterio”.

que nos parece un cierto gradiente de la carga indiciaria que justifica, respectivamente, acordar (i) el sobreseimiento libre (si estamos muy seguros de que no hay delito, o nada de seguros de que lo hay, artículo 637.1.º LECr); (ii) el sobreseimiento provisional (si estamos algo menos seguros de que no hay delito, si otorgamos alguna probabilidad —aunque pequeña— a la tesis acusatoria, artículo 641.1.º LECr); y (iii) la transformación (para lo que el artículo 779.1.4.ª LECr emplea, de hecho, unas palabras que, quizá en exceso, remiten a que debemos estar bastante seguros de la tesis acusatoria; se nos dice que se acordará la transformación “*Si el hecho constituyera delito...*”). Creemos que este gradiente se compadece mejor con la tesis del filtro riguroso que con la del umbral de mínimos (recordemos que la Ley no dice “cuando existan dudas, transformar”, sino que nos ofrece esa gradación desde la certeza de la inexistencia de delito, pasando por las dudas, hasta llegar a ese “*Si el hecho constituyera delito...*” más próximo, nos parece, a estar bastante seguro que a un simple mínimo).

En segundo lugar, el argumento *sistemático*. Desde esta óptica, conviene tener en cuenta que —como se ha dicho ya— en el procedimiento penal no existe un único hito, un único momento procesal, que requiera pensar en un estándar de prueba. Hay varios, numerosos, y todos ellos relevantes: la decisión acerca de si iniciar o no el propio procedimiento con la fase de instrucción, sobre si llamar con la condición de investigado a una persona en concreto, sobre si acordar medidas cautelares, sobre si adoptar medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales, sobre si abrir la fase de juicio y, finalmente, sobre si condenar o absolver al acusado. Creemos que no está discutido que, desde luego, resultaría absurdo requerir en todos esos momentos procesales el mismo estándar probatorio. Tampoco parece haber debate alrededor de que la propia naturaleza del procedimiento penal implica que en cada uno de esos momentos procesales sucesivos el juicio sobre el grado de corroboración de la hipótesis acusatoria, o delictiva, *va incrementando progresivamente su probabilidad*. Como una escalera de peldaños ascendentes en la que, para subir uno de ellos, fuera necesario contar con un grado de probabilidad de la hipótesis acusatoria superior al que pedía el escalón precedente. Si esto se acepta (y creemos que se acepta comúnmente), entonces parece que exigir un mero estándar de mínimos al juicio de acusación no se compadece demasiado bien con esa gradación, con esa escalera que acabamos de usar como metáfora del procedimiento penal. Dicho de otro modo: no parece tener sentido requerir un *mínimo* de indicios delictivos para iniciar la investigación y/o para llamar a la causa a un investigado y, también, tener en cuenta ese mismo estándar, ese mismo *mínimo*, para tomar una decisión mucho más intensa, tanto en lo procesal como en lo personal, como es enviar al investigado/acusado a juicio. Pedir el mismo *mínimo* para empezar el debate y para cerrarlo (o para cerrar una de las puertas del mismo) no parece en absoluto coherente. Ni siquiera metodológicamente, porque, ¿para que servirá una investigación si su estación de salida y su estación de llegada se corresponden con el mismo umbral probatorio? En este mismo sentido, recordemos, el ATS de 31 de julio de 2013 se basaba también en esa gradación o escalera para exigir un estándar probatorio al juicio de acusación superior al de mínimos; literalmente nos decía allí el Alto Tribunal que en el juicio de acusación “*Estamos en un escalón superior al necesario para tomar declaración como imputado y por supuesto, muy por encima de la verosimilitud que justifica la incoación de unas diligencias penales*”. En conclusión, si el estándar para esos momentos iniciales del proceso es de mínimos (lo que no creemos que se discuta), el del juicio de acusación no puede serlo también, debe ser necesariamente superior, más riguroso.

En tercer lugar, tras el argumento literal y el sistemático, importa especialmente fijarnos en la interpretación de las normas que nos ocupan (artículo 779.1 LECr. y concordantes) a la luz de los *principios* que informan el proceso penal (el aspecto finalista). Y el principio más relevante para servir de guía a estos efectos, es, probablemente, el principio y derecho fundamental a la presunción de inocencia, que de un lado se encuentra comprendido por el más amplio derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución, y, de otro lado, y a su vez, comprende o implica el principio *in dubio pro reo*.

No vamos a ignorar ni a negar que, en ocasiones, sobre todo en las resoluciones de algunos tribunales, el principio de presunción de inocencia se ha usado, paradójicamente, como argumento para llegar a un lugar opuesto al que nos encaminamos nosotros. Muy en resumen, y extrayendo cierto factor común de entre las resoluciones de tribunales que se alinean con las posturas que antes hemos llamado del estándar de mínimos para el juicio de acusación, o del estándar de mera probabilidad sin cualificar²¹, podría decirse que estas concepciones señalan (i) que la presunción de inocencia solo despliega verdadera virtualidad en el juicio oral; es, sobre todo, una *regla de juicio*; (ii) por ello, es a la sentencia que resuelve el juicio oral a la que hay que pedirle *certezas probatorias*, digamos que equivalentes al estándar “más allá de toda duda razonable”, el único modo de destruir esa presunción de inocencia; y (iii), en consecuencia, en las fases previas al juicio, incluido el trance procesal del juicio de acusación, no cabe invocar, ni vulnerar, el derecho a la presunción de inocencia, porque esta no tiene un verdadero papel; ni el auto de procesamiento en el procedimiento ordinario, ni el de transformación en el abreviado, tienen la capacidad de vulnerar el principio de presunción de inocencia²²; más aún, para algunas resoluciones hasta ese principio sufre en este hito procesal, en el juicio de acusación, una suerte de *inversión*, y cabe predicar, en lugar del *in dubio pro reo*, una especie de *in dubio pro iudicio*²³ o *pro actione*²⁴.

Para nosotros, esa postura no se sostiene. La misma doctrina del Tribunal Constitucional ha dejado claro que la presunción de inocencia es, además de una regla de juicio, también una *regla de tratamiento del investigado*. Aunque distintos, o atenuados, también despliega efectos antes del

21 Véase, por ejemplo, la STS n.º 1561/1999, de 10 de noviembre de 1999 (Recurso de Casación n.º 4658/1998) (Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Giménez García), citada más arriba.

22 Véase CLEMENTE CASAS, Ismael (2009). Tres preguntas sobre el derecho a la presunción de inocencia: eficacia antes del juicio, fraudes “carrusel” de IVA e imputación de autoría dentro de organizaciones empresariales. En CUERDA RIEZU, Antonio (dir.) et al. *Curso superior universitario en Derecho penal económico. Un diálogo entre jueces, fiscales, abogados y profesores. Cátedra de Investigación Financiera y Forense KPMG-URJC*. Madrid, pp. 266 y ss. Dábam cuenta allí de la jurisprudencia clásica que concebía la presunción de inocencia, *sobre todo*, como una regla de juicio y centraba su eficacia en el plenario. En especial, reseñábamos ejemplos de resoluciones del Tribunal Constitucional que, en la práctica, negaban que este principio desplegara efectos apreciables en trances procesales como el auto de procesamiento (STC 127/1998), los autos que acuerdan medidas cautelares personales o reales (ATC 349/1988), las resoluciones acordando diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales (STC 37/1989) o el acceder a un requerimiento de extradición (ATC 103/1987).

23 Véase la ya citada STS n.º 705/2022, de 11 de julio de 2022 (Recurso de Casación n.º 4752/2020) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio del Moral García): “En ese momento no juega —perdónese la simplificación— el *in dubio pro reo*. Más bien el principio inverso [...]”.

24 Véase LÓPEZ ORTEGA, Juan José y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio (2013). El proceso penal como sistema de garantías (IV). La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio. *La Ley*, 3367/2013, p. 5. Los autores se hacen eco de esta posición clásica de “*inversión del principio de presunción de inocencia en el juicio de acusación*”, para, acto seguido, pronunciarse claramente en contra, postura a la que nos alineamos nosotros: “*Aunque suele decirse que en el juicio oral rige el principio pro reo, mientras que la fase intermedia está regida por el principio contrario, in dubio pro actione, cabe sostener que, siendo el control judicial de la acusación una exigencia de orden constitucional en cuanto para el acusado representa la oportunidad de liberarse de la carga de un juicio basado en una acusación sin suficiente fundamento, también en este periodo ha de dotarse de una cierta efectividad a la garantía que para el inculcado tiene la presunción de inocencia*”.

juicio²⁵. De modo que la nueva pregunta, a nuestros efectos, sería: ¿cuáles serán esos efectos, ese impacto, aunque atenuado, de la presunción de inocencia en nuestro trance procesal, en el estándar probatorio exigible al auto de transformación? Esa es la pregunta. Y la respuesta no puede ser que la presunción de inocencia, al proyectarse sobre el juicio de acusación, resulta justo *en lo contrario* a lo que defiende el principio. No puede ser que afirmemos que algún efecto debe tener la presunción de inocencia en ese trance procesal, como regla de tratamiento del investigado, y que, al mismo tiempo, concluyamos que el efecto que buscamos es, ni más ni menos, *que aplicar el principio al revés*. Esto es, transmutarlo de una regla que beneficia al investigado/acusado a una regla que lo perjudica. De entender que la duda debe resolverse a favor de la defensa a entender que debe resolverse en su contra. Difícil mayor contradicción axiológica.

Para deshacer ese nudo, fijémonos en que la presunción de inocencia, entre otras dimensiones y facetas, tiene una, y relevante, que conecta precisamente con el ámbito de la prueba. Hay consenso —ya lo hemos dicho— en que esta dimensión de la presunción de inocencia provoca que, en la fase de juicio oral, para condenar penalmente al acusado, deba rebasarse el estándar de prueba conocido como “más allá de toda duda razonable” (*beyond any reasonable doubt*)²⁶. Un estándar muy riguroso. El más riguroso. Pues bien, eso significa, ni más ni menos, que este principio y derecho fundamental a la presunción de inocencia, que también es una regla epistemológica, ya ha expresado su preferencia entre los errores judiciales positivos y los negativos, entre las falsas condenas y las falsas absoluciones. *Y su preferencia es clara: mejor una falsa absolución que una falsa condena*. Por eso el estándar tan riguroso, de certezas, para condenar; y por eso el tratamiento de la duda a favor del acusado. Pues bien, si esto es así, y si aceptamos también que algún impacto debe tener la presunción de inocencia en el juicio de acusación (en tanto que regla de tratamiento del investigado), la nueva pregunta es ¿qué preferencia tendrá el principio de presunción de inocencia respecto del dilema implícito en ese trance procesal? ¿Preferirá los falsos sobreseimientos o las falsas aperturas de juicio oral? Pensamos que la respuesta es fácil. Que la única respuesta coherente desde el punto de vista axiológico es fácil. El principio de presunción de inocencia, que en fase de juicio prefiere la falsa absolución a la falsa condena, preferirá, en fase de juicio de acusación, algo equivalente, el falso sobreseimiento sobre la falsa apertura de juicio oral. Otra cosa resulta, como poco, de una incoherencia sorprendente. ¿Cómo puede defenderse que el mismo principio de presunción de inocencia prefiere una cosa en el plenario y otra, y no cualquier otra sino justo la contraria, en la fase intermedia? ¿Por qué? ¿En qué se basaría esa distorsión? Desde luego, no en la presunción de inocencia. Y si es en otra cosa, al menos debería ponerse esa otra cosa sobre la mesa, no dejarla elíptica o darla por sabida.

25 Véase CLEMENTE CASAS, Ismael (2009), *op. cit.* Allí también repasábamos algunos ejemplos de resoluciones del Tribunal Constitucional que defendían el aspecto de regla de tratamiento del investigado de la presunción de inocencia. Como la STC 109/1986, la STC 135/1989 (que aceptó la posibilidad de que una falta notoria de motivación del auto de procesamiento “... puede suscitar la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia”) y el ATC 214/1998 (que subrayaba la eficacia de la presunción de inocencia con respecto al trance procesal de acordar medidas cautelares como la prisión provisional).

26 Véase LÓPEZ ORTEGA, Juan José y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio (2013), *op. cit.*, p. 2. “Habrà que esperar más de quince años, hasta la STC 81/1998, para que se incorpore a nuestro acervo constitucional el mandato que identifica la presunción de inocencia con la exigencia de que la culpabilidad del acusado resulte establecida más allá de toda duda razonable”. Y también: “La presunción de inocencia también es una regla con incidencia en el ámbito probatorio. Conforme a ella la prueba completa de la culpabilidad debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculcado si su culpabilidad no resulta suficientemente demostrada, es decir, no resulta probada más allá de toda duda razonable”.

Y, continuando nuestro razonamiento, si aceptamos que la presunción de inocencia, en el trance del juicio de acusación, prefiere el falso sobreseimiento sobre la falsa transformación o apertura de juicio oral, entonces el estándar de prueba para ese trance procesal, también por esta razón, no puede ser un estándar de mínimos. Debe ser superior, más riguroso.

Los tres tipos de argumentos —(i) basados en la literalidad de las normas, (ii) en su encaje sistemático y (iii) en su interpretación a la luz del principio de presunción de inocencia— nos conducen, todos ellos, a exigir, para el juicio de acusación, un estándar de prueba superior, más riguroso, que el estándar de mínimos defendido —como vimos más arriba— por alguna línea jurisprudencial. Al contrario, lo que procede, por todas esas razones, es un estándar más parecido al (más elevado) que requerían los AATS de 31 de julio de 2013 y 28 de abril de 2016 que tantas veces hemos citado. Recordemos que el primero de ellos nos decía que, para justificar la transformación, la hipótesis delictiva debía ser “... *al menos tan posible o fuerte como la contraria*”. Ahora bien, como formulación del estándar que buscamos para el juicio de acusación, ese umbral —digamos— del 50 % de probabilidad de la tesis acusatoria que se vislumbra en el ATS de 31 de julio de 2013 se antoja un tanto extravagante. En efecto, la idea de que, si las dos hipótesis enfrentadas en el trance del artículo 779.1 LECr, delictiva y no delictiva, *empatan en probabilidad*, entonces debe continuarse el procedimiento, parece (i), de un lado, extraña, por cuanto contempla como *caso base* ese empate entre tesis acusatoria y de defensa que recuerda más a una cierta aporía o imposibilidad de llegar a un entendimiento de lo sucedido (aun en el plano probabilístico) que a un estándar de prueba intuitivo o que nos acuda a la mente de forma natural en este hito procesal (en efecto, no parece que el juez de instrucción, de forma espontánea, esté pensando, como posición por defecto: veamos si las dos opciones empatan en probabilidad; sino más bien: veamos cuál de ellas es un poco más probable que la otra); y (ii), de otro lado, si el objetivo es respetar el impacto del principio y derecho a la presunción de inocencia en este trance, principio que —como hemos dicho— resuelve la duda a favor del investigado/acusado, parece que ese objetivo se colma mucho mejor con un estándar que sea “la hipótesis acusatoria debe ser, al menos, un poco más probable que la hipótesis de la defensa” que no con uno que sea “si las dos hipótesis empatan, entonces transformación” (algo que, parece, más bien resolvería la duda en perjuicio del investigado/acusado). Por todas estas razones, pensamos que resulta razonable requerir al juicio de acusación, al umbral del artículo 779.1 LECr, al dilema del juez de instrucción entre sobreseimiento y transformación, *un estándar de prueba que se identifique aproximadamente con el estándar anglosajón more likely than not; esto es, requerir a la hipótesis acusatoria (que justificaría la transformación) una probabilidad, al menos, un poco superior que la hipótesis contraria (la de inexistencia de delito, que justificaría el sobreseimiento)*. Esta sería, a nuestro juicio, la estación de llegada de nuestra búsqueda (con todo, y para terminar, añadimos a continuación tres ideas adicionales relacionadas con esta conclusión).

Otra de las ideas que lanzaba el ATS de 31 de julio de 2013 era la de *prosperabilidad* de la tesis acusatoria, como otra manera —entendemos nosotros— de enunciar ese estándar probatorio más elevado que el de mínimos que defendía el Alto Tribunal en esa resolución²⁷ para el juicio de

27 En palabras, que ya hemos citado más arriba, de ese ATS de 31 de julio de 2013: “... *ha de cancelarse el proceso cuando racionalmente quepa hacer un pronóstico fundado de inviabilidad de la condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta. Si tal bagaje se revela desde este momento como insuficiente para derrotar a la presunción de inocencia y, con igual juicio hipotético, no pueden imaginarse ni variaciones significativas ni introducción de nuevos materiales, procederá abortar ya el procedimiento en aras de esa finalidad complementaria de la preparatoria del juicio oral: evitar la celebración de juicios innecesarios [...]*”.

acusación. En resumen: según esta idea, el juez de instrucción, en el trance del juicio de acusación, deberá mirar al futuro, al plenario, y sopesar si el material probatorio recabado en la instrucción será capaz de derrotar a la presunción de inocencia (subrayamos esta parte), y, dependiendo de la respuesta (aun, como siempre, hipotética, probabilística), el órgano jurisdiccional decidirá entre sobreseimiento o transformación. Este test (o esta formulación del estándar de prueba) de prosperabilidad, presente en algunos ordenamientos de nuestro entorno para el juicio de acusación, también encontró mención en el Anteproyecto de LECr de 2020, que incluyó una causa de sobreseimiento específica para el caso de que “... *la acción penal sea manifiestamente improsperable*”²⁸. Pues bien, puestos a preguntarnos a qué se asemeja más esta idea de prosperabilidad como test para el juicio de acusación, si al estándar de mínimos o a nuestro propuesto estándar *more likely than not*, creemos que la respuesta debe decantarse por la segunda opción. En especial si, como sugiere el ATS de 31 de julio de 2013, y como subrayamos más arriba, ese juicio de prosperabilidad incluye también, aunque de forma atenuada o hipotética o futurible, enfrentar de algún modo el material recabado en la instrucción con la presunción de inocencia. Por tanto, también por esta razón, si se maneja la idea de prosperabilidad de la acción penal, el estándar que defendemos encaja mejor, creemos, que el de mínimos.

Diremos también, ya terminando, que, para que tengan algún sentido las reflexiones sobre la existencia de un estándar probatorio para el juicio de acusación, y de su eficacia posible, o más o menos realista, cualesquiera propuestas de estándar que se hagan —y la nuestra también— deben descansar en una peana insoslayable: la suficiente *motivación* (y de calidad) de la resolución que dicte el juez de instrucción (en cualesquiera de sus modalidades, ya sea de transformación, del artículo 779.1.4.^ª LECr o de sobreseimiento de los artículos 779.1.1.^ª, 637.1.^ª o 641.1.^ª LECr). Si les dábamos la razón, más arriba, a los intérpretes que subrayaban la dificultad inherente a controlar (por ejemplo, en vía de recurso) cualesquiera estándares de prueba teóricamente impuestos a los órganos jurisdiccionales, obvio es decir que esa dificultad deviene casi imposibilidad si la motivación exteriorizada por el juez en la resolución que dicte es deficiente o cercana a inexistente. Por tanto, el estándar sin motivación ni es controlable en absoluto ni sirve para perseguir los objetivos que nos hemos marcado (limitar la subjetividad o discrecionalidad del juez, garantizar el respeto de la presunción de inocencia, etc.). Si la reforma de la LECr por Ley 38/2002, de 24 de octubre, obligó al juez de instrucción, al dictar auto de transformación, a reseñar allí, al menos, “*la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan*” (para tratar de poner coto a la práctica de resoluciones estereotipadas, de fórmula, de un par de líneas, tan frecuentes antes de la reforma), se trata, a partir de ahí, de profundizar en ese vector de mejora de la calidad de la resolución, y pedir al juez de instrucción no solo que nos diga cuáles son los hechos a los que provisionalmente ha llegado, sino, al menos sucintamente, el razonamiento por el que ha llegado, y, en lo que ahora nos ocupa, por qué ese catálogo de hechos, aparentemente delictivos, presentan una probabilidad algo mayor que la tesis contraria (la de que no existe delito).

Aunque aquí también puede haber un cierto defecto *por exceso* (nos limitamos a dejarlo apuntado para finalizar). Es cierto que los autos de transformación estereotipados, de motivación escasa o deficiente, preocupan, porque no dejan ver si el juez de instrucción realmente ha apreciado la probabilidad que le pedimos al estándar del juicio de acusación (más probable que improbable),

28 Artículo 623.1 del Anteproyecto de LECr de 2020.

y nos llevan a pensar que tal vez esta probabilidad no exista. Pero junto con ese tipo de autos, telegráficos, que no explican la probabilidad que aprecian, a veces se da también el fenómeno contrario, en especial en procedimientos complejos de derecho penal económico: autos larguísimos (en ocasiones de centenares de páginas), muy prolijos, donde, al margen de su extensión (que no sería en sí mismo el problema), el juez de instrucción no solo afirma la presencia del tipo de probabilidad que hemos citado, sino una mucho más alta (con frases del tipo "*ha quedado acreditado que...*"), más propia del juicio oral y de la sentencia de condena. Ese defecto, por exceso, también es un problema, en este caso diferente: el riesgo aquí, no tanto jurídico como práctico, psicológico, es que ese tipo de juicios de valor, excesivos, puedan hasta cierto punto constituir un prejuicio en la práctica, un elemento que distorsione y/o presione a los órganos jurisdiccionales que tendrán un papel en instancias sucesivas del proceso. Por tanto, el dictado del auto de transformación, que nos ha ocupado durante este trabajo, requiere, como mínimo, apreciar una probabilidad tal de la hipótesis acusatoria que resulte algo más plausible que la hipótesis contraria, y esa conclusión debe ser explicada por el juez, ofreciendo una motivación suficiente, pero no debe tampoco caer ese juez de instrucción en la invocación de una probabilidad excesiva, rayana en la certeza, porque ese no es su papel, sino el de la sentencia tras el juicio.

Artículos

IMPLEMENTACIÓN DEL CHATGPT EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COLOMBIANA: MÁS DUDAS QUE CERTEZAS

Santiago Cruz y Felipe González

Asociado Principal y abogado, respectivamente, del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Colombia)

Implementación del ChatGPT en la administración de justicia colombiana: más dudas que certezas

En el primer trimestre de 2023, dos decisiones judiciales en Colombia tomaron relevancia por incorporar dentro de sus consideraciones interacciones con ChatGPT. Las dos decisiones generaron inquietudes acerca de si el objetivo de implementar el uso de las TIC en procesos judiciales podía considerarse materializado a través de este uso de los large language models. Estos casos propiciaron varias reflexiones sobre lo que debería ser un uso ético, técnico y responsable por parte de los operadores jurídicos de este tipo de herramientas. Este artículo hará una recapitulación de las decisiones mencionadas y planteará ciertas inquietudes acerca de lo que debería constituir un uso adecuado de herramientas como large language models en la administración de justicia en Colombia.

PALABRAS CLAVE:

ChatGPT, Inteligencia artificial, Tecnologías de la información y las comunicaciones, Colombia.

Colombian administration of justice's use of ChatGPT: more doubts than certainties

In the first quarter of 2023, two court decisions in Colombia became renowned because they included ChatGPT exchanges. The two decisions raised concerns about whether the purpose of using ICT in judicial proceedings could be considered achieved by using large language models. These cases led to reflections on how legal practitioners should use these tools in an ethical, technical and responsible way. This article analyses the court decisions and discusses how tools such as large language models should be used in the administration of justice in Colombia.

KEYWORDS:

ChatGPT, artificial intelligence (AI), information and communications technology (ICT), Colombia.

FECHA DE RECEPCIÓN: 25-4-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 22-4-2024

Cruz, Santiago; González, Felipe (2024). Implementación del ChatGPT en la administración de justicia colombiana: más dudas que certezas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 77-91 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

"En los últimos años, los avances en la inteligencia artificial han abierto una amplia gama de posibilidades en diferentes ámbitos de la sociedad. En particular, la implementación de sistemas de chatbot basados en el modelo de lenguaje GPT ha revolucionado la manera en que las empresas interactúan con sus clientes y los ciudadanos en general. Sin embargo, la aplicación de estas herramientas en el ámbito de la justicia ha sido un tema de debate debido a la complejidad y seriedad de las decisiones que se toman en este campo. En este artículo, se estudia la implementación del ChatGPT en la administración de justicia en Colombia, con el fin de evaluar su utilidad y efectividad en la toma de decisiones judiciales. Se examinarán las ventajas y limitaciones de la aplicación de esta tecnología en el contexto colombiano y se discutirán las implicaciones éticas y legales de su uso en la justicia. Los resultados de este estudio pueden ser útiles para los profesionales del derecho, los desarrolladores de tecnología y los responsables políticos que buscan mejorar la eficiencia y la calidad de la administración de justicia en Colombia.

Aclaración: La introducción anterior fue generada por mí, ChatGPT, un modelo de lenguaje artificial diseñado por OpenAI para procesar y producir texto. Como modelo de lenguaje, mi función es proporcionar información y respuestas basadas en el conocimiento y la información disponible en mi base de datos. Aunque mi capacidad para procesar lenguaje natural es avanzada, no tengo conciencia ni capacidad de comprensión fuera del ámbito de la información lingüística"¹.

La anterior transcripción corresponde al resultado de una interacción de los autores con ChatGPT en donde se insertó como texto la siguiente solicitud: *"Redacte la introducción de un artículo académico que tiene como título "Implementación del ChatGPT en la administración de justicia" en Colombia, y que estudia el uso del ChatGPT en decisiones judiciales"*. Sin la necesidad de proporcionar más información sobre el contenido del presente artículo, el ChatGPT proporcionó una introducción que resulta considerablemente próxima a lo que se pasará a exponer: un breve estudio sobre *"la implementación del ChatGPT en la administración de justicia en Colombia, con el fin de evaluar su utilidad y efectividad en la toma de decisiones judiciales"*.

Con ese propósito, luego de esta introducción se hará referencia al marco jurídico aplicable en Colombia al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la administración de justicia. Seguido a ello, se establecerá en qué consisten los *large language models* y se analizará si pueden ser tenidos como tecnologías de la información y las comunicaciones, aplicables a las herramientas que la Ley pretende sean implementadas para modernizar la administración de justicia, para luego detenerse específicamente en ChatGPT y en sus características. Habiendo

¹ <https://chat.openai.com/chat>.

sentado lo anterior, se hará referencia a dos decisiones judiciales de principios del año 2023 en las que los administradores de justicia en Colombia hicieron uso del ChatGPT, se analizarán las similitudes y diferencias entre uno y otro caso, así como si el uso que se hizo de ChatGPT puede ser tenido como un uso adecuado para efectos de una debida administración de justicia. Finalmente, se presentarán conclusiones y reflexiones.

2. El uso de la tecnología en los procesos judiciales

El 13 de junio de 2022 entró en vigencia la Ley 2213 (“Ley 2213”), que tiene por objeto la implementación del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (“TIC”) en actuaciones judiciales, entre otros. El antecedente más próximo de este propósito es el Decreto 806 de 2022 (“Decreto 806”), expedido por el Gobierno Nacional de Colombia en el marco de la pandemia de COVID-19 y con el fin de reestablecer la prestación del servicio de justicia y facilitar la realización de actuaciones virtuales.

A través del Decreto 806, el Gobierno implementó normas tendientes a agilizar los procesos y a permitir la participación de los interesados, en la búsqueda de reducir los índices de congestión judicial que se presentaban antes de la pandemia. No obstante, el Decreto 806 perdió vigencia en julio de 2022 y, a través de la Ley 2213, algunas de las disposiciones del Decreto 806 se volvieron legislación permanente.

Mediante la aplicación de la Ley 2213, los operadores judiciales podrían mejorar la consistencia de sus decisiones y tener un acceso expedito a precedentes judiciales mediante el uso de las TIC, entre otras cosas. No obstante, en ninguno de los antecedentes de la Ley 2213 ni en el contenido de la misma ley se explica lo que se entiende por TIC y qué herramientas o aplicaciones pueden ser consideradas como tal.

3. Los *large language models*: ¿TIC?

Los *large language models* (“LLM”) son redes de información que se entrenan con millones de datos en un idioma para ejecutar la predicción de palabras o frases. Algunos ejemplos más relevantes de LLM son GPT (*Generative Pre-trained Transformer*), Bert (*Bidirectional Encoder Representations from Transformers*) y Transformer XL. Estos LLM son usualmente aplicados en asistentes de voz, *chatbots*, traductores y análisis de información en redes sociales, entre otros.

Puede decirse que un LLM es un registro de las probabilidades de que las palabras aparezcan en contextos particulares en un cuerpo de información (“corpus”). Es un esquema probabilístico de predicción de palabras en un contexto específico. Esther Sánchez y Michael Gasser² simplifican el contexto técnico de los LLM con un ejemplo: téngase que el corpus de un determinado LLM fuese

2 SÁNCHEZ GARCÍA, E. y GASSER, M. (2021). El riesgo de los grandes modelos lingüísticos: convertirse en loros estocásticos. *Science for the People*, 24, 2. Disponible en <https://magazine.scienceforthepeople.org/vol24-2-dont-be-evil/el-riesgo-de-los-grandes-modelos-linguisticos/> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

el texto de Don Quijote de la Mancha. Como explican los autores, en este caso el LLM consultaría toda la obra y, con fundamento únicamente en ella, indicaría que la combinación de palabras de "el que no" es seguido con mayor frecuencia por las palabras *le*, *puede* y *sabe*, respectivamente.

De esta forma, un LLM construye oraciones partiendo de un corpus con el que fue entrenado y, como resultado, predice las palabras que probablemente siguen en la cadena de palabras.

Los LLM son entrenados con corpus grandes y de diversas fuentes de información, lo que les permite predecir y construir oraciones en varios contextos. Sin embargo, el uso de los LLM plantea preocupaciones sobre la veracidad, dificultad de verificar los resultados y de subjetividad de la información. Importantes empresas de tecnología como Microsoft, Meta y Alphabet han desarrollado LLM para diferentes propósitos:

- i. El 23 de marzo de 2016, Microsoft lanzó oficialmente Tay, un chatbox de inteligencia artificial diseñado para Twitter. Después de 16 horas de operación, durante las cuales hizo más de 96.000 publicaciones, Microsoft suspendió a Tay. Microsoft adujo que algunas interacciones resultaron inapropiadas debido a un "esfuerzo coordinado de algunos usuarios"³.
- ii. El 15 de noviembre de 2022, Meta lanzó un demo de LLM llamado Galáctica, diseñado para la investigación científica. Sin embargo, Galáctica solo estuvo operativo durante 72 horas. Los usuarios identificaron que la información presentada por el LLM era incorrecta, sin sentido o irreal, lo que motivó al cese de la operación⁴.
- iii. El 6 de febrero de 2023, Alphabet (Google) lanzó Brad, un demo del LLM experimental de conversación⁵. Sin embargo, durante el lanzamiento, Brad arrojó respuestas incorrectas o falsas a la información de entrada.
- iv. El 7 de febrero de 2023, Microsoft lanzó una versión preliminar del buscador Bing con inteligencia artificial. Sin embargo, después de varias interacciones, Microsoft decidió limitar el número de interacciones diarias que cada usuario podía realizar⁶.

Así las cosas, algunas de las empresas de tecnología más relevantes a nivel mundial han dedicado esfuerzos y recursos en la apuesta de desarrollar un LLM con el que las personas puedan interactuar en distintos contextos y para distintas finalidades. Y cada día son más las iniciativas de proyectos relacionados con el desarrollo de LLM. No obstante, la puesta en marcha de los LLM ha evidenciado una dificultad de lograr los fines propuestos, así como ha dejado en evidencia desafíos para una implementación adecuada.

3 BBC Mundo (2016). *Tay, la robot racista y xenófoba de Microsoft*, BBC News. Disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160325_tecnologia_microsoft_tay_bot_adolescente_inteligencia_artificial_racista_xenofoba_lb (consultado el 13 de diciembre de 2023).

4 Farrés, H. (2022). Meta retira su modelo de IA para ayudar a la ciencia: difundía bulos y era racista. *La Vanguardia*. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20221123/8618160/galactica-ia-meta-racista-bulos.html> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

5 EconoSus (2023). Google presenta a Bard, un nuevo servicio de Inteligencia Artificial al estilo Chat GPT. *Economía Sostenible*. Disponible en <https://economiasustentable.com/noticias/google-presenta-a-bard-un-nuevo-servicio-de-inteligencia-artificial-al-estilo-chat-gpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

6 Leswing, K. (2023). Microsoft's Bing A.I. is producing creepy conversations with users. *CNBC*. Disponible en <https://www.cnbc.com/2023/02/16/microsofts-bing-ai-is-leading-to-creepy-experiences-for-users.html> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

Sin perjuicio de lo anterior, en los últimos meses ha tomado particular relevancia un LLM conocido como ChatGPT y que ha sido utilizado en contextos de toda índole. Incluso algunas autoridades judiciales en Colombia han acudido a ChatGPT para sustentar sus decisiones.

4. ChatGPT como un LLM

El ChatGPT es una especie de LLM en *chatbot* desarrollado por OpenAI que entró en operación el 30 de noviembre de 2022. Fue entrenado utilizando *Reinforcement Learning from Human Feedback*: los “*humanos entrenadores*” de inteligencia artificial proporcionaron conversaciones en las que simulaban tanto al usuario como al modelo de lenguaje, en interacciones que unificaban formatos de respuestas⁷. Posteriormente, los entrenadores mezclaron estas contribuciones con los datos de InstructGPT para convertir toda la información en un formato de diálogo natural⁸. Esta es una de las razones por las que ChatGPT es un LLM reconocido por generar interacciones con una naturalidad que se asemeja a lo humano.

ChatGPT está basado en un modelo que predice la palabra más probable en una secuencia de palabras en un contexto determinado. Sin embargo, hay varios puntos de preocupación sobre la aplicación y resultados que puede generar. Los resultados generados por ChatGPT, como cualquier otro LLM, son fortuitos. Lo anterior significa que no produce afirmaciones veraces ni que puedan tomarse como axiomas, solo estructura una frase basada en probabilidades de lo que conoce (es decir, su corpus). Sin embargo, el carácter fortuito del resultado de las interacciones no significa que las frases generadas no tengan apariencia de buena estructura, redacción o que suenen convincentes. Lo que es cierto es que es difícil verificar la veracidad de las afirmaciones generadas.

A simple vista, la configuración del ChatGPT permite identificar varios puntos de preocupación sobre su aplicación y los resultados que puede generar, particularmente en lo que tiene que ver con su uso por parte de administradores de justicia:

- i. *ChatGPT genera resultados aleatorios.* Los LLM están entrenados para producir cadenas de palabras basadas en las probabilidades de ocurrencia en el cuerpo de información que se le alimenta. Esto significa que ChatGPT no siempre genera frases que corresponden a la verdad. Sin embargo, es posible que ChatGPT produzca respuestas o interacciones que estén bien estructuradas o que suenen convincentes, pero esto dependerá de la información que se le proporcione. El reto recae en la dificultad de verificar la veracidad de las afirmaciones que produce.

Sobre este punto, OpenAI reconoce que ChatGPT a veces genera respuestas que suenan plausibles, pero que son incorrectas o sin sentido⁹. Esto ha sido reiterado por el CEO de OpenAI, Sam Altman, quien ha dicho que en la actualidad es un error confiar en ChatGPT

7 OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

8 OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

9 OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

para cualquier asunto importante, ya que hay mucho trabajo por hacer en términos de robustez y veracidad¹⁰.

Es importante tener en cuenta que limitar el entrenamiento o las respuestas de ChatGPT para garantizar la corrección y veracidad de las interacciones limitaría su alcance y aplicación, haciéndolo vulnerable a otros competidores. La supervisión y entrenamiento humano limitaría las respuestas al conocimiento del humano supervisor y no a toda la información que conoce ChatGPT¹¹.

- ii. *ChatGPT no genera respuestas uniformes.* El modelo de predicción de texto varía sus respuestas dependiendo del contexto, redacción y otros aspectos relevantes. Por lo tanto, es posible obtener respuestas distintas a una misma pregunta. Sobre este punto, OpenAI afirma que ChatGPT es sensible a los cambios en la redacción de la pregunta o a intentar la misma consulta varias veces, ya que puede dar respuestas diferentes en cada caso¹².
- iii. *ChatGPT no determina la veracidad o moralidad de sus respuestas.* La calidad de las respuestas depende de la información que hace parte del modelo. El corpus del ChatGPT puede contener subjetividades y malas intenciones¹³, por lo que es importante tener en cuenta la fuente y la calidad de los datos que se utilizan.
- iv. ChatGPT se anuncia como un modelo basado en "*billones de parámetros*". Esto no garantiza la calidad de la información que utiliza. OpenAI no informa exactamente qué tipo de información fue alimentada al modelo y si esta fue o no sometida a exámenes de veracidad. Por ejemplo, no es lo mismo un LLM alimentado por información de ensayos y publicaciones académicas, fallos y sentencias judiciales en firme que un LLM alimentado por *blogs* de opinión sin restricción de aportes. En resumen, la calidad de las respuestas del ChatGPT depende del tipo de información que hace parte del corpus.
- v. *ChatGPT reutiliza y predice frases de manera repetida.* Por ejemplo, Open IA reconoce que el ChatGPT utiliza numerosas veces la afirmación de que es un LLM entrenado por Open IA¹⁴. Esta limitación se debe a que los entrenadores y los usuarios prefieren respuestas completas y largas que incluyan más información. OpenAI explica que estas limitaciones se deben a los (i) sesgos en los datos de entrenamiento, donde los entrenadores prefieren respuestas más largas y detalladas que parezcan más completas, y (ii) problemas técnicos de sobreoptimización¹⁵.
- vi. *ChatGPT intenta dar respuesta a todas las interacciones, así no tenga suficiente información.* OpenAI afirma que, en lugar de manifestar que no tiene información suficiente para

10 Altman, S. (2022). <https://twitter.com/sama/status/1601731295792414720?lang=es> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

11 OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

12 OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

13 OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

14 OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

15 OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

dar respuesta a una interacción, ChatGPT generalmente intenta adivinar lo que el usuario quiere decir¹⁶.

- vii. *ChatGPT puede generar interacciones y respuestas inapropiadas.* OpenAI manifiesta que ha realizado esfuerzos para que el modelo rechace interacciones inapropiadas¹⁷. Sin embargo, las interacciones prolongadas y descontextualizadas pueden llevar a la generación de falsas respuestas. Para mitigar esto, OpenAI anuncia que utiliza la Moderation API para detectar y bloquear ciertos tipos de contenido inseguro, pero se espera que tenga algunos falsos negativos y positivos por ahora¹⁸.
- viii. *OpenAI no explica cuál es el proceso de revisión de los reportes presentados por los usuarios.* Aunque ChatGPT permite que los usuarios reporten cualquier información errónea generada por el ChatGPT, OpenAI no proporciona información sobre cómo se manejan estos comentarios. No es posible confirmar quién determina si un error es suficiente para volver a entrenar el sistema o cómo se valida la información.

Sin embargo, el uso continuo del ChatGPT contribuye a su constante entrenamiento, tanto de manera positiva como negativa. OpenAI ha declarado su interés en recopilar comentarios de los usuarios para mejorar el sistema en curso¹⁹, pero no es posible hacer seguimiento al trámite de esos comentarios.

Habiendo analizado algunas de las limitaciones de ChatGPT, a continuación se estudiarán algunos casos en Colombia, donde la autoridad judicial ha incluido interacciones —y dejado registro de ellas— con el ChatGPT para sustentar su decisión.

5. Uso del ChatGPT en providencias proferidas por autoridades judiciales en Colombia

En el primer trimestre de 2023, dos autoridades judiciales colombianas profirieron sendas decisiones que incorporaron dentro de sus consideraciones interacciones con ChatGPT²⁰. Estas decisiones atrajeron atención mediática a nivel nacional²¹ e internacional²². El hecho de que las decisiones fuesen proferidas por autoridades judiciales de diferente rango jerárquico, en diferentes jurisdicciones y en procesos de diferente naturaleza, recalca cómo este tipo de LLM ya ha irrumpido en

16 OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

17 OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

18 OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

19 OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

20 Es posible que, entre las fechas de investigación, redacción y publicación de este artículo, se hayan presentado desarrollos, novedades o nuevos casos de relevancia que no fueron posibles de ser analizados. Para estos efectos, téngase como fecha de última actualización el mes de marzo de 2023.

21 El Tiempo (2023). ChatGPT: primera sentencia que se hizo con inteligencia artificial en Colombia. Disponible en <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/juez-de-cartagena-uso-chatgpt-en-sentencia-de-tutela-739042> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

22 CBS News (2023). Colombian judge uses ChatGPT in ruling on child's medical rights case. Disponible en <https://www.cbsnews.com/news/colombian-judge-uses-chatgpt-in-ruling-on-childs-medical-rights-case/> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

la administración de justicia en Colombia. A continuación se hace un breve resumen de los antecedentes de ambos casos:

5.1. ChatGPT para “extender” los argumentos de un fallo de tutela

El primer caso es un fallo de 30 de enero de 2023. En esta providencia, un juez resolvió un recurso de impugnación contra un fallo de tutela²³ y recurrió al ChatGPT para consultar algunos apartes del problema jurídico y así “extender” los argumentos de su decisión.

Los hechos del caso involucraban a un menor de edad diagnosticado con trastorno de espectro autista que interpuso una acción de tutela contra una entidad promotora de salud (“EPS”) para eximirse del pago de cuotas moderadoras para su tratamiento médico. El juzgado de primera instancia concedió la tutela basándose en una sentencia de la Corte Constitucional. La EPS impugnó la decisión.

Al resolver el recurso, el juez de segunda instancia identificó como problema jurídico: *“¿El menor SALVADOR ESPITIA CHAVEZ conforme a la patología que presenta “TRASTORNO DE ESPECTRO AUTISTA” y en atención a la situación económica que relata su madre (...), está obligado a sufragar gastos de copagos y cuotas moderadoras?”*²⁴.

El juez encontró que la respuesta a esa pregunta era negativa y que, por ende, debía confirmar la decisión impugnada. Como fundamento para esta decisión, el juzgado se basó en una jurisprudencia de la Corte Constitucional y encontró que, dentro del trámite procesal, la parte accionante había acreditado el diagnóstico del menor y que la EPS no había acreditado la solvencia económica del accionante para sufragar los gastos del tratamiento.

Argumentando la aplicación de la Ley 2213, el juzgado de segunda instancia decidió “extender los argumentos de la decisión” mediante la implementación del uso de la inteligencia artificial. En este sentido, decidió “incluir apartes del problema jurídico planteado” como interacción con el ChatGPT. Esta fue la interacción incluida en la providencia:

23 La acción de tutela ha sido definida por la Corte Constitucional de Colombia como “un mecanismo de defensa judicial al cual puede acudir toda persona para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale la ley”. Sentencia C-483 de 2008. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-483-08.htm> (consultado el 30 de marzo de 2023).

24 Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena. Sentencia No. 032 del 30 de enero de 2023. Radicado No. 13001410500420220045901.

Pregunta	Respuesta ChatGPT
"¿Menor autista esta exonerado de pagar cuotas moderadoras en sus terapias?"	"Sí, es correcto. De acuerdo con la normativa en Colombia, los menores con diagnóstico de autismo están exonerados de pagar cuotas moderadoras en sus terapias. Este beneficio (sic) está regulado por la Ley 1753 de 2015 y se aplica a todas las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas que reciban recursos del sistema general de seguridad social en salud".
"¿Las acciones de tutela en estos casos se deben conceder?"	"En caso de que una institución prestadora de servicios de salud no cumpla con la exoneración de cuotas moderadoras para un menor con diagnóstico de autismo, la persona o sus representantes legales pueden presentar una acción de tutela para proteger sus derechos. La tutela es un mecanismo judicial rápido y eficaz para proteger derechos fundamentales que se ven vulnerados. Si se demuestra que el derecho a la salud del menor con autismo está siendo afectado por la exigencia de pagar cuotas moderadoras, es probable que la acción de tutela sea concedida y se ordene a la institución prestadora de servicios de salud cumplir con la exoneración. Sin embargo, cada caso es único y la decisión final depende de los hechos y circunstancias específicas del caso".
"¿Exigir en estos casos la cuota moderadora es una barrera de acceso al servicio de salud?"	"Sí, en algunos casos, la exigencia de pagar cuotas moderadoras puede ser una barrera de acceso al servicio de salud para personas con diagnóstico de autismo, especialmente si tienen dificultades para obtener ingresos o si su situación económica es precaria. La exigencia de pagar cuotas moderadoras puede impedir o dificultar el acceso a tratamientos y terapias esenciales para el bienestar y desarrollo de los niños con autismo. Por esta razón, la normativa en Colombia exige a los menores con diagnóstico de autismo de pagar cuotas moderadoras en sus terapias, con el objetivo de garantizar el acceso a estos servicios de salud esenciales sin obstáculos financieros".
"¿La jurisprudencia de la corte constitucional ha tomado decisiones favorables en casos similares?"	"Sí, es cierto. La Corte Constitucional de Colombia ha tomado decisiones favorables en casos similares relacionados con la exoneración de cuotas moderadoras para personas con diagnóstico de autismo. La jurisprudencia ha reconocido la importancia de garantizar el acceso a servicios de salud esenciales para las personas con autismo, y ha sostenido que la exigencia de pagar cuotas moderadoras puede ser una barrera de acceso a estos servicios. La jurisprudencia de la Corte Constitucional es una fuente importante para interpretar y aplicar la Constitución y las leyes en Colombia, y sus decisiones son vinculantes para todas las autoridades y entidades públicas del país. Por lo tanto, las decisiones favorables en casos similares pueden ser útiles como precedente para otros casos en los que se debata la exigencia de pagar cuotas moderadoras para personas con diagnóstico de autismo".

El juzgado decidió "adicionar" el texto producido de la interacción con el ChatGPT a "título de iniciativa que permita dar celeridad a la resolución de los asuntos de tutela". Esta decisión constituye quizás el primer registro en Colombia donde un juez manifiesta haber utilizado el ChatGPT para fundamentar una decisión en un litigio.

De la interacción entre el juez y el ChatGPT en este caso surgen varias inquietudes:

- i. *Ambigüedad de las preguntas.* Las preguntas del juzgado no fueron suficientemente precisas ni claras. Por ejemplo, en cuanto a la cuarta pregunta, no es claro a cuál "*Corte Constitucional*" se hizo referencia ni cuáles son los parámetros para considerar una decisión como "*favorable*". Es importante tener en cuenta que OpenAI ha reconocido que el ChatGPT genera respuestas a las interacciones con los usuarios, incluso cuando la información es ambigua o insuficiente para dar una respuesta válida.
- ii. *Descontextualización de la cadena de interacciones.* Las preguntas son ambiguas para efectos de determinar el contexto en el que se acudió al ChatGPT. En la segunda y tercera pregunta, el juez hizo referencia a "*estos casos*", pero no es claro a cuáles se refería. Todo parece indicar que hubo una interacción anterior que no fue transcrita en el fallo. Por ejemplo, la respuesta a la segunda pregunta proporciona información detallada sobre instituciones prestadoras de servicios de salud, menores con diagnóstico de autismo, acción de tutela, entre otros temas mencionados por el juez. Es importante tener en cuenta que los LLM tienen la capacidad de conectar y contextualizar preguntas realizadas en un mismo chat, lo que permite a los usuarios hacer preguntas de seguimiento en una cadena de interacciones.
- iii. *Ambigüedad de las respuestas.* Las respuestas de ChatGPT a las preguntas son ambiguas y difícilmente pueden ser un criterio para adoptar una decisión judicial. Expresiones como "*es probable*", "*sin embargo, cada caso es único*", "*en algunos casos*", "*puede*" y "*pueden*" son inherentemente condicionales.
- iv. *No se indican las fuentes de información.* El ChatGPT no indica las fuentes de información en las que se basa para responder a las preguntas. Las preguntas se formulan para obtener contexto en "*estos casos*" o "*en casos similares*", e incluso se hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero ninguna respuesta indica una providencia específica en la que se pueda verificar y contrastar la información.
- v. Es importante tener en cuenta que OpenAI ha afirmado que el ChatGPT puede generar interacciones que suenan plausibles, pero que pueden no considerarse veraces²⁵, sino predicciones basadas en el corpus de información entrenada.
- vi. *Incorrecta citación de las fuentes de información.* El ChatGPT afirma que el beneficio de exoneración de pago de cuotas moderadoras está regulado por la Ley 1753 de 2015, pero no especifica qué artículo o norma jurídica en particular. La Ley en cuestión es el Plan Nacional de Desarrollo de 2014 a 2018, que no regula la materia. Ni ChatGPT ni el juzgado explicaron por qué la Ley 1753 de 2015 sería aplicable al caso concreto.

Estas inquietudes deben servir como punto de partida en las discusiones que se tengan sobre la utilidad y posibilidad de incluir interacciones con el ChatGPT en las decisiones judiciales. La constante evolución de la tecnología y en partículas de los LLM puede dar respuesta a estas reflexiones,

25 OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

pero, hasta que así sea, los operadores jurídicos tienen el deber de realizar un análisis metódico sobre las interacciones que sean incluidas en las distintas actuaciones judiciales.

5.2. ChatGPT para “mayor comprensión” de conceptos del metaverso

En el segundo caso, una autoridad judicial aceptó la solicitud de las partes de celebrar una audiencia en el metaverso. Al momento de tomar la decisión, la magistrada ponente (“MP”) utilizó el ChatGPT para explicar conceptos relacionados con el metaverso. La MP consideró que el uso de las TIC debe ser “responsable” y no debe reemplazar el análisis riguroso de cada caso por parte del juez. Así las cosas, la MP se apoyó en el ChatGPT para obtener una “mayor comprensión de algunos conceptos sobre el metaverso”, ya que encontró que este es un LLM “popular entre la comunidad”.

En particular, la MP realizó las siguientes consultas al ChatGPT sobre algunos conceptos relacionados con el metaverso:

Pregunta	Respuesta ChatGPT
“¿Qué es un avatar?”	<p>“Un avatar es un personaje virtual que representa a un usuario en línea. Se utiliza en entornos en línea como videojuegos, redes sociales, chats y otros entornos virtuales. Un avatar puede tener forma humana, animal o una forma abstracta, y puede ser personalizado con características específicas, como apariencia, personalidad, habilidades y objetos. Los avatares se utilizan como una forma de identificación y de expresión personal en el mundo virtual.</p> <p>En el contexto del metaverso (sic), un avatar es un personaje virtual que permite a un usuario explorar y interactuar (sic) con el mundo virtual. Los avatares en el metaverso (sic) pueden ser muy detallados y realistas, y permiten a los usuarios tener experiencias en línea más inmersivas y realistas (sic)”.</p>
“¿Cuál es el método más efectivo para verificar la autenticidad de quienes se conectan a una reunión y/o audiencia virtual?”	<p>“Hay varios métodos que se pueden utilizar para verificar la autenticidad de los participantes en una reunión o audiencia virtual, pero la efectividad de cada método depende de varios factores, como la sensibilidad de la información que se discute y los recursos disponibles.</p> <p>Algunos métodos comúnmente utilizados incluyen:</p> <p>[...]</p> <p>Es importante tener en cuenta que ningún método de verificación es 100% seguro y que se deben implementar múltiples capas de seguridad para garantizar la confidencialidad y la integridad de la información en una audiencia virtual (sic)”.</p>
“¿Método de verificación de autenticidad de un avatar en el metaverso?”	<p>“Hay varios métodos que se pueden utilizar para verificar la autenticidad de los avatares en el metaverso (sic), pero la efectividad de cada método depende de varios factores, como la sensibilidad de la información que se discute y los recursos disponibles. Algunos métodos comúnmente utilizados incluyen:</p> <p>[...]</p> <p>Es importante tener en cuenta que ningún método de verificación es 100% seguro y que se deben implementar múltiples capas de seguridad para garantizar la confidencialidad y la integridad de la información en el metaverso (sic)”.</p>

La MP estableció las reglas para la audiencia en el metaverso basándose en las respuestas recibidas. Este caso tuvo un alto vuelo mediático porque quizás fue la primera vez en el mundo²⁶ en que se celebró una audiencia judicial en el metaverso. Para los efectos de este artículo, esta fue la segunda decisión judicial conocida en Colombia, en menos de dos semanas, en la que una autoridad judicial incorporó la interacción con el ChatGPT en el fundamento para la toma de una decisión.

La MP utilizó el ChatGPT como un apoyo para “*mayor comprensión*” de los conceptos técnicos relacionados con el metaverso y fundamentó su decisión de acceder a la convocatoria de una audiencia judicial a través de esta plataforma, estableciendo las reglas de la diligencia con base en las respuestas generadas por el ChatGPT.

5.3. Similitudes entre los casos objeto de estudio en cuanto al uso del ChatGPT

En ambos casos, las autoridades judiciales colombianas incorporaron en la parte motiva de la decisión las interacciones con el ChatGPT. Sin embargo, ninguna de las autoridades judiciales justificó por qué decidieron usar este LLM en particular y no otro. De igual forma, ninguno de los operadores judiciales indicó si verificaron la información proporcionada por el LLM. Estas circunstancias dejan lugar a duda sobre las razones que llevaron a considerar pertinente el uso del ChatGPT.

Si bien ambos jueces manifestaron la iniciativa de acudir al ChatGPT como una propuesta de implementación de las TIC, en ninguna de las decisiones se desarrolló un ejercicio explicativo sobre el uso de la plataforma, que permitiese a los interesados tener mayor comprensión sobre la metodología aplicada y las facilidades y dificultades evidenciadas al momento de hacer uso práctico del LLM. La ausencia de esta información impide estudiar si cada operador judicial implementó el ChatGPT de distinta manera, y menos realizar un análisis de cuál sería el uso del LLM más conveniente para las actuaciones judiciales.

No obstante lo anterior, en ambas decisiones los jueces expresaron que el uso de ChatGPT no releva al operador jurídico de su deber de analizar cada caso y tomar su propia decisión.

5.4. Diferencias entre el uso del ChatGPT entre los casos objeto de estudio

- i. En el fallo de tutela, el juez resolvió “*extender los argumentos*” de la decisión acudiendo al ChatGPT conforme a la inteligencia artificial. En el auto que convocó a la audiencia en el metaverso, la MP se apoyó en la inteligencia artificial para “*mayor comprensión de algunos conceptos del metaverso*”.

26 BELLO, C. (2023). Future of justice: Colombia makes history by hosting its first-ever court hearing in the metaverse. Disponible en <https://www.euronews.com/next/2023/03/01/future-of-justice-colombia-makes-history-by-hosting-its-first-ever-court-hearing-in-the-me> (consultado el 13 de diciembre de 2023).

- ii. En el fallo de tutela, el juez utilizó el ChatGPT mediante la inclusión de "*aportes del problema jurídico*". En el auto que convocó a la audiencia en el metaverso, la MP consultó sobre algunos conceptos y los métodos válidos para verificar la autenticidad de los participantes.
- iii. En el fallo de tutela, el juez realizó preguntas que requieren conocimiento del derecho y las fuentes auxiliares aplicables y vigentes en Colombia. En el auto que convocó a la audiencia en el metaverso, la MP realizó preguntas para entender conceptos relacionados con las TIC.

Los casos objeto de estudio son una oportunidad para los operadores jurídicos de extraer reflexiones que contribuyan a la inevitable discusión sobre la irrupción de la inteligencia artificial en la práctica jurídica en general y en las actuaciones judiciales en particular. La implementación de los LLM en la práctica jurídica permite identificar varios aspectos a celebrar e incentivar y otros a considerar para evitar efectos perjudiciales a una recta administración de justicia.

6. Reflexiones

Sin ánimos de ser exhaustivos en los comentarios que pueden surgir a partir del estudio de los LLM en los procesos judiciales, a continuación se presentan algunas reflexiones relevantes y que buscan aportar al debate de la implementación del uso de las TIC.

En primer lugar, surgen serias dudas acerca de si los LLM encajarían en el concepto de "TIC" que la Ley 2213 tiene como objeto de incentivar e implementar en los procesos judiciales. Uno de los objetos de la Ley 2213, consistente en "*implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales*", no tiene regulación adicional en el orden jurídico colombiano que permita entender su alcance. Como consecuencia de la pandemia, las TIC fueron implementadas en los procesos judiciales para garantizar las actuaciones de los interesados en la administración de la justicia. Los mensajes de datos y plataformas de videollamadas, entre otros, fueron especies de TIC que materializaron esa finalidad. No obstante, no es del todo claro si el uso de los LLM en las partes motivas de las decisiones judiciales persigue esa finalidad y, si en caso de hacerlo, ello está dentro de lo que la Ley pretende que sea un uso adecuado de las TIC.

En segundo lugar, y en contracara a la reflexión inmediatamente anterior, no se ven razones de peso para que se prohíba el uso de LLM en procesos judiciales. Los retos derivados de los LLM no deben desincentivar su implementación y aplicación en actividades que así lo ameriten. No puede perderse de vista que los LLM son un modelo predictivo y no informativo. La mayoría de los LLM no tienen aún capacidad valorativa de la calidad de la información, las fuentes o la incidencia moral o ética de las interacciones que genera. Las ventajas derivadas del uso de los LLM deben por lo menos ser tenidas en cuenta al momento de tomar decisiones sobre modificaciones al régimen procesal. El uso adecuado y consciente de LLM puede incidir en la elaboración más eficiente, celer y uniforme de decisiones, memoriales y otros actos procesales.

Para lo anterior, el Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de sus funciones, debería regular y controlar el uso de los modelos de lenguaje para un uso uniforme y responsable por parte

de los operadores judiciales. En todo caso, la regulación debe tener en cuenta los principios de neutralidad tecnológica, equivalencia funcional, inalterabilidad del derecho preexistente, no discriminación y de buena fe, entre otros. Estos principios jurídicos de las TIC han sido desarrollados por la doctrina²⁷ e incluidos en algunas leyes²⁸.

En tercer lugar, un uso adecuado de los LLM debería implicar que el operador judicial se someta a un escrutinio de fondo de las premisas y afirmaciones generadas. La concepción sobre la inteligencia artificial no puede resultar en tomar como ciertas todas las conclusiones que arrojen los LLM, aún más cuando son el resultado de ejercicios predictivos sobre determinada información que no es sometida a procesos de verificación. No puede perderse de vista que los LLM usualmente no indican las fuentes de información en las que se basan al momento de interactuar con los usuarios.

En cuarto lugar, actualmente hay un riesgo de que los sujetos procesales o los terceros intervinientes acudan a los LLM sin informar o manifestarlo. En caso de decisiones judiciales, es posible preguntarse si esto generaría alguna causal de nulidad o vicio en la decisión.

Finalmente, aún está por desentrañarse cuál sería la naturaleza jurídica o el régimen aplicable al uso del ChatGPT: ¿es un medio de prueba, un alegato de un tercero o una fuente de derecho?

Las anteriores reflexiones sobre el uso de los LLM en las actuaciones judiciales son solo el comienzo de un debate que es urgente tener en el futuro inmediato. La irrupción de nuevas herramientas obliga a los operadores jurídicos a mantenerse actualizados y al tanto de las ventajas y retos del desarrollo tecnológico, sin dejar a un lado valoraciones críticas basadas en la experiencia y la racionalidad. La administración de justicia puede verse beneficiada por la implementación de las TIC en las actuaciones judiciales, pero en todo caso ese uso debe ser responsable y deben prevalecer los derechos de los usuarios de la administración de justicia.

27 Véase, entre otros, RINCÓN CÁRDENAS, E. (2020). *Derecho del comercio electrónico y de internet*. Tirant lo Blanch, Valencia.

28 Véase Congreso de la República. Ley 527 de 1997.

Bibliografía

BBC Mundo (2016). Tay, la robot racista y xenófoba de Microsoft. *BBC News*, 2016. Disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160325_tecnologia_microsoft_tay_bot_adolescente_inteligencia_artificial_racista_xenofoba_lb.

BELLO, Camille (2023). Future of justice: Colombia makes history by hosting its first-ever court hearing in the metaverse. *Euro News*. Disponible en <https://www.euronews.com/next/2023/03/01/future-of-justice-colombia-makes-history-by-hosting-its-first-ever-court-hearing-in-the-me>.

CBS News (2023). Colombian judge uses ChatGPT in ruling on child's medical rights case, *CBS News*. Disponible en <https://www.cbsnews.com/news/colombian-judge-uses-chatgpt-in-ruling-on-childs-medical-rights-case/>.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-483 del 15 de mayo de 2008. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

EconoSus (2023). Google presenta a Bard, un nuevo servicio de Inteligencia Artificial al estilo Chat GPT, *Economía Sostenible*. Disponible en <https://economiasustentable.com/noticias/google-presenta-a-bard-un-nuevo-servicio-de-inteligencia-artificial-al-estilo-chat-gpt>.

FARRÉS, Héctor (2022). Meta retira su modelo de IA para ayudar a la ciencia: difundía bulos y era racista. *La Vanguardia*. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20221123/8618160/galactica-ia-meta-racista-bulos.html>.

Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena. Sentencia No. 032 del 30 de enero de 2023. Radicado No. 13001410500420220045901.

LESWING, Kif (2023). Microsoft's Bing A.I. is producing creepy conversations with users. *CNBC*. Disponible en <https://www.cnbc.com/2023/02/16/microsofts-bing-ai-is-leading-to-creepy-experiences-for-users.html>.

OpenAI (2023). *Introducing ChatGPT*. Disponible en <https://openai.com/blog/chatgpt>.

ORTIZ, María Isabel (2023). ChatGPT: primera sentencia que se hizo con inteligencia artificial en Colombia. *El Tiempo*. Disponible en <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/juez-de-cartagena-uso-chatgpt-en-sentencia-de-tutela-739042>.

RINCÓN CÁRDENAS, Erick (2020). *Derecho del comercio electrónico y de internet*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia.

SÁNCHEZ GARCÍA, Esther y GASSER, Michael (2021). El riesgo de los grandes modelos lingüísticos: convertirse en loros estocásticos. *Science for the People*, volumen 24, número 2. Disponible en <https://magazine.scienceforthepeople.org/vol24-2-dont-be-evil/el-riesgo-de-los-grandes-modelos-linguisticos/>.

Tribunal Administrativo de Magdalena. M.P.: María Victoria Quiñones Triana. Auto del 10 de febrero de 2023. Radicado No. 47001233300020200001400.

TITULARIZAÇÃO SINTÉTICA DE CRÉDITOS BANCÁRIOS COM RECURSO A GARANTIAS

Diogo Zambujo e Hélder Frias

Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez - Proença de Carvalho (Lisboa)

Titularização de créditos bancários com recurso a garantias

O Regulamento (UE) n.º 2017/2402 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2017, que estabelece um regime geral para a titularização esclarece no artigo 2.º, n.º 10 que uma “titularização sintética” é caracterizada por uma “transferência do risco pela utilização de derivados de crédito ou garantias e em que as posições em risco objeto de titularização continuam a ser assumidas pelo cedente”.

O presente artigo explora a estruturação de operações de titularização sintética com o recurso a contratos de garantia para obter a proteção de crédito relevante. São analisadas as estruturas habituais na prática de mercado europeia e o seu interesse e vantagens para as instituições bancárias que atuam como originadores, bem como a sua integração e coordenação com o ordenamento jurídico português.

PALAVRAS CHAVE:

Titularização, Titularização sintética, Risco de crédito, Tranches, Garantias, Seguros financeiros, Garantias financeiras, Close-out-netting, Instituições de crédito, Bancos.

Synthetic securitisation of banking credits using guarantees

Article 2(10) of Regulation (EU) 2017/2402 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017 laying down a general legal framework for securitisation, states that “synthetic securitisation’ means a securitisation where the transfer of risk is achieved by the use of credit derivatives or guarantees, and the exposures being securitised remain exposures of the originator.”

This article explores the structuring of synthetic securitisations where risk is transferred by using guarantees that enable the originator to obtain the necessary credit protection. We analyse the most common structures that players in the European market use and the interest and benefits deriving from them for banking institutions acting as originators, as well as how they are implemented and organised in the Portuguese legal system.

KEYWORDS:

Securitisation, synthetic securitisation, credit risk, tranches, guarantees, financial insurance, financial collateral, close-out-netting, credit institutions, banks.

FECHA DE RECEPCIÓN: 19-4-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23-4-2024

Zambujo, Diogo; Frias, Hélder (2024). Titularização de créditos bancários com recurso a garantias. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 92-101 (ISSN: 1578-956X).

1. Introdução

Não existindo pretensões de proceder a uma análise exaustiva do regime das titularizações de créditos sintética nem do regime do penhor financeiro, o presente artigo visa consolidar alguns aspetos de ordem prática e técnica relativamente à titularização sintética de créditos bancários com recurso a garantias.

Apesar da crescente inovação no mercado internacional das titularizações, em particular, das titularizações sintéticas, este instrumento tem sido alvo de um tímido acolhimento no nosso ordenamento jurídico.

Tradicionalmente, tem-se entendido que a titularização sintética é uma “*operação mediante a qual o risco inerente a determinados ativos (carteira de referência) detidos por determinada entidade (originador), é “incorporado” em valores mobiliários (titularização) e, subsequentemente, transmitido para o mercado de capitais através da respetiva aquisição pelos investidores*”¹. Este entendimento clássico pressupõe que, para a existência de uma titularização sintética (ou tradicional) seja necessário proceder a uma “transformação” da carteira referência em valores mobiliários negociáveis. Com efeito, é de acordo com este pressuposto que a globalidade das operações de titularização sintética em Portugal se têm estruturado (neste caso com recurso à contratualização de *Credit Default Swaps*), bem como a grande maioria das operações deste tipo no mercado europeu.

De facto, partindo deste pressuposto e considerando a experiência portuguesa, as operações de titularização estruturadas em Portugal, quer do tipo tradicional, quer do tipo sintético apresentam um elevado nível de complexidade (uma vez que englobam várias etapas, partes, negócios jurídicos, considerações regulatórias variadas e formalidades), custos e morosidade que, no seu conjunto, funcionam como verdadeiras barreiras à multiplicação e ao desenvolvimento deste tipo de operações no mercado português.

No entanto, o Regulamento (UE) n.º 2017/2402 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2017, conforme alterado (o “Regulamento 2017/2402”), esclarece, afinal, no artigo 2.º que a “titularização” é:

1 CAMPOS, Ana Rita Almeida (2005). Titularização de Créditos – Algumas Notas Sobre Titularização Sintética. *Revista da Banca*, n.º 60, Julho/Dezembro 2005, pp. 77-78.

“uma operação ou mecanismo através do qual o risco de crédito associado a uma posição ou a um conjunto de posições em risco é dividido em tranches, e que apresenta todas as seguintes características: (a) os pagamentos relativos à operação ou ao mecanismo dependem dos resultados obtidos pela posição ou pelo conjunto de posições em risco; (b) a subordinação das tranches determina a distribuição de perdas durante o período de vigência da operação ou do mecanismo; e (c) a operação ou mecanismo não cria posições de risco que possuam todas as características enumeradas no artigo 147. n.º 8, do Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho 26 de junho de 2013 (o “CRR”).”

Adicionalmente, o mesmo artigo 2.º, n.º 10 inclui uma definição de “titularização sintética” a qual é utilizada na CRR nos termos do artigo 242.º, n.º 14 e que corresponde, de igual modo, à definição adotada pelo legislador português, nos termos do artigo 1.º, n.º 3, *al. b)* do Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de novembro, conforme alterado (a “Lei da Titularização”), de acordo com a qual:

“uma titularização em que a transferência do risco é obtida pela utilização de derivados de crédito ou garantias e em que as posições em risco objeto de titularização continuam a ser assumidas pelo cedente;”

Em luz do exposto, podemos concluir que o enquadramento normativo atualmente em vigor no ordenamento jurídico português aponta para seis elementos essenciais de uma operação de titularização sintética:

- i. divisão do risco de crédito associado a uma posição ou a um conjunto de posições em tranches;
- ii. ligação orgânica entre os pagamentos e os resultados obtidos pela posição ou conjunto de posições de risco;
- iii. distinção das tranches em níveis hierárquicos distintos permitindo a distribuição de perdas através de mecanismos de cascata (*waterfall*);
- iv. a inaplicabilidade concomitante do disposto nas alíneas do artigo 147. n.º 8 da CRR;
- v. utilização de contratos de proteção de crédito para a transferência do risco de crédito para terceiros; e
- vi. ausência de *true sale* da posição ou a um conjunto de posições de risco pelo originador.

Desde logo podemos concluir que a necessidade da transformação da carteira referência em valores mobiliários negociáveis não é um elemento essencial de uma operação de titularização sintética. De igual modo, podemos também concluir que a utilização de derivados não esgota o tipo de contratos de proteção de crédito que poderão ser utilizados, uma vez que a exposição ao risco do crédito subjacente por parte de terceiros poderá ser alcançada através do recurso a outro tipo de contratos de proteção de crédito, nomeadamente, contratos de garantia.

Cumpre, no entanto, esclarecer o que é que o legislador entende ao recorrer à expressão, “garantias”, no artigo 2.º, n.º 10 do Regulamento 2017/2402. Estará o legislador a falar em garantias reais ou em garantias pessoais? Ou será que, por garantias, o legislador europeu se refere tanto a garantias reais como pessoais?

A redação do texto não é, de facto, esclarecedora. Não obstante, trata-se de uma redação que se encontra em linha com as redações equivalentes utilizadas nas versões alemã (“*Garantien*”), francesa (“*garanties*”) e espanhola (“*garantías*”), que também não permitem esclarecimentos adicionais.

O texto inglês é mais esclarecedor utilizando a expressão *guarantees* e portanto apontando unicamente para a noção de garantias pessoais. De igual modo e esclarecendo definitivamente este ponto, o texto italiano não deixa margem para dúvidas:

“cartolarizzazione sintetica”: una cartolarizzazione nella quale il trasferimento del rischio è realizzato mediante l'utilizzo di derivati su crediti o di garanzie personali e le esposizioni oggetto della cartolarizzazione restano esposizioni del cedente.

Não restam dúvidas: a transferência do risco de crédito (e, por conseguinte, a exposição ao mesmo) poderá ser feita com recurso a instrumentos derivados ou a garantias pessoais.

Mas coloca-se, então, a questão: como?

2. Interesse das titularizações de créditos sintéticas

Sendo certo que as titularizações tradicionais e as titularizações sintéticas² podem não variar significativamente em termos de *portfolio* de ativos subjacentes, divisão do risco em tranches e criação de estruturas de cascata (*waterfall*), a utilização de contratos de proteção do crédito entre o originador e o investidor, nas titularizações sintéticas, permite ao originador reter no seu património (e, consequentemente, no seu balanço) as posições de crédito titularizadas. Ao passo que a transferência do risco nas titularizações tradicionais é, sem prejuízo dos limites legais de retenção de risco previstos na CRR, tendencialmente total em virtude da ocorrência de uma *true sale* dos créditos que compõem o *portfolio* de ativos subjacente para uma sociedade de titularização de créditos, nas titularizações sintéticas a extensão e amplitude da transferência do risco dependerão sobretudo (i) da divisão concreta operada pelo originador do capital das posições de risco afeto a cada tranche; (ii) dos mecanismos contratuais de proteção do risco que sejam incluídos no contrato de proteção de crédito acordado entre o originador e o investidor; e (iii) no perfil de risco do investidor.

² A análise feita no presente estudo limita-se às titularizações sintéticas de balanço (*balance sheet synthetic securitisations*), i.e. titularizações estruturadas de modo a transmitir para terceiros a exposição ao crédito e ao risco relativamente a posições de risco que constam do seu balanço, por oposição às titularizações sintéticas de arbitragem (*arbitrage synthetic securitisations*), que são estruturadas unicamente com vista a alcançar objetivos de retorno de arbitragem (*arbitrage yields*) e cujas estruturas são normalmente feitas a pedido dos próprios investidores.

Isto assume uma importância central, uma vez que permite ao originador transmitir o risco do crédito, sem que as posições de crédito subjacentes sejam retiradas do seu património e do seu balanço. De um ponto de vista operacional, salvo se o contrário resultar do contrato de proteção de crédito, uma vez que não se dá uma cessão das posições contratuais/dos créditos subjacentes, o originador pode manter o controlo sobre a gestão e cobrança desses créditos, a qual passará a ser feita em *blind pool*³, não perdendo o vínculo pessoal e direto aos mesmos.

Com efeito, a gestão do risco de crédito é o primeiro grande objetivo dos originadores na organização e estruturação de uma titularização sintética. Mas coloca-se a questão: em que medida é que esta gestão do risco de crédito é assegurada numa situação em que os ativos se mantêm no património do originador?

Desde logo, contribui para o cumprimento dos limites de concentração de risco impostos para o originador. As concentrações de risco decorrem (i) das exposições em balanço sujeitas a risco de crédito, (ii) dos elementos extrapatrimoniais (incluindo garantias e outros compromissos) e passivos contingentes, (iii) das exposições sujeitas a risco de mercado ou a outros riscos decorrentes da excessiva exposição das instituições a determinadas classes ativos, produtos, garantias ou moedas. Efetivamente, de um ponto de vista de enquadramento regulatório, os originadores sujeitos à supervisão do Banco de Portugal deverão respeitar os requisitos gerais de concentração de risco previstos na CRR, no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (conforme alterado), e nos Avisos do Banco de Portugal n.ºs 3/2020 e 7/2023. Deste modo, ao recorrer a uma titularização sintética para transmitir o risco de crédito associado a um conjunto de posições de crédito pouco granulares que contribuem para uma elevada exposição de risco a um determinado setor económico, área geográfica, cliente, atividade, *et. al.*, o originador diminui o risco de concentração aplicável precisamente por deixar de se encontrar sujeito ao risco de crédito transferido para o investidor.

Cumprido, no entanto, clarificar que a transmissão do risco de crédito do *portfolio* de ativos subjacente à titularização sintética não isenta o originador do risco de crédito. Com efeito, o originador fica sujeito ao risco de crédito da sua contraparte no contrato de proteção de crédito, o investidor, que incumprindo as suas obrigações de pagamento determinará numa ausência efetiva de proteção de crédito.

No seguimento da aprovação das inovações regulatórias propostas pelo Comité de Basileia sobre a supervisão bancária e do seu acolhimento na CRR e na Diretiva n.º 2013/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2013 ("**CRD**"), as instituições de crédito encontram-se sujeitas a requisitos de fundos próprios regulamentares, pelo que as titularizações sintéticas assumem grande utilidade ao permitir uma redução dos requisitos de *capital adequacy* através da transmissão do risco de crédito para o investidor e da consequente redução dos seus ativos de risco ponderado (*risk weighted assets*), quer em geral, quer relativamente a uma (ou mais) classe de ativos. Deste modo, a estruturação de titularizações sintéticas aporta um contributo relevante

3 Note-se que a gestão dos créditos que compõem o *portfolio* de ativos subjacentes à titularização é assegurada pelo originador que deverá continuar a gerir os créditos em conformidade com as práticas de gestão utilizadas até à celebração do contrato de proteção de crédito. Uma vez que os ativos se mantêm no património do originador e no seu balanço, deverão ser acordados mecanismos de gestão dos créditos em *blind pool* de modo a evitar o risco moral (*moral hazard*) da equipa do originador envolvida na gestão dos ativos, evitando perdas intencionais ao nível do *portfolio* de créditos.

para a libertação de fundos próprios e para a própria liquidez financeira do originador o que, por sua vez, permite uma reciclagem de capital que poderá ser utilizado na disponibilização de financiamentos adicionais.

Ora, sendo certo que nem todas as titularizações sintéticas determinam uma transferência de fundos⁴, todas têm a potencialidade de diminuir os requisitos de fundos próprios regulamentares impostos para a manutenção do *portfolio* de ativos. No entanto, para que tal suceda, a estrutura adotada na titularização sintética deverá sujeitar-se a uma avaliação e ao reconhecimento da transferência de risco significativo (*significant risk transfer* ou *SRT*). As condições para o reconhecimento do SRT encontram-se previstas no artigo 244.^o da CRR e a sua verificação para efeitos do teste do SRT deverá ser efetuada tomando em consideração as orientações e relatórios da Autoridade Bancária Europeia, conforme emitidas de tempos a tempos⁵.

Por último, há que considerar uma consequência relevante que resulta de uma melhor e mais ágil gestão do risco do crédito e do fortalecimento da estrutura de capital do originador: o facto de um originador que beneficie destes fatores estar significativamente mais protegido contra eventuais riscos de mercado do tipo sistémico e não sistémico.

3. Titularização de crédito sintética com recurso a garantias

Dito isto, cumpre referir em que medida é que se pode estruturar uma titularização sintética com recurso a garantias pessoais, de modo a assegurar a produção das vantagens que podem ser alcançadas para os originadores com este tipo de estruturas.

Neste tipo de titularização sintética, também designada de operação de cobertura de tranches (*tranchéd cover transaction*), os investidores, enquanto prestadores das garantias, aceitam suportar as perdas que sejam incorridas pela parte garantida (originador), até um montante máximo previamente acordado (o montante do investimento) caso um evento de crédito (tal como definido no contrato de proteção de risco) ocorra relativamente ao *portfolio* de créditos subjacente. Em contrapartida, a parte garantida aceita realizar pagamentos ao(s) garante(s) quer na forma de comissões, prémios, preço da garantia, ou outro, os quais são calculados com base na probabilidade da ocorrência de eventos de crédito relativamente ao *portfolio* subjacente.

Neste medida, o garante ganha exposição aos créditos do *portfolio* de ativos sem proceder à sua aquisição, ou sem ter quaisquer direitos sobre os mesmos. O garante apenas terá direito à contra-

4 Mesmo nos casos em que a estrutura da titularização sintética seja feita com recurso a uma proteção real de crédito (*funded*) (melhor definida abaixo), os fundos disponibilizados e dados em garantia não são utilizados para o financiamento do *portfolio* de créditos subjacente. Por outro lado, numa situação em que a operação de titularização sintética atinja a data de maturidade, quaisquer os fundos disponibilizados e disponíveis após as operações de amortização e o encontro de contas relacionados com as perdas ao nível do *portfolio* de créditos, são devolvidos ao investidor.

5 Em particular as Orientações da Autoridade Bancária Europeia n.º EBA/Op/2015/26 e o Relatório da Autoridade Bancária Europeia sobre a transmissão de risco significativo nos termos dos artigos 244.^o, n.º 6 e 245, n.º 6 da CRR, com o n.º EBA/Rep/2020/32.

prestação da garantia prestada, *i.e.* o pagamento que tenha sido acordado com a parte garantida, nos termos do contrato de proteção de risco.

Coloca-se então a questão: qual a garantia pessoal que deverá ser utilizada para efeitos de estruturação de uma titularização deste tipo?

Cabe às próprias partes no negócio, ao abrigo da sua autonomia contratual, determinar qual a garantia que melhor acautela as posições jurídicas de cada uma. Diferentes estruturas contratuais levarão, necessariamente, a níveis de proteção de risco de crédito e a níveis de exposição ao crédito, conforme aplicável, distintos. Sem prejuízo, a prática do mercado europeu nestas matérias aponta para a utilização de garantias distintas:

- i. o seguro financeiro, na modalidade de seguro de crédito;
- ii. a garantia autónoma à primeira solicitação;
- iii. outras garantias pessoais atípicas.

É de notar que também em Portugal a escolha da garantia pessoal em causa estaria dependente da natureza jurídica do investidor.

O seguro de crédito é uma garantia pessoal típica que se encontra prevista no artigo 161.º do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril (conforme alterado) (“Regime Jurídico do Contrato de Seguro”). Sendo a atividade seguradora uma atividade regulada, o prestador do seguro de crédito deverá necessariamente estar legalmente autorizado a exercer a atividade seguradora em Portugal nos termos do artigo 16.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro e da Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro (conforme alterada), que regula o acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora. Conclui-se, portanto, que as partes utilizarão esta garantia sempre que o investidor seja uma empresa de seguros devidamente autorizada. Neste modelo, a empresa de seguros indemnizará o segurado (originador), nas condições e com os limites constantes da lei e do contrato de seguro, relativamente às perdas sofridas ao nível do *portfolio* de ativos em consequência da ocorrência dos eventos de crédito previstos no contrato de seguro, para o período de cálculo relevante e, em contrapartida, o originador pagaria o prémio de seguro acordado entre as partes.

Já no caso de uma garantia autónoma à primeira solicitação ou, tratando-se de uma outra garantia pessoal atípica, é de notar que estas poderão ser prestadas pela maioria dos investidores. Nestes casos, as garantias são prestadas pelo investidores com um valor máximo da garantia equivalente ao investimento (sem prejuízo de o contrato prever o aumento da mesma ou mecanismos de reforço). Assim sendo, o investidor será chamado a realizar pagamentos ao abrigo da garantia relativamente às perdas sofridas ao nível do *portfolio* de ativos em consequência da ocorrência dos eventos de crédito previstos no contrato de garantia, para o período de cálculo relevante e, em contrapartida, o originador paga a comissão da garantia aplicável. Note-se, no entanto, que a garantia não se esgota na realização de um pagamento: sendo a garantia prestada até um certo e determinado valor máximo, o investidor pode ser chamado a realizar vários pagamentos ao longo da vida do contrato de garantia.

Nesta sede, cumpre distinguir entre operações de cobertura de tranche com proteção pessoal de crédito (*unfunded*) e com proteção real de crédito (*funded*), ambas com bastante acolhimento no mercado internacional.

Para este efeito o Artigo 4.º, n.º 58 da CRR esclarece que por proteção real de crédito se deve entender uma:

“técnica de redução do risco de crédito em que a redução do risco de crédito sobre a posição em risco de uma instituição resulta do direito dessa instituição – em caso de incumprimento da contraparte ou de ocorrência de outros eventos de crédito especificados relacionados com a contraparte – a liquidar, obter transferência ou posse, reter determinados ativos ou montantes, reduzir o montante da posição em risco ao montante correspondente à diferença entre o montante da posição em risco e o montante de um crédito sobre a instituição, ou substituí-lo por esse montante”.

Por outro lado, o n.º 59 do mesmo artigo define proteção pessoal de crédito como sendo uma:

“técnica de redução do risco de crédito em que a redução do risco de crédito sobre a posição em risco de uma instituição resulta da obrigação assumida por um terceiro de pagar um determinado montante em caso de incumprimento do mutuário ou da ocorrência de outros eventos de crédito especificados”.

Sendo certo que todas as titularizações sintéticas com recurso a contratos de garantia têm a potencialidade de corresponder a técnicas de proteção pessoal de crédito (*unfunded*), existem mecanismos contratuais que permitirão ao originador uma maior segurança no tocante ao acesso ao património do investidor para cobrir as perdas sofridas a nível do *portfolio* de referência e que permitem a caracterização da proteção obtida através do contrato como uma proteção real de crédito. No seguimento da aprovação e entrada em vigência da Diretiva 2002/47/CE, de 6 de Junho, relativa aos acordos de garantia financeira, e da harmonização ao nível europeu dos acordos de garantia financeira é possível estruturar o contrato de modo a prever mecanismos contratuais que permitam ao originador proceder a operações de *close-out-netting*, liquidando, ou apoderando-se dos ativos dados em garantia⁶ e, deste modo, tornando mais certas e fluídas as transferências de fundos dos investidores para o originador, nos termos do contrato de proteção de crédito.

Nas operações de cobertura de tranche, com particular ênfase para o mercado italiano onde estas estruturas abundam, é comum verificar uma divisão do *portfolio* de ativos subjacente em três tranches de risco distintas (podendo ocorrer estruturas distintas em função do *portfolio* de ativos, investidores, originadores, etc.):

- i. A tranche sénior – cujo risco é retido pelo originador;
- ii. A tranche *mezzanine* – cujo risco é suportado pelo prestador da garantia (investidor);

⁶ No ordenamento jurídico português estes efeitos poderão, a título de exemplo, ser alcançados através da constituição de um penhor financeiro sobre saldos de contas bancárias abertas junto do originador, nos termos do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio.

- iii. A tranche júnior - cujo risco é suportado pelo originador ou pelo prestador da garantia (investidor) a qual normalmente vem acompanhada de um mecanismo que permita o seu enquadramento como uma proteção real de crédito.

Tudo dependerá dos contornos específicos da documentação contratual.

A Lei da Titularização determina, no seu artigo 8.º, n.º 4, *alínea a)* que o *portfolio* de ativos cujo risco é dividido em tranches é tratado como um património segregado, não respondendo por quaisquer dívidas do originador até ao fim da transação, devendo o mesmo ser adequadamente registado em contas segregadas na contabilidade daquela entidade e identificado sob forma codificada no contrato de transferência dos respetivos riscos, fluxos financeiros ou direitos e obrigações, sem nunca comprometer a sua gestão em *blind pool*. Por outro lado, a *alínea b)* do mesmo artigo esclarece que em caso de dissolução e liquidação do originador, o *portfolio* é separado da massa insolvente, tendo em vista a sua gestão autónoma, o que permite assegurar a posição jurídica do investidor na titularização sintética.

4. Relevância prática e vantagens específicas

O mercado das titularizações sintéticas com recurso a garantias, por oposição às titularizações tradicionais ou às titularizações sintéticas feitas com instrumentos derivados, caracteriza-se como substancialmente menos estandardizado e, como tal, permite tanto aos originadores como aos investidores exercerem maior influência na negociação dos instrumentos contratuais de modo a melhor acautelar as suas posições.

De um ponto de vista operacional, este tipo de titularização tem a grande vantagem de ser feita, na grande maioria dos casos, apenas entre duas partes, o originador e o investidor, o que permite diminuir a complexidade, os custos bem como o tempo que de outro modo estão associados à estruturação e montagem de titularizações tradicionais e sintéticas, no território português. Basta considerar que ao não existir cessão dos créditos subjacentes, deixa de ser necessário notificar os devedores correspondentes ainda que aos créditos estejam associadas garantias hipotecárias ou outras, caso em que também não é necessário proceder a qualquer atualização do registo predial correspondente. Por outro lado, não havendo lugar à emissão de obrigações ou outros valores mobiliários evitam-se as complexidades e dilações temporais associadas com as negociações contratuais e com os trâmites necessários para proceder às emissões relevantes (ao contrário com o que sucede com as titularizações sintéticas com utilização de *credit linked notes*). Adicionalmente, repare-se que de acordo com a estrutura contratual proposta, não é necessária a constituição de sociedades veículo (*special purpose vehicles*), ou da intervenção de quaisquer partes além do originador e os investidores interessados, simplificando substancialmente o processo negocial.

De um ponto de vista jurídico, nada obsta a que a documentação contratual esteja inteiramente sujeita à lei portuguesa. O direito português além de prever expressamente a existência das titularizações sintéticas na Lei da Titularização, não inclui quaisquer obstáculos à criação de garantias para cobrir o risco de crédito do *portfolio* de ativos em causa. Desta feita, ao utilizar instrumentos reconhecidos e já regulamentados pela lei portuguesa, as partes conseguirão alcançar um incre-

mento substancial da certeza, simplicidade e celeridade associadas à titularização, bem como um maior conforto, que assume especial relevância no que toca a intervenientes menos experientes neste tipo de operações.

Deverá considerar-se ainda que os próprios investidores são habitualmente entidades altamente sofisticadas, desde *hedge funds*, *asset managers*, empresas de seguros, fundos de pensões, bancos, entidades nacionais, *etc.*, cuja política de investimento passa por criar relações jurídicas duradouras com os originadores, o que permite uma maior transparência na negociação deste tipo de estruturas, maior facilidade no processo de *due diligence*, de troca de informação o que permite diminuir a assimetria informativa entre o originador e o investidor e, conseqüentemente, mitigar a complexidade e o risco que tradicionalmente se encontra associado a estas operações.

A grande maioria dos originadores participam em operações de cobertura de tranche são instituições bancárias que seguem uma metodologia IRB (*internal ratings-based*) e que se encontram autorizadas, pelo Banco Central Europeu, a determinar, utilizando os seus modelos internos, os seus *risk weighted assets* e, conseqüentemente, os requisitos de capital mínimos para o risco de crédito associado.

Assumindo que a estrutura da operação de cobertura de tranche em causa passa o teste de supervisão relativo ao SRT, a instituição bancária em causa poderá utilizar as fórmulas previstas nos termos da Secção 3 do capítulo 4 da CRR, relativamente às tranches de risco que tiverem sido retidas pelo originador. Os dados partilhados pela Autoridade Bancária Europeia demonstram que este tipo de operações permite libertar um montante substancial de capital regulatório que poderá ascender até 60% do capital alocado ao portfolio de ativos subjacente, por operação.

5. Breves conclusões

As titularizações sintéticas são operações de mercado que de modo geral têm sido largamente acolhidas nos mercados financeiros europeus. No mercado português, contudo, esta prática encontra-se bastante subdesenvolvida apesar dos benefícios que poderão advir para as partes envolvidas e para o mercado em geral. Com o presente artigo, propôs-se demonstrar que as titularizações sintéticas quando estruturadas com base num contrato de garantias para obter a proteção de crédito permitem alcançar um menor volume de custos para os intervenientes, bem como uma redução da complexidade normalmente associada com as operações de titularização tradicional e sintética com recurso a instrumentos derivados. O próprio direito português admite a estruturação destas operações em linha com a prática de mercado europeu. Cabe agora aos *players* que atuam no mercado financeiro português o impulso de dinamizar e explorar as vertentes das titularizações sintéticas em Portugal e colher as potencialidades e benefícios que daí poderão advir.



Foro de Actualidad

Foro de Actualidad

España

A PROPÓSITO DE LA STS 4853/2023, DE 2 DE NOVIEMBRE: LA ANULACIÓN DE LA ZONA DE BAJAS EMISIONES (ZBE) DEL ÁMBITO RONDAS DE BARCELONA APROBADA EN 2019

Judit Urban Carrasco y Daniel Mendez Barranco

Abogados del Área de Derecho Público y Medioambiente de Uría Menéndez (oficina de Barcelona)

A propósito de la STS 4853/2023, de 2 de noviembre: la anulación de la zona de bajas emisiones (ZBE) del ámbito rondas de barcelona aprobada en 2019

La Ley 7/2021, de cambio climático y transición energética, exigió a los municipios de más de 50.000 habitantes establecer zonas de bajas emisiones antes de 2023, si bien algunas ciudades ya las habían introducido con anterioridad a dicha norma; este es el caso de Barcelona, que, en 2019, aprobó el establecimiento de una zona de bajas emisiones. En 2022, esta fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en una serie de sentencias, que fueron objeto de recursos de casación. A finales de 2023, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 4853/2023, de 2 de noviembre, resolvió que no ha lugar a la casación y confirma la anulación de la zona de bajas emisiones de Barcelona.

PALABRAS CLAVE:

Zonas de Bajas Emisiones, Barcelona, Ley 7/2021, Derecho ambiental, STS 4853/2023.

Supreme Court Judgment 4853/2023 of November 2: cancelling the “low-emission zone” in Barcelona approved in 2019

Law 7/2021 on climate change and energy transition, required municipalities with more than 50,000 inhabitants to create low-emission zones by 2023, but some cities (such as Barcelona in 2019) had already introduced them before the law was enacted. In 2022, the High Court of Justice of Catalonia annulled this zone in Barcelona, but the decision was appealed to the Supreme Court. At the end of 2023, the Supreme Court rejected the appeal and confirmed the annulment of the low-emission zone in Barcelona.

KEYWORDS:

Low-emission zones, Barcelona, Law 7/2021, environmental law, Supreme Court Judgment 4853/2023.

FECHA DE RECEPCIÓN: 20-2-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 25-2-2024

Urban Carrasco, Judit; Mendez Barranco, Daniel (2024). A propósito de la STS 4853/2023, de 2 de noviembre: la anulación de la Zona de Bajas Emisiones (ZBE) del Ámbito Rondas de Barcelona aprobada en 2019. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 105-113 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Las zonas de bajas emisiones (“ZBE”) son superficies —que normalmente comprenden núcleos de población— en las que se restringe la circulación de determinados vehículos en función de sus emisiones, cuyo objetivo es la mejora de la calidad del aire en su interior.

Si bien no existe ninguna regulación comunitaria de la ZBE, a los efectos de cumplir con los objetivos de calidad del aire de la Unión Europea (“UE”), muchos de los Estados miembros han venido promoviendo la implementación de estas zonas en distintas partes de su territorio. Esta falta de regulación en el marco de la UE ha permitido que se hayan configurado una gran variedad de modelos distintos de ZBE. A modo de ejemplo, algunos se orientan a la imposición de sanciones por circular en su interior con vehículos que no cumplan con ciertos estándares de emisiones, mientras que otros optan por imponer peajes de naturaleza pigouviana.

En España, el concepto de ZBE fue positivado a nivel estatal mediante el artículo 14.3 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (la “Ley 7/2021”), precepto que exigió a los municipios de más de 50.000 habitantes el establecimiento de ZBE antes de 2023. No obstante, determinados municipios, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2021, ya habían introducido, principalmente sobre la base de sus competencias en materia de tráfico y medio ambiente urbano¹, una ZBE, como es el caso de Barcelona.

En concreto, el 20 de diciembre de 2019 —tras haber implementado en 2017 una ZBE “episódica” para los episodios de elevada contaminación— el consistorio de la Ciudad Condal aprobó la Ordenanza relativa a la restricción de la circulación de determinados vehículos en la ciudad de Barcelona, con el objetivo de preservar y mejorar la calidad del aire (la “Ordenanza de 2019”). La referida Ordenanza estableció la conocida “zona de bajas emisiones (ZBE) del ámbito Rondas Barcelona” (la “ZBE Rondas de Barcelona”). Sin embargo, esta fue recurrida por distintas organizaciones y asociaciones del tejido vecinal y empresarial. Así, en fecha 21 de marzo de 2022, el Tribunal

Superior de Justicia de Cataluña (el “TSJC”) estimó los recursos contencioso-administrativos y anuló la Ordenanza de 2019 en una serie de seis sentencias.² Frente a ello, el Ayuntamiento de Barcelona, la Generalitat de Catalunya y el Área Metropolitana de Barcelona interpusieron sendos recursos de casación, los cuales fueron admitidos por el Tribunal Supremo (“TS”) en fecha 18 de enero de 2023.³ Finalmente, el 2 de noviembre de 2023, el TS se pronunció sobre uno de los recursos de casación y confirmó el criterio del TSJC, postura que ha mantenido en dos sentencias posteriores.⁴

Por último, cabe señalar que, en el ínterin de la tramitación de los recursos, el Ayuntamiento de Barcelona aprobó el 27 de enero de 2023 una nueva Ordenanza por la cual se fijan los criterios de acceso, circulación y estacionamiento de vehículos en la ZBE de Barcelona y se promueve una movilidad sin emisiones (la “Ordenanza de 2023”), que deroga la Ordenanza de 2019. Según su preámbulo, se hizo necesaria su aprobación para incorporar los requerimientos de niveles de calidad del aire aprobados por la Organización Mundial de la Salud en 2021 y los propios de la Ley 7/2021.

En vista de todo lo anterior, el objeto de este foro es exponer los motivos por los cuales la Ordenanza de 2019, que estableció la ZBE Rondas de Barcelona, fue anulada por el TSJC, así como analizar cuáles han sido los argumentos que han llevado a nuestro Alto Tribunal a su confirmación.

2. Las Sentencias del TSJC que declaran la nulidad de la Ordenanza de 2019

Como ya se ha indicado, en fecha 21 de marzo de 2022, el TSJC estimó los seis recursos contencioso-administrativos interpuestos por distintas organizaciones y asociaciones del tejido vecinal y empresarial, y anuló la Ordenanza de 2019. A continuación, se analizará la Sentencia 972/2022, de 21 de marzo (relativa al recurso n.º 62/2020, interpuesto por el Gremi de Transport i Maquinaria de la Construcció de Catalunya, la Associació General d’Autònoms-Pimes Transportistas de Catalunya, la Federación Catalana de Transporte de Barcelona, la Asociación de Transportistas Agrupados Condal y Transprime Spanish Shippers Council) (la “Sentencia del TSJC”) al ser la primera sobre la cual se pronunció el TS. No obstante, cabe destacar que todas las sentencias del TSJC que anulan la Ordenanza de 2019 contienen de manera prácticamente idéntica los mismos fundamentos, al coincidir sustancialmente la argumentación de los recurrentes y, por ello, lo expuesto aquí se puede hacer extensivo al resto.

El fallo de la Sentencia del TSJC se fundamentó sobre la base de distintos elementos, siendo los más relevantes los siguientes: (i) los derechos afectados; (ii) los aspectos formales y materiales de la tramitación de la Ordenanza de 2019; y (iii) el control judicial a la potestad reglamentaria (en particular, en relación con la discrecionalidad y la interdicción de la arbitrariedad).

Por lo que se refiere a los derechos afectados, la Sentencia del TSJC analizó el posible conflicto entre los derechos a la salud y al medio ambiente —consagrados en los artículos 43 y 45 de la Constitución española (la “CE”), así como en la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya— con el principio de libertad económica del artículo 38

CE, que resultaría afectado en tanto que la Ordenanza de 2019 prohibía la circulación de vehículos sin distintivo ambiental en días laborables en todo el ámbito de la ZBE Rondas de Barcelona (fenómeno que afectaría principalmente a determinados colectivos, como los ciudadanos residentes y a aquellos que ejercen una actividad empresarial, económica o profesional en el interior de la zona). En este sentido, remarca que la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado obliga a los poderes públicos a justificar que los *"límites al acceso a una actividad económica, o a su ejercicio, o a la exigencia de requisitos para su desarrollo"* son *"necesarios para la salvaguarda de alguna razón de interés general de entre las comprendidas en (...) la Ley 17/2009"*.

Sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE ("TJUE") y del TS, indicó que las limitaciones y requisitos para la salvaguarda de razones de interés general (como la mejora de la calidad del aire y reducción de la contaminación atmosférica, en el caso de las ZBE) deben ser proporcionados y lo menos restrictivos y distorsionadores de la actividad económica, y que las medidas adoptadas deben ser adecuadas para conseguir el objetivo, pero que no vayan *"más allá de lo necesario para alcanzarlo"*.

En cuanto al control judicial sobre la potestad reglamentaria, el TSJC se remitió también a la jurisprudencia para exponer que este control no se limita únicamente al análisis de los elementos formales, sino que también se contemplan aspectos concretos de naturaleza material, siendo el más relevante el control de la discrecionalidad. Sobre esa base, el TSJC construyó un argumentario, que se verá a continuación, en relación con los aspectos formales y materiales de la aprobación de la Ordenanza de 2019 y el establecimiento de la ZBE Rondas de Barcelona.

En particular, el TSJC destacó que la tramitación de la Ordenanza de 2019 no adoleció de una serie de defectos formales cuya naturaleza fuera relevante. Consideró que algunos de estos (a modo de ejemplo, la exclusión del muelle de Barcelona del ámbito territorial de la ZBE Rondas de Barcelona o unas omisiones de trámites menores) no tenían la entidad suficiente como para entender que hubo una omisión procedimental *"total y absoluta"*. No obstante, entró a evaluar el alcance de las restricciones de circulación, junto con los fines a obtener, a los efectos de determinar la adecuación de las medidas para conseguir dichos fines, y si eran proporcionales, tomando en consideración, además, la información de la que se disponía para la elaboración de la Ordenanza de 2019.

La Sentencia del TSJC criticó, en primer lugar, la rigidez del sistema de etiquetas medioambientales, pero consideró que no desvirtuaba la validez general del modelo (esto es, que existe una correspondencia general entre la categoría del sistema de etiquetas con el nivel de emisiones de los vehículos en esta comprendidos). También remarcó la gran afectación que suponía la ZBE establecida en la Ordenanza de 2019 tanto a los residentes como a las personas, residentes o no, que desarrollan una actividad económica utilizando vehículos a motor en el interior del ámbito territorial de la zona, y que no se habían valorado medidas alternativas y menos restrictivas (o, como mínimo, la adopción de un sistema transitorio para los vehículos sin distintivo ambiental, para no limitar de manera cuasi inmediata la circulación a buena parte de los vehículos que integraban el parque móvil de Barcelona, habida cuenta de que el 55 % de este, según datos de 2017, sufrirían las restricciones de circulación). Habría, con carácter adicional, algunos efectos nocivos que no se habrían contemplado en los documentos preparativos —por ejemplo, el "efecto fin de semana", que concentraría muchas de las salidas de vehículos de Barcelona los viernes a las 20:00, la hora

en la que finalizarían las restricciones para vehículos sin distintivo ambiental—, ni tampoco se analizó con suficiente detalle el impacto económico, presupuestario y social de la medida.

Otros elementos criticados por el TSJC fueron la antigüedad de los datos utilizados para argumentar la existencia de contaminación que justificaba el establecimiento de la ZBE Rondas de Barcelona (para algunos contaminantes, los datos utilizados databan de 2006) y el hecho de que solamente se vulneraba la normativa en materia de calidad del aire en dos estaciones (Eixample y Gràcia-Sant Gervasi), lo que cuestionaba que estas medidas fueran *“proporcionadas desde el momento en el que su alcance territorial es uniforme y global”* y que el proceso de toma de decisiones y la participación pública se hubieran podido desarrollar de manera informada.

Por todo esto, el TSJC consideró que el proceso de elaboración de la Ordenanza de 2019 no fue capaz de dotar de una motivación suficiente a buena parte de las decisiones tomadas y reflejadas en ella. Estos motivos arriba citados sí que supondrían, según argumentó el TSJC, la omisión de elementos materiales sustanciales para el cumplimiento de la finalidad de la Ordenanza de 2019, por lo que falló declarando la nulidad de esta, arrastrando, pues, la nulidad de la ZBE Rondas de Barcelona.

Por último, cabe destacar que trascendió en prensa que el TSJC denegó la ejecución provisional de su decisión, solicitada por una de las asociaciones que impugnó la Ordenanza de 2019, dado que la petición se realizó cuando todavía no había finalizado el plazo para recurrir en casación. Recurrida finalmente la decisión, sin ejecutarse provisionalmente, la Ordenanza de 2019 siguió aplicándose provisionalmente hasta la aprobación de la Ordenanza de 2023, que la derogó.

3. Las Sentencias del TS que confirman la nulidad de la Ordenanza de 2019

Vistos los motivos por los cuales la Ordenanza de 2019 fue anulada por el TSJC, seguidamente se analizarán los motivos que han llevado al TS, en su Sentencia 4853/2023, de 2 de noviembre (la “Sentencia del TS”) a no dar lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del TSJC, postura que ha mantenido de forma idéntica en dos sentencias posteriores de 30 de enero y 2 de febrero de 2024. En otras palabras, a continuación examinaremos por qué el TS ha confirmado la Sentencia del TSJC y la nulidad de la ZBE Rondas de Barcelona.

Para empezar, cabe destacar que, en fecha 18 de enero de 2023, el TS dictó auto por el que acordó la admisión del recurso de casación interpuesto por el Área Metropolitana de Barcelona, el Ayuntamiento de Barcelona y la Generalitat de Cataluña contra la Sentencia del TSJC. Asimismo, el TS señaló en dicho auto que la cuestión que presentaba interés casacional objetivo era *“determinar si resulta posible preponderar, en pos del principio de proporcionalidad, los derechos a la movilidad de las personas y la libertad económica y de empresa respecto de los derechos a la salud y al medio ambiente a la hora de llevar a cabo el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria en materia ambiental, teniendo en cuenta la naturaleza preventiva, permanente y proactiva de la intervención pública en la citada materia”*. En este sentido, cabe avanzar que el TS, en la medida en que rechazó la totalidad del recurso, no dio respuesta a la cuestión casacional *“toda vez que, conforme*

a lo razonado, la decisión de la Sala de instancia no estaba motivada en la preponderancia de los derechos a la movilidad de las personas y la libertad de mercado respecto a los derechos a la salud y protección del medio ambiente". Veámoslo.

Para empezar, el TS resuelve sobre la pérdida sobrevenida del objeto del recurso aducida en la oposición al recurso. En concreto, las asociaciones recurridas entendían que el recurso debía declararse por concluido porque, durante la tramitación de la casación, se dictó la Ordenanza de 2023 que derogó la que es objeto de revisión en el proceso, la Ordenanza de 2019. En este sentido, el TS rechaza la declaración de pérdida sobrevenida del objeto del proceso y desestima la terminación del recurso porque los efectos entre la declaración de nulidad de una norma reglamentaria y su derogación son distintos. Si bien ambas instituciones dejan sin efecto la norma, la derogación produce efectos *ex nunc*, mientras que la nulidad los produce *ex tunc*. El TS señala que la Ordenanza de 2019, a pesar de su derogación, sigue surtiendo efectos en cuanto a las sanciones cometidas bajo su vigencia de conformidad con la disposición transitoria segunda de la Ordenanza de 2023, lo cual no es posible si la Ordenanza de 2019 es finalmente declarada nula de pleno derecho. Además, el TS añade que no es indiferente para las Administraciones que la norma sea declarada nula o derogada, pues la nulidad permite exigir responsabilidades a la Administración municipal que aprobó una norma con ese vicio de ineficacia.

Resuelta la cuestión procesal, el TS examina el primer motivo que alegan las Administraciones recurrentes frente a la Sentencia del TSJC. Estas entienden que la Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2022 (asunto C-125/20) sirve para rechazar dos premisas en que se fundó la Sentencia del TSJC. En concreto, (i) que el TSJC anule la Ordenanza de 2019 por considerar que las medidas adoptadas son desproporcionadas es contradictorio con la condena del TJUE al Reino de España por no haber adoptado medidas suficientes para evitar en determinadas áreas de nuestro territorio el aumento de la contaminación —entre ellas Barcelona—; y (ii) que el TSJC entienda que los valores tomados en consideración para delimitar la ZBE Rondas de Barcelona no son fiables por no estar actualizados es contradictorio con el hecho que el TJUE concluya que los informes de 2010 hasta 2018 constatan una superación de los valores límites establecidos. Sin embargo, el TS entiende que *"Lo que se reprocha en la sentencia a la Ordenanza impugnada es la falta de justificación por deficiente motivación de esas decisiones o, si se quiere, que las limitaciones impuestas sean razonables a la vista de la información de que se ha servido la Administración, y esas conclusiones, lejos de ser contradictorias con los razonamientos de la sentencia del TJUE, aparecen ratificadas en ella"*.

En segundo lugar, el TS analiza la crítica de las Administraciones recurrentes a la Sentencia del TSJC en relación con haber hecho prevalecer los derechos a la movilidad y libertad de mercado y de la competencia sobre los de protección del medio ambiente y de la salud de los ciudadanos. En este sentido, el TS entiende que el TSJC no declaró que primen esos derechos de movilidad y mercado, sino que no se valoró adecuadamente, a los efectos de la adopción de las medidas contenidas en la Ordenanza de 2019, el impacto que dichas medidas tendrían en la competencia y en el mercado porque no se recabaron informes concluyentes a la hora de establecerlas. En otras palabras, la Administración no disponía de informes y estudios fidedignos y concluyentes para ponderar todos los derechos en juego y primar la protección del medio ambiente sobre los dere-

chos de movilidad y mercado con las restricciones adoptadas. Así pues, el motivo de impugnación de la Sentencia del TSJC no es acogido por el TS.

En tercer lugar, el TS examina el motivo relacionado con la vulneración de los artículos 2, 13.1, 23.1 de la Directiva 2008/50/CE relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa (la "Directiva 2008/50/CE") y de la jurisprudencia del TJUE que los interpreta. Estos artículos imponen a los Estados que en sus zonas y aglomeraciones los niveles de contaminantes no superen los valores límites establecidos en la Directiva 2008/50/CE, elaborando un plan de calidad del aire en caso contrario con datos científicos sólidos, documentación exhaustiva que justifique los puntos de control e información actualizada. El TS entiende que la crítica de las Administraciones recurrentes se centra en que el TSJC rechazó los resultados de los niveles de contaminantes que se tomaron en consideración para imponer las limitaciones que se establecieron en la Ordenanza de 2019, así como la delimitación de la ZBE Rondas de Barcelona. A juicio del TS, el TSJC no cuestionó nada de eso, sino que reprochó que los datos utilizados para elaborar la Ordenanza de 2019 no estaban actualizados y que no se tomaron en consideración los distintos niveles de contaminantes para delimitar la ZBE Rondas de Barcelona, no constando motivación alguna en el expediente de la Ordenanza de 2019 del porqué no se particularizó la ZBE con las singularidades que concurrían en ella. Por lo anterior, el TS entiende que no puede reprocharse a la Sentencia del TSJC haber incurrido en la vulneración de los preceptos de la Directiva 2008/50/CE invocados.

En cuarto y último lugar, el TS considera la vulneración del artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, en relación con el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En concreto, las Administraciones recurrentes estiman que el TSJC consideró erróneamente, como uno de los fundamentos para declarar la nulidad, no haberse elaborado un informe económico de impacto económico, presupuestario y social. En concreto, entienden que esta exigencia formal no resulta necesaria de acuerdo con los preceptos invocados porque en la tramitación de una ordenanza municipal no se exige la elaboración de dicho informe. El TS empieza por recordar que el TSJC considera que no hay vicio alguno en cuanto a los trámites necesarios y substanciales para la aprobación de la Ordenanza de 2019, y añade que *"el debate se suscita, no en sede de procedimiento, sino en el ejercicio de la potestad reglamentaria y la obligada exigencia de la motivación en su ejercicio que, para no incurrir en arbitrariedad, debe aparecer suficientemente motivada, lo cual solo es posible mediante la obtención de todos los elementos determinantes afectados por dicha potestad, entre lo que no cabe despreciar a los que se refiere, en esta materia, la sentencia que se revisa, debiendo rechazarse el motivo examinado"*.

Por todo lo anterior, el TS desestima la totalidad del recurso, sin dar respuesta a la cuestión casacional suscitada, y falla que no ha lugar al recurso de casación. En otras palabras, ha quedado confirmado el criterio del TSJC y la nulidad de la ZBE Rondas de Barcelona aprobada en 2019.

4. Consideraciones finales

Como ha podido observarse, el TS ha confirmado el criterio que el TSJC adoptó en los seis recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la Ordenanza de 2019 por distintas organizaciones y asociaciones del tejido vecinal y empresarial de la ciudad condal.

En relación con ello, cabe señalar que el pronunciamiento de la Sentencia del TS no afecta a la actual ZBE de Barcelona aprobada por la Ordenanza de 2023, puesto que esta solamente confirma la anulación de la Ordenanza de 2019 y, por ende, la ZBE Rondas de Barcelona. La Ordenanza de 2023, que derogó esta última, entró en vigor el 22 de febrero de 2023, por lo que su configuración y régimen sancionador no resultan afectados ni por la Sentencia del TSJC ni por la Sentencia del TS.

En resumidas cuentas, el TS coincide con el TSJC en que es fundamental el respeto a los principios de proporcionalidad y buena administración a la hora de establecer medidas restrictivas de derechos del administrado, lo que en el supuesto de autos no se cumplió al no haber contado con información y documentación cruciales para el ejercicio de la potestad reglamentaria del Ayuntamiento de Barcelona.

Es por este motivo por el que la Sentencia del TS y las que ahora le prosiguen resultan cruciales en la configuración de las ZBE. En particular, se debe tomar en consideración que esta figura todavía no se encuentra plenamente delimitada en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien ya se ha avanzado notoriamente en su desarrollo reglamentario tras la entrada en vigor del Real Decreto 1052/2022, de 27 de diciembre, por el que se regulan las zonas de bajas emisiones, un proyecto de Ley de Movilidad Sostenible, actualmente en tramitación parlamentaria, podría introducir modificaciones significativas en la configuración de las ZBE (a modo de ejemplo, en este se prevé la posibilidad de que los ayuntamientos establezcan una tasa para permitir el acceso al interior de las ZBE de vehículos que no cumplan los requisitos fijados para la libre circulación).

Por último, y como apunta el TS, la nulidad de la Ordenanza de 2019 puede derivar en reclamaciones por responsabilidad patrimonial. Por ello, es posible que en un futuro se resuelvan en vía administrativa o judicial reclamaciones a la Administración municipal por los daños sufridos por el establecimiento y posterior nulidad de la ZBE Rondas de Barcelona.

Notas

- 1 Véase el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.
- 2 Véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con n.º de resolución 967/2022, 968/2022, 969/2022, 970/2022, 971/2022 y 972/2022, de 21 de marzo.
- 3 Véanse los Autos del Tribunal Supremo con n.º de recurso 4737/2022, 4910/2022, 4954/2022, 4961/2022 y 5281/2022.
- 4 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo con n.º de resolución 1372/2023, 146/2024 y 183/2024.

España

EFECTOS FISCALES DE LA DOCTRINA DEL VÍNCULO. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Gloria Marín Benítez

Abogada del Área de Derecho Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)

Efectos fiscales de la doctrina del vínculo. Evolución jurisprudencial en el estado de la cuestión

El sometimiento de la retribución de los administradores a requisitos mercantiles y la cuestión de si su incumplimiento puede determinar la falta de deducibilidad del gasto a efectos fiscales ha sido fuente de una larga controversia a cuya pacificación apuntan recientes sentencias del Tribunal Supremo. Estas sentencias limitan asimismo los efectos fiscales de la doctrina laboral del vínculo con un impacto potencial en la práctica que va más allá del Impuesto sobre Sociedades. A esto se le une también un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los criterios a evaluar para la eventual sujeción al IVA de los servicios prestados por consejeros. Se hace precisa, por tanto, una revisión de los efectos fiscales de la doctrina del vínculo en todas sus vertientes.

PALABRAS CLAVE:

Administradores, Doctrina del vínculo, Deducibilidad, Irregularidad jurídica.

Tax effects of the link doctrine. Case law development on the matter

Whether director remuneration is subject to commercial law requirements and whether not complying with these requirements can result in the remuneration not being deductible for tax purposes has been at the centre of long-standing debate. But recent Supreme Court judgments seem to have shed some light on the matter. These judgments limit the effects of the employment law link doctrine, which in practice could have effects that go beyond corporate income tax. These developments, together with a recent ruling of the European Court of

Justice on the criteria to determine whether services provided by directors are subject to VAT, confirm the need to analyse this topic from all angles.

KEY WORDS:

Directors, link doctrine, deductibility, legal failing.

FECHA DE RECEPCIÓN: 20-2-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 25-2-2024

Marín Benítez, Gloria (2024). Efectos fiscales de la doctrina del vínculo. Evolución jurisprudencial en el estado de la cuestión. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 114-118 (ISSN: 1578-956X).

Al proyectarse en el ámbito tributario, la doctrina laboral del vínculo, según la cual no es posible compatibilizar la relación laboral de alta dirección con la mercantil de administrador, de forma que la segunda absorbe y extingue la segunda, dio lugar a una triple problemática: (a) la de la deducibilidad a efectos del Impuesto sobre Sociedades de la retribución pagada a los administradores, cuando se entiende que incumple los requisitos mercantiles en la materia; (b) la del alcance de los conceptos *trabajo*, *trabajador*, *empleado* y *relación laboral*, cuando se utilizan en normas tributarias; y (c) la de la sujeción al IVA de su relación de servicios con la empresa.

Recientes pronunciamientos judiciales apuntan a una reconsideración de estas tres vertientes.

1. Deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de la retribución de los administradores

En la primera vertiente fiscal de la doctrina del vínculo, ha sido frecuente denegar la deducibilidad fiscal de la retribución a los administradores cuando se entiende que no cumple los requisitos establecidos en el orden mercantil, y ha sido muy conflictiva desde hace décadas.

Bajo la vigencia de la vieja Ley 43/1995, y del posterior texto refundido, el Tribunal Supremo (STS, Sala 3.ª, de 2 de enero de 2014, rec. 4269/2012) buscaba fundamento para el rechazo en las normas que excluían la deducibilidad fiscal de *donativos* y *liberalidades* (arts. 14.1.e Ley 43/1995 o TRLIS), no tanto porque considerara que las retribuciones al administrador social pudieran ser fruto de un eventual *animus donandi*, sino por entender que, para ser deducible, el gasto había de ser lícito, no presentar irregularidad jurídica. Con este mismo entendimiento, pero bajo la vigente Ley 27/2014, el rechazo se amparó en la norma (art. 15.f de la Ley 27/2014) que excluye la deducibilidad de los gastos "*derivados de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico*", y ello pese a que la ley vigente introdujo un inciso aclaratorio en la letra e) de ese artículo (en la regla que rechaza la deducibilidad de los donativos y liberalidades), según el cual no debían entenderse comprendidos en dicha letra "*las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad*", y también pese a que la literalidad de la letra f) —que inicialmente excluía la deducibilidad de "*los gastos ilícitos*"— fue aquilatada durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, quizá para restringir su aplicación a irregularidades especialmente graves.

Pues bien, tres recientes sentencias del Tribunal Supremo apuntan hacia una clara pacificación de esta cuestión. En ellas se ha sentado como criterio interpretativo que, bajo la vigencia del antiguo texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, *"las retribuciones percibidas por los administradores de una entidad mercantil y que consten contabilizadas, acreditadas y previstas en los estatutos de la sociedad no constituyen una liberalidad no deducible (artículo 14.1.e) TRLIS) por el hecho de que la relación que une a los perceptores de las remuneraciones con la empresa sea de carácter mercantil y de que tales retribuciones no hubieran sido aprobadas por la junta general"*. En las dos primeras (SSTS de 27.6.2023, rec. 6442/2021, y 2.11.2023, rec. 3940/2022), para casos en los que las retribuciones eran pagadas por una sociedad unipersonal; en la última (STS de 18.1.2024, rec. 4378/2022), para una sociedad familiar. Todas ellas también incluyen como criterio interpretativo que *"aun en el caso de aceptarse que fuera exigible legalmente este requisito previsto en la ley mercantil (para ejercicios posteriores a los analizados [esto es, bajo la vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades]), su inobservancia no puede comportar automáticamente la consideración como liberalidad del gasto correspondiente y la improcedencia de su deducibilidad"*.

Estos criterios concretan, para esta cuestión de la deducibilidad de la retribución del administrador social, la línea interpretativa de las normas relevantes (los arts. 14.1.e del TRLIS y 15.f de la LIS) ya iniciada con respecto a otras materias. Así, el Tribunal Supremo ya había rechazado (v. gr., en STS, Sala 3.^a, de 30.3.2021, rec. 3454/2019, FF. JJ. 2.^o y 3.^o) que la interpretación del concepto *liberalidad* contenido en la letra e) del artículo 14.1 del TRLIS pudiera extenderse a gastos que carecen de *animus donandi*, y también había rechazado (v. gr., en STS, Sala 3.^a de 8.2.2021, rec. 3071/2019, FJ 3.^o) que la deducibilidad fiscal de un gasto pudiera ser negada por el hecho de presentar cualquier tipo de incumplimiento de cualquier tipo de requisito establecido en otras parcelas del ordenamiento.

Ahora, con las tres sentencias citadas, estos mismos criterios interpretativos se proyectan también sobre la deducibilidad de la retribución de administradores cuando se considera que no cumple los requisitos establecidos en el orden mercantil.

El anclaje de las regularizaciones en el artículo 14.1.e) del TRLIS es rechazado por entender el Tribunal Supremo que el concepto *donativo o liberalidad* no puede en modo alguno abarcar los gastos que tienen una causa onerosa. Los pagos efectuados a los administradores por los servicios o funciones que estos desempeñan en la empresa no pueden ser liberalidades *"en ninguno de los posibles sentidos del término"*, dice el Tribunal Supremo. En cuanto al anclaje en el artículo 15.1.f) de la vigente LIS, podemos aventurar que también será rechazado, y ello por cuanto el Tribunal Supremo recuerda en todas y cada una de estas sentencias lo que ya afirmara a otros efectos (STS de 8.2.2021, rec. n.^o 3071/2019): que las irregularidades jurídicas que impiden la deducibilidad fiscal del gasto *"no pueden equipararse, sin más, a cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico ya que esto conduciría a soluciones claramente insatisfactorias"* y que *"esa expresión remite solo a cierto tipo de actuaciones, v. gr. sobornos y otras conductas similares"*.

Para alcanzar esas conclusiones, se apoya en la jurisprudencia de la Sala Primera (STS n.^o 893/2012, de 19 de diciembre de 2011) sobre el abuso de la formalidad que supondría negar la posibilidad de subsanar el eventual incumplimiento de un requisito con el conocimiento, consentimiento y anuencia de aquellos en cuya tutela nace y existe tal requisito, y afirma que la llamada teoría del vínculo, que *"despliega sus efectos en el seno de la relación interna o intrasocietaria, llevada al*

*terreno de lo tributario que aquí nos ocupa, conduciría a un resultado totalmente absurdo si no se aplica con prudencia y cautela"; esto es, si se interpreta de forma desvinculada a la finalidad para las que sirven las instituciones jurídicas relevantes en esta materia. También se apoya en algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 9.7.2015, *Balkaya*, C-229/14; de 11.11.2010, *Danosa*, C-232/09; y de 5.5.2022 *HJ*, C-101/21) para afirmar que "aunque a efectos mercantiles fuese de aplicación la teoría del vínculo, no cabe negar la deducibilidad de las remuneraciones satisfechas a un trabajador, ni hacer de peor condición a éste o a su empresa pagadora por el mero hecho de formar parte aquél, también, del órgano de administración".*

Es relevante subrayar que las tres sentencias resuelven casos en los que las retribuciones estaban acreditadas, previstas en los estatutos, contabilizadas y no se había discutido que correspondiesen a una prestación de servicios real y efectivamente prestada. Se discutía su irregularidad solo porque no se encontraban amparadas por el acuerdo de la Junta. Pero hay más recursos de casación admitidos a trámite sobre esta cuestión en otras situaciones distintas: casos en los que la irregularidad que se reprocha es la falta de previsión estatutaria (AATS de 6 de julio de 2022, rec. 7435/2021, y de 10 de mayo y 25 de julio de 2023, rec. n.ºs 9078/2022 y 2334/2021); o en el que la deducibilidad se deniega para la indemnización pagada por el cese del administrador que presta servicios bajo la cobertura formal de un contrato de alta dirección, cuando esa indemnización carece de cobertura estatutaria (ATS de 13.7.2022, rec. 8081/2021); o cuando se trata de la retribución de socios-administradores (ATS de 28.6.2023, rec. 7481/2022).

2. Inclusión de los administradores en conceptos utilizados por las normas tributarias, como trabajos, empleados o relación laboral

La segunda vertiente fiscal de la doctrina del vínculo ha sido la de la interpretación de las numerosas normas tributarias que hacen referencia a conceptos como *trabajador*, *empleados*, *rendimientos del trabajo* o *relación laboral* cuando se aplicaba al administrador que desempeña funciones ejecutivas y que trabaja en el día a día de la empresa.

Sobre estas cuestiones, las recientes sentencias ya comentadas extrapolan al ámbito fiscal determinados pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que matizan los efectos de la doctrina del vínculo en determinadas parcelas del ámbito laboral, para concluir que no cabe hacer de peor condición a un trabajador o a su empresa pagadora por el mero hecho de que ese trabajador forme parte del órgano de administración, incluso aunque esa pertenencia determine a efectos mercantiles y laborales la aplicación de la teoría del vínculo. Estas consideraciones de las sentencias comentadas tienen un alcance más amplio que el de la deducibilidad de la retribución a los administradores y puede afectar a la interpretación de esas normas tributarias de cuya aplicación quedan a menudo excluidos los administradores sociales.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2023 (rec. 2334/2021), que concluye que es posible aplicar la reducción por irregularidad del artículo 18.2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a las retribuciones

percibidas por altos directivos que también son administradores sociales con ocasión de su cese, cuando se cumpla el resto de requisitos exigidos en el precepto, y que la denominada teoría del vínculo es indiferente, en este concreto asunto, al efecto de incluir o no las retribuciones a los administradores que nos ocupan en el ámbito objetivo de la reducción de los rendimientos íntegros prevista en dicha norma.

3. Sujeción al IVA de los servicios prestados por los administradores

La tercera y última derivada fiscal de la doctrina del vínculo está relacionada con su sujeción al IVA. La Dirección General de Tributos ha venido entendiendo (v. gr., consultas n.ºs V0006-20 y V3088-17) que este análisis debe ponderar en cada caso diversas variables, a saber: si los medios principales a través de los cuales el administrador o consejero realiza su actividad son propios o titularidad de la sociedad; si en función de las condiciones acordadas, el administrador o consejero queda sometido a los criterios organizativos de la sociedad o es libre de organizar su actividad mediante la elección de colaboradores, estructuras necesarias para el desarrollo de funciones y de horarios de trabajo y vacaciones; la dependencia, en todo o en parte, de los beneficios o facturación de la entidad; o si la responsabilidad de la actividad desarrollada por el administrador frente a terceros recae sobre el administrador, que sería, de nuevo, un factor que puede llevar a la sujeción a IVA. Con carácter general, la ponderación de estas variables parecería apuntar a la ausencia de sujeción a IVA cuando se trata de consejeros ejecutivos, que prestan servicios en el día a día de la empresa, y a la sujeción, en cambio, cuando se trata de algunos consejeros independientes.

Pues bien, esta última conclusión (la atinente a los consejeros independientes) puede necesitar ser revisitada a raíz de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2023, caso T, asunto C-288/22.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que para que exista sujeción a IVA tienen que darse dos requisitos: que el consejero realice una actividad económica y que esa actividad sea independiente.

Sobre el primero, el Tribunal concluye que el consejero realiza una actividad económica si efectúa prestaciones de servicios a título oneroso y con carácter permanente, una prestación de servicios que es retribuida de forma previsible. Sobre el segundo, señala que la actividad económica desarrollada por el consejero no será independiente si el consejero —aunque organice su tiempo libremente, perciba las retribuciones que constituyen sus ingresos, actúe en nombre propio y no esté sometido a una relación de subordinación jerárquica— no actúa por su cuenta ni bajo su propia responsabilidad y no soporta el riesgo económico ligado a su actividad.

Esto es, sobre las diferentes variables que la doctrina administrativa exigía ponderar en cada caso, la sentencia otorga prevalencia al de la responsabilidad del administrador frente a terceros por las actuaciones llevadas a cabo por la sociedad. Ello podría suponer un cambio de criterio en la sujeción al IVA de servicios prestados por consejeros en los que la ponderación de esas otras variables fue relevante para llevar a repercutir el impuesto.

Foro de Actualidad

España

COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DE 28 DE DICIEMBRE DE 2023 DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN EL EXPEDIENTE DE LA CNMC DE DERIVADOS FINANCIEROS

Jokin Beltrán de Lubiano y Álvaro Angulo Garciandia

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

Comentario a las sentencias de 28 de diciembre de 2023 de la Audiencia Nacional en el expediente de la CNMC de Derivados Financieros

Este comentario examina las recientes sentencias de la Audiencia Nacional que anulan la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0579/16 Derivados Financieros. El comentario se centra en el análisis sustantivo de los acuerdos de contratación conjunta de derivados financieros en project finance y los conceptos de infracción única y continuada y de prescripción, conceptos clave que han llevado a la anulación de la citada resolución.

PALABRAS CLAVE:

Derecho de la competencia, Infracción única y continuada, Prescripción, Procedimiento sancionador, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Audiencia Nacional.

Comment on the National Court Judgments of 28 December 2023 in the CNMC case on Financial Derivatives

This article examines recent National Court judgments that annulled the National Markets and Competition Commission decision in case S/DC/0579/16 on financial derivatives. It provides a substantive analysis of the joint negotiation of financial derivatives for project financing and the concepts of single and continuous infringement, and limitation period, which were key to annulling the Commission's decision.

KEYWORDS:

Competition law, single and continuous infringement, limitation period, infringement proceedings, National Markets and Competition Commission, National Court.

FECHA DE RECEPCIÓN: 20-3-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23-3-2024

Beltrán de Lubiano, Jokin; Angulo Garcíandía, Álvaro (2024). Comentario a las sentencias de 28 de diciembre de 2023 de la Audiencia Nacional en el expediente de la CNMC de Derivados Financieros. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 119-124 (ISSN: 1578-956X).

1. La sanción de la CNMC en el asunto S/DC/0579/16, *Derivados Financieros*

En febrero de 2018, la CNMC sancionó a cuatro de las principales entidades financieras españolas —Banco Santander, BBVA, CaixaBank y Banco Sabadell— por una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) consistente en una actuación concertada dirigida a la fijación de los precios de ciertos derivados financieros por encima de las condiciones de mercado, contratados como cobertura del riesgo de tipo de interés asociados a préstamos sindicados en financiación de proyectos. En consecuencia, impuso sanciones por un valor combinado de 91 millones de euros.

La Audiencia Nacional ha resuelto recientemente los recursos que estas cuatro entidades habían interpuesto, anulando la resolución de la CNMC (sentencias de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2023, recursos n.ºs 131/2018, 188/2018, 197/2018 y 201/2018). Dicha anulación se produce por la concurrencia de tres motivos: (i) una consideración más estricta sobre las condiciones que hacen que la contratación conjunta por varias entidades financieras de derivados pueda ser anticompetitiva, (ii) la exigencia de suficiente prueba para aplicar el concepto de "infracción única y continuada" y (iii) la consideración estricta de las condiciones que interrumpen la prescripción. En este foro se resumirán las conclusiones que alcanza la Audiencia Nacional en estas cuatro sentencias bajo estos tres motivos.

Tras un breve resumen de la Resolución y el análisis de la Audiencia Nacional sobre la legalidad de la contratación conjunta de derivados asociados a la financiación de *project finance* (sección 2), el presente foro abordará el pronunciamiento de la Audiencia Nacional respecto a la infracción única y continuada (sección 3) y la prescripción (sección 4).

2. La legalidad de vincular la contratación de préstamos sindicados y las coberturas del riesgo del tipo de interés

En las financiaciones de *project finance*, típicamente realizadas a interés variable, es habitual que las partes quieran cubrir el riesgo de variación de tipos de interés mediante la suscripción de derivados financieros. En la resolución recurrida, la CNMC consideró acreditado que las entidades financieras que concedían el crédito sindicado obligaban a los deudores a contratar la cobertura del riesgo de tipos de interés con las propias entidades financieras a través de una operación de derivados vinculada al crédito sindicado. Aunque esta vinculación de productos no infringe en sí misma las normas de competencia, sí era, según la CNMC, el elemento de partida que dio lugar a la infracción. En particular, según la Resolución, la infracción sancionada consistía en la concertación entre entidades financiadoras con respecto a la cobertura del riesgo de tipo de interés no basada en un proceso objetivo con condiciones de mercado (tal y como se pactaba en los contratos), sino en la inclusión de un margen a favor de los bancos sin el conocimiento del cliente. Esta conducta se sancionó como una infracción por objeto (i. e., sin necesidad de acreditar efectos restrictivos de la competencia).

La Audiencia Nacional acepta, en cuanto al fondo y en términos generales, el análisis de la CNMC. La Audiencia Nacional recuerda, en primer lugar, que la actuación conjunta realizada por las entidades financieras en relación con los préstamos sindicados no ha sido considerada por la CNMC como una conducta anticompetitiva, al entenderse que las entidades financieras no estaban actuando como empresas competidoras en la concesión de préstamos sindicados.

En segundo lugar, la Audiencia Nacional entiende que es aceptable, de acuerdo con los estándares internacionales, que las entidades financieras que conceden préstamos sindicados puedan, a su vez, ofrecer a sus clientes la contratación de los derivados financieros de cobertura económica del riesgo del tipo de interés del préstamo. E indica que esa oferta no supone necesariamente una obligación para el cliente, puesto que resultaba posible contratar los derivados con las propias entidades financieras o con terceras entidades financieras.

Por tanto, la Audiencia Nacional concluye que, a pesar de que el ofrecimiento por las entidades financieras sindicadas de los derivados financieros de cobertura no es anticompetitivo, la fijación de las mismas condiciones en la contratación del derivado financiero puede ser anticompetitiva en ciertas condiciones, en concreto, cuando (i) se fijan condiciones perjudiciales para los clientes, por comparación con las condiciones de mercado existentes en el momento de la contratación, y (ii) a espaldas a los clientes, creen una "falsa apariencia" para estos de que las condiciones aplicadas eran efectivamente de mercado. En consecuencia, las sentencias consideran que no se acredita la existencia de infracción si no hay pruebas de que el tipo de interés del derivado se haya "*concertado previamente por las entidades bancarias sin atender a las condiciones de mercado*".

3. La existencia de una infracción única y continuada

La CNMC había considerado que existía una infracción única y continuada desde el año 2006 hasta el año 2016. Sin embargo, la CNMC únicamente contaba con pruebas de la supuesta conducta infractora (es decir, la existencia de una actuación concertada y a espaldas de los clientes dirigida a crear una falsa apariencia sobre las condiciones de mercado) hasta el mes de febrero de 2012. La Resolución había optado por extender la duración de la infracción al conjunto de contratos análogos que habían sido suscritos por las entidades financieras con cualesquiera terceras empresas hasta el año 2016, pese a no existir pruebas concretas de concertación en perjuicio de los clientes en estos contratos.

Según la doctrina de la infracción única y continuada, se puede sancionar como tal infracción la conducta de empresas cuando estas formen parte de un plan común y mantengan un comportamiento que responde a un mismo objetivo a lo largo del tiempo, aunque no se haya acreditado su participación en fases concretas del periodo de infracción.

A efectos de analizar la concurrencia (o no) de la infracción única y continuada, la Audiencia Nacional destaca que la prueba sobre la concertación anticompetitiva del tipo de interés de los derivados financieros solamente existía respecto de las operaciones realizadas con las empresas del Grupo Vapat, habiéndose realizado la última operación el 8 de agosto de 2011, y con Termosolares Borges, el 2 de febrero de 2012. No existía, por tanto, prueba en el expediente entre el 2 de febrero de 2012 y la fecha de incoación del expediente sancionador, 15 de abril de 2016.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Audiencia Nacional concluye que no se han aportado elementos probatorios al expediente que permitan dar continuidad a las conductas infractoras, en la medida en que *“las meras sospechas no pueden tener la entidad de prueba de cargo”*. La calificación de una conducta como una infracción única y continuada supone que todos los comportamientos sancionados han de responder a un mismo objetivo (el fin perseguido por la conducta infractora), sin que quepa la posibilidad de inferir simplemente y sin pruebas que la conducta infractora se ha extendido en el tiempo.

Además, la Audiencia Nacional también descarta que en algunas operaciones (i. e., Clínicas del Sur, un acuerdo firmado en junio de 2015) permitiesen extender la duración de la conducta. En esta ocasión, no solo no habría pruebas de concertación a espaldas del cliente, por lo que no se cumplían los requisitos para que existiese infracción, sino que además intervinieron entidades financieras adicionales a las cuatro sancionadas en la Resolución (i. e., no había identidad de sujetos).

Por tanto, la Audiencia Nacional recuerda que la calificación de la infracción como única y continuada no puede servir de *“atajo”* para evitar la necesidad de aportar prueba de cargo que acredite actuaciones similares a las probadas en un expediente. En otras palabras, la figura de la infracción única y continuada no reduce las exigencias probatorias de la Administración que se derivan del principio de presunción de inocencia; por el contrario, la prueba indiciaria debe necesariamente tener una relación directa y precisa entre los hechos investigados y aquel que se trata de acreditar.

4. La prescripción de las conductas que la Audiencia Nacional considera infractoras

La CNMC, al considerar que concurría una infracción única y continuada, no valoró la concurrencia (o no) de la posible prescripción de la conducta infractora. Sin embargo, la Audiencia Nacional, tras declarar que no existió una infracción única y continuada en el expediente, concluye que la conducta estaba prescrita en la medida en que había transcurrido un periodo de tiempo superior a cuatro años (plazo establecido en el artículo 68.1 de la LDC para las infracciones muy graves, como lo son las infracciones del artículo 1 de la LDC) entre el 2 de febrero de 2012, última prueba de la existencia de infracción, hasta el 15 de abril de 2016, "*fecha de la incoación del expediente sancionador*". Notablemente, la Audiencia Nacional alcanza esta conclusión a pesar de que el 28 de julio de 2015 la Dirección de Competencia había enviado un requerimiento de información a las entidades financieras en el marco de la tramitación de la información reservada (véase el párrafo 6 de la Resolución).

La Audiencia Nacional se pronuncia, por tanto, sobre el concepto de interrupción de la prescripción en materia de defensa de la competencia. Este pronunciamiento se realiza en un contexto en el que existen ciertas diferencias de redacción entre la norma especial (la LDC) y la general (la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público), aplicada supletoriamente. En particular, el artículo 68.3 de la LDC indica que la prescripción se interrumpe por "*cualquier actuación de la Administración*" tendente a cumplir la ley (i. e., sin distinción entre inicio del procedimiento sancionador y trámites previos), mientras que el artículo 30.2 de la Ley 40/2015 establece que el plazo de prescripción se interrumpirá por la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora.

Pues bien, en el presente caso, la Audiencia Nacional no consideró relevante la remisión de un requerimiento de información por la CNMC durante la práctica de las diligencias de información reservada (es decir, antes de la iniciación formal del expediente sancionador) como causa de interrupción de la prescripción. Esto parece ir acorde con otras recientes sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en las que consideró que la infracción estaba prescrita, a pesar de que se habían practicado inspecciones domiciliarias durante la fase de diligencias previas (véanse, por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Nacional de 18 de febrero de 2020, rec. n.º 658/2015, ECLI:ES:AN:2020:2, y de 21 de diciembre de 2020, rec. n.º 500/2016, ECLI:ES:AN:2020:4186).

Por tanto, la Audiencia Nacional parece haber alcanzado una interpretación del artículo 68.3 de la LDC coherente con el régimen general de la Ley 40/2015, al considerar que únicamente tienen la capacidad de interrumpir la prescripción aquellos actos de la Administración tendentes al cumplimiento de la Ley que se realicen en el marco de un procedimiento de naturaleza sancionadora formalmente incoado. A nuestro juicio, esta interpretación parece sensata, en la medida en que durante el trámite de diligencias previas o información reservada no existe un procedimiento administrativo sancionador y el interesado destinatario del requerimiento o inspección domiciliaria, por ejemplo, no tiene la condición de interesado ni los derechos propios del procedimiento administrativo sancionador.

5. Conclusión

Las sentencias de la Audiencia Nacional son bienvenidas, en la medida en que aclaran que los préstamos sindicados y la vinculación de tales préstamos sindicados con la contratación de los derivados de cobertura del riesgo del tipo de interés en financiaciones de proyecto no son restrictivos de la competencia por sí mismos, recuerda a la CNMC los límites del uso de la institución de la infracción única y continuada (i. e., la exigencia de concurrencia de elementos probatorios, sin que se permitan atajos) y se pronuncia sobre la ausencia de capacidad interruptiva de aquellas actuaciones que lleve a cabo la CNMC antes de la incoación del procedimiento sancionador.

Foro de Actualidad

España

LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO EN ÚLTIMO LUGAR: JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

Mario Montes Santamaría

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

La declaración del acusado en último lugar: jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo

En este foro se analiza la evolución del tratamiento que se ha dado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la cuestión de cuándo debe producirse la declaración del acusado en juicio oral, con especial referencia a las sentencias dictadas durante el año 2023 y un apunte final sobre la resolución de la cuestión a futuro.

PALABRAS CLAVE:

Declaración, Acusado, Último lugar, Tribunal Supremo.

The defendant's testimony at the end of trial: recent Supreme Court case law

This article analyses how the Supreme Court case law has been addressing the issue of when a defendant's testimony should happen at trial, with a special focus on the decisions handed down in 2023. It also proposes ways to resolve this issue in the future.

KEYWORDS:

Testimony, accused, at the end of trial, Spanish Supreme Court.

FECHA DE RECEPCIÓN: 20-3-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 25-3-2024

Montes Santamaría, Mario (2024). La declaración del acusado en último lugar: jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 125-132 (ISSN: 1578-956X).

Una serie de sentencias dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2023 han revitalizado el debate acerca de cuándo debe practicarse la declaración del acusado en el juicio oral. La discusión orbita siempre, de modo más o menos explícito, alrededor de dos cuestiones: (i) si el acusado debe declarar al inicio del juicio, para poder plantear desde un principio su tesis defensiva, o al final del juicio, una vez que conoce qué prueba existe y se ha desplegado en su contra; y (ii) si esa decisión acerca del momento en el que debe producirse la declaración del acusado constituye una facultad del tribunal de enjuiciamiento o, por el contrario, existe alguna obligación de origen constitucional, legal o jurisprudencial que condiciona o limita la decisión del tribunal.

La resolución del debate se complica en especial por dos motivos: (i) la Ley de Enjuiciamiento Criminal no incluye ninguna previsión expresa acerca de la práctica de la declaración del acusado en juicio como prueba; y (ii) la Sala Segunda del Tribunal Supremo suele abordar esta problemática con ocasión de la resolución de recursos de casación (es decir, en revisión de las decisiones de ordenación de la prueba adoptadas por otros tribunales) y no tanto como tribunal de enjuiciamiento (como ocurriría en causas propias de aforados).

1. Ausencia de regulación legal y los proyectos integrales de reforma procesal penal

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no contempla de forma expresa ni la práctica de la declaración del acusado como prueba ni el momento en el que dicha declaración debe producirse. El único trámite que se prevé al inicio del juicio es la llamada confesión del acusado (artículos 688 a 700 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En este trámite, el presidente del tribunal debe preguntar al acusado si se confiesa culpable del delito atribuido, pero, si el acusado contesta de forma negativa, el juicio debe celebrarse. Además, tras la práctica de la prueba, la formulación de las conclusiones definitivas y la exposición de los informes orales, se prevé el trámite de última palabra que, en principio, carece de contenido probatorio (artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por tanto, el fenómeno consistente en que las acusaciones puedan solicitar la declaración del acusado como prueba (de la propia acusación) y en que la práctica de las pruebas en juicio se inicie precisamente con la declaración del acusado constituye un uso forense que, por muy extendido que esté en la práctica, carece de anclaje legal expreso y se remonta a inercias contemporáneas a la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en concreto, se remonta a las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo y 28 y 30 de junio de 1883 y a la Instrucción núm. 51/1883, de 15 de septiembre, de la Fiscalía del Tribunal Supremo). En consecuencia, en la amplísima mayoría de casos las acusaciones solicitan la declaración del acusado en primer lugar y el tribunal de enjuiciamiento la acuerda en aplicación inercial del artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este precepto dispone que, una vez leídos los escritos de acusación, *"se pasará a la práctica de las diligencias de prueba y al examen de los testigos, empezando por la que hubiere ofrecido el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores, y por último con la de los procesados"*, salvo que el tribunal altere este orden *"cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad"*.

Durante los últimos 15 años, y partiendo de lecturas constitucionales del proceso penal de inspiración anglosajona, los distintos proyectos integrales de reforma procesal penal han venido contemplando la declaración del acusado en último lugar (tras la práctica del resto de la prueba), exclusivamente a instancias de su defensa (es decir, no como prueba de la acusación) y sin que de la falta de proposición de la declaración del acusado por su propia defensa pudiesen extraerse inferencias negativas. Así se preveía en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2011 (artículo 567) y en el borrador de Código Procesal Penal del año 2013 (artículo 448). También se contemplaba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020 (artículo 657) —que se sometió a trámite de información pública, pero que no llegó a iniciar su andadura parlamentaria— en cuya exposición de motivos se afirmaba que *“el sistema actual de declaración inicial del acusado distorsiona el juego efectivo del principio de presunción de inocencia y genera una práctica procesal puramente dialéctica en la que el juez parece encaminado a elegir la tesis más verosímil entre dos opciones de igual valor, cuando en realidad quien ha de demostrar plenamente sus tesis es la parte acusadora”*.

En paralelo a la publicación de estos proyectos, se ha generado una práctica relativamente extendida por la cual muchos abogados de defensa han venido solicitando la declaración de sus defendidos en último lugar, si bien con desigual resultado en función de las circunstancias particulares de cada procedimiento penal y del tribunal de enjuiciamiento del que se tratase.

2. Reticencias iniciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

2.1. El planteamiento del Tribunal Supremo al resolver recursos de casación

A resultas de esta práctica por parte de algunos abogados de defensa, la Sala Segunda del Tribunal Supremo empezó a resolver recursos de casación que incluían motivos a través de los que se impugnaban las decisiones de ordenación de la prueba adoptadas por los tribunales de enjuiciamiento alegando vulneración del derecho de los acusados a la defensa, a un proceso con todas las garantías e incluso a la presunción de inocencia.

La primera sentencia en la que el Alto Tribunal trató de modo extenso la cuestión fue la STS (Sala Segunda) núm. 259/2015, de 30 de abril de 2015 (Rec. casación núm. 1125/2014) (Pte. Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón) (F. D. 3.º a 6.º). En esta resolución, el Tribunal Supremo se posicionó en términos muy contundentes en favor del siguiente planteamiento: (i) los derechos del acusado a no declarar y a no confesarse culpable no imponen que su declaración deba producirse en último lugar, una vez practicado el resto de la prueba (*“hasta la fecha la Jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Constitucional o del TEDH no ha extendido el derecho constitucional a no declararse culpable hasta el punto de que corresponda a la defensa elegir el momento en que el acusado debe declarar o que sea necesario que su declaración se produzca al final el juicio”*); y (ii) por tanto, las decisiones de ordenación de la prueba adoptadas por los tribunales de enjuiciamiento —incluidas las decisiones de denegación de la declaración del acusado en último lugar— tan solo suponen el ejercicio de una facultad expresamente prevista en la ley procesal y no pueden

anularse, salvo que se alegue y se aprecie en el caso concreto un ejercicio no razonable que cause indefensión material al acusado (*"la facultad de alterar el orden de las pruebas, de oficio o a instancia de parte, viene atribuida por la Ley al Presidente [...] y en el caso actual no se aprecia que la denegación de dicha alteración, realizada por el Tribunal en el ejercicio de una facultad legal, haya ocasionado indefensión a los acusados"*).

Además, la STS núm. 259/2015 esgrimía en apoyo de su planteamiento argumentos tales como que (i) la declaración al inicio del juicio permite al acusado exponer de entrada su versión de los hechos objeto de enjuiciamiento (*"para evitar que el derecho de los acusados a expresarse y aportar su versión se demore a este tardío momento procesal [el trámite de última palabra], y teniendo en cuenta que el juicio debe comenzar en todo caso con la lectura de los hechos de la acusación y la pregunta a los acusados sobre su conformidad con los mismos, el "usus fori" determina que, en caso de respuesta negativa a dicha solicitud de conformidad, el juicio comience precisamente con las explicaciones y aclaraciones del acusado"*) o que (ii) los acusados ya pueden conocer al principio del juicio las pruebas que existen en su contra como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo en fase de instrucción y del asesoramiento letrado recibido (*"cuando se realiza la declaración del acusado, con independencia del momento del juicio en el que se produzca, el acusado ya conoce las pruebas que la acusación propone como de cargo y las manifestaciones de los testigos ante el Instructor; ya ha podido tener información acerca del planteamiento de su defensa o de la de otros acusados sobre la validez de las mismas; ya dispone de la necesaria asistencia letrada; ha tenido oportunidad de asesorarse suficientemente acerca de las eventuales consecuencias de la validez o eficacia de las pruebas existentes en su contra; ha tenido oportunidad de pedir y recibir opinión y consejo técnico acerca de las posibles consecuencias de su declaración; y ha sido informado debidamente de sus derechos, entre los que se encuentra el de no declarar, no confesarse culpable y no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le hagan. En definitiva, ha tenido oportunidad de decidir cómo orientar su declaración y su defensa (STS núm. 1129/2006, de 15 de noviembre, entre otras), por lo que no cabe apreciar que esta declaración, en todo caso voluntaria, le ocasione indefensión"*).

Por lo demás, esta sentencia incluía varias críticas explícitas a los partidarios de la importación del modelo procesal anglosajón de declaración del acusado en último lugar.

El Tribunal Supremo reiteró unos años después el mismo planteamiento en la STS (Sala Segunda) núm. 228/2018, de 17 de mayo de 2018 (Rec. casación núm. 296/2017) (Pte. Excm. Sra. D.^a Ana Ferrer García) (F. D. 1.^o), que incluía una cita muy extensa de la STS núm. 259/2015. El Alto Tribunal volvió a desestimar el motivo de casación al apreciar que la decisión de ordenación de la prueba adoptada por el tribunal de instancia no causaba indefensión material al acusado en el caso concreto. Además, esta resolución contenía un pronunciamiento expreso en favor de que la declaración del acusado tenga la consideración de prueba de la acusación: *"Entra dentro de la lógica que si se concibe la declaración del acusado como un medio de defensa y no como una prueba de la acusación, aunque pudiera tener efectos inculpativos, su interrogatorio se intente una vez practicadas las pruebas propuestas por ésta última, de forma que pueda reaccionar, en ejercicio adecuado de su derecho de defensa, frente a los elementos inculpativos que hubieran resultado de aquellas. Sin embargo, no ha sido este el uso habitual en nuestra práctica judicial, y no puede por ello deducirse vulneración del derecho de defensa. Que por otra parte, el recurrente no concreta en*

que extremo concreto, más allá del plano meramente teórico, se habría materializado la misma [la vulneración]”.

La misma doctrina fue reafirmada durante los años posteriores en las SSTS (Sala Segunda) núm. 507/2020, de 14 de octubre de 2020 (Rec. casación núm. 10575/2018) (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); núm. 700/2020, de 16 de diciembre de 2020 (Rec. casación núm. 10434/2020) (Pte. Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián); y núm. 950/2022, de 14 de diciembre de 2022 (Rec. casación núm. 1519/2021) (Pte. Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta).

2.2. El planteamiento del Tribunal Supremo en las causas de aforados

En coherencia con el criterio empleado al resolver recursos de casación, en las causas penales de aforados que llegaban a juicio oral ante el Tribunal Supremo, la declaración del acusado se producía de forma mayoritaria al inicio del juicio. Así sucedió, por ejemplo, en la Causa Especial 20907/2017 (procedimiento por el referéndum secesionista de 2017 en Cataluña), que seguramente sea el juicio de aforados más notorio de la historia reciente del Alto Tribunal.

Sin embargo, en algún juicio oral posterior se empezaron a mostrar signos de cambio en el planteamiento de la Sala Segunda. Ejemplo de ello fue el juicio en la Causa Especial 21019/2019 (procedimiento seguido frente a un diputado por delito de atentado a agente de la autoridad) que condujo al dictado de la STS (Sala Segunda) núm. 750/2021, de 6 de octubre de 2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca), y en el que el acusado declaró tras la práctica del resto de la prueba.

3. Sentencias dictadas durante el año 2023

Durante el año 2023 la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias en las que resolvía recursos de casación que apuntaban a un cierto cambio de planteamiento, siquiera a nivel argumental, aunque con una trascendencia práctica aún por comprobar.

La primera de estas resoluciones fue la STS (Sala Segunda) núm. 514/2023, de 28 de junio de 2023 (Rec. casación núm. 10638/2022) (Pte. Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura) (F. D. 1.^o). Por primera vez el Alto Tribunal se pronunció en términos favorables acerca de la posibilidad de que el acusado pueda declarar en último lugar, vinculando de forma directa esa declaración al final del juicio con un reforzamiento de las posibilidades defensivas del acusado por haber podido comprobar con carácter previo el resultado de la prueba practicada: *“Varias son, sin embargo, las resoluciones judiciales en las que este mismo Tribunal Supremo ha sugerido, en línea de principio, la inexistencia de impedimento alguno para acordar, con carácter general o cuando así lo solicitara la defensa, reservar la declaración del acusado al momento posterior a la práctica del resto de la prueba. Lo justifica su particular estatus procesal y el reforzamiento que ello comporta de sus posibilidades defensivas, impuesto ya, al tiempo de declarar, del resultado producido por el resto de los medios probatorios desarrollados en el plenario. No impide actuar de este modo el artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, encontrándose, además, dicha posibilidad en línea con las propuestas doctrinales más significadas al respecto e, incluso, con el contenido de algún anteproyecto de nueva ley*

procesal penal. De hecho, así hemos actuado en alguna oportunidad cuando nos corresponde, en el ejercicio de nuestras propias competencias, bien es verdad que con escasa frecuencia, la celebración de juicios orales. Para concluir, la finalidad pretendida por la norma —el mejor descubrimiento de la verdad— debe conectarse con un mayor y más efectivo aseguramiento de la eficacia del derecho de defensa que pasa, en la mayoría de las ocasiones, por permitir, precisamente, que la persona acusada pueda declarar en último lugar”.

Sin embargo, al resolver el caso concreto el Tribunal Supremo volvió a citar de forma muy extensa las SSTS núm. 259/2015 y 228/2018 y desestimó el motivo de casación al apreciar que el recurrente no había sido capaz de acreditar que la decisión de ordenación de la prueba del tribunal de enjuiciamiento le hubiese causado indefensión material (“no es ajeno lo anterior a que tampoco haya sido capaz la parte [...] de concretar el perjuicio o gravamen específico que el orden establecido para la práctica de la prueba en el acto del juicio pudo producirle con respecto a su derecho de defensa, precisando en qué concreto modo éste pudo haberse desarrollado de una manera más plena o perfecta para el caso de que la declaración del acusado hubiera tenido lugar, como quería, tras la celebración de la práctica del resto de los medios probatorios”). De hecho, el Alto Tribunal parecía sugerir aquí que no sería posible imponer con carácter generalizado una determinada decisión de ordenación de la prueba a los tribunales de instancia, salvo que se llevase a cabo una modificación legal (“aun cuando el artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no proscriba dicho orden en la práctica de la prueba, y en tanto no se concrete modificación legal alguna al respecto, evidentemente la decisión de la presidenta del Tribunal, acordando proceder, de acuerdo con la regla general contemplada en dicha norma, de ningún modo podría considerarse contraria a la misma ni, con carácter general al menos, limitativa del derecho de defensa del acusado”).

La segunda resolución notable a estos efectos —y la que sin duda más ha revitalizado el debate— fue la STS (Sala Segunda) núm. 714/2023, de 28 de septiembre de 2023 (Rec. casación núm. 5816/2021) (Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet) (F. D. 4.º, *in fine*). El Tribunal Supremo se pronunció aquí sobre la declaración del acusado en último lugar, pero lo hizo *obiter dictum* (sin resolver ninguna pretensión concreta del recurrente en el caso concreto) y con vocación declarada de fijación de doctrina generalmente aplicable.

En esta resolución, el Alto Tribunal destacó de modo explícito que la declaración del acusado en último lugar resulta más ventajosa para sus intereses defensivos (“no es posible desdeñar las indudables ventajas que le suponen al acusado declarar tras finalizar la práctica de la prueba en relación a lo que declararon los testigos, sobre todo, o los documentos que se han elevado al plenario como “utilizables” a la hora de que el juez o Tribunal dicte sentencia, el informe pericial ratificado y explicado en el plenario”), sin que los efectos perjudiciales de la declaración del acusado en primer lugar puedan verse compensados por el trámite de última palabra (“no es posible comparar la declaración del acusado con el derecho de última palabra para que en este punto añada el acusado lo que le interese de las declaraciones efectuadas en la práctica de la prueba, ya que en el derecho de última palabra no hay “interrogatorio” por las partes, sino una explicación del acusado a modo de resumen. No se entiende protegido el “mejor derecho de defensa” por la circunstancia de que exista el derecho de última palabra”). Además, se citaban en apoyo de este planteamiento tanto los proyectos integrales de reforma procesal penal como la propia praxis de la Sala Segunda en la Causa Especial 21019/2019.

En suma, a juicio del Tribunal Supremo en esta sentencia, la declaración en último lugar constituye una garantía del derecho de defensa del acusado (“[...] *que el acusado declare en último lugar [...] obviamente, garantiza mejor el derecho de defensa, y debería ser admitido, porque, obviamente, no se ejerce igual el derecho de defensa con el interrogatorio por el letrado en último lugar que con la “autodefensa”* [el trámite de última palabra]”). En consecuencia, el Alto Tribunal se pronunciaba en términos aparentemente categóricos sobre la obligación de los tribunales de enjuiciamiento de acordar la declaración del acusado en último lugar si así lo pide su defensa, debiendo, en casos de pluralidad de acusados, acordar la declaración en último lugar respecto de todos aquellos que lo soliciten (“*en el caso de ser varios los acusados y alguno de ellos lo interesara el juez o presidente del Tribunal preguntará al resto y si no lo interesan todos lo acordará con respecto a aquél o aquéllos que lo hubieren solicitado, declarando el resto al principio de la práctica de la prueba*”).

No obstante, pese a todos los razonamientos, la resolución concluía destacando que en el caso concreto no se había alegado ni se apreciaba que la decisión de ordenación de la prueba del tribunal de instancia hubiese causado indefensión material al recurrente (“*en cualquier caso, todo esto lo es obiter dictum para fijar doctrina sobre este relevante aspecto hoy en día en los juicios orales, y sin que en este caso se haya planteado, ni señalado en qué medida se causó indefensión material con su rechazo*”).

Por último, la tercera resolución que abordó esta materia fue la STS (Sala Segunda) núm. 779/2023, de 18 de octubre de 2023 (Rec. casación núm. 6767/2021) (Pte. Excm. Sra. D.^a Susana Polo García) (F. D. 10.^o). En esta sentencia el Tribunal Supremo reiteró (con citas textuales) la misma secuencia de razonamiento que en la STS núm. 514/2023. Es decir, se volvió a destacar que la declaración del acusado en último lugar reforzaba sus posibilidades defensivas y que no existía impedimento legal alguno para que se acordase esa declaración al final del juicio. Sin embargo, el Alto Tribunal reiteró nuevamente que, en ausencia de modificación legal, la decisión de ordenación de la prueba del tribunal de enjuiciamiento no podía considerarse limitativa del derecho de defensa del acusado, salvo que se alegasen y acreditasen circunstancias causantes de indefensión material (lo que tampoco sucedía en el caso concreto). Por tanto, pese a haberse dictado tan solo tres semanas después, esta sentencia no incluye ninguna referencia a los aparentemente categóricos razonamientos de la STS núm. 714/2023 y, desde luego, tampoco censura la decisión del tribunal de instancia de denegar la declaración del acusado en último lugar, arrojando así incertidumbre sobre si el Tribunal Supremo ha fijado o no verdadera doctrina sobre esta cuestión.

4. La resolución de la cuestión a futuro

Parece claro, al menos desde un punto de vista argumental, que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con ocasión de las sentencias dictadas en 2023, se ha abierto por primera vez a considerar la declaración del acusado en último lugar como una medida favorable a sus intereses defensivos e incluso como un derecho o una garantía. No está claro, sin embargo, si esos pronunciamientos —léidos en su conjunto— imponen a los tribunales de enjuiciamiento con carácter generalizado la obligación de acordar la declaración del acusado en último lugar siempre que lo solicite su defensa letrada.

Haya sido o no la STS núm. 714/2023 una excepción a la línea jurisprudencial general de la Sala Segunda, sí parece que, desde la perspectiva de un cierto número de magistrados del Alto Tribunal, el único camino para imponer en todo caso la declaración del acusado en último lugar es la modificación normativa. Es cierto que los tres proyectos integrales de reforma procesal penal fracasaron antes de iniciar su andadura parlamentaria; sin embargo, a finales de la legislatura pasada se planteó un proyecto de reforma —sin demasiada repercusión pública en cuanto a este extremo— que estuvo a punto de ser sometido a votación del Congreso de los Diputados.

En concreto, durante la tramitación parlamentaria del llamado “Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia” se introdujo en la Comisión de Justicia del Congreso una enmienda transaccional para modificar los párrafos cuarto y quinto del artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e introducir la obligación de los tribunales de instancia de acordar en todo caso la declaración del acusado en último lugar a petición de su defensa, en los siguientes términos: *“4º. Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. Los testigos serán examinados también por el orden con que figuren sus nombres en las listas. No obstante lo anterior, si a propuesta de su defensa el acusado solicitara declarar en último lugar, el Presidente así lo acordará expresamente. 5º. Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, el Presidente, podrá alterar el orden a instancia de parte y aun de oficio cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad, sin revocar el derecho del acusado a testificar en último lugar”*. Esta modificación fue reflejada en el informe de la ponencia de la Comisión de Justicia, pero la convocatoria anticipada de elecciones generales evitó que se sometiera a votación.

Sin perjuicio de seguir con atención los próximos pronunciamientos del Tribunal Supremo en la materia y la praxis que puedan adoptar de ahora en adelante los distintos tribunales de enjuiciamiento, quizás la cuestión de la declaración del acusado en último lugar sea una más de las materias que aborde el legislador con ocasión de las cada vez más habituales reformas procesales exprés, sin necesidad de esperar a un nuevo proyecto de reforma integral del proceso penal.

Foro de Actualidad

España

REFORMAS PROCESALES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 6/2023, DE 19 DE DICIEMBRE

Marta Estrada Novo, Juan Fullana Martínez, Mario Montes Santamaría, Jesús R. Mercader Uguina y Jaime Luque Lora
Abogados de las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje, y de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona)

Reformas procesales introducidas por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre

El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, ha introducido diversas reformas en las leyes procesales de las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa y social. El propósito de este trabajo consiste en repasarlas en cada jurisdicción, atendiendo en especial a sus efectos prácticos.

PALABRAS CLAVE:

Procesal, Servicio público de justicia, Función pública, Régimen local y mecenazgo.

Procedural reforms introduced by Royal Decree-law 6/2023 of December 19

Royal Decree-Law 6/2023 of 19 December on urgent measures to implement the Recovery, Transformation and Resilience Plan concerning the public service of justice, public administration, local governance, and patronage, has reformed procedural laws in the civil, criminal, administrative and employment jurisdictions. This article reviews each jurisdiction's reforms, with a particular focus on their practical effects.

KEYWORDS:

Procedural laws, public service of justice, public administration, local governance and patronage.

FECHA DE RECEPCIÓN: 3-4-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 5-4-2024

Estrada Novo, Marta; Fullana Martínez, Juan; Montes Santamaría, Mario; Mercader Uguina, Jesús R.; Luque Lora, Jaime (2024). Reformas procesales introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 131-152 (ISSN: 1578-956X).

1. Reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Con el doble objetivo de modernizar y digitalizar la Administración de Justicia y de reducir la litigiosidad y agilizar los procedimientos, el art. 103 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre ("RDL 6/2023") ha acometido una importantísima reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("LEC").

1.1. Actos procesales de comunicación

La primera gran novedad introducida por el RDL 6/2023 que analizaremos será la efectuada en el ámbito de los actos procesales de comunicación previstos en el art. 149 LEC, que, desde la entrada en vigor del RDL 6/2023, se practicarán de forma electrónica.

En concreto, de acuerdo con el art. 50.1 RDL 6/2023, la comunicación electrónica se podrá practicar mediante comparecencia en la Carpeta Justicia o correspondiente sede judicial electrónica, a través de la dirección electrónica habilitada única prevista en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; o por otros medios electrónicos que se establezcan reglamentariamente y garanticen el ejercicio de las facultades y derechos previstos en el RDL 6/2023. En este sentido, se entenderá por comparecencia en la Carpeta Justicia o correspondiente sede judicial electrónica el acceso al contenido del acto de comunicación por la persona interesada o por su representante debidamente identificado.

La Carpeta Justicia es un servicio personalizado, que facilitará el acceso a todos los expedientes judiciales electrónicos en los que los ciudadanos sean parte (art. 13 RDL 6/2023). En concreto, deberá contener, entre otras cuestiones: (a) el acceso a los expedientes judiciales en los que el ciudadano sea parte o interesado; (b) el acceso y firma de los actos de comunicación de la Administración de Justicia pendientes, así como el acceso a los actos de comunicación ya practicados; (c) el acceso a la información personalizada que conste en el Tablón Edictal Único previsto en el art. 236 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; (d) la obtención y gestión de cita previa en el ámbito judicial; (e) el acceso a una agenda personalizada de actuaciones ante la Administración de Justicia; y (f) el acceso a los cauces para realizar sugerencias y quejas (art. 15 RDL 6/2023).

Es importante tener en cuenta que, conforme al art. 155.1 LEC, también se realizará de forma electrónica el primer emplazamiento o citación de aquellos sujetos obligados a comunicarse a través de medios electrónicos con la Administración de Justicia, entre los que se encuentran todas

las personas jurídicas (art. 273.3 LEC) y las personas físicas que se hayan obligado a ello contractualmente —salvo en el caso de los contratos de adhesión con consumidores y usuarios—. En estos casos, transcurridos tres días sin que el destinatario acceda al contenido de la comunicación, se entenderá igualmente notificado mediante su publicación por la vía del Tablón Edictal Judicial Único, en cuyo caso, los plazos para desarrollar actuaciones procesales comenzarán a computarse desde el día hábil siguiente al tercero (art. 162.2 LEC). Todo ello sin perjuicio de que la notificación podrá practicarse mediante entrega de la resolución en la sede del órgano judicial si el obligado opta por acudir personalmente.

Por su parte, el art. 497.1 LEC prevé que la notificación de la resolución de la declaración de rebeldía, en los casos de los sujetos obligados a comunicarse electrónicamente con la Administración de Justicia, también se realizará de forma electrónica.

Por el contrario, el primer emplazamiento o citación de aquellos sujetos no obligados a comunicarse electrónicamente con la Administración de Justicia puede realizarse mediante remisión de la notificación a su domicilio o en forma telemática. En este último caso, la notificación tan solo surtirá efecto si el destinatario la acepta voluntariamente; pero, si en tres días no la ha aceptado, se practicará por remisión a su domicilio (art. 155.2.a LEC). Este régimen se aplicará también a aquellos actos de comunicación que tengan por objeto la realización o intervención personal de las partes en actuaciones que no sean el primer emplazamiento o citación (art. 155.2.b LEC). Ahora bien, si el interviniente ha optado por la comunicación mediante medios electrónicos, dispondrá de tres días para acceder a su contenido. Para los restantes actos de comunicación, bastará con la remisión a cualquiera de los lugares designados como domicilios o remisión electrónica a petición del destinatario (art. 155.2.c LEC).

En línea con la generalización de los actos de comunicación por medios electrónicos, se suprime la obligación de presentar en papel la demanda (art. 273.4 LEC) y se establece que el demandante debe indicar en la demanda cuantos datos conozca del demandado (número de identificación fiscal, números de teléfono o correo electrónico —art. 155.3 LEC—). Cualquier modificación en estos datos a lo largo del procedimiento debe ser comunicada al juzgado (art. 155.3 LEC). Asimismo, se exige que tanto en la demanda como en la contestación se indiquen los medios electrónicos elegidos para los actos de comunicación y un número de teléfono y una dirección de correo electrónico para llevarlos a cabo (art. 399.1 LEC).

1.2. Vistas telemáticas

La segunda gran novedad introducida por el RDL 6/2023 es la relativa al establecimiento de las vistas telemáticas como regla general y preferencial, siempre que las oficinas judiciales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello (art. 129 bis LEC). Sin embargo, en las vistas cuyo objeto sea la audiencia, declaración o interrogatorio de partes, testigos o peritos, la exploración de un menor de edad, el reconocimiento judicial personal o la entrevista a persona con discapacidad, será necesaria la presencia física de la persona que tenga que intervenir y, cuando esta sea una de las partes, también la de su defensa letrada. Con dos excepciones. La primera, que el juez, en atención a las circunstancias del caso, establezca lo contrario. La segunda, que la persona que haya de intervenir en la vista resida en un municipio distinto de aquel en el que tenga su

sede el tribunal, en cuyo caso, podrá solicitar (con antelación suficiente y, en todo caso, diez días antes del señalamiento) su comparecencia telemática. El tribunal, en todo caso, podrá rechazar esta solicitud mediante resolución motivada, lo que hace que en última instancia los jueces sigan teniendo un amplio margen de discrecionalidad.

La comparecencia telemática se realizará desde la oficina judicial (o desde el juzgado de paz, si dispone de los medios técnicos necesarios) correspondiente al partido judicial del domicilio o lugar de trabajo del profesional o de la parte que deba intervenir en la vista. No obstante, cuando el juez, en atención a las circunstancias concurrentes, lo estime oportuno, podrá autorizar la comparecencia desde cualquier lugar, siempre que se disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente conforme a lo que se determine reglamentariamente. Si el declarante es menor de edad o persona sobre la que verse un procedimiento de medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad, la declaración por videoconferencia solo se podrá hacer desde una oficina judicial (art. 137 bis LEC).

Se prevé la retransmisión pública de los actos de juicio, vistas y otras actuaciones que, con arreglo a las leyes procesales, deban practicarse en audiencia pública, cuando se celebren con la participación telemática de todas las personas que intervengan en la vista. En todo caso, siempre que la ley procesal permita la restricción de la publicidad, el tribunal podrá acordar la no retransmisión. En las sedes judiciales electrónicas se publicará el listado de los actos de juicio, vistas y audiencias que celebrará cada órgano judicial y la forma de acceso a aquellos a efectos de publicidad (art. 66 RDL 6/2023).

1.3. Ámbitos del juicio ordinario y verbal

La tercera gran novedad la encontramos en que el RDL 6/2023 modifica los ámbitos del juicio ordinario y verbal. Así, tras la entrada en vigor de la reforma, se tramitarán por los cauces del juicio ordinario: (a) las demandas en que se ejerciten acciones colectivas relativas a condiciones generales de la contratación (salvo en el caso de que se ejercite la acción de cesación en defensa de los intereses de los consumidores, que seguirá tramitándose por los cauces del juicio verbal); y (b) aquellas cuya cuantía exceda de quince mil euros (art. 249 LEC).

Por su parte, se tramitarán como juicios verbales (a) las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación; (b) aquellas en que se ejerciten acciones relativas a la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, con independencia de la cuantía; (c) aquellas en las que se ejercite la división de cosa común; y (d) aquellas cuya cuantía no exceda de quince mil euros (art. 250 LEC).

1.4. Procedimiento testigo

La cuarta novedad relevante prevista en el RDL 6/2023 es la introducción de la figura del procedimiento testigo, que se prevé como una vía para resolver demandas sustancialmente idénticas a partir de lo resuelto en un solo procedimiento, que se denomina testigo (art. 438 bis LEC). Una vez declarado un procedimiento como testigo, se le da tramitación preferente, quedando mien-

tras tanto suspendidos otros procedimientos en los que se planteen pretensiones sustancialmente idénticas y que pueden ser resueltos en el mismo sentido que el procedimiento testigo.

Podrán ser objeto de esta clase de procedimiento únicamente las demandas sobre acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación, siempre que (a) la demanda incluya pretensiones objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes; (b) no deba realizarse un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento; y (c) las condiciones generales de la contratación impugnadas sean sustancialmente idénticas.

En caso de cumplirse estas condiciones, podrá iniciarse el procedimiento testigo de oficio (en cuyo caso, el letrado de la Administración de Justicia (“LAJ”) dará cuenta al tribunal para que decida si suspende el procedimiento y activa el sistema del procedimiento testigo) o a instancia de cualquiera de las partes, que podrán pedirlo en los escritos rectores del procedimiento.

La decisión sobre la suspensión del segundo y ulteriores procedimientos corresponderá, en todo caso, al tribunal. Si este acuerda la activación del mecanismo del procedimiento testigo, dictará un auto de suspensión del segundo y posteriores procedimientos en los que se acuerde la aplicación de este sistema, suspensión que se mantendrá hasta la firmeza de la sentencia dictada en el procedimiento testigo. Este auto es recurrible en apelación con tramitación preferente. Por el contrario, en caso de que el tribunal descarte la aplicación del procedimiento testigo, dictará providencia para acordar la continuación del segundo o ulteriores procedimientos.

Tras la firmeza de la sentencia dictada en el procedimiento testigo, el tribunal indicará si considera procedente o no la continuación del procedimiento suspendido por haber sido resueltas o no todas las cuestiones en él planteadas en la sentencia del procedimiento testigo. El demandante en el procedimiento suspendido podrá solicitar (a) el desistimiento de sus pretensiones (sin costas); (b) la continuación del procedimiento para que se resuelva sobre el fondo, en cuyo caso, si el tribunal hubiese expresado que era innecesario continuar el procedimiento y dicta una sentencia estimatoria que coincide sustancialmente con lo resuelto en el procedimiento testigo, podrá ordenar que cada parte abone sus costas y las comunes por mitad; y (c) la extensión de los efectos de la sentencia dictada en el procedimiento testigo, de modo que se procederá a la ejecución de la sentencia sin necesidad de iniciar un procedimiento declarativo (art. 519.2 LEC).

1.5. Incidente de extensión de efectos de sentencias

Además del pleito testigo, el RDL 6/2023 prevé una quinta novedad significativa: la introducción de un incidente para solicitar la extensión de efectos de sentencias dictadas en procedimientos en los que se hayan ejercitado acciones individuales de condiciones generales de la contratación que sean firmes tras haber sido recurridas ante la Audiencia Provincial (art. 519.2 LEC). Para que entre en juego esta institución, deben concurrir las siguientes circunstancias: (a) que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo; (b) que se trate del mismo demandado, o quien le sucediera en su posición; (c) que no sea preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante; (d) que las condiciones generales de la contratación tengan identidad sustancial con las conocidas

en la sentencia cuyos efectos se pretenden extender; y (e) que el órgano jurisdiccional sentenciador o competente para la ejecución de la sentencia cuyos efectos se pretenden extender fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de la pretensión.

Se trata, por tanto, de pedir la condición de beneficiario de la sentencia firme sin necesidad de tramitar un nuevo procedimiento, por lo que es una facultad que tiene el solicitante, quien siempre puede optar por acudir a un procedimiento declarativo.

De acuerdo con el modificado art. 519.2 LEC, en la solicitud de extensión de efectos habrá de indicarse el número de procedimiento cuyos efectos se pretenden extender, la concreta pretensión ejercitada, los documentos que la justifiquen y el número de cuenta del solicitante. Esta solicitud habrá de presentarse en el plazo máximo de un año desde la firmeza de la sentencia cuyos efectos pretenden extenderse.

El demandado dispondrá de un plazo de diez días para formular alegaciones y, en caso de que no responda en dicho plazo, se entenderá que se allana a la solicitud, es decir, que está de acuerdo con la petición de extensión de efectos.

En caso de que el tribunal estime la petición de extensión de efectos en todo o en parte, dictará auto en el que fijará la cantidad debida. El demandado deberá cumplir voluntariamente en el plazo de veinte días, pues, en caso de no hacerlo, el solicitante podrá instar la ejecución forzosa del auto. Si el tribunal desestima la petición de extensión de efectos, lo hará igualmente mediante auto sin condena en costas a ninguna de las partes, caso en el que el solicitante podrá acudir a un procedimiento declarativo para hacer valer sus derechos.

1.6. Modificaciones en materia de prueba

En sexto lugar, nos referiremos a las modificaciones que introduce el RDL 6/2023 en materia de prueba. En el juicio verbal, los informes periciales que no se hubiesen podido aportar con la demanda o con la contestación y cuya aportación se anuncia en los escritos rectores del procedimiento deberán ser aportados en los treinta días siguientes a la presentación de la demanda o de la contestación, salvo que el tribunal prorrogue este plazo cuando la naturaleza de la prueba pericial así lo exija y exista una causa justificada (art. 337.1 LEC).

Existen dos novedades más que afectan al juicio verbal. Por un lado, si alguna de las partes anuncia un dictamen pericial, el plazo de cinco días para indicar las personas que deben ser citadas judicialmente comenzará a contar desde la aportación del dictamen o desde que haya transcurrido el plazo para su presentación (art. 440 LEC). Por otro lado, se aclara que las diligencias finales sí caben en el juicio verbal, cuestión que hasta ahora era dudosa y permitida o no en función del tribunal (art. 445 LEC).

Por su parte, el art. 342 LEC establece que, tras la práctica de la prueba pericial judicial (tanto en el procedimiento verbal como en el ordinario), el perito presentará su factura o minuta de honorarios, que se tramitará según las normas de las impugnaciones de tasaciones de costas por honorarios excesivos.

La última novedad destacable en materia de prueba es que, de conformidad con el nuevo art. 270.3 LEC, los documentos que se presenten en actos celebrados por videoconferencia deberán presentarse igualmente por vía telemática, tal y como prevé el art. 45 RDL 6/2023.

1.7. Modificaciones en materia de recursos

La séptima novedad del RDL 6/2023 en la que nos detendremos son las modificaciones en materia de recursos. Por lo que respecta al recurso de apelación, habrá de interponerse directamente ante la Audiencia Provincial, en lugar de ante el Juzgado de Primera Instancia que conoció del asunto, y deberá acompañarse copia de la sentencia recurrida (art. 458.1 LEC). Antes de admitir el recurso, la Audiencia Provincial requerirá al juzgado la elevación de las actuaciones. Tras ese requerimiento, el juzgado remitirá los autos y emplazará a las partes no recurrentes a que, en el plazo de diez días, comparezcan ante la Audiencia Provincial (art. 458.3 LEC). Recibidos los autos, la Audiencia Provincial resolverá sobre la admisión del recurso de apelación. Se elimina, además, el recurso de queja frente a los autos que inadmiten a trámite recursos de apelación, sin perjuicio de que la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el escrito de oposición (art. 458.4 LEC).

Por lo que respecta al recurso de casación, el art. 450.1 LEC establece que no se podrá desistir del recurso de casación una vez señalado día para su deliberación, votación y fallo. Por otro lado, se explicita que cabe recurso de casación frente a las sentencias dictadas por Audiencias Provinciales en los recursos contra las resoluciones que agotan la vía administrativa en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas (art. 477.1 LEC). Además, se ha aprovechado el RDL 6/2023 para suprimir cualquier mención al extinto recurso extraordinario por infracción procesal.

En cuanto al recurso de revisión, se ha incluido por fin la previsión expresa, nacida a raíz de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 15/2020, de 28 de enero, a que cabe recurso de revisión contra los decretos que resuelvan recursos de reposición contra resoluciones de los LAJ (art. 454 bis.1). Además, también se incluye la posibilidad de interponer recurso directo de revisión contra el decreto que determine los derechos de procurador y honorarios de letrado en juras de cuentas (arts. 34.2 y 35.2 LEC).

1.8. Costas procesales

Nos referiremos, en octavo lugar, a las novedades en materia de costas. En el recurso de apelación, se prevé la aplicación de las reglas del vencimiento objetivo, por lo que el recurrente puede ser beneficiario de las costas si se estima el recurso (art. 398.1 LEC). En cuanto al recurso de casación, si este fuera íntegramente desestimado, se impondrán las costas al recurrente, salvo que la Sala aprecie circunstancias especiales que justifiquen otro pronunciamiento (art. 398.2 LEC). Si fuese estimado total o parcialmente el recurso de casación, no habrá condena en costas (art. 398.3 LEC).

En el marco de la ejecución provisional, tras la reforma, se eximirá al ejecutado de abonar las costas del procedimiento si cumple voluntariamente con lo ordenado por el auto de despacho de ejecución en el plazo de veinte días desde que le fue notificado (art. 527.5 LEC).

Por último, el art. 85.2 LEC prevé que, en caso de que se desestime una solicitud de acumulación de procesos ante el mismo tribunal, solo habrá condena en costas si se aprecia temeridad o mala fe.

1.9. Modificaciones en materia de cláusulas abusivas

En noveno lugar, el RDL 6/2023 incluye modificaciones relevantes en materia de cláusulas abusivas, que afectan a cuatro ámbitos diferentes. El primero de ellos es el de los procedimientos de derechos del procurador (art. 34.4 LEC) y honorarios del letrado (art. 35.4 LEC). Tras la reforma de la LEC, se prevé que, en caso de que el procurador o el letrado inicien un procedimiento para reclamar sus derechos u honorarios contra una persona física, será obligatorio que aporten el contrato suscrito con su cliente para que el juez pueda realizar un examen de oficio de las potenciales cláusulas abusivas que estos contengan. Si el juez aprecia que alguna de las cláusulas puede ser abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes, tras lo cual resolverá mediante auto. En caso de que aprecie la existencia de cláusulas abusivas, el juez deberá acordar la improcedencia de la petición del procurador o letrado o acordar la continuación del procedimiento sin la aplicación de la cláusula declarada abusiva. La decisión sobre la abusividad de la cláusula en cuestión debe acordarse mediante auto (apelable) con fuerza de cosa juzgada.

El segundo ámbito en que se introducen novedades en materia de cláusulas abusivas es el de los procedimientos de ejecución, en los que se prevé, antes del despacho de ejecución, el examen judicial de oficio de cláusulas abusivas contenidas en los títulos extrajudiciales que sirven de fundamento a la ejecución (art. 551.1 y 551.2.5.º LEC). El auto que se dicte producirá efectos de cosa juzgada, también en el caso de las ejecuciones hipotecarias (art. 551.4 LEC).

El tercer ámbito afectado por la reforma es el de los procedimientos monitorios, en los que se introduce la facultad de juez de plantear, mediante auto, una propuesta de requerimiento de pago por el importe correspondiente sin incluir la cuantía derivada de la aplicación de la cláusula abusiva. El perjudicado dispondrá de diez días para aceptar o rechazar la propuesta. En caso de que la acepte, continuará el procedimiento monitorio, siendo posible ejercitar un nuevo procedimiento declarativo para la cantidad excluida. Si se rechaza la propuesta, se le tendrá por desistido (art. 815.3 LEC).

El último ámbito afectado es el de las medidas cautelares. El art. 721.3 LEC otorga al tribunal la posibilidad de acordar medidas cautelares de oficio (y sin necesidad de exigir caución) en aquellos procedimientos que hayan sido suspendidos por prejudicialidad civil y tengan por objeto la declaración de abusividad de alguna cláusula inserta en un contrato celebrado con un consumidor.

1.10. Novedades en relación con cuestiones prejudiciales europeas

Llegamos así a la décima novedad introducida por el RDL 6/2023, que ha plasmado en la LEC una práctica habitual de nuestros tribunales. Nos referimos al art. 43 bis, que regula la cuestión

prejudicial europea. El apartado primero de este artículo prevé que, cuando un tribunal eleve una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo hará mediante providencia que concrete suficientemente la duda interpretativa, otorgando a las partes un plazo de diez días para alegaciones. En caso de que, finalmente, el juzgador decida plantear la cuestión, dictará un auto de suspensión del procedimiento.

Por su parte, el apartado segundo del citado artículo otorga al juez la posibilidad de suspender motivadamente un procedimiento (previa audiencia por diez días a las partes y al Ministerio Fiscal), en caso de que considere que la resolución de una cuestión prejudicial ya planteada es necesaria para resolver el litigio del que conoce. Contra el auto que deniegue la petición cabrá recurso de reposición y contra el que acuerde la suspensión del procedimiento, recurso de apelación.

1.11. Otras novedades

Por último, debemos hacer referencia a una serie de novedades de menor calado introducidas por el RDL 6/2023, entre las que merece la pena destacar algunas como las siguientes.

- i. Se establecen una serie de especialidades en los procesos en los que intervengan personas de más de sesenta y cinco años que lo soliciten o, de oficio, en caso de personas de ochenta años o más (art. 7 bis LEC). Además de adaptaciones en lo referente a la comunicación, comprensión e interacción con los juzgados, se prevé la tramitación preferente de todos los procedimientos en los que alguna de las partes tenga ochenta años o más. También se establece la posibilidad de que las vistas en que intervengan personas mayores de ochenta años se celebren a primera o a última hora de la mañana (183.3 bis LEC).
- ii. En el art. 11 quater LEC se reconoce legitimación a determinadas asociaciones profesionales del sector artístico y cultural para la defensa de sus asociados y de los intereses generales de los trabajadores por cuenta propia y autónomos del arte y la cultura, siempre que cuenten con su autorización. Corresponderá exclusivamente a esas entidades profesionales la legitimación para demandar en juicio la defensa de los intereses difusos cuando los trabajadores por cuenta propia o autónomos del arte y la cultura sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación.
- iii. Se podrá conferir poder *apud acta* al procurador por comparecencia electrónica. Este apoderamiento debe llevarse a cabo en el momento de presentación del primer escrito. Se creará un Registro Electrónico de Apoderamiento de la Administración General del Estado y los apoderamientos allí inscritos producirán efectos en el procedimiento judicial (art. 24 LEC).
- iv. El escrito principal deberá incorporar firma electrónica, pero, sin embargo, no se hace referencia a que los documentos adjuntos deban ir firmados (art. 273.4 LEC).
- v. Se aclara que el día de gracia aplica también a los plazos sustantivos (art. 135.5 LEC).

- vi. Con carácter general, continúa la prohibición de acumulación de acciones que deban ventilarse en juicios de diferente tipo, pero —como novedad— se permite la acumulación de la acción para instar la liquidación del régimen económico matrimonial y la de división de herencia en caso de que la disolución del vínculo se haya producido por el fallecimiento de alguno de los cónyuges y se conozca quiénes son los herederos. En tal caso, ambas acciones se sustanciarán de acuerdo con los trámites del procedimiento de división judicial de herencia (art. 73.1.2.º LEC).
- vii. También se permitirá acumular el procedimiento de división judicial de la herencia con el de liquidación del régimen económico matrimonial cuando uno o ambos cónyuges hayan fallecido (art. 77.4 LEC).
- viii. Se elimina la caución para oponerse a las demandas de derechos reales inscritos (art. 438.4 LEC).
- ix. En sede de ejecución, destacan tres novedades: (a) el requerimiento de pago en la ejecución se realizará a través de la sede judicial electrónica si el ejecutado está obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia (art. 582 LEC); (b) el LAJ podrá acordar la entrega directa de cantidades periódicas con una sola resolución (art. 634.2 LEC); y (c) a falta de disposiciones especiales, la realización de participaciones o acciones que no coticen en bolsa se hará en subasta judicial (art. 635.2 LEC).
- x. También se introducen dos novedades en el ámbito de los procesos matrimoniales: (a) en las demandas de separación y divorcio, la parte demandada también deberá aportar documentos que permitan evaluar la situación económica del cónyuge e hijos (art. 770.1.ª LEC); y (b) para la modificación del régimen de guarda y visitas, se debe evaluar previamente el interés del menor (art. 776.3.ª LEC).

1.12. Entrada en vigor

Todas las medidas expuestas en este trabajo, que suponen una profunda reforma de la LEC, han entrado en vigor el 20 de marzo de 2024 (disposición final 9.ª RDL 6/2023) y se aplicarán exclusivamente a los procedimientos judiciales incoados con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 6/2023 (disposición transitoria 2.ª RDL 6/2023).

2. Reforma del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

El RDL 6/2023 ha introducido también reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (“LECrim”), si bien de un calado menor a las reformas introducidas en otras leyes procesales. En concreto, el artículo 101 del RDL 6/2023 modifica la LECrim en cuestiones relativamente dispares entre sí. Igual que sucede respecto de otras leyes procesales, estas modificaciones entraron en vigor el pasado 20 de marzo de 2024 (disposición final novena.2, párrafo segundo, del RDL 6/2023).

2.1. Actuaciones procesales telemáticas

La novedad fundamental es la introducción de un régimen de preferencia por las actuaciones procesales telemáticas frente a las actuaciones procesales presenciales, ya se trate de actuaciones ante un órgano judicial o ante el LAJ o el Ministerio Fiscal. Así, el nuevo artículo 258 bis.1 de la LECrim contempla una regla general según la cual *“los actos de juicio, vistas, audiencias, comparecencias, declaraciones y, en general, todas las actuaciones procesales”* (es decir, tanto en fase de instrucción como en juicio oral) se realizarán de forma preferente mediante presencia telemática de los intervinientes a través de punto de acceso seguro, siempre que las oficinas judiciales o fiscales dispongan de los medios necesarios y salvo que el órgano judicial disponga lo contrario en atención a las circunstancias.

Sin embargo, se establece un régimen excepcional para las comparecencias del acusado (artículo 258 bis.2 de la LECrim), dotado de mayor presencialidad física. El acusado deberá comparecer de manera presencial en la sede del órgano judicial si reside en su misma demarcación, salvo que concurren causas justificadas o de fuerza mayor. En el resto de casos —cuando el acusado no resida en la misma demarcación que el órgano judicial— la obligación de comparecer de forma presencial dependerá de la naturaleza del delito objeto del procedimiento. Así, será necesaria la presencia física del acusado en juicios por delito grave y juicios de Tribunal del Jurado. Por el contrario, en juicios por delito menos grave y juicios por delito leve el acusado únicamente comparecerá de forma presencial si el órgano judicial lo considera necesario y lo decide por auto motivado o si el propio acusado o su letrado lo solicitan.

La presencia física del acusado en sede judicial conlleva la presencia física preceptiva de su letrado. No obstante, en los supuestos de presencia telemática del acusado el letrado podrá comparecer junto a él de forma telemática o de modo presencial en sede judicial.

Por otra parte, conforme al nuevo artículo 258 bis.3 de la LECrim *“se garantizará especialmente”* que se realicen de forma telemática las declaraciones de (a) partes acusadoras que sean víctimas de violencia de género, de violencia sexual o de trata de seres humanos o que sean víctimas menores de edad o con discapacidad; y (b) testigos y peritos que comparezcan en su condición de autoridad o funcionario público.

2.2. Modificaciones en el régimen general de denuncias

Se introducen también modificaciones en el régimen general de formulación de denuncias penales (artículos 265 y 266 de la LECrim). Por una parte, se normativizan extremos ya extendidos en la práctica, como que la denuncia contenga la identificación del denunciante, la narración circunstanciada del hecho denunciado, la identificación de las personas que hubiesen cometido o presenciado el hecho o tengan información sobre él y la identificación de fuentes de conocimiento de las que el denunciante tenga noticia y que puedan servir para esclarecer el hecho. Por otra parte, se incluye la previsión de que, en los supuestos de denuncias formuladas por personas jurídicas, deberá identificarse a la persona física que actúa en su nombre e identificar la relación de la persona física con la persona jurídica; si la denuncia se formula por medios telemáticos, la denuncia deberá firmarse con certificado electrónico cualificado con atributo de representante o por algún medio previsto en la regulación de la firma digital que permita identificar tanto a la persona jurídica como a la persona física que actúa en su nombre.

2.3. Otras modificaciones

Por último, se introducen otras modificaciones en ámbitos diversos, como determinadas garantías en cuanto a la práctica del ofrecimiento de acciones civiles y penales a víctimas con discapacidad (artículo 109 de la LECrim), el silencio administrativo negativo en los procedimientos de cancelación de antecedentes penales iniciados a instancia del interesado (artículo 252, párrafo segundo, de la LECrim), cambios en cuanto a la práctica de notificaciones a acusados o víctimas que se hallen en paradero desconocido a través del Tablón Edictal Judicial Único y el sistema SIRAJ (artículos 512, 514 y 643 de la LECrim), previsiones sobre la grabación de juicios orales y su incorporación al expediente judicial electrónico (artículo 743 de la LECrim) o la posibilidad de intervención de la Abogacía General del Estado en recursos de revisión frente a condenas penales derivados de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 954.3 de la LECrim).

3. Reforma de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa

La jurisdicción contencioso-administrativa no ha resultado ajena al amplio proceso de reforma procesal acometido en el título VIII del libro I del RDL 6/2023. Así, para dotar a juzgados y tribunales de las herramientas que permitan agilizar tanto la tramitación como la resolución de los procedimientos y, además, profundizar en el uso de medios electrónicos, su artículo 102 reforma la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ("LJCA").

3.1. Complemento del expediente administrativo

La primera gran novedad se produce mediante la introducción de un nuevo régimen para la solicitud y compleción del expediente administrativo, cuya definición se equipara a la ofrecida en las normas del procedimiento administrativo. La nueva regulación busca premiar la pronta

identificación y comunicación al órgano judicial de los documentos necesarios para completar el expediente. Para ello, si la parte identificase los documentos pendientes y los reclamase dentro de los primeros diez días del plazo de veinte existente para la formulación de demanda, y el LAJ lo admitiese, dicho plazo quedaría suspendido hasta que la parte recibiese el expediente completo. Una vez recibido el expediente completo, el plazo para formular demanda reiniciaría su cómputo.

Por el contrario, si la solicitud de compleción del expediente fuese denegada por el LAJ o se presentase una vez excedido el plazo de los primeros diez días, se procedería a su suspensión sin posibilidad alguna de reinicio.

Únicamente, y como excepción a este último supuesto, el LAJ podrá acordar el reinicio del plazo para la formulación de demanda cuando el volumen alcanzado por el expediente o las especialidades de los nuevos documentos recibidos así lo aconsejaren. En suma, se mantiene la suspensión del plazo hasta la recepción del expediente completo, si bien se concede la posibilidad de contar con un nuevo plazo de veinte días en una serie de supuestos tasados.

Desde la entrada en vigor de esta reforma, el expediente deberá ser remitido a las partes por vía telemática, bien cuando se notifique la resolución judicial correspondiente que así lo disponga, bien mediante el punto de acceso electrónico al expediente judicial.

3.2. Costas procesales

La segunda de las grandes reformas introducidas en el RDL 6/2023 tiene como objeto el régimen de las costas procesales de la LJCA. Así, en aquellos procedimientos que se resuelvan en primera o única instancia, el reformado apartado cuarto del artículo 139 plantea dos alternativas en función de si se trata de un pleito de cuantía determinada o indeterminada.

En el primero de los escenarios, la parte condenada en costas deberá abonar una cantidad por dicho concepto que en ningún caso podrá superar la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los favorecidos por la condena. Esta regla, junto con las restantes normas en materia de costas, parecen traer causa de la controvertida jurisprudencia establecida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2022 (rec. n.º 8404/2021), por la que se confirmó la sanción impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en relación con los criterios orientadores para la emisión de dictámenes en materia de costas procesales. Esa jurisprudencia ha generado un evidente vacío normativo respecto a los criterios anteriormente existentes en relación con el cálculo de las costas procesales a efectos de su traslado a la parte contraria, con el lógico riesgo de que se carezca de la necesaria seguridad jurídica para enjuiciar de manera equilibrada y equitativa el importe de las costas que deba fijarse en cada caso. Tanto es así que, de manera paradójica, en los litigios contencioso-administrativos donde la CNMC resulta beneficiada por una condena en costas, aún se encuentra muy habitualmente una mención a los criterios declarados restrictivos por ella misma como base para el cálculo de las costas.

En ese escenario, el legislador trata de paliar el vacío mediante la inserción de reglas como la descrita, estableciendo un límite para la cuantía de las costas en los pleitos de cuantía determina-

da en la tercera parte de dicha cuantía. Tal límite, en comparación con las escalas habituales que derivaban de los criterios orientadores existentes, es notablemente más alto y menos preciso. A la postre, se ha producido una situación donde la labor enjuiciadora de los tribunales en materia de costas procesales queda claramente desprovista de un instrumento útil y comúnmente aceptado para guiar la labor pericial que se encomienda a los Colegios Profesionales en esta materia, además de posibilitar un incremento de las costas a trasladar al vencido cuya justificación no resulta del todo clara.

Para los pleitos de cuantía indeterminada, la LJCA ha terminado valorándolos en 18.000 euros, lo que podrá suponer una sobrevaloración de aquellos pleitos menores de cuantía indeterminada y un importe manifiestamente insuficiente para muchos litigios contencioso-administrativos donde, a pesar de calificarse como de cuantía indeterminada, pueda plantearse que el montante económico en juego es muy superior (como sucedería en un recurso contra la exclusión de un licitador en un contrato sujeto a regulación armonizada). En aquellos asuntos que revistan de una mayor complejidad, la citada cuantía podrá ser modificada por el tribunal cuando razonadamente así lo disponga. De este modo, el RDL 6/2023 reserva un amplio margen de decisión al órgano judicial a la hora de determinar el valor de la condena en costas, amparándose en la vaguedad que ofrece la determinación de la complejidad del pleito.

En los recursos procesales, las condenas en costas podrán producirse por la totalidad de las costas, por una parte de estas o hasta un valor límite fijado por el tribunal.

3.3. Recurso de apelación

La modificación del régimen anterior de oposición al recurso de apelación ha sido la tercera gran novedad de esta reforma. Hasta la aprobación del RDL 6/2023, la parte apelada únicamente podía adherirse al recurso de apelación interpuesto por la contraparte en aquellos aspectos de la sentencia de instancia que resultasen perjudiciales para sus intereses.

Mediante esta nueva reforma, el legislador permite a la parte apelada impugnar la sentencia de instancia en aquello que le resulte desfavorable, siempre y cuando razone los puntos que, a su juicio, motivan su impugnación, lo que permite también impugnar situaciones donde, a pesar del carácter favorable del fallo, se hayan desestimado motivos impugnatorios respecto de los que subsista el interés de la parte.

El alcance de la figura de la adhesión al recurso de apelación es difuso cuando se está ante sentencias en las que la apelada vio acogidas parte de sus pretensiones, mientras que otras quedaron imprejuizadas. De un lado, el Tribunal Constitucional ("TC"), en su Sentencia 103/2005, entendió irrazonable y contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución española que la parte apelada hubiera de adherirse al recurso de apelación para obtener respuesta sobre aquellas cuestiones que hubieran quedado sin ella, en tanto que *"el art. 85.4 LJCA exige perjuicio para poder adherirse a la apelación"*.

Sin embargo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ("TS") ha mantenido un criterio alternativo al sostenido por el TC en su reciente Sentencia 1648/2022 de 14 de diciembre. El razonamiento

alcanzado por la Sala difiere del obtenido por el TC al considerar como necesario que la parte apelada se adhiera al recurso de apelación interpuesto para poder obtener un pronunciamiento sobre aquellas cuestiones que no hubiesen sido atendidas, en la resolución que resuelva el recurso de apelación. No obstante, el TS acogió en dicha sentencia la pretensión subsidiaria de retroacción de las actuaciones solicitada por la apelada por entender que *“se vulnera el principio de tutela judicial efectiva por no haber retrotraído las actuaciones para que el Juzgado se pudiera pronunciar sobre dichas cuestiones”*.

También en relación con el recurso de apelación, se amplía el listado de sentencias siempre susceptibles de ser recurridas en apelación. En este caso, se incorporan las sentencias cuyos efectos puedan extenderse a otros asuntos, independientemente de la cuantía del proceso.

De acuerdo con el artículo 110 de la LJCA, y siempre que se den las circunstancias que este recoge, únicamente podrán extender sus efectos en fase de ejecución de sentencia aquellas resoluciones que reconozcan una situación jurídica individualizada en materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado.

3.4. Desarrollo de las nuevas tecnologías

En el plano del desarrollo y empleo de nuevas tecnologías, las mayores novedades introducidas en esta reforma de la LJCA han sido:

- i. El reconocimiento expreso de la posibilidad de conferir representación por medios electrónicos a procuradores y abogados.
- ii. La incorporación de las grabaciones de los actos de juicio oral y demás actuaciones al expediente judicial electrónico. En caso de que ello no fuera posible, el LAJ tendrá la obligación de custodiar el documento que sirva de soporte a la grabación.
- iii. En los supuestos en los que no hubiese resultado posible la identificación de algún interesado en el domicilio que conste, el edicto correspondiente será insertado en el Tablón Edictal Judicial Único.
- iv. La posibilidad de desarrollar el procedimiento de conciliación previsto en la LJCA, para aquellos casos expresamente previstos en la norma, por medios electrónicos.

3.5. Actualización terminológica

Por último, cabe señalar que el legislador ha aprovechado esta reforma de la LJCA para realizar distintos cambios y ajustes terminológicos a lo largo del texto. En primer lugar, se ha tratado de sustituir la mención a los secretarios judiciales por el título de letrado de la Administración de Justicia que tienen tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Por otro lado, y a pesar de que ya se había tratado de resolver mediante la reforma de la LJCA operada en 2009 mediante la introducción de una disposición adicional, en esta reforma se retira cualquier alusión al recurso de súplica, para su sustitución por el de reposición.

4. Reforma de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social

El RDL 6/2023 también ha acometido una importante reforma de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (la "LJS"). En esta sección se analizan las novedades legislativas en torno a cinco ejes clave, a saber: (a) la acumulación de acciones; (b) el procedimiento testigo; (c) las sanciones pecuniarias; (d) el proceso de despido; y (e) la extensión de efectos de las sentencias firmes. Como se verá, la nueva normativa refleja el espíritu general del RDL 6/2023, pues se ha tratado de aumentar la agilidad procesal del orden social.

4.1. Acumulación de acciones

Una de las herramientas más efectivas a la hora de agilizar la práctica procesal es la acumulación de acciones. No resulta sorprendente, por tanto, que el RDL 6/2023 haya introducido una serie de modificaciones cuyo objetivo sea incentivar su uso. Esta sección analizará los cambios relativos a la acumulación a la acción de despido, así como la introducción del juicio de proporcionalidad con respecto a la tutela judicial efectiva.

El RDL 6/2023 mantiene la prohibición general del artículo 26.1 LJS, por la cual no pueden acumularse acciones a la acción de despido, salvo cuando la ley lo permita expresamente. Entre las excepciones previstas se cuentan la reclamación de cantidad —cuya nueva redacción se examinará a continuación— y la posibilidad de acumular acciones de despido por causas objetivas.

Con respecto a la reclamación de cantidad, su posible acumulación a la acción de despido ya estaba prevista en la anterior redacción del apartado segundo del artículo 26.3 LJS. Tras la reforma operada por el RDL 6/2023, dicho apartado ha sido modificado en tres aspectos. En primer lugar, el nuevo texto elimina la referencia al artículo 49.2 del Estatuto de los Trabajadores ("ET"), por el cual se establece la obligación del empresario de presentar una propuesta de liquidación por las cantidades adeudadas al trabajador en el marco de la extinción de su contrato. Al establecer que el trabajador tenía la opción de acumular la reclamación conforme a dicho precepto, podía interpretarse que ello no procedía con respecto a otras cantidades no contempladas en la propuesta del empresario. Esta interpretación fue descartada por los tribunales, optando en cambio por una lectura posibilista que permitiese al trabajador reclamar en la misma demanda el pago de todo lo que, a su entender, le debiese el empresario. Con la nueva redacción, se despeja cualquier duda en relación con este aspecto.

En segundo lugar, y en sintonía con lo anterior, la nueva redacción del artículo 26.3 LJS ya no hace referencia a *"la liquidación de las cantidades adeudadas hasta la fecha del despido"* (siguiendo la enunciación del artículo 49.2 ET), sino a *"las cantidades vencidas, exigibles y de cuantía determinada"*. De nuevo, se desvincula la acumulación de la reclamación de la propuesta de liquidación del empresario, acogiendo así la tesis sostenida por la jurisprudencia.

Por último, se ha suprimido la posibilidad de que el juzgador acuerde la desacumulación en atención a la especial complejidad de los conceptos reclamados. La eliminación es coherente con el espíritu del RDL 6/2023 —que precisamente busca incentivar la acumulación—, así como con la práctica jurisdiccional, pues en cualquier caso el órgano judicial que conoce del despido debe pronunciarse sobre el salario regulador.

El RDL 6/2023 también ha introducido la posibilidad de acumular acciones por despido con causas objetivas (párrafo segundo del artículo 26.8 LJS). Se establece que las causas objetivas tendrán que ser las derivadas de la letra l) del artículo 49.1 ET. Dicho precepto hace referencia a causas objetivas legalmente procedentes, sin distinción. Más importante es el segundo requisito, pues la acumulación solo procede cuando las acciones se dirijan contra un único demandado, *“siempre que deriven de cartas de despido con idéntica causa”*. Una misma causa puede tener un impacto diferente en función del tipo de empleo desempeñado por el trabajador, justificando así unos despidos y no otros. Además, tampoco se precisa si la identidad debe referirse a las cartas o a la causa.

En múltiples supuestos, el RDL 6/2023 ha establecido el carácter preceptivo de la acumulación, salvo que el juzgador aprecie *“de forma motivada, que (...) podría ocasionar perjuicios desproporcionados a la tutela judicial efectiva”*. La anterior fórmula es empleada por el legislador para las acciones con nexo por razón del título o causa de pedir (artículo 25.3 LJS), acciones ante un mismo juzgado o tribunal susceptibles de haber sido acumuladas contra un mismo demandado (artículo 28.1 LJS), y en relación con la acumulación de recursos (artículo 234.1 LJS). Del mismo modo, la desacumulación solo podrá llevarse a cabo si no se hubiesen cumplido las prescripciones legales que dieron lugar a la acumulación o si esta causase un perjuicio desproporcionado a la tutela judicial efectiva (artículo 34 LJS).

Las ventajas derivadas de la acumulación son incuestionables. No obstante, surge el interrogante sobre cómo podría llevarse a cabo un examen de proporcionalidad entre la economía procesal y la tutela judicial efectiva, siendo esta última un derecho fundamental. Con todo, cabe resaltar que no necesariamente nos encontramos ante bienes jurídicos mutuamente excluyentes, pues una mayor agilidad procesal también puede redundar en un mejor acceso a la justicia.

4.2. Procedimiento testigo

Otra de las novedades más relevantes de la reforma operada por el RDL 6/2023 consiste en la introducción del procedimiento testigo. Su regulación se encuentra en los artículos 86 bis y 247 ter LJS. Se trata de un mecanismo procesal diseñado para dar respuesta al aumento de pleitos masa de los últimos años.

Ante una pluralidad de procedimientos con idéntico objeto dirigidos contra un mismo demandado y ante un mismo Juzgado, el procedimiento testigo permite tramitar uno o varios con preferencia, declarándose la suspensión del resto. Una vez dictada sentencia firme, sus efectos pueden ser extendidos a los demás, siempre que se cumplan una serie de requisitos. De nuevo, el objetivo es lograr una mayor economía procesal y evitar pronunciamientos contradictorios.

Cabe destacar su carácter subsidiario, pues se aplicará a los procedimientos que *“conforme a la presente ley no fueran susceptibles de acumulación o no se hubiera podido acumular”*. Ahora bien, la regla general del artículo 25.3 LJS establece que la acumulación es aplicable a todas las acciones entre las cuales exista un nexo por razón del título o causa de pedir, abarcando así un extenso número de posibilidades. El ámbito del procedimiento testigo está reducido a los supuestos en los que no proceda la acumulación.

El artículo 86 bis también establece que el procedimiento testigo solo es aplicable cuando concurra pluripendencia (pendencia de varios procesos), frente a un mismo demandado, ante un mismo Juzgado, y con identidad de objeto procesal. Con respecto a este último requisito, podría tratarse de una misma decisión empresarial cuya impugnación no ha sido resuelta por la vía del conflicto colectivo.

De cumplirse lo anterior, el juez dará audiencia a las partes y acordará obligatoriamente tramitar uno o varios de los procedimientos con preferencia, suspendiendo el curso de los demás. Se atenderá al orden de presentación de las demandas para decidir cuál o cuáles tendrán prioridad. El legislador no ha optado por el criterio de idoneidad seguido en el orden contencioso-administrativo, según el cual debe seleccionarse el procedimiento más idóneo por su representatividad. No obstante, dado que la normativa laboral permite que el Juzgado otorgue preferencia a varios procedimientos, y no solo a uno, existe cierto margen para la flexibilidad.

Una vez declarada la firmeza de la sentencia, sus términos serán comunicados al resto de las partes en los procedimientos cuya tramitación fue suspendida. Estas podrán decidir en el plazo de cinco días si extender los efectos de la sentencia, continuar su procedimiento de manera independiente o desistir de la demanda. Conforme al artículo 247 ter LJS, la extensión de efectos no procederá en caso de existir causa de inadmisibilidad propia que impida el reconocimiento de la situación jurídica individualizada, o alguna de las circunstancias previstas en el artículo 247.5 bis LJS (por ejemplo, cosa juzgada). Por otra parte, la continuación del procedimiento no requiere en modo alguno que las partes justifiquen por qué su demanda es diferente del caso tramitado como testigo.

4.3. Sanciones pecuniarias

El RDL 6/2023 también introduce algunas novedades en materia de imposición de sanciones pecuniarias. Cabe recordar que el artículo 97.3 LJS contempla la posibilidad de que la sentencia imponga sanciones pecuniarias a una de las partes. Si uno de los litigantes ha obrado de mala fe o con temeridad, o en el caso en que no se hubiese acudido al acto de conciliación injustificadamente, el juzgador puede imponer sanciones conforme a los límites fijados en el artículo 75.4 LJS (de 180 a 6.000 euros, con el tope de un tercio de la cuantía del proceso). Además, si concurriendo estas circunstancias la parte condenada es el empresario, este debe abonar los honorarios de los abogados y graduados sociales que hubiesen intervenido a favor del trabajador, hasta el límite de 600 euros.

En su nueva redacción, el artículo 97.3 LJS precisa que la ausencia injustificada en los actos de mediación también acarrea una posible sanción. Además, se incluye un nuevo supuesto adicional. Cuando la sentencia condenatoria coincidiera esencialmente con la pretensión en la papeleta de

conciliación o en la solicitud de mediación, el juzgador podrá "*motivadamente*" fijar una sanción. Al tratarse de una circunstancia adicional e independiente del resto, parece que no es necesario que concurra mala fe o temeridad en cuanto a la parte condenada. El objetivo de la reforma consiste en incentivar los acuerdos en sede administrativa o de mediación, so pena de incurrir en un gasto adicional por la posible imposición de una sanción. En este nuevo supuesto también se aplican los límites del artículo 75.4 LJS, así como lo relativo a la imposición de costas cuando la parte condenada es el empresario.

4.4. Proceso de despido

En lo relativo al despido, el artículo 103 LJS incluye dos nuevos apartados 4 y 5 en lo que respecta a su modalidad procesal. De esta manera, se crean dos nuevas submodalidades de carácter urgente y preferente. En ambos casos, la vista deberá celebrarse en los cinco días siguientes a la admisión de la demanda, y la sentencia deberá dictarse en el mismo período tras su celebración. El plazo de cinco días es el mismo que la LJS establece para los procesos de vacaciones (artículo 126), de movilidad geográfica (artículo 138), de trabajo a distancia (artículo 138 bis), de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (artículo 139) y de tutela de derechos fundamentales (artículo 181).

Por un lado, el nuevo apartado 4 regula que el procedimiento será de aplicación cuando "*el trabajador manifieste que la empresa no ha tramitado su baja por despido en la Tesorería General de la Seguridad Social*". Se pretende garantizar que el incumplimiento empresarial con respecto a la orden de baja en la Seguridad Social no perjudique el derecho del trabajador a acceder a la protección por desempleo. Por otro lado, el apartado 5 establece idéntico tratamiento para las situaciones en las que el trabajador solicite la extinción de la relación laboral con base en el artículo 50.1.b) ET. Se trata de aquellos supuestos en los que el empleado voluntariamente pone fin a su contrato debido a la falta de pago o retrasos continuados en el abono de su salario. La nueva redacción favorece a los trabajadores que no perciban su retribución de manera regular, permitiéndoles extinguir el vínculo contractual más rápidamente para así buscar otro empleo y salvaguardar su propia estabilidad económica.

4.5. Extensión de efectos de sentencia

El RDL 6/2023 no solo ha establecido la extensión de efectos de la sentencia firme en el marco del procedimiento testigo. El nuevo artículo 247 bis LJS también prevé la extensión en todo tipo de procedimientos, siempre que se cumplan una serie de requisitos.

En primer lugar, los interesados deben encontrarse en "*idéntica situación jurídica*" que los favorecidos por la sentencia firme cuya extensión se solicita. Por analogía con el artículo 110 LJCA, la doctrina se refiere a una identidad *a priori* nítida e incontrovertible. En caso de duda, el órgano judicial debe desestimar la solicitud de oficio, sin perjuicio de que el solicitante pueda formular su pretensión por la vía ordinaria del proceso declarativo.

En segundo lugar, la solicitud debe tramitarse ante el juez que dictó la sentencia susceptible de extensión, y este debe ser competente por territorio para conocer la nueva pretensión. No se

acude, por tanto, a la regla del artículo 237.2 LJS (*"La ejecución se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiere conocido del asunto en instancia"*), aun cuando la sentencia susceptible de extensión puede haber sido dictada por un Tribunal Superior de Justicia o por el Tribunal Supremo. Por otro lado, en supuestos donde sea previsible la litigación en masa, de formularse la acción ante el juzgado del domicilio del demandado, la posible extensión de efectos no solo beneficiará a los trabajadores que presten servicios en el mismo lugar que el demandante, sino a todos los empleados de la empresa.

En tercer lugar, la solicitud debe formularse en el plazo de un año desde la última notificación de la sentencia susceptible de extensión. No siempre será posible tener conocimiento de una sentencia dictada en un procedimiento del que no se es parte. Además, el plazo de un año no interrumpe la prescripción ordinaria de las acciones conforme al artículo 59 ET. Si la acción está prescrita, no procede la extensión. Por el contrario, la presentación de una demanda independiente interrumpirá el plazo de prescripción, pudiendo solicitarse posteriormente la extensión de efectos dentro del plazo del artículo 237.2 bis LJS.

De acuerdo con el artículo 237.5 bis LJS, nunca procederá la extensión si existe cosa juzgada. Tampoco si el fallo de la sentencia firme estuviese basado en doctrina contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o de reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia territorialmente competente. El legislador no hace referencia expresa al Tribunal Constitucional o al Tribunal de Justicia de la UE. Por último, la extensión no es aplicable al acto administrativo devenido firme por falta de impugnación jurisdiccional.

Al contrario que en el procedimiento testigo, en la extensión ordinaria será el solicitante quien acredite la identidad de situaciones mediante la presentación de un escrito razonado y documentación justificativa, así como la no concurrencia de alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 237.5 bis LJS. El juez dará traslado a la parte condenada y sus posibles responsables subsidiarios para que formulen alegaciones en un plazo de quince días. Después, se pondrá de manifiesto a las partes el resultado de las actuaciones para que presenten nuevas alegaciones en cinco días. Si alguna de las cuestiones guarda relación con hechos necesitados de prueba, el órgano judicial podrá acudir a la cuestión incidental del artículo 238 LJS. Finalmente, se dictará auto en el que se resuelva si se estima la extensión, que será recurrible conforme a las reglas generales de los apartados 1 a 3 del artículo 191 LJS.

5. Conclusión

En suma, los ejes centrales de la reforma operada por el RDL 6/2003 sobre la LJS giran en torno a la consecución de una mayor economía procesal. Tanto la incentivación de la acumulación como la creación del procedimiento testigo y la nueva regulación de la extensión de efectos tienen como objetivo una mayor agilidad en la tramitación de las demandas. Del mismo modo, las nuevas submodalidades de despido preferente buscan proteger a los trabajadores en situaciones en las que las dilaciones procesales pueden resultar especialmente perjudiciales. Finalmente, la imposición de sanciones pecuniarias mediante sentencia pretende estimular la consecución de acuerdos en sede administrativa o de mediación.

Foro de Actualidad

España

LAS NUEVAS MEDIDAS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA EN MATERIA DE VIVIENDA

Rafael García-Perrote Martínez

Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona)

Las nuevas medidas de la Generalitat de Catalunya en materia de vivienda

Una de las medidas estrella de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda fue la posibilidad de que las Comunidades Autónomas declararan zonas de mercado residencial tensionado en las que se aplicaría el régimen de contención de rentas en los arrendamientos para uso de vivienda que dicha Ley 12/2023 introdujo en la Ley 19/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. A raíz de la declaración de 140 municipios catalanes como zonas de mercado residencial tensionado se produjo una inmediata contracción de la oferta del arrendamiento de vivienda y su trasvase a otras modalidades no sujetas al régimen de contención de rentas, lo que, a su vez, ha dado como resultado la aprobación del Decreto Ley 6/2024, de 24 de abril, de medidas urgentes en materia de vivienda para, fundamentalmente, por un lado, extender el régimen de contención de rentas al arrendamiento de temporada y, por otro, introducir un régimen sancionador para incumplimientos en materia de contención de rentas.

PALABRAS CLAVE:

Vivienda, Gran tenedor, Zona de mercado residencial tensionado, Cataluña, Arrendamiento de vivienda, Arrendamiento de temporada, Contención de rentas, Derecho de tanteo y retracto.

New catalan housing measures

One of the key measures of Law 12/2023 of 24 May on the right to housing was that the autonomous regions could declare specific areas as "stressed residential market areas" and thus the rent control measures that Law 12/2023 introduced in Law 19/1994 of 24 November on urban leases would apply in those areas. After Law 12/2023 entered into force, the Catalan Government declared 140 municipalities as "stressed residential market areas", which resulted in a reduction in the residential housing for long-term leases on offer in favour of other types of lease that are not subject to the rent control framework. This has led to the approval of Decree Law 6/2024 of 24 April on urgent measures on housing in order to, on the one hand, extend the application of

the rent control framework to seasonal/short-term leases and, on the other, introduce penalties for failing to comply with the rent control measures.

KEYWORDS:

Housing, Large homeowner, Stressed residential market area, Catalonia, Residential leases, Temporary leases, Rent control, Pre-emption right.

FECHA DE RECEPCIÓN: 2-5-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 5-5-2024

García-Perrote Martínez, Rafael (2024). Las nuevas medidas de la Generalitat de Catalunya en materia de vivienda. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 153-166 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El pasado 25 de abril de 2024 se publicó en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* el Decreto Ley 6/2024, de 24 de abril, de medidas urgentes en materia de vivienda (el "Decreto Ley 6/2024") so pretexto de una necesidad urgente e inaplazable *"para salvaguardar los derechos de las personas arrendatarias afectadas y garantizar la efectiva y directa aplicación de las medidas legislativas previstas [en la Ley 12/2023, de 23 de mayo, por el derecho a la vivienda]"*¹, añadiendo que *"tales derechos pueden quedar definitivamente frustrados si estas medidas no se adoptan con carácter urgente y se consolidan las prácticas orientadas a eludirlas"*².

Ahora bien, ¿cuáles son tales medidas legislativas y a qué prácticas orientadas a eludirlas se refiere el Decreto Ley? Pues bien, nada más y nada menos que la declaración de zonas de mercado residencial tensionado ("ZMRT") y el régimen de contención de rentas introducido en la Ley 19/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos ("LAU") por la Ley 12/2023, de 23 de mayo, por el derecho a la vivienda ("Ley de Vivienda Estatal").

Baste señalar aquí que la Ley de Vivienda Estatal habilitó a la *"Administración competente en materia de vivienda"*³ para declarar ZMRT en las que serían de aplicación el régimen de contención de rentas introducido en los apartados 6 y 7 del artículo 17 de la LAU⁴ y que, en ejercicio de dicha atribución competencial, la Generalitat de Catalunya declaró 140 municipios como ZMRT mediante la resolución TER/2940/2023⁵. Dicha resolución excluía del régimen de contención de rentas las viviendas de obra nueva o resultantes de un proceso de gran rehabilitación por *"la necesidad de estimular el aumento en la oferta de vivienda de nueva construcción"*⁶ y preveía que ciertas excepciones a la regla de tomar como referencia la renta del contrato anterior prevista en el artículo 17.6 LAU —aplicando, por tanto, el índice de precios de alquiler⁷ (el "Índice")— cuando el contrato anterior, entre otros, (i) fuera un contrato de los denominados "de renta antigua" (es decir, previo al 1 de enero de 1995) o, más notablemente, (ii) cuando a la terminación de dicho contrato (el inmediatamente anterior) la renta mensual fuera un 25 % inferior a la que resultara del Índice con la finalidad de evitar que, por ser una renta *"muy inferior"*⁸ a la renta de mercado, se desincentivara la puesta de la vivienda en alquiler por el propietario⁹.

Ello no obstante, en las vísperas de la emisión de la Resolución de 14 de marzo de 2024, de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana, por la que se publica la relación de zonas de

mercado residencial tensionado que han sido declaradas en virtud del procedimiento establecido en el artículo 18 de la Ley de Vivienda Estatal¹⁰, la Generalitat de Catalunya optó por modificar la resolución TER/2940/2023 mediante la resolución TER/800/2024, de 13 de marzo¹¹, así como la memoria complementaria¹², eliminando las salvedades y los matices previstos inicialmente en dicha memoria¹³ y, en síntesis, sujetando, por tanto, todo arrendamiento al régimen de contención de rentas —incluso a aquellos supuestos que inicialmente se habían considerado que debían quedar excluidos o, cuando menos, matizados, para no desincentivar la oferta y la promoción de vivienda para el alquiler—.

La consecuencia directa fue, como ya había anticipado la propia Administración, una contracción inmediata de la oferta del alquiler para vivienda permanente y la reubicación de parte de esta oferta a otras modalidades de arrendamiento y, especialmente, al arrendamiento para uso distinto de vivienda (definido por la LAU como aquel que tiene un destino primordial distinto del de satisfacer las necesidades permanentes de vivienda del arrendatario y, *"en especial (...) los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional (...), cualquiera que sean las personas que los celebren"*¹⁴). Tanto es así que la propia Administración cuantifica la contracción de la oferta en los siguientes términos: (i) una disminución de un 24 % de la oferta de alquiler para vivienda permanente; y (ii) que el 30 % de la vivienda en alquiler en Barcelona se destina a arrendamiento para uso distinto de vivienda¹⁵.

A resultas de todo lo anterior —que no puede sino recordar a la conocida obra de Gabriel García Márquez *Crónica de una muerte anunciada*—, el Decreto Ley 6/2024 trata de revertir esta situación no mediante la corrección de las medidas que la propiciaron (como por ejemplo la recuperación de las salvedades previstas en la memoria complementaria a la declaración de ZMRT recogidas en su redacción de 11 de agosto de 2023), sino más bien introduciendo una serie de medidas (restrictivas) adicionales, como son (i) derechos de adquisición preferente en favor de la administración con ocasión de la transmisión de viviendas en ZMRT; (ii) la aplicación del régimen de contención de rentas al arrendamiento de temporada; o (iii) el establecimiento de un régimen sancionador complementario al régimen de contención de rentas, y que pasaremos a tratar a continuación.

2. El nuevo derecho de adquisición preferente

La primera de las medidas introducidas por el Decreto Ley 6/2024 (concretamente, en sus artículos 1 y 12) es la creación de un nuevo derecho de adquisición preferente en favor de la administración de la Generalitat de Catalunya cuando se transmitan viviendas sitas en ZMRT.

La introducción de este derecho de tanteo y retracto en el ordenamiento jurídico se ha efectuado mediante la adición de un párrafo adicional al apartado segundo del artículo 15 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda (*"Ley de Vivienda de Cataluña"*) en tanto precepto rector sobre la materia —y que ha servido de habilitación, entre otros, para la declaración del municipio de Barcelona como área de tanteo y retracto¹⁶— mientras que la regulación particular de su ejercicio se ha incluido en el Decreto Ley 1/2015, de 24 de marzo, medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria

("Decreto Ley 1/2015"). En consecuencia, este nuevo derecho de adquisición preferente estará sujeto al mismo régimen que el derecho de tanteo y retracto que resulta de aplicación con ocasión de la transmisión de viviendas "*adquiridas en un proceso de ejecución hipotecaria o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria que hayan sido adquiridos después de la entrada en vigor*"¹⁷ de la Ley de Vivienda de Cataluña (es decir, el 9 de abril de 2008).

El presupuesto objetivo de este derecho de adquisición preferente es "*la transmisión de cualquier vivienda situada en una ZMRT que sea propiedad de un gran tenedor persona jurídica (...)*"¹⁸.

Por su parte, el presupuesto subjetivo es que el transmitente sea un gran tenedor persona jurídica (a) que esté inscrito en el registro de grandes tenedores de vivienda o (b) que califique como gran tenedor según se define en el artículo 3.k) de la Ley de Vivienda Estatal.

En cuanto al procedimiento de ejercicio, este es de sobra conocido por ser el mismo que para las viviendas procedentes de ejecución hipotecaria, por lo que no merece la pena detenerse aquí. Baste señalar que se regirá por el régimen previsto para las viviendas de protección oficial previsto en los artículos 87 y siguientes de la Ley de Vivienda de Cataluña.

No obstante, merece la pena resaltar las siguientes cuestiones:

- i. La literalidad del precepto solo refiere al supuesto de transmisión de una vivienda que sea propiedad de un gran tenedor, de forma que no se limita a transmisión *entre* grandes tenedores, sino que basta con que el transmitente reúna dicha condición subjetiva (correlativamente, siguiendo la literalidad del precepto, tampoco estaría sujeta la operación de venta por un particular a un gran tenedor).
- ii. Al emplear el vocablo *transmisión* se estará abarcando toda operación de cambio de titularidad jurídica del bien, sin limitarlo, por tanto, al negocio jurídico de la compraventa —que sería una enajenación a título oneroso—, por tanto, no debe confundirse el vocablo *transmisión* con el de *enajenación*, al que los une la relación de género (*transmisión*) y especie (*enajenación*), siendo, sin embargo, notablemente más amplio el de *transmisión*.
- iii. Estará limitado a grandes tenedores personas jurídicas, por lo que, siguiendo la literalidad de la norma, quedarían fuera los grandes tenedores personas físicas.
- iv. Los grandes tenedores afectados deberán serlo, o bien (a) conforme a la definición de gran tenedor de la Ley de Vivienda Estatal, es decir, que sea titulares de diez o más inmuebles de uso residencial o 1.500 m² de uso residencial (excluyendo garajes o trasteros), según ello pueda ser particularizado en la declaración de ZMRT (como es el caso de Cataluña, que lo ha reducido a "*cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial*"¹⁹), o bien (b) aquellos que estén inscritos en el registro de grandes tenedores creado por la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda, lo que alcanzará a todos aquellos que califiquen como grandes tenedores de conformidad con el artículo 5 de la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética²⁰.

Ahora bien, una interpretación razonable del requisito establecido en el apartado (b) anterior lleva a la conclusión de que debe alcanzar a los grandes tenedores que estén o deban estar inscritos —no pudiendo un incumplimiento de una obligación legal ser causa de exoneración de otra— y, atendiendo a la finalidad de la norma, muy posiblemente deba también alcanzar a aquellos que reúnan las condiciones subjetivas para estar inscritos mientras dicho registro no esté operativo.

- v. Aunque se hace referencia a que alcanzará a *“la primera y posteriores transmisiones”*, parece de difícil justificar que sea de aplicación a transmisiones efectuadas por personas físicas o por personas jurídicas que no reúnan la condición de gran tenedor. Una interpretación razonable de la norma llevaría a concluir que será de aplicación en toda transmisión que durante la vigencia del Decreto Ley 1/2015 se efectúe por un gran tenedor ya sea la primera o posterior transmisión que este gran tenedor (u otro) efectúe —en definitiva, a toda transmisión en la que se cumplan los presupuestos objetivo y subjetivo de la norma durante la vigencia del Decreto Ley 1/2015, sin necesidad de tener que reconstruir el tracto de transmisiones para determinar si es la primera o posterior—.
- vi. Por último, el derecho de adquisición preferente será de aplicación mientras esté vigente el Decreto Ley 1/2015, que, de conformidad con su disposición final primera, será por un plazo de doce años desde su entrada en vigor²¹.

3. Las medidas en materia de arrendamientos

Las medidas en materia de arrendamientos introducidas por el Decreto Ley 6/2024 pueden clasificarse en tres ámbitos: (i) información obligatoria en la publicidad y las ofertas de arrendamiento, así como en los contratos; (ii) la extensión del régimen de contención de rentas a los arrendamientos de temporada y de habitaciones; y (iii) ciertas medidas en relación con el Incasòl y las fianzas depositadas. Veámoslas.

3.1. La publicidad y el contenido de los contratos de arrendamiento

La Ley de Vivienda de Cataluña —y, en términos muy similares, el Código de Consumo de Cataluña²²— recoge la información mínima que debe contener la publicidad de una vivienda (artículo 59), las ofertas (artículo 61) y los contratos de arrendamiento (artículo 66).

Dichos artículos se modificaron con ocasión del Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, para introducir la obligación de incluir en la publicidad, oferta y contratos el índice de referencia de precios de alquiler de la Agència de l’Habitatge²³. Dicho índice, entre la entrada en vigor de la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda (*“Ley de Contención de Rentas”*) y su anulación por el Tribunal Constitucional²⁴ tuvo, además de su propia función informativa, una función limitadora de la renta de los contratos de alquiler en términos sustancialmente equivalente al Índice. Tras la anulación por inconstitucionalidad de la Ley de Contención de Rentas, dicho índice volvió a quedar como un índice meramente a efectos informativos.

Ahora bien, con la entrada en vigor de la Ley de Vivienda Estatal, la declaración de ZMRT y la aprobación del Índice se generó la situación que ahora el Decreto Ley 6/2024 viene a corregir y es que la publicidad, la oferta y los contratos de arrendamiento debían incluir el índice de referencia de precios de alquiler de la Agència de l'Habitatge —a efectos informativos—, pero no el Índice, el cual contribuye a la fijación de la renta en las ZMRT.

Por tanto, el Decreto Ley 6/2024 corrige dicho desajuste por la duplicidad de índices. Debe señalarse que lo corrige, pero en términos generales, de forma que obliga a añadir un índice de precios de referencia *"que corresponda aplicar al régimen de contención de rentas del alquiler"*²⁵, lo que abarcaría tanto el índice estatal como el catalán si este, en algún momento, fuera de aplicación directa en Cataluña.

Además, añade la obligación de incluir como menciones adicionales las otras cuestiones clave para la fijación de la renta en los supuestos de aplicación del régimen de contención, como sería (i) la renta del contrato anterior, cuando esta haya estado arrendada en los últimos cinco años, (ii) la condición de gran tenedor del arrendador, cuando sea el caso y la vivienda esté en una ZMRT, y, en términos muy generales, (iii) las demás menciones previstas por la legislación civil.

En definitiva, los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Ley 6/2024 tienen estrictamente una función de aportar coherencia a la regulación vigente a la vista de que el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana rechazó formalmente mediante carta de fecha 13 de junio de 2023 la sugerencia de que el índice de referencia de precios de alquiler de la Agència de l'Habitatge fuera el índice de referencia aplicable a los efectos de contención de rentas en Cataluña.

3.2. La extensión del régimen de contención de rentas a los arrendamientos de temporada y de habitaciones

En segundo lugar, nos encontramos con la principal (y más controvertida) medida en materia de arrendamientos del Decreto Ley 6/2024, la cual consiste en la inclusión *ex novo* del artículo 66 *bis* en la Ley de Vivienda de Cataluña al efecto de prever que:

- i. serán de aplicación las disposiciones sobre determinación de la renta, fianza, repercusión de gastos, actualización de la renta e incremento por mejoras del arrendamiento de vivienda permanente a los arrendamientos *"suscritos con carácter temporal por razones profesionales, laborales, de estudio, de atención o asistencia médica, de situaciones provisionales de espera para la recepción de la vivienda o de retorno a la vivienda así como para usos análogos que no sean diferentes al uso de vivienda"*²⁶, en definitiva, al arrendamiento de temporada previsto en el artículo 3 de la LAU (con la salvedad del apartado (ii) siguiente).

Además, ello también será de aplicación a los contratos de arrendamiento de vivienda en los que se determine su duración, pero no su finalidad temporal, y tal finalidad temporal deberá no solo hacerse constar en el contrato, sino que también deberá acreditarse documentalmente y aportarse la documentación justificativa con el depósito de la fianza, presumiéndose el carácter de vivienda permanente si no se acredita la finalidad temporal de dicho contrato;

- ii. las normas del arrendamiento para uso distinto de vivienda solo serán de aplicación cuando la finalidad / el objeto del arrendamiento de la vivienda sea propiamente el de "*ocio, vacaciones o recreativo*"²⁷ (lo que también deberá hacerse constar en el contrato y deberá acompañarse la documentación acreditativa con ocasión del depósito de la fianza); y
- iii. el arrendamiento de habitaciones no desnaturaliza la finalidad de vivienda y, por tanto, también deberán quedar sujetos al régimen del arrendamiento de vivienda, de modo que cuando la vivienda se halle en una ZMRT la suma total de las rentas de las diferentes habitaciones no podrá exceder la renta máxima que se permita para la vivienda en su totalidad.

No es de extrañar (o, cuando menos, era esperable) que la Generalitat de Catalunya haya optado por regular el arrendamiento de temporada —pues la propia Ley de Vivienda Estatal prevé en su disposición adicional quinta la creación de un grupo de trabajo para la regulación de los "*contratos de arrendamiento celebrados por temporada sobre fincas urbanas de uso vivienda*"²⁸—, pero sí sorprende notablemente que haya decidido hacerlo mediante una modificación de la Ley de Vivienda de Cataluña y, por tanto, en ejercicio de la competencia de vivienda, y no mediante la aprobación de un título adicional en el Libro VI del Código Civil de Cataluña y, consecuentemente, en ejercicio de sus competencias en materia de derecho civil.

Ello es así dado que la actuación de la Generalitat de Catalunya en la determinación de los elementos esenciales de un contrato desde la competencia de vivienda (aun cuando verse sobre el contrato de arrendamiento) puede adolecer, de partida, de una tacha de inconstitucionalidad tal y como estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia del Pleno 37/2022, de 10 de marzo de 2022, relativa al recurso de inconstitucionalidad 6289-2020 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso respecto de diversos preceptos de la Ley de Contención de Rentas en la que concluyó, a grandes rasgos —por no ser objeto del presente artículo—, que:

- i. la competencia en materia de vivienda tiene por objeto la actividad pública de ordenación de dicho sector, así como las políticas públicas de vivienda;
- ii. la regulación de los derechos y obligaciones de las partes en una relación jurídica (y, en particular, la arrendaticia) es una cuestión puramente civil y, por ende, de derecho civil;
- iii. 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;
- iv. la limitación de la renta es una materia esencialmente civil por afectar a uno de los elementos esencial del contrato de arrendamiento; y, por tanto, todo lo anterior lleva, necesariamente, a la conclusión de que
- v. la libre fijación de la renta forma parte de las bases de las obligaciones contractuales —en este caso, en materia de arrendamientos—, lo cual es competencia exclusiva del Estado.

Ahora bien, no puede obviarse que la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene competencia en materia de derecho civil (para su "*conservación, modificación y desarrollo*"²⁹) y es doctrina conso-

lidada en sede constitucional que los derechos civiles forales o regionales son cuerpos completos que tienen derecho a su propio desarrollo, sin tener que limitarse a las materias tradicionalmente reguladas en las (ya superadas) compilaciones de derecho civil, con la única excepción de las materias que son competencia exclusiva del Estado (entre las que se recoge la regulación de las bases de las obligaciones contractuales, *ex art. 149.1.8.º* de la Constitución española), pues, de lo contrario, se identificarían los vocablos *modificación* y *desarrollo*. Por tanto, las comunidades autónomas con dicha competencia pueden regular instituciones conexas (como se ha visto, con mayor o menor grado de laxitud en dicha conexión) con las ya reguladas según los principios informadores de dicho derecho civil regional, y Cataluña ha sido una de las comunidades autónomas más proliferas en el ejercicio de dicha competencia, y ha creado un cuerpo civil cuasi completo regulando instituciones tan poco conexas con el derecho civil histórico como puede ser la propiedad horizontal.

Por ello, llama poderosamente la atención que la Generalitat no haya optado por prever la aplicación del régimen de contención de rentas al arrendamiento de temporada y la regulación del arrendamiento de habitaciones como un título adicional en el Libro VI del Código Civil de Cataluña, y más cuando el proyecto legislativo para la aprobación de tal cuerpo legal ya está muy avanzado. Tanto es así que en fecha 16 de junio de 2023 se publicó un nuevo texto del anteproyecto de ley de incorporación del arrendamiento de bienes al Libro VI del Código Civil de Cataluña (“Anteproyecto de Ley”) que recogía el resultado de las alegaciones efectuadas en la fase de audiencia e información pública, y el 28 de febrero de 2024 la asesoría jurídica del Departamento de Justicia, Derechos y Memoria emitió el informe jurídico actualizado sobre dicho anteproyecto informándolo favorablemente.

Sin entrar a valorar en detalle el Anteproyecto de Ley, baste señalar aquí lo siguiente:

- i. Este regula el (a) contrato de arrendamiento de bienes que actuaría como marco normativo y obligacional general, (b) el arrendamiento de vivienda, distinguiendo entre residencia habitual, otros usos y el arrendamiento de habitaciones, (c) el arrendamiento de local, (d) el arrendamiento de fincas rústicas —unificando, por tanto, la regulación actual existente y recogiendo las figuras históricas propias del derecho civil catalán—, (e) el arrendamiento de empresa y (f) el *renting*.
- ii. Al tratar el arrendamiento de vivienda ya prevé que esta sea la libremente pactada, salvo que pueda quedar sujeta a algún régimen de contención de rentas —observando, por tanto, las previsiones del Tribunal Constitucional en sus sentencias 37/2022, de 10 de marzo y 57/2022, de 7 de abril, sobre la Ley de Contención de Rentas al no entrar a regular este régimen por corresponder competencialmente al Estado y respetar la autonomía de la voluntad cuando no resulte de aplicación—.
- iii. Al regular el arrendamiento para otros usos lo define como aquel “*que está destinado a residencia secundaria o a satisfacer necesidades de vivienda ocasionales o limitadas en el tiempo (...) por razones personales, laborales, de estudio, vacacionales o de índole parecida*”³⁰ y, a diferencia del Decreto Ley 6/2024, evita sujetarlo al régimen de contención de rentas, pues exime de incluir el precio de referencia³¹.

- iv. Respecto del arrendamiento de habitaciones sí prevé que, si se destina a residencia habitual y está en una zona en la que resulte de aplicación un régimen de contención de rentas, la renta máxima por el arrendamiento de la habitación no pueda exceder de la parte proporcional que correspondería a la superficie arrendada sobre el total de la vivienda³² (por tanto, a pesar de emplear un mecanismo diferente al del Decreto Ley 6/20204, en espíritu, sigue la misma finalidad).

En definitiva, sorprende que la Generalitat haya optado por emplear su competencia en materia de vivienda para introducir esta medida legislativa aun sabiendo que, muy probablemente, pueda adolecer de un vicio de inconstitucionalidad por invadir la competencia exclusiva del Estado en la regulación de las bases de las obligaciones contractuales.

No obstante, es muy probable que la explicación pueda encontrarse en la propia exposición de motivos del Decreto Ley 6/2024 y la justificación que esta hace del mecanismo legislativo empleado, pues difícilmente podrá alegarse que la regulación civil de un contrato sea algo que responda a una *"necesidad urgente e inaplazable"*³³ a diferencia de la intervención en el ámbito de la vivienda —que la exposición de motivos recuerda que es una cuestión de primer orden merecedora de amparo constitucional y creadora del correlativo deber de protección por parte de los poderes públicos— aduciendo que:

- i. *"las medidas recientemente adoptadas por el Estado, que no se han podido implementar con plena efectividad en Cataluña (...) si no se complementan con las medidas normativas y ejecutivas correspondientes"*³⁴,
- ii. *"las medidas (...) que incorpora este Decreto Ley son necesarias para salvaguardar los derechos de las personas arrendatarias afectadas y garantizar la efectiva y directa aplicación de las medidas legislativas previstas, derechos que pueden quedar definitivamente frustrados si estas medidas no se adoptan con carácter urgente y se consolidan prácticas encaminadas a eludirlos"*³⁵;
- iii. *"la dificultad de acceso a la vivienda se ha ido convirtiendo en un problema de carácter estructural agravado por los intentos de evitar la aplicación de las previsiones de la reciente legislación estatal sobre la materia"*³⁶;
- iv. *"mientras no exista una regulación del arrendamiento temporal que dote de contenido a esta figura y, al tiempo permita evitar que se utilice en fraude de ley, deben adoptarse las medidas que prevé este Decreto Ley y hacerlo con carácter de urgencia"*³⁷; y

la Ley de Vivienda de Cataluña *"constituye la vis atractiva de ser el marco regulador del derecho a la vivienda entendido como la necesidad de acceder a una vivienda en la que hacer vida, aunque su duración contractual pueda estar más acotada por razón de la causa que motiva que el arrendatario tenga tal necesidad, pero que merece igualmente el régimen tuitivo aplicable a las viviendas destinadas a las necesidades denominadas permanentes del artículo 2.1 LAU"*,³⁸ así como al período electoral en el que se dicta esta medida —lo que la exposición de motivos del Decreto Ley 6/2024 reconoce sin ningún pudor—, arguyendo que la reciente disolución de la cámara parlamentaria (mediante el Decreto 60/2024, de

18 de marzo) impide acceder a procedimientos legislativos acelerados, como podrían ser los de urgencia o lectura única³⁹, siendo, por tanto, el mecanismo del Decreto Ley el único hábil para hacer frente a la referida necesidad urgente e inaplazable.

3.3. El Incasòl y las fianzas arrendaticias depositadas

Por último, el artículo 11 del Decreto Ley 6/2024 modifica el apartado primero del artículo 7 de la Ley 13/1996, de 29 de julio, del registro y el depósito de fianzas de los contratos de alquiler de fincas urbanas para, manteniendo la obligación de que el Institut Català del Sòl destine el importe de las fianzas a la realizar inversiones para la construcción pública de viviendas, reducir el umbral mínimo de liquidez obligatoria del 10 % al 5 % del total del importe depositado al objeto de, por un lado, garantizar la liquidez suficiente para hacer frente a la retirada de depósitos y, por otro, maximizar los recursos disponibles para dichas inversiones.

4. El nuevo régimen sancionador

La última de las novedades introducidas por el Decreto Ley 6/2024 es el régimen sancionador para las infracciones en materia de arrendamientos y, sobre todo, del régimen de contención de rentas.

Ahora bien, la falta de la existencia de un régimen sancionador no implicaba que, hasta la fecha, el incumplimiento de las previsiones en materia de contención de rentas estuviere exento de consecuencia, pues, por un lado, todo pacto de fijación de renta que no respetara el límite previsto por la norma se reputaría contrario a una norma imperativa o prohibitiva y resultaría nulo, *ex art. 6 LAU y 6.3 del Código Civil*, al menos en cuanto al exceso, y generaría un derecho de reembolso en favor del arrendatario de las cantidades cobradas en exceso del máximo legal⁴⁰ (con, lógicamente, su interés legal) y, por otro, todo arrendamiento suscrito como de temporada con ánimo de defraudar el régimen de contención de rentas sería un acto en fraude de ley que, de conformidad con el artículo 6.4 del Código Civil, no impediría la debida aplicación de la norma eludida.

Como el lector conoce, la Ley de Vivienda de Cataluña clasifica las infracciones⁴¹ en leves, graves y muy graves, que están penadas, respectivamente, con multas de 3.000 a 9.000 euros, 9.001 a 90.000 euros y 90.001 a 900.000 euros, y estas se graduarán en función de los criterios previstos en el artículo 117 —pudiendo incluso, en atención al criterio de proporcionalidad, aplicar el tramo inferior sin que por ello se modifique la calificación de la sanción—. Pues bien, el Decreto Ley 6/2024 ha introducido los siguientes tipos infractores:

- i. Infracciones muy graves: (a) establecer un precio de alquiler superior al máximo permitido en caso de que la vivienda esté sujeta al régimen de contención de rentas si la diferencia entre las rentas es superior al 30 %; y (b) calificar de forma fraudulenta la causa o finalidad del arrendamiento para eludir la aplicación de los derechos y garantías del arrendatario reconocidos en la normativa aplicable, cuando así haya sido declarado en sentencia judicial firme⁴².

- ii. Infracciones graves: (a) establecer un precio de alquiler superior al máximo permitido en caso de que la vivienda esté sujeta al régimen de contención de rentas si la diferencia entre las rentas oscila entre el 10 % y el 30 %; (b) no hacer constar en el contrato su causa o finalidad; (c) repercutir al arrendatario los gastos de gestión inmobiliaria, así como los de formalización del contrato; y (d) negarse a suministrar datos a la Administración, obstruir o no facilitar las labores de control e inspección o incumplir los deberes de comunicación en tiempo y forma de los datos que deben ser objeto de inscripción en los registros de viviendas vacías y de grandes tenedores de vivienda⁴³.
- iii. Infracciones leves: (a) no hacer constar el precio que resulta del Índice o, cuando proceda, el importe de la renta del anterior contrato o la condición de gran tenedor del arrendatario —todo ello tanto en la publicidad como en la oferta y los contratos de arrendamiento—; y (b) establecer un precio de alquiler superior al máximo permitido en caso de que la vivienda esté sujeta al régimen de contención de rentas si la diferencia entre las rentas no supera el 10 %.

A modo de complemento a lo expuesto en el apartado 3.2 sobre la posible inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 6/2024, debe tenerse en cuenta que la eventual anulación de la conducta tipificada (tal como la extensión al arrendamiento de temporada del régimen de contención de rentas previsto para el arrendamiento para uso de vivienda permanente) y, correlativamente, el régimen sancionador de esta conllevaría, eventualmente, que los arrendadores de los contratos de temporada formalizados por una renta superior a la máxima permitida —o, en general, incumpliendo los requisitos de nuevo cuño introducidos por el Decreto Ley 6/2024— durante la vigencia del régimen no pudieran ser sancionados por ello y que las sanciones impuestas durante el período de vigencia de la norma anulada pudieran ser revisadas y anuladas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

5. La convalidación del Decreto Ley 6/2024

Como se ha avanzado en el párrafo final del apartado 3.2 anterior, el Decreto Ley 6/2024 se ha dictado con posterioridad a la disolución del Parlamento de Cataluña⁴⁴ y, por tanto, en pleno período de precampaña electoral (pues la campaña empezaría, de conformidad con el Decreto 60/2024, el 26 de abril de 2024).

A juicio del lector queda la valoración sobre si el momento escogido para la emisión del Decreto Ley 6/2024 tiene algo de político o responde, efectivamente, a la urgencia que expone en su exposición de motivos, pero lo cierto es que el hecho de que el Parlamento de Cataluña esté disuelto no afectará a su naturaleza ni a su necesidad de convalidación en el plazo de treinta días a partir de su promulgación, que, de conformidad con el reglamento del Parlamento de Cataluña, deberá tener lugar en el seno de la Diputación Permanente⁴⁵.

6. Consideraciones finales

Como ha podido observarse, el Decreto Ley 6/2024 profundiza en el camino de la hiperregulación del contrato de arrendamiento de vivienda y está por ver si el catálogo de medidas de nuevo cuño (el nuevo derecho de adquisición preferente, la sujeción del arrendamiento de temporada y de habitaciones al régimen de contención de rentas y el correlativo régimen sancionador) van a colaborar a solucionar el actual problema de acceso a la vivienda o si, por el contrario —y como reconoce la propia Administración en la exposición de motivos del Decreto Ley 6/2024 que ha sucedido a raíz de las últimas medidas adoptadas—, va a agudizar el problema existente reduciendo aún más la oferta y tensando la ya precaria (por no decir existente) correlación entre oferta y demanda.

Ciertamente, los augurios no son buenos y vienen de antiguo, pues ya con ocasión de la tramitación de la proposición de Ley de Contención de Rentas la Agencia Catalana de la Competencia emitió un dictamen en fecha 23 de julio de 2020 en el que argumentaba que, a pesar de que el mejorar el acceso a la vivienda era una cuestión de interés general, hacerlo mediante la intervención pública en la libre fijación del precio de la renta suponía una restricción relevante a la libre competencia en el mercado y que, además, podía tener efectos contraproducentes, tales como que la parte de la oferta del alquiler se retirara del mercado o se destinara a la venta —como efectivamente ha acabado sucediendo—. Es más, la Agencia Catalana de la Competencia venía a afirmar que la intervención del mercado del alquiler no solo no era apropiada para los fines perseguidos, sino que, además, podía reputarse como anticompetitiva.

Si a ello se le añade la dudosa constitucionalidad (cuando menos formal/competencial y está por ver si de fondo, en función de cómo resuelva el Tribunal Constitucional los recursos interpuestos contra la Ley de Vivienda Estatal en los que se argumenta, entre otros, que las medidas de contención de rentas podrían vaciar el contenido esencial del derecho de la propiedad urbana y, por tanto, infringirían el artículo 33.1 de la Constitución española) de la intervención regulatoria del mercado del alquiler, ciertamente llega uno a la conclusión de que la situación es, cuando menos, incierta y nada puede resultar más contraproducente y menos eficaz para resolver la actual situación de tensión en el mercado de la vivienda que la falta de seguridad (y estabilidad) jurídica.

Notas

- 1 Véase el segundo párrafo de la sección IV de la exposición de motivos del Decreto Ley 6/2024.
- 2 Véase el n.º 1 anterior.
- 3 Véase el art. 18.2, párrafo primero, de la Ley de Vivienda Estatal.
- 4 Véase la disposición final primera, numeral tres, de la Ley de Vivienda Estatal.
- 5 Esta resolución se publicó en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* n.º 8984 de 22 de agosto de 2023.
- 6 Véase el apartado 7.2 *in fine* de la memoria para la declaración de determinados municipios de Cataluña como ZMRT de acuerdo con la Ley de Vivienda Estatal, en su versión actualizada a 11 de agosto de 2023.
- 7 Este índice, aprobado por la Resolución de 14 de marzo de 2024, de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana, por la que se determina el sistema de índices de precios de referencia a los efectos de lo establecido en el artículo 17.7 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y publicado en el *Boletín Oficial de Estado* n.º 66 de 15 de marzo de 2024, puede consultarse en la siguiente dirección: <https://serpavi.mivau.gob.es/>.
- 8 Véase el apartado 7.3, subapartado 3.3 *in fine*, de la memoria para la declaración de determinados municipios de Cataluña como ZMRT de acuerdo con la Ley de Vivienda Estatal, en su versión actualizada a 11 de agosto de 2023.
- 9 Sobre la declaración de ZMRT a resultados de la resolución TER/2940/2023, véase ANDREU CORTADA, Joan y GARCÍA-PERROTE MARTÍNEZ, Rafael (2023). La declaración de zonas de mercado residencial tensionado en Cataluña. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 162-173.
- 10 Esta resolución se publicó en el *Boletín Oficial de Estado* n.º 66 de 15 de marzo de 2024.
- 11 Esta resolución se publicó en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* n.º 9122 de 14 de marzo de 2024.
- 12 Emitiéndose, por tanto, una versión consolidada de fecha 13 de marzo de 2024.
- 13 Véase el apartado 7 de la memoria para la declaración de determinados municipios de Cataluña como ZMRT de acuerdo con la Ley de Vivienda Estatal en su versión consolidada de fecha 13 de marzo de 2024.
- 14 Véase el artículo 3.2 de la LAU.
- 15 Véase el párrafo 4.º *in fine* del apartado III de la exposición de motivos del Decreto Ley 6/2024.
- 16 Mediante acuerdo de la subcomisión de urbanismo del municipio de Barcelona de fecha 5 de diciembre de 2018 y publicado en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* n.º 7772 de fecha 20 de diciembre de 2018.
- 17 Véase el artículo 2.1 del Decreto Ley 1/2015.
- 18 Véase el artículo 12 del Decreto Ley 6/2024.
- 19 Véase el apartado 2 de la resolución TER/800/2024, de 13 de marzo.
- 20 "9. A efectos de la presente ley, se entiende que son grandes tenedores de viviendas:
 - a) Las entidades financieras, las filiales inmobiliarias de estas entidades, los fondos de inversión y las entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, de acuerdo con la legislación mercantil.
 - b) Las personas jurídicas que, por sí solas o a través de un grupo de empresas, sean titulares de más de diez viviendas ubicadas en territorio del Estado, con las siguientes excepciones: 1.º Los promotores sociales a los que se refieren las letras a y b del artículo 51.2 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. 2.º Las personas jurídicas que tengan más de un 15% de la superficie habitable de la propiedad calificado como viviendas de protección oficial destinadas a alquiler. 3.º Las entidades privadas sin ánimo de lucro que proveen de vivienda a personas y familias en situación de vulnerabilidad residencial.
 - c) Los fondos de capital riesgo y de titulación de activos.
 - d) Las personas físicas que sean propietarias de más de quince viviendas, o copropietarias si su cuota de participación en la comunidad representa más de 1.500 metros cuadrados de suelo destinado a vivienda, con referencia en ambos casos a viviendas situadas en territorio del Estado, con las mismas excepciones que establecen para las personas jurídicas los puntos 1.º y 2.º de la letra b)".
- 21 El Decreto Ley 1/2015 entró en vigor el 27 de marzo de 2015 y, aunque inicialmente se preveía una duración de seis años, esta fue ampliada a doce años por el Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda.
- 22 Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña.
- 23 Creado por medio de la Orden GAH/142/2017, de 5 de julio, se recoge en el artículo 68 *bis* de la Ley de Vivienda de Cataluña y cumple, fundamentalmente, una función informadora de la política de vivienda en Cataluña.
- 24 Por medio de las sentencias del Tribunal Constitucional 37/2022, de 10 de marzo, y 57/2022, de 7 de abril.
- 25 Véase el artículo 3 del Decreto Ley 6/2024.
- 26 Véase el artículo 5 del Decreto Ley 6/2024.
- 27 Véase el n.º 26 anterior.
- 28 Véase el último inciso de la disposición adicional quinta de la Ley de Vivienda Estatal.
- 29 Véase el art. 149.1.8.º de la Constitución española.
- 30 Véase el art. 623-36.3 *in fine* del anteproyecto de anteproyecto de ley de incorporación del contrato de arrendamiento de bienes al Libro VI del Código Civil de Cataluña en su redacción de fecha 16 de junio de 2023.

- 31 Véase el artículo 623-73.1 del anteproyecto de anteproyecto de ley de incorporación del contrato de arrendamiento de bienes al Libro VI del Código Civil de Cataluña en su redacción de fecha 16 de junio de 2023.
- 32 Véase el artículo 623-86.1 del anteproyecto de anteproyecto de ley de incorporación del contrato de arrendamiento de bienes al Libro VI del Código Civil de Cataluña en su redacción de fecha 16 de junio de 2023.
- 33 Véase el segundo párrafo de la sección IV de la exposición de motivos del Decreto Ley 6/2024.
- 34 Véase el n.º 33 anterior.
- 35 Véase el n.º 33 anterior.
- 36 Véase el tercer párrafo de la sección IV de la exposición de motivos del Decreto Ley 6/2024.
- 37 Véase el n.º 36 anterior.
- 38 Véase el séptimo párrafo de la sección III de la exposición de motivos del Decreto Ley 6/2024.
- 39 Véase el último párrafo de la sección IV de la exposición de motivos del Decreto Ley 6/2024.
- 40 Tanto es así que el artículo 12 de la Ley de Contención de Rentas lo preveía expresamente. Dicho artículo fue declarado inconstitucional y nulo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2022, de 10 de marzo.
- 41 Asimismo, se prevén medidas provisionales y de reconducción (*e. g.*, clausura de inmuebles, multas coercitivas, etc.) cuando se detecte, presuntamente, una vulneración de la Ley de Vivienda de Cataluña, y sanciones complementarias tales como la inhabilitación para participar en promociones de VPO o en procesos que cuenten con financiación pública y la suspensión de la inscripción del Registro de homologación.
- 42 Véase el artículo 6 de Decreto Ley 6/2024.
- 43 Véanse los artículos 7 y 8 del de Decreto Ley 6/2024.
- 44 El Decreto 60/2024, de 18 de marzo, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución se publicó en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* n.º 9125 de 19 de marzo 2023.
- 45 Véase el artículo 158 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, el cual puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.parlament.cat/document/cataleg/165484.pdf>.

Foro de Actualidad

Portugal

TERMO INICIAL DA CONTAGEM DOS JUROS INDEMNIZATÓRIOS EM CASOS DE AUTOLIQUIDAÇÃO DE TRIBUTOS: DESENVOLVIMENTOS RECENTES E ANÁLISE CRÍTICA

Catarina Fernandes e Gonçalo Martins Agostinho

Advogados do departamento de Direito Fiscal da Uría Menéndez - Proença de Carvalho (Lisboa)

Termo inicial da contagem dos juros indemnizatórios em casos de autoliquidação de tributos: desenvolvimentos recentes e análise crítica

O presente artigo visa analisar a questão do termo inicial da contagem dos juros indemnizatórios em casos de anulação de liquidações de tributos emitidas pelos próprios contribuintes (autoliquidações), através do recorte das diversas situações possíveis e das respetivas consequências quanto ao referido termo inicial.

Este tema assume inequívoca relevância e tem gerado alguma controvérsia quer na doutrina quer na jurisprudência.

Em particular, um tribunal superior decidiu recentemente que nos casos em que a Autoridade Tributária e Aduaneira ("AT") já tomou posição sobre a questão material em discussão e a autoliquidação seja efetuada tendo por base a referida posição adotada pela AT, o termo inicial da contagem dos juros indemnizatórios de-

verá corresponder à data do pagamento do tributo autoliquidado em vez da data de indeferimento (expresso ou tácito) da reclamação graciosa.

No referido acórdão, que será objeto de análise no presente artigo, aquele tribunal superior vai ainda mais longe na medida em que decide, na esteira de alguma jurisprudência fiscal arbitral e doutrina autorizada nesta matéria, que, nos casos de autoliquidações, o contribuinte tem direito a juros indemnizatórios contados desde a data do pagamento sempre que tenha apresentado reclamação graciosa e a mesma tenha sido indeferida pela AT.

PALAVRAS-CHAVE:

Juros indemnizatórios, Termo inicial, Lei Geral Tributária, Código de Procedimento e Processo Tributário, Jurisprudência recente, Reclamação graciosa, Erro imputável aos serviços, Autoliquidações de tributos.

When does compensatory interest begin to accrue for self-assessments tax returns: recent developments and critical analysis

This article analyses when compensatory interest begins to accrue when taxpayers' self-assessment tax returns are annulled and, in particular, outlines the various possible scenarios and their consequences in terms of when interest starts to accrue.

The rules governing this matter and their interpretation have given rise to disagreements amongst scholars and in case law.

In particular, a recent higher court case has confirmed that when the Portuguese Tax Authorities ("PTA") have already decided on the material issue at hand and the self-assessment is carried out based on the PTA's position, compensatory interest begins to accrue on the date the tax assessed was paid rather than when the self-assessment was expressly or tacitly rejected by the pertinent administrative authority on appeal.

In the case analysed in this article, the higher court seems to go even further by stating, in line with some arbitral tax case law and respected academic opinion, that, in self-assessment cases, the taxpayer should be entitled to compensatory interest from the date the tax was paid regardless of when the administrative appeal was filed and of whether the PTA rejected the appeal.

KEYWORDS:

Compensatory interest, initial term; General Tax Law, Tax Procedure and Process Code, recent case law, administrative appeal, error attributable to the tax authorities, tax assessments.

FECHA DE RECEPCIÓN: 19-4-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23-4-2024

Fernandes, Catarina; Agostinho, Gonçalo Martins (2024). Termo inicial de contagem dos juros indemnizatórios em casos de autoliquidação de tributos: desenvolvimentos recentes e análise crítica. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 167-176 (ISSN: 1578-956X).

1. Enquadramento jurídico

Para cabal compreensão do tema em análise no presente artigo, cumpre fazer um breve excuroso pelo enquadramento legal do direito a juros indemnizatórios estabelecido no artigo 43.^o da Lei Geral Tributária ("LGT") e 61.^o do Código de Procedimento e de Processo Tributário ("CPPT"), enquanto decorrência da obrigação geral de indemnização do lesado em caso de dano estabe-

lecida nos artigos 562.º e seguintes do Código Civil e, em particular, do direito constitucional à indemnização por atos do Estado ou entidades públicas.

Na Constituição da República Portuguesa ("CRP"), o artigo 22.º estabelece que: "[o] Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem."

O artigo 43.º, n.º 1, da LGT estabelece que: "[s]ão devidos juros indemnizatórios quando se determine, em reclamação graciosa ou impugnação judicial, que houve erro imputável aos serviços de que resulte pagamento da dívida tributária em montante superior ao legalmente devido."

Nos termos do n.º 2 do mencionado artigo: "[c]onsidera-se também haver erro imputável aos serviços nos casos em que, apesar de a liquidação ser efectuada com base na declaração do contribuinte, este tiver seguido, no seu preenchimento, as orientações genéricas da administração tributária, devidamente publicadas."

Por sua vez, o n.º 4 do artigo 43.º da LGT determina que: "[a] taxa dos juros indemnizatórios é igual à taxa dos juros compensatórios", resultando ainda do artigo 35.º, n.º 10, da LGT que a taxa dos juros compensatórios é equivalente à taxa dos juros legais fixados nos termos do artigo 559.º, n.º 1, do CC, sendo, desde 1 de maio de 2003, de 4%.

Nos termos do artigo 61.º, n.º 5, do CPPT, os juros indemnizatórios serão contados desde a data do pagamento do imposto indevido até à data da emissão da respetiva nota de crédito.

Cumprir ainda chamar à colação o disposto no artigo 100.º da LGT nos termos do qual: "[a] administração tributária está obrigada, em caso de procedência total ou parcial de reclamações ou recursos administrativos, ou de processo judicial a favor do sujeito passivo, à imediata e plena reconstituição da situação que existiria se não tivesse sido cometida a ilegalidade, compreendendo o pagamento de juros indemnizatórios, nos termos e condições previstos na lei."

Do exposto resulta que qualquer ato emitido pela AT (ou por qualquer entidade pública) que venha a ser julgado ilegal e que tenha causado prejuízo gera a devida indemnização por responsabilidade civil extracontratual do Estado na sua atuação, com vista a compensar a lesão ou o prejuízo causado pelo ato ou omissão praticado ou omitido em violação da lei.

Por conseguinte, qualquer julgado anulatório ou decisão de anulação sempre constituirá a AT na obrigação de reconstituir integralmente a situação do contribuinte que existiria caso tal ato tributário ilegal não tivesse sido praticado, *i.e.*, a eliminar da ordem jurídica todas as consequências e efeitos de tal ato tributário.

Nessa medida, e tal como teve oportunidade de decidir o Supremo Tribunal Administrativo ("STA") nos acórdãos de 6 de julho de 2005 proferido no processo n.º 470/05 e de 20 de fevereiro de 2002, proferido no processo n.º 26669, a taxa de juros indemnizatórios exprime "a medida legal considerada idónea para a mensuração do dano respeitante a uma obrigação pecuniária".

Em casos de autoliquidação de tributos nos quais o contribuinte apresentou impugnação judicial ou pedido de pronúncia arbitral contra uma decisão de indeferimento (expressa ou tácita) de uma reclamação graciosa, tem vindo a entender-se que o termo inicial da contagem dos juros indemnizatórios deve coincidir com a data da decisão de indeferimento da reclamação graciosa em caso de indeferimento expresso ou deve corresponder ao termo do prazo legal de decisão em caso de indeferimento tácito.

A referida posição baseia-se no entendimento de que, tratando-se de uma autoliquidação, não é possível fundamentar qualquer erro imputável aos serviços da AT até ao momento em que esta indeferiu, expressa ou tacitamente, a reclamação graciosa e, por conseguinte, o termo inicial de contagem dos juros indemnizatórios não pode ser anterior à referida data.

Por outras palavras: considerando que foi o contribuinte que procedeu à emissão da liquidação posteriormente julgada ilegal, a AT não procedeu até então a qualquer definição da relação jurídico-tributária, pelo que apenas se verifica um erro imputável aos serviços da AT no momento em que a mesma decide a reclamação graciosa apresentada pelo contribuinte ou não decide tal reclamação no prazo legal de quatro meses.

Através desta interpretação, logra-se afastar a aplicação do artigo 61.º, n.º 5, do CPPT, que determina que os juros são contados desde a data do pagamento indevido do tributo até à data do processamento da nota de crédito.

O termo inicial da contagem dos juros indemnizatórios deixa, assim, de ser o momento do pagamento do imposto autoliquidado pelo contribuinte para passar a ser a data do indeferimento expresso ou a data da presunção de indeferimento da reclamação graciosa apresentada pelo contribuinte contra a autoliquidação, o que implica uma redução do montante dos juros indemnizatórios pois que, temporalmente, a decisão do indeferimento da reclamação graciosa será sempre muito mais próxima da data do processamento da nota de crédito pela AT do que a data do pagamento do imposto autoliquidado pelo contribuinte.

Notamos que nos casos em que seja apresentado pedido de revisão oficiosa, ao abrigo do artigo 78.º da LGT, tem vindo a entender-se que, ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3, alínea c), da LGT, os juros indemnizatórios devem contar-se somente a partir de um ano após a apresentação do pedido de revisão oficiosa. Este entendimento foi, muito recentemente, confirmado no acórdão de uniformização de jurisprudência do STA n.º 4/2023, de 16 de novembro de 2023, proferido no âmbito do processo n.º 40/19.6BALS.B.

Sem prejuízo do exposto e da uniformização de jurisprudência a respeito do termo inicial da contagem de juros indemnizatórios em casos de recurso ao mecanismo de revisão oficiosa mantém-se ainda totalmente válida a discussão sobre o termo inicial da contagem dos juros indemnizatórios devidos na sequência da anulação de uma autoliquidação sempre que o contribuinte recorra a outro meio de reação graciosa (*maxime*, a reclamação graciosa) ou judicial (nos casos em que não esteja prevista reclamação graciosa necessária e o contribuinte recorra diretamente à via judicial).

2. Termo inicial da contagem dos juros indemnizatórios à luz da doutrina e da jurisprudência

Começando pela doutrina administrativa da AT, tem vindo a considerar-se que em casos de anulação de autoliquidações, os contribuintes não têm, em geral, direito a juros indemnizatórios contados desde a data do pagamento, o que, como veremos, tem vindo a ser contrariado pela doutrina mais autorizada nesta matéria e por alguma jurisprudência recente.

Em particular, Rui Duarte Morais afirma que nos casos em que se verifique um erro na autoliquidação, do qual resulte o pagamento de imposto superior ao devido, como naquele momento o sujeito passivo atua no procedimento como uma espécie de "comissário" da AT, realizando, substancialmente, as tarefas desta, o erro é sempre imputável aos serviços e o contribuinte tem direito a juros indemnizatórios desde a data do pagamento indevido (*Manual de Procedimento e Processo Tributário*, 2012, Livraria Almedina, Coimbra, pp. 367-368).

Também Ricardo da Palma Borges, em declaração de voto de vencido nas decisões arbitrais proferidas nos dias 5 de abril de 2017 e 10 de abril de 2018 no âmbito dos processos n.ºs 553/2016-T e 333/2017-T, respetivamente, teve oportunidade de tomar posição sobre este tema: "(...) a Autoridade Tributária, ao ser confrontada com a pretensão da Requerente [i.e., uma reclamação graciosa que visava a anulação de uma autoliquidação de IRC], indeferiu-a expressamente, pelo que o erro inicialmente cometido pelo sujeito passivo passou a ser-lhe imputável a ela, a partir do momento do dito indeferimento. Ao indeferir, a Autoridade Tributária, no fundo, mais não diz que, acaso o acto originário tivesse sido de heteroliquidação, por ela, ao invés de autoliquidação, pelo sujeito passivo, teria actuado da mesma exacta forma que o contribuinte. Ou seja, ao indeferir a pretensão da Requerente, a Autoridade Tributária assume plenamente o acto do sujeito passivo, como se o tivesse praticado originariamente. Nesse sentido, a imputabilidade desse erro à Autoridade Tributária, a partir do momento em que esta o assume explicitamente, deve ter efeitos ex tunc. Pelo que não pode surpreender que, também nesse caso, nos termos do artigo 61.º, n.º 5, do CPPT, "Os juros são contados desde a data do pagamento indevido do imposto".

Neste mesmo sentido já teve oportunidade de se pronunciar a jurisprudência fiscal arbitral, designadamente, nas decisões arbitrais de 18 de setembro de 2020, de 19 de outubro de 2020 e de 27 de novembro de 2020 proferidas no âmbito dos processos n.ºs 951/2019-T, 926/2019-T e 903/2019-T, respetivamente.

Mais recentemente, nas decisões arbitrais de 19 de outubro de 2022 e de 4 de novembro de 2022, proferidas no âmbito dos processos n.ºs 135/2022-T e 116/2022-T, decidiu-se que o termo inicial da contagem dos juros indemnizatórios devidos aos contribuintes deveria corresponder à data do pagamento indevido do tributo (que, nestes casos, operou através do mecanismo de retenção na fonte a título definitivo). Ainda que os tribunais arbitrais tenham reconhecido que seria de "ponderar que na data da retenção na fonte não havia, ainda, ocorrido qualquer ato expresso da administração quanto à situação tributária em causa, o que só veio a verificar-se com a decisão que incidiu sobre a reclamação graciosa", entenderam que "(...) inexistente norma que expressamente preveja que a contagem dos juros se inicie em momento diverso do previsto no artigo 61.º, n.º 5, do CPPT."

e que, por conseguinte, inexistente "(...) norma que determine que a contagem dos juros se inicia a partir da data da decisão de indeferimento da reclamação graciosa ou a partir do dia seguinte à data em que a decisão deveria ter sido decidida de acordo com o disposto no artigo 57.º da LGT.". Estes tribunais arbitrais decidiram que não só o referido entendimento não tem suporte legal como, a ser julgado procedente, implicaria "deixar[] nas mãos da AT, com a maior ou menor celeridade da decisão, o in[í]cio da contagem do prazo, o que não se afigura razoável."

Por fim, os tribunais arbitrais acabam por realçar que a AT está vinculada aos princípios da justiça, da igualdade e da legalidade, consagrados nos artigos 266.º, n.º 2, da CRP e 55.º da LGT, que impõem que sejam oficiosamente corrigidos todos os erros das liquidações que tenham conduzido à arrecadação de tributos em montante superior ao que seria devido face à lei aplicável.

O incumprimento deste dever que impende sobre a AT implica a adesão tácita à declaração e à autoliquidação de tributos pelo contribuinte que se encontrem feridas de ilegalidade.

Também o STA, em acórdão datado de 19 de setembro de 2018, proferido no âmbito do processo n.º 0462/14, já havia decidido que em casos de autoliquidações efetuadas em conformidade com orientações genéricas da AT a respetiva anulação dá origem ao pagamento de juros indemnizatórios ao contribuinte que devem ter como termo inicial a data do pagamento do tributo, posição que se justifica em face do disposto no artigo 43.º, n.º 2, da LGT.

Tal posição do STA está, contudo, circunscrita aos casos expressamente previstos na referida norma em que o contribuinte havia emitido as liquidações seguindo as orientações genéricas da AT.

No entanto, o Tribunal Central Administrativo Sul ("TCA Sul") veio entretanto decidir, em acórdão de 1 de novembro de 2022 proferido no âmbito do processo n.º 1721/18.7BELRS, que a referida regra deve aplicar-se também nos casos em que a AT tomou posição sobre a mesma questão em procedimentos iniciados relativamente a outros anos de imposto ou exercícios fiscais.

Subjacente ao referido acórdão estava uma impugnação judicial apresentada contra decisão de indeferimento expresso de uma reclamação graciosa de autoliquidação da Contribuição sobre o Setor Bancário ("CSB").

O contribuinte autoliquidou (e pagou) a CSB através da entrega da Modelo 26 por referência ao ano de imposto de 2017. Por entender que não deveria ser enquadrado como sujeito passivo da CSB, foi a legalidade de tal autoliquidação contestada através de reclamação graciosa, a qual viria a ser objeto de uma decisão expressa de indeferimento proferida pela AT.

Na pendência da ação de impugnação judicial apresentada para contestar a autoliquidação da CSB (ato mediato da impugnação judicial) e a decisão de indeferimento expresso da reclamação graciosa (ato imediato da impugnação judicial), a AT instaurou oficiosamente um procedimento de revisão da autoliquidação e, em resultado de uma mudança de posição, decidiu anular a autoliquidação e promover o reembolso da CSB indevidamente paga pelo contribuinte.

Foi neste contexto que a ação de impugnação judicial prosseguiu os respetivos trâmites, embora limitada ao conhecimento da questão relativa ao reconhecimento do direito a juros indemnizatórios sobre o montante da CSB indevidamente pago e respetivo termo inicial de contagem.

O Tribunal Tributário de Lisboa começou por decidir que a ali impugnante tinha efetivamente direito a juros indemnizatórios contados desde a data do pagamento da CSB. No entanto, o mesmo tribunal corrigiu posteriormente aquela sentença, passando a decidir que os juros indemnizatórios deveriam contar-se desde a data do indeferimento expresso da reclamação graciosa em vez da data do pagamento da CSB.

Na medida em que nenhuma das partes se conformou com a referida sentença (a AT por entender que não eram devidos quaisquer juros indemnizatórios e a ali impugnante por entender que tinha direito a juros indemnizatórios contados desde a data do pagamento da CSB até à data do processamento da nota de crédito), foram interpostos dois recursos independentes pela AT e pela impugnante junto do TCA Sul.

Tendo o TCA Sul, no acórdão proferido no processo n.º 1721/18.7BELRS que ora se analisa, reconhecido o direito a juros indemnizatórios contados desde a data do pagamento da CSB.

Para justificar a sua posição, o TCA Sul começou por afirmar que ficou assente naqueles autos que na data em que foi emitida a autoliquidação e efetuado o pagamento da CSB, a AT entendia que a impugnante estava abrangida no âmbito subjetivo da CSB e que, por conseguinte, deveria pagar o referido tributo, tendo apenas alterado a sua posição posteriormente na sequência de informações recebidas da entidade reguladora.

Aquele tribunal superior decidiu que a autoliquidação e o pagamento efetuados: *“(...) ocorreram em razão da posição assumida à data [pela AT]”* e, bem assim, que na sequência da apresentação da reclamação graciosa contra a autoliquidação, a AT deveria ter anulado tal autoliquidação *“(...) devendo o efeito anulatório requerido implicar a reconstituição da situação que existiria no caso de não ter sido praticado o acto anulado (situação ex ante).”*

Decidiu, assim, o TCA Sul reconhecer o direito a juros indemnizatórios desde a data do pagamento do tributo (no caso, da CSB) até à data da emissão da nota de crédito, ao abrigo do artigo 61.º, n.º 5, do CPPT: *“(...) como consequência do efeito ripristinatório da situação ex ante, nos termos do disposto no artigo 100.º da LGT”* e, por conseguinte, decidiu anular a sentença recorrida na parte em que se decidiu que a impugnante tinha direito a juros indemnizatórios mas apenas desde a data do indeferimento expresso da reclamação graciosa.

Tanto quanto é do conhecimento dos autores, este foi o primeiro precedente de um tribunal superior relativo ao tema do termo inicial dos juros indemnizatórios em casos de autoliquidações que, apesar de não serem emitidas de acordo com orientações genéricas da AT, foram motivadas por uma posição formalmente assumida pela AT no contexto de outros procedimentos do mesmo sujeito passivo.

Acresce que neste acórdão, o TCA Sul acaba por validar a posição de que as ilegalidades de que padeçam as autoliquidações de tributos ao não terem sido detetadas e corrigidas pela AT no con-

texto de procedimento de reclamação graciosa iniciado pelos contribuintes devem considerar-se praticadas pela AT (*i.e.*, deve considerar-se que os erros, na aplicação do direito e / ou sobre os pressupostos de facto, que inquam de ilegalidade e determinam a anulabilidade de tais autoliquidações são imputáveis aos serviços da AT), de tal modo que tudo deverá ocorrer como se tivesse sido a AT a, originariamente, praticar tais atos ilegais e geradores de responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Ora, tal posição assume relevância no tratamento desta matéria, considerando particularmente a norma constante do artigo 131.º do CPPT que, sob a epígrafe "Impugnação em caso de autoliquidação", estabelece a regra da reclamação graciosa necessária como condição do recurso ao mecanismo da impugnação judicial:

"1 - Em caso de erro na autoliquidação, a impugnação será obrigatoriamente precedida de reclamação graciosa dirigida ao dirigente do órgão periférico regional da administração tributária, no prazo de 2 anos após a apresentação da declaração.(...)"

3 - Quando estiver exclusivamente em causa matéria de direito e a autoliquidação tiver sido efetuada de acordo com orientações genéricas emitidas pela administração tributária, não há lugar à reclamação necessária prevista no n.º 1."

3. Do direito dos contribuintes a juros indemnizatórios contados desde a data do pagamento da autoliquidação

No nosso entendimento, deve ser reconhecido aos contribuintes o direito a juros indemnizatórios contados desde a data do pagamento do tributo indevido até à data do processamento da nota de crédito pelo menos nos casos em que o contribuinte expressamente sinalizou à AT, através da apresentação de uma reclamação graciosa, a necessidade de esta rever e de anular (total ou parcialmente) tal autoliquidação com fundamento em erro na aplicação do direito ou sobre os pressupostos de facto, não tendo tal reclamação sido objeto de decisão favorável ao contribuinte.

Assim, não apenas nos casos em que as liquidações são emitidas pelos contribuintes com base em orientações genéricas da AT mas também naqueles em que a AT já foi formalmente chamada a tomar posição sobre a mesma questão quer antes quer após a emissão da auto liquidação, deve ser reconhecido o direito dos contribuintes a receber juros indemnizatórios contados desde a data em que sofreram prejuízo efetivo que coincide necessariamente com a data do pagamento do tributo.

Nos referidos casos deve considerar-se que os erros de que padecem as autoliquidações são imputáveis aos serviços da AT desde o início e que, por conseguinte, os contribuintes têm direito a juros indemnizatórios contados desde a data do pagamento.

De facto, tão ou mais relevante do que uma orientação genérica da AT é uma posição formalmente assumida sobre a mesma questão no contexto de outro procedimento tributário prévio à emissão de autoliquidação ou de procedimento de reclamação graciosa iniciado pelo contribuinte no qual venha a ser proferida pela AT decisão desfavorável.

Esta posição justifica-se na medida em que, em casos de autoliquidações, os contribuintes assumem funções originárias da própria AT, substituindo-se a esta.

E se os contribuintes seguem, na emissão de tais autoliquidações, a posição assumida pela AT, não podem ser prejudicados por isso.

De resto, seria demasiado oneroso transferir para os contribuintes não só o dever de assumir algumas competências típicas da AT (em particular, a competência de preparação e de emissão de liquidações de tributos) mas também a plena responsabilidade civil pela emissão dessas autoliquidações (que se concretizaria caso não se reconhecesse que o termo inicial dos juros indemnizatórios deve coincidir com a data do pagamento do tributo indevido pelo contribuinte).

Se a isto somarmos a circunstância de impender sobre a própria AT o dever de legal de assegurar a conformidade jurídica das autoliquidações dos contribuintes (dever este que corresponde a um corolário do princípio da legalidade tributária), forçoso se torna concluir que os juros indemnizatórios devem ser contados a partir do momento em que os contribuintes sofreram efetivamente o prejuízo patrimonial, pelo menos nos casos em que a AT foi formalmente chamada a decidir através de reclamação graciosa e / ou nos casos em que a AT já tomou posição sobre a mesma questão ainda que no contexto de outros procedimentos tributários.

De resto, seria manifestamente desproporcional transferir para os contribuintes competências da AT no que concerne à liquidação de tributos e ainda impor-lhes o ónus de fiscalizar a legalidade das autoliquidações (ónus este que, indubitavelmente, cabe à AT).

Se assim fosse, sempre cumpriria, em última análise, questionar qual o papel da AT no cenário jurídico-tributário na medida em que a mesma atuaria como mera depositária de receita tributária, devendo entender-se que o legislador não pretendeu reduzir a AT a essa mera figura nominal.

Deve, assim, entender-se que o contribuinte tem direito a juros indemnizatórios contados desde a data do pagamento das autoliquidações, não apenas nas situações em que tais autoliquidações foram emitidas de acordo com as orientações genéricas da AT nos termos e para os efeitos previstos no artigo 43.º, n.º 2, da LGT, mas também, até por um argumento de maioria de razão, em todos os casos em que a AT já tomou posição sobre a mesma questão no contexto de outros procedimentos tributários e / ou foi chamada a emitir pronúncia sobre a legalidade de tais autoliquidações através de reclamação graciosa apresentada pelo contribuinte e proferiu decisão de indeferimento de tal reclamação graciosa ou não decidiu no prazo legal de quatro meses, provocando a formação de presunção de indeferimento tácito da reclamação graciosa apresentada.

4. Conclusões

A contagem dos juros indemnizatórios desde a data do pagamento indevido do tributo nos casos em que a AT já tomou formalmente posição sobre a matéria em momento prévio à emissão da autoliquidação e nos casos de indeferimento de reclamações graciosas apresentadas contra autoliquidações impõe-se como a conclusão mais conforme ao nosso sistema jurídico-tributário e que melhor acautela a intenção do legislador.

Esta posição justifica-se na medida em que, em casos de autoliquidações, os contribuintes assumem funções originárias da própria AT. Por conseguinte, seria manifestamente desproporcional e injusto transferir para os contribuintes competências da AT no que concerne à liquidação de tributos e ainda impor-lhes o ónus de fiscalizar a legalidade das suas próprias liquidações.

Se o termo inicial de juros indemnizatórios coincide com a data do pagamento dos tributos nos casos em que a autoliquidação é efetuada pelo contribuinte com base em orientações genéricas da AT, não pode deixar de ser concedido igual tratamento aos casos em que a AT adotou expressamente uma posição sobre a mesma questão (ainda que no contexto de outro procedimento tributário) e em que o contribuinte se conformou com tal posição aquando da emissão da autoliquidação e, bem assim, nos casos de procedimentos de reclamação graciosa iniciados com vista a contestar a legalidade de tais autoliquidações, que venham a ser objeto de decisão (expressa ou tácita) de indeferimento.

Em jeito de conclusão, funcionando o contribuinte como um substituto da AT nos casos de autoliquidações, o mesmo tem inequivocamente direito a juros indemnizatórios contados, nos termos do artigo 61.º, n.º 5 do CPPT, desde a data do pagamento das autoliquidações até à data do processamento da nota de crédito, não apenas nas situações em que tais autoliquidações foram emitidas de acordo com as orientações genéricas da AT mas também, até por um argumento de maioria de razão, em todos os casos em que a AT já tomou posição sobre a mesma questão em momento prévio à data da emissão da autoliquidação e nos casos em que a AT foi chamada a emitir pronúncia sobre a legalidade de tais atos tributários através de reclamação graciosa e proferiu decisão desfavorável ou não decidiu no prazo legal para o efeito.

Foro de Actualidad

Portugal

O NOVO REGIME DA GESTÃO DE ATIVOS: A (IN)ESPERADA REGULAMENTAÇÃO?

Domingos Salgado e João Pacheco Ferreira

Advogados del Área de Mercantil da Uría Menéndez - Proença de Carvalho (Lisboa)

O novo regime da gestão de ativos: a (in)esperada regulamentação?

Na sequência da entrada em vigor do Regime da Gestão de Ativos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27/2023, de 28 de abril (o “RGA”) e de um processo de consulta pública que contou com bastantes contributos, após um longo período de expectativa por parte de todos os agentes dos mercados relevantes, entrou em vigor, no passado dia 1 de janeiro de 2024, o Regulamento da CMVM n.º 7/2023, de 29 de dezembro (o “RRGA”), que regulamenta o RGA. Na sequência da unificação dos regimes aplicáveis ao investimento coletivo — antigo Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo (“RGOIC”) — e ao capital de risco — antigo Regime Jurídico do Capital de Risco — operada pelo RGA, o RRGA vem regulamentar este novo quadro legal, substituindo os principais regulamentos anteriormente aplicáveis a ambas as atividades: respetivamente, os Regulamentos da CMVM n.º 2/2015, de 17 de julho, e 3/2015, de 3 de novembro. À semelhança do que sucede com o RGA, também o RRGA acompanha de forma mais próxima o regime anteriormente previsto para o investimento coletivo — embora com novidades relevantes, conforme detalharemos adiante — exigindo assim um maior esforço de adaptação aos players no mercado do capital de risco. De forma a acautelar a necessidade de adaptação das sociedades gestoras e respetivos organismos de investimento coletivo (“OIC”) abrangidos pelo RRGA, o diploma prevê que os mesmos dispõem de um prazo de 180 dias, após a sua entrada em vigor, para se adaptarem ao mesmo.

Conforme se lê no preâmbulo do RRGA, este diploma procura, tal como o RGA, incrementar “as soluções regulatórias em matéria de simplificação e de proporcionalidade, com vista a promover a competitividade e eficiência do mercado nacional, bem como a proteção do investidor”. Neste contexto, são várias e de diversa índole as alterações regulatórias preconizadas. Sendo este tipo de diplomas marcado por uma regulamentação complexa e granular das atividades de investimento coletivo, iremos focar a nossa análise em algumas mudanças específicas no regime aplicável, que acreditamos terem potencial para impactar de forma mais significativa e prática os OIC — conceito que inclui agora os antigos “fundos de capital de risco”, desta feita caracterizados como organismos de investimento alterativo de capital de risco.

PALAVRAS-CHAVE:

Gestão de ativos, Regulamento da CMVM n.º 7/2023, Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo, Fundos de capital de risco.

The new asset management framework: an (un)expected regulation?

Following the entry into force of the Asset Management Framework, approved by Decree-Law 27/2023 of 28 April ("AMF") and a public consultation process that included many contributions, after a long wait by all agents in the relevant markets, on 1 January 2024, CMVM Regulation 7/2023 of 29 December ("AMFR") came into force to regulate the AMF. Following the unification of the framework applicable to collective investment — formerly the General Collective Investment Organizations Framework ("GCIOF") — and to risk capital — formerly the Legal Risk Capital Framework — operated by the AMF, the AMFR regulates this new legal framework, replacing the main regulations previously applicable to both activities: CMVM Regulations 2/2015 of 17 July and 3/2015 of 3 November. Similar to what happens with the AMF, the AMFR also follows more closely the previous collective investment framework — although with some new features, as explained below — thus requiring a greater effort from players in the risk capital market to adapt to the new framework. To accommodate for management companies and respective collective investment organisations ("CIO") who need to adapt to the AMFR, the regulation provides a 180-day term from its entry into force to adapt.

As the preamble of the AMFR states, this regulation seeks, as does the AMF, to increase "regulatory solutions in terms of simplification and proportionality, with a view to promoting the competitiveness and efficiency of the national market, as well as investor protection". In this context, several different types of regulatory changes are recommended. As these regulations are known for their complex and granular regulation of collective investment activities, our analysis focuses on the specific changes to the applicable framework that we believe could more significantly affect CIOs in practice — a concept that includes the former "venture capital funds", now characterised as alternative venture capital investment bodies.

KEYWORDS:

Asset management, CMVM Regulation 7/2023, General Framework for Collective Investment Organisations, venture capital funds.

FECHA DE RECEPCIÓN: 19-4-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23-4-2024

Salgado, Domingos; Ferreira, João Pacheco (2024). O Novo Regime Da Gestão De Ativos: A (In)Esperada Regulamentação? *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 177-183 (ISSN: 1578-956X).

1. Principais destaques com incidência prática

1.1. Simplificação de Procedimentos Regulatórios

Não há dúvidas de que a novidade mais transversal ao RRG é a simplificação de procedimentos regulatórios. Seguindo o caminho já preconizado pelo RGA, aquele diploma concretiza a já referida unificação de regimes, tenta combater o "goldplating", harmonizar o quadro regulatório nacional com a legislação e regulação da União Europeia e clarificar e/ou concretizar conceitos relevantes. Esta mudança verifica-se sobretudo no que respeita à atividade das sociedades gestoras, no qual a regulação é tendencialmente mais complexa e onerosa.

Destaca-se, desde logo, uma relevante redução do acervo documental exigido para suportar um pedido de autorização para início de atividade. Com efeito, *(i)* deixa de ser exigida a informação detalhada dos meios humanos, técnicos e materiais afetos à atividade, bastando a apresentação de organograma e respetiva descrição organizacional com indicação dos recursos por departamento; *(ii)* é igualmente dispensado o envio dos projetos de políticas e procedimentos internos a adotar pela sociedade gestora; e *(iii)* prescinde-se da regulação do conteúdo do programa de atividades (que continua, no entanto, a ser exigido).

Por outro lado, é criado um novo procedimento, destinado à autorização de sociedades gestoras atualmente autorizadas a gerir OIA que pretendam constituir OIA de tipo ou com estratégia de investimento diferente dos tipos ou das estratégias de investimento dos OIA já geridos. Será o caso, por exemplo, de uma sociedade gestora de OIA imobiliário que pretenda gerir OIA de capital de risco ou de créditos. Para o efeito, deverá a sociedade gestora comunicar essa pretensão à CMVM com uma antecedência de 30 dias face ao início da comercialização do primeiro OIA de novo tipo ou com diferente estratégia de investimento, remetendo para o efeito um programa de atividades atualizado e a demonstração de que dispõe dos meios técnicos e humanos adequados. Esta novidade representa uma significativa simplificação, não estando tal autorização sequer sujeita a autorização prévia pela CMVM (sem prejuízo, naturalmente, da possibilidade de exercício por parte do regulador de supervisão *ex post*, a qual será de ser tida em consideração, conforme teremos oportunidade de destacar nas conclusões), muito relevante para as sociedades gestoras que pretendem fazer uso, na prática, da possibilidade de gerir diferentes tipos de OIA, bem como permitir uma adaptação mais expedita e menos onerosa a potenciais oportunidades de desenvolvimento da sua atividade. Adicionalmente, também no contexto dos procedimentos de autorização de operações de fusão e cisão que envolvam sociedades gestoras se verifica uma diminuição dos elementos instrutórios exigidos.

Finalmente, verifica-se uma redução do âmbito de alterações subsequentes sujeitas a comunicação prévia à CMVM, passando um conjunto de factos a ter de ser objeto de comunicação posterior, associada a uma (potencial) supervisão *ex post* dos mesmos, ao invés do exercício de supervisão *a priori* como *default*. Em concreto, são os seguintes factos abrangidos pela novidade aqui exposta: *(i)* alteração da firma; *(ii)* alterações relativas aos pelouros, renúncias, renovações de mandato e diminuições de disponibilidade dos órgãos de administração e de fiscalização; e *(iii)* alteração da política de remuneração quando esteja em causa a introdução de uma componente variável da remuneração.

1.2. Imputação de Custos e Encargos

A matéria da imputação de custos e encargos aos OIC já havia sido objeto de uma “revolução”, na medida em que o RGOIC estipulava uma lista exaustiva de encargos imputáveis ao OIC, passando o RGA a exigir apenas que os mesmos *(a)* se encontrem previstos nos respetivos documentos constitutivos; e *(b)* sejam adequados à sua gestão sã e prudente. Perante esta flexibilidade permitida pelo legislador, a regulação do RRGGA deste tema era aguardado com expectativa.

Define o RRGGA, adicionalmente às exigências do RGA, que “os custos e encargos do OIC são coerentes com a respetiva política de investimento”. Não nos parece que tal norma acrescente muito

do ponto de vista prático, visto que tal sempre resultaria do já definido no RGA relativamente ao princípio da adequação à gestão sã e prudente dos OIC. Assim, não se encontrando agora demais restrições legais ao conjunto de custos e encargos que poderá ser imputado aos OIC, o regulador confere um elevado grau de liberdade e autonomia contratual às sociedades gestoras e participantes do OIC — que contrasta com a listagem rígida anteriormente prevista (e com força de lei). Deixando, uma vez mais, a supervisão para um momento *ex post*, a CMVM aposta agora numa análise mais casuística dos custos que podem ser imputados a cada OIC. Ainda assim, cremos que se pode afirmar com alguma segurança que, tendo em conta os objetivos desta reforma do quadro regulatório da gestão de ativos, pelo menos os custos anteriormente previstos no art.º 139.º do RGOIC serão imputáveis, assim como aqueles que, caso a caso, sejam considerados coerentes com a respetiva política de investimento e adequados a uma gestão sã e prudente.

Como “reverso da medalha” da flexibilidade conferida pela opção legislativa, o RRGGA exige a elaboração de novas políticas e procedimentos neste contexto, a saber: (i) a definição da estrutura de custos imputáveis ao OIC, assim como os respetivos critérios quantitativos e qualitativos e respetiva revisão; (ii) a identificação e quantificação dos custos e encargos cobrados ao OIC e respetivos participantes; e (iii) o controlo e avaliação dos benefícios pecuniários e não pecuniários, em particular o risco de ocorrência de conflitos de interesse. Pretende-se, assim, que a integridade do mercado e a proteção dos investidores seja salvaguardada, ao invés de através de uma proibição *a priori* de todos os custos que não os previstos pelo legislador como válidos, da obrigatoriedade de políticas transparentes e coerentes com a política de investimento do OIC, que devem endereçar os temas que mais preocupam o regulador nesta matéria. Afigura-se particularmente relevante, neste contexto, a obrigação de elaboração de uma política de controlo e avaliação dos chamados “*inducements*”, dado o especial risco de ocorrência de conflitos de interesse.

1.3. O Documento Único

O RRGGA uniformiza também os deveres de elaboração de prospeto e do regulamento gestão, que devem agora ser cumpridos através da elaboração do documento único, nos termos do modelo previsto no Anexo II, conforme previsto no art.º 53.º, n.º 1, aparentemente com caráter geral, isto é, aplicável a todos os OIC. Por outro lado, o n.º 2 do mesmo artigo dispõe que:

“A sociedade gestora elabora:

a) O documento único no caso de:

- i. OIC aberto que não se dirija exclusivamente a investidores profissionais, mediante o preenchimento da totalidade do modelo previsto no Anexo II;*
- ii. OIC fechado objeto de oferta pública, mediante o preenchimento da parte I do modelo previsto no Anexo II;*
- iii. OIC fechado que não se dirija exclusivamente a investidores profissionais nem seja objeto de oferta pública e cujo valor mínimo de subscrição, por investidor, seja inferior a (euro) 100 000, mediante o preenchimento da parte I do modelo previsto no Anexo II; (...).”*

Parece, portanto, resultar desta última norma que os OIC que não se incluem nos descritos terão liberdade na elaboração dos respetivos regulamentos de gestão, não se encontrando vinculados ao modelo estipulado no Anexo II. No entanto, tal afigura-se contrário ao aparente carácter geral — isto é, aplicável a todos os OIC — do já referido n.º 1, deixando “no ar” indesejáveis dúvidas quanto à necessidade de adoção daquele modelo relativamente a um conjunto relevante de OICs. O regulador acautela ainda, através de disposição transitória, a situação dos OIC fechados já constituídos à data de entrada em vigor do RRG, relativamente aos quais não se verifiquem subscrições, nem aumentos de capital, posteriores à referida data, isentando o mesmo desta obrigação.

Finalmente, e sem prejuízo do especial foco que vamos dar aos OIA de capital de risco *infra*, importa destacar nesta sede a já amplamente debatida, no contexto da consulta pública do projeto de RRG, sujeição dos OIA de capital de risco a este modelo de documento único. As críticas que se acumularam a esta opção do regulador apontam sobretudo o desfasamento entre este modelo e a estrutura contratual tido como *standard* na realidade prática do capital de risco, negociada progressivamente ao longo de anos, nomeadamente no que toca à relação com investidores internacionais, assim com a falta de flexibilidade inerente ao modelo, incoerente com a multiplicidade de realidades subjacentes ao capital de risco.

1.4. Limites à Composição do Portfólio dos OIA imobiliários

Os OIA imobiliários representam uma parte muito relevante do mercado de investimento coletivo em Portugal, tendo-se verificado, nos últimos anos, uma popularização crescente da utilização destes veículos para a detenção e gestão de portfólios imobiliários em Portugal. Assim, e tendo as alterações relativas aos limites à composição do portfólio deste tipo de OIC sido especialmente significativas, entendemos que se justifica um enfoque nas mesmas, tendo igualmente em conta o seu potencial impacto operacional. Deste modo, destacam-se as seguintes alterações trazidas pelo RRG nesta matéria:

- i. Eliminação do regime (anteriormente prevista no art.º 214.º do RGOIC) aplicável aos OIA imobiliários (naquele contexto denominados de “OII”) com mais de 5 investidores que não fossem exclusivamente profissionais;
- ii. Os OIA imobiliários fechados e de subscrição particular — que representam a maioria do mercado — independentemente do número de investidores e da sua qualificação, ou não, como profissionais, estão sujeitos a um só limite, deixando de ser aplicáveis todos os restantes: o valor dos ativos imobiliários (incluindo imóveis e participações em sociedades imobiliárias) não pode representar menos de dois terços do ativo total;
- iii. O limite mencionado imediatamente acima não é aplicável, excecionalmente, nos últimos 24 meses da duração inicial do OIA imobiliário, de forma a facilitar a liquidação dos ativos característica deste período;
- iv. Os OIA imobiliários fechados de subscrição pública estão agora sujeitos a um limite de endividamento de 50%, ao invés dos anteriores 33%; e

- v. Também em relação os OIA imobiliários abertos se verificam várias novidades, tais como:
 - A. a eliminação da proibição da realização de investimentos em imóveis localizados fora da OCDE, assim como, aqueles que sejam realizados fora do espaço da União Europeia deixam de estar limitados a 25% do ativo total;
 - B. o valor dos imóveis que compõem o património do OIA não poderá ser inferior a 25%, ao contrário do regime anterior em que este limite se encontrava fixado em um terço; e
 - C. o valor dos prédios rústicos e dos projetos de construção ou reabilitação de imóveis não poderá representar, no seu conjunto, mais de 25% do ativo total.

Por último, é interessante notar a opção conjunta do legislador e do regulador de deixar de tratar esta matéria em sede legislativa — como o era no RGOIC — e passar a tratá-la em sede regulamentar — como o é, agora, com o RRGGA, situação que, inclusivamente, criou um “vazio legal” neste âmbito, no interregno entre a entrada em vigor do RGA e a entrada em vigor do RRGGA.

1.5. Deveres de Reporte à CMVM

Uma breve nota de louvor vai para a reorganização sistemática dos deveres de reporte a que as sociedades gestoras se encontram sujeitas na atividade de gestão de OIC. Com efeito, a exposição destes deveres foi concentrada no Anexo VI do RRGGA, permitindo uma consulta muito mais simples a todos os interessados e, conseqüentemente, trazendo um bem vindo acréscimo de clareza e segurança jurídica na matéria.

1.6. Os OIA de Capital de Risco

Conforme antecipado anteriormente, guardámos o último foco da nossa análise para as particularidades relativas aos OIA de capital de risco. Como já tivemos oportunidade de aflorar, embora o RGA e o RRGGA unifiquem o quadro regulatório aplicável ao investimento coletivo e ao capital de risco, o mesmo é sobretudo decalcado do regime anteriormente aplicável ao investimento coletivo. Assim, é naturalmente exigido aos OIA de capital de risco um maior esforço de adaptação ao novo regime. Exemplo paradigmático desta situação é a já explicitada no contexto do documento único.

Em particular, que não foram transpostas para o RRGGA as normas anteriormente estabelecidas nos artigos 13.º e 14.º do Regulamento da CMVM n.º 3/2015. A primeira era relativa ao conteúdo mínimo obrigatório do regulamento interno das sociedades de capital de risco e das sociedades de empreendedorismo social, sendo que a obrigatoriedade de elaboração de tal documento desapareceu neste novo contexto regulatório. A segunda era referente à obrigação de prestação de informação aos investidores, em momento prévio à tomada, por parte destes, de decisões de investimento, que deixou de fazer sentido, face à aplicabilidade dos requisitos estabelecidos no RGA em matéria de documentos constitutivos, considerados os documentos adequados a disponibilizar em momento prévio ao investimento.

Por outro lado, os deveres de reporte a que se encontram sujeitas as sociedades gestoras de OIA de capital de risco, previstos no Anexo IX do RRG, são similares aos que se encontravam previstos no anterior contexto regulatório, o que, em nossa opinião, é benéfico para a continuidade da supervisão da CMVM.

Notamos ainda uma última especificidade relativa ao capital de risco, prevista no art.º 77.º, n.º 8, consistente no facto de no caso de OIA de capital de risco, a informação que a sociedade gestora deve comunicar aos participantes relativa a erros que lhe sejam imputáveis deve ser comunicada de forma individual.

2. Conclusão

O RRG trouxe consigo inúmeras diferenças para o quadro regulatório aplicável aos OIC, que agora incluem igualmente o capital de risco, as quais não conseguimos, naturalmente, abordar de forma exaustiva nesta sede.

Tendo já explicitado algumas ideias relativamente àquelas que acreditamos serem as alterações com o maior potencial de impacto prático na atividade operacional dos OICs, cabe finalmente relevar uma tendência geral, preconizada inicialmente pelo RGA e agora acompanhada pelo RRG, de substituição da supervisão pela CMVM *a priori*, através de um maior controlo prévio ao exercício da atividade (ou à mudança do escopo desta, conforme aplicável), pela supervisão *ex post*, garantindo apenas, num primeiro momento, aquilo que se revela essencial para a proteção do investidor e integridade do mercado, e postergando para momento subsequente uma análise mais detalhada da robustez prudencial dos OIC.

A dimensão da reforma normativa, conjugada com a alteração do paradigma da supervisão, despoleta desafios significativos para a indústria da gestão de ativos que devem ser tidos em consideração, tanto pelo supervisor, como pelos supervisionados, de forma a que o processo de adaptação seja conseguido sem impactar negativamente a atividade.

Nesta linha é de destacar a preocupação da CMVM em contribuir para a compreensão das novas alterações legislativas, em particular, através da emissão das cartas circulares e, mais recentemente, com a publicação no seu web-site das perguntas e resposta sobre o quadro regulatório aplicável às sociedades gestoras e aos organismos de investimento coletivo.

Assim, entendemos que, embora padeça dos problemas típicos a uma reforma regulatória desta dimensão e complexidade, já abordados, o RRG tem bastante potencial para ser a esperada regulamentação e cumprir o seu propósito de "*promover a competitividade e eficiência do mercado nacional*".

Latinoamérica

ENTREGA DE INFORMACIÓN FALSA EN LA NOTIFICACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN EN CHILE

Pablo Aguayo Aubel

Abogado de Philippi Prietocarrizosa Ferrero Du ð Uría (Chile)

Entrega de información falsa en la notificación de una operación de concentración en Chile

Para asegurar la eficacia del régimen de control de operaciones de concentración, la legislación chilena estableció, entre otras medidas, sanciones a quienes entreguen información falsa en el contexto de una notificación. Con fecha 27 de febrero de 2024, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó la primera sentencia que analiza dicha infracción, determinando el contenido del tipo infraccional. El presente trabajo se refiere a la relevancia del control de operación de concentración, así como también a la importancia de que las partes proporcionen información verdadera en el proceso para garantizar la eficacia de este. Para lo anterior, se tiene en especial consideración los requisitos analizados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para que se configure la infracción de entrega de información falsa.

PALABRAS CLAVE:

Operación de concentración, Información falsa, Derecho de la competencia.

Providing false information when notifying a merger in Chile

For a more effective merger control framework, Chilean law establishes, among other measures, penalties for those who provide false information when notifying a merger. On 27 February 2024, the Chilean Competition Court issued its first ruling in which it analysed this infringement and when it is deemed committed. This article relates to the importance of the merger control procedure and of the parties providing accurate information during the process in order for it to be efficient. To this end, we focus particularly on the requirements for the infringement of providing false information as set out by the Chilean Competition Court.

KEYWORDS:

Merger, false information, competition law.

FECHA DE RECEPCIÓN: 20-3-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23-3-2024

Aguayo Aubel, Pablo (2024). Entrega de información falsa en la notificación de una operación de concentración en Chile. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 184-188 (ISSN: 1578-956X).

Existen distintas vías para proteger la libre competencia y también para prevenir la ocurrencia de ilícitos competitivos, entre ellos la implementación de procedimientos de control de operaciones de concentración ("Procedimientos ODC").

Determinadas transacciones podrían generar modificaciones en la estructura y dinámica competitiva de un mercado, por ejemplo, aumentando sus niveles de concentración o mediante integraciones verticales, de modo tal que se produzcan riesgos significativos a la competencia en los mercados. Lo anterior, en el sentido que tengan como consecuencia que los procesos de intercambio, dentro de los mercados en que participan los agentes intervinientes en la transacción, se desarrollen en condiciones significativamente menos competitivas.

En dicho contexto, distintas jurisdicciones (e. g., Estados Unidos, Unión Europea, Inglaterra, Francia, Alemania, España, Brasil, Colombia, Chile y Perú, entre muchas otras) han optado por implementar Procedimientos ODC que funcionen como una herramienta para prevenir que una transacción afecte significativamente los niveles de competencia.

Respecto de su funcionamiento, lo normal es que la regulación de competencia establezca el deber de notificar determinadas transacciones a una autoridad administrativa (e. g., fusiones, cambios de control y constitución de empresas conjuntas plenamente funcionales e independientes), en la medida que estas produzcan efectos dentro de una jurisdicción y participen agentes económicos que superen determinados umbrales en la jurisdicción respectiva.

Para cumplir con este deber, las partes de la transacción deben proporcionar una serie de antecedentes exigidos por la regulación de Procedimientos ODC.

Una vez notificada una operación de concentración y que se haya verificado que la presentación de la notificación se encuentre completa (i. e., que cumpla con los requisitos regulatorios y se hayan acompañado los antecedentes necesarios para notificar), lo común es que las autoridades de competencia inicien una investigación para analizar la operación de concentración. Dicha investigación debe ser desarrollada en plazos legales bastante acotados, dentro de los cuales la autoridad respectiva deberá determinar si, en un escenario postoperación, es posible que se generen riesgos sustanciales a la competencia.

Tras efectuar su análisis, las autoridades competentes suelen contar con la facultad de aprobar las operaciones, con o sin medidas de mitigación ofrecidas por las partes, o prohibirlas en caso de que verifique que su ejecución genera riesgos sustanciales a la competencia. Por supuesto, con la finalidad de que no se dicten decisiones arbitrarias, lo común es que las agencias de competencia

se encuentren obligadas a fundar su decisión y análisis económico en los antecedentes provistos por las partes y los demás antecedentes recabados en la investigación.

Además, es frecuente que la normativa que regula los Procedimientos ODC establezcan que (i) la operación no podrá ser perfeccionada hasta que la autoridad se pronuncie respecto de ella; y, (ii) si la autoridad de competencia no se pronuncia respecto de la operación en un determinado término legal, la operación se entenderá por aprobada (i. e., el llamado silencio administrativo negativo).

En dicho contexto, se vuelve particularmente relevante la naturaleza colaborativa de los Procedimientos ODC, y, por tanto, los aportes de información de las partes, tanto en la actuación de la notificación de la operación de concentración como en el desarrollo de la investigación que recae en ella. Esto en razón de que las autoridades de competencia basan la mayor parte de su análisis en los documentos y antecedentes que les provean las partes y, en gran medida, dependerá de su colaboración el plazo dentro del cual la autoridad competente se pronuncie respecto de ella, sobre todo tratándose de operaciones complejas.

Así las cosas, las partes tienen el incentivo de colaborar con la autoridad para obtener una aprobación expedita de la operación de concentración, y por parte de la autoridad existen incentivos a colaborar con las partes a fin de obtener los antecedentes necesarios para analizar la operación, pronunciarse respecto de ella y, de ese modo, cumplir con su deber de velar por la competencia en los mercados, sin afectar innecesariamente la libre iniciativa económica (considerando, además, que opera el silencio administrativo negativo).

Sin embargo, siempre se encuentra presente el riesgo de que las partes no actúen de manera colaborativa y provean información que no se ajuste a la realidad (i. e., falsa), ya sea intencionalmente o por negligencia. El problema de ello es evidente.

En simple, tal como se indicó, las autoridades de competencia fundan sus análisis principalmente en los antecedentes proporcionados por las partes notificantes. De ese modo, recibir información falsa podría tener como consecuencia que el análisis realizado no refleje la realidad en cuanto a los efectos de la operación en los mercados. Así las cosas, tal como podrá inferirse, uno de los mayores riesgos que genera un análisis inadecuado respecto de los efectos de una transacción es que se aprueben operaciones que no debían ser aprobadas.

Es por lo anterior por lo que, con el objeto de garantizar la eficacia de los Procedimientos ODC, en distintas jurisdicciones (e. g., Unión Europea) se regulan regímenes de sanciones a quienes proporcionen información falsa al notificar una operación de concentración y también a aquellos que presenten información falsa en el contexto de la investigación de la autoridad. A continuación se analizará el caso de Chile.

Como complemento de la regulación del régimen de control de operaciones de concentración contenido en el título IV del Decreto Ley N.º 211 de 1973 y sus posteriores modificaciones ("DL 211"), se regularon una serie de infracciones a deberes vinculados a él, con el objeto de asegurar su correcto funcionamiento y, por tanto, su eficacia. Entre ellas se encuentra el *gun jumping*, el in-

cumplimiento a las medidas de mitigación ofrecidas por las partes en su contexto y, por supuesto, la prohibición de entregar información falsa.

En efecto, el artículo 3.º bis, letra e) del DL 211 prohíbe la entrega de información falsa a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) —entidad encargada de llevar a cabo el control de operaciones de concentración— en el contexto de una notificación, de modo tal que la infracción podría llegar a implicar la imposición de las medidas establecidas en el artículo 26.º del DL 211 (entre otras, podría implicar que se deje sin efecto una operación o multas).

A la fecha, la FNE ha presentado dos requerimientos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) por la entrega de información falsa. Uno todavía se encuentra en tramitación y el otro fue acogido recientemente, por medio de la Sentencia N.º 190/2024, de 27 de febrero de 2024, que condena a TWDC Enterprises 18 Corp. (“Disney”) al pago de 3000 Unidades de Fomento a beneficio fiscal (i. e., sobre dos millones de euros).

Sin perjuicio de que Disney presentó un recurso de reclamación en contra de la decisión del TDLC —actualmente en tramitación—, cuestionando su interpretación del tipo infraccional, resulta de extrema relevancia el contenido de la sentencia. Lo anterior porque ofrece la primera interpretación, tanto de la autoridad como del tribunal competente, en sancionar una infracción por entrega de información falsa y, por tanto, el criterio para la determinación del nivel de cuidado que deberán seguir los particulares al notificar una operación de concentración en Chile.

En efecto, al pronunciarse, el TDLC definió (i) qué se debía entender por información falsa; (ii) situaciones que calificaban como entrega, a efectos de la configuración del tipo infraccional; (iii) la naturaleza del tipo infraccional; y (iv) el elemento subjetivo necesario para que se configure el tipo infraccional.

Refiriéndonos a los hechos que fundan la sentencia, estos se remiten a la notificación de la operación de concentración consistente en la adquisición de Twenty-First Century Fox por parte de Disney, presentada ante la FNE con fecha 31 de agosto de 2018, Rol FNE N.º F155-2018, y aprobada de forma condicional con fecha 19 de marzo de 2019.

Al notificar la operación de concentración referida y solicitar una exención para evitar acompañar determinados antecedentes exigidos por la regulación, Disney manifestó que no existían y solicitó una exención. Tras rechazarse la exención, Disney presentó dos documentos y reafirmó que no existía nada más.

Considerando lo anterior, el 19 de noviembre de 2018 la FNE inició la investigación, en la que determinó que la notificación cumplía con los requisitos contenidos en la regulación chilena de competencia. Sin embargo, en el contexto de su desarrollo, tras una declaración a un ejecutivo del grupo Disney, la FNE tomó conocimiento de la existencia de documentos de Disney que, dada su naturaleza y características, eran exigidos por la regulación de competencia, mas no fueron presentados por Disney al notificar la transacción (concretamente, 25 documentos). Dichos documentos fueron posteriormente aportados por Disney al proceso como respuesta a un requerimiento de información de la FNE.

En dichas circunstancias, la FNE dirigió la investigación Rol FNE N.º 2586-19 en contra de Disney, con el objeto de determinar la existencia de infracciones al artículo 3 bis, letra e) del DL 211, lo que le permitió acceder a documentos adicionales que debían ser presentados por las partes al notificar la operación de concentración.

Con base en las consideraciones anteriores, la FNE presentó un requerimiento ante el TDLC.

Respecto a dichas imputaciones, Disney sostuvo que no se satisfacían los elementos del tipo infraccional contenido en el artículo 3 bis, letra e) del DL 211, ya que (i) la entrega de información falsa no comprendería la entrega de información incompleta; (ii) el tipo infraccional no regularía las hipótesis de omisión de entrega; (iii) que la operación se habría aprobado de todas formas (i. e., los documentos no cambiaban sustancialmente la valoración de la FNE), por lo que no se habría vulnerado el bien jurídico protegido por la norma; y (iv) que el tipo infraccional requería de dolo para su configuración.

Analizando los hechos y las posturas sostenidas por las partes, el TDLC determinó que se habría verificado el ilícito de entrega de información falsa, rechazando las defensas de Disney.

Lo anterior es debido a que, según consta en la sentencia, (i) siguiendo la definición literal proporcionada por la Real Academia Española, la información falsa sería aquella contraria a la verdad, errónea, incorrecta o inexacta; (ii) la entrega de información falsa en el contexto de una notificación de una operación de concentración comprendería tanto el acto de proporcionar antecedentes no fidedignos como la omisión fundada en la afirmación de no contar con los antecedentes exigidos por la regulación cuando estos están en poder de la empresa notificante; (iii) considerando que la infracción es de naturaleza administrativa y no penal, el elemento subjetivo para que esta se verifique sería la culpa infraccional, que se entiende concurrir por el solo hecho de haber infringido la norma, de modo tal que el estándar de diligencia viene dado por ella —lo que, en la práctica, funciona como una presunción simplemente legal de la culpa—; y (iv) que la sanción a la entrega de información falsa se vincula a la infracción de un deber de conducta y no a un resultado producido por dicha infracción.

Si bien es pronto para dejar zanjada la interpretación del contenido del artículo 3 bis, letra e) del DL 211, sobre todo porque la reclamación presentada en contra de la sentencia aún no ha sido resuelta, no es baladí que, por medio de ella, el TDLC estableció parámetros para darle operatividad a la obligación de proporcionar información veraz en la notificación de una operación de concentración, lo que tiene efectos sobre la eficacia de los Procedimientos ODC en Chile.

Por tanto, solo queda observar el pronunciamiento de la Corte Suprema de Chile al conocer del recurso de reclamación, a modo de verificar si confirma los criterios del TDLC o, por el contrario, revoca la sentencia acogiendo los argumentos de Disney.

Foro de Actualidad

Internacional

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBLIGACIONES DE DECLARACIÓN O *REPORTING* EN EL ÁMBITO DE LAS SANCIONES INTERNACIONALES

Xavier Codina García-Andrade y Santiago Fernández Tourné

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

Las obligaciones de declaración o *reporting*

El régimen de medidas restrictivas implementado por la Unión Europea a raíz de la invasión rusa de Ucrania incluye una serie de obligaciones de declaración o reporting. Los operadores económicos están obligados a proporcionar determinada información a las autoridades competentes en relación con las medidas restrictivas.

Las obligaciones de declaración son heterogéneas en cuanto a su alcance subjetivo y material. El incumplimiento de las obligaciones de declaración conlleva la comisión de una infracción desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador en España.

PALABRAS CLAVE:

Medidas Restrictivas, Sanciones Internacionales, Obligaciones De Declaración, Reporting, Derecho Administrativo Sancionador.

Reporting obligations

The restrictive measures framework implemented by the European Union following the Russian invasion of Ukraine includes a number of reporting obligations. Economic operators are obliged to provide certain information regarding restrictive measures to the competent authorities.

The reporting obligations are heterogeneous in terms of their subjective and material scope. Failure to comply with the reporting obligations is an infringement that is subject to the administrative sanctioning procedure in Spain.

KEYWORDS:

Restrictive measures, international sanctions, reporting obligations, administrative sanctioning procedure.

FECHA DE RECEPCIÓN: 5-4-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 8-4-2024

Codina García-Andrade, Xavier; Fernández Tourné, Santiago (2024). El régimen jurídico de las obligaciones de declaración o reporting en el ámbito de las sanciones internacionales. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 189-198 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La invasión rusa de Ucrania ha supuesto un antes y un después respecto a los programas de medidas restrictivas adoptados por el Consejo de la Unión Europea bajo el paraguas de la Política Exterior y de Seguridad Común o PESC (por “medidas restrictivas” denominamos técnicamente a las sanciones internacionales aprobadas por la Unión). La intensidad y extensión de las medidas adoptadas no ha parado de aumentar desde 2022 como se comprueba si se comparan las versiones iniciales y actuales de los dos instrumentos más relevantes del régimen de medidas restrictivas aplicado a Rusia: el programa de medidas restrictivas individuales¹ y el programa de medidas sectoriales².

Esta evolución —y la complejidad que trae consigo— afecta a todos los operadores de la Unión Europea, así como a operadores de terceros países que realicen operaciones total o parcialmente en la Unión. Todos ellos deben estar al tanto de los múltiples y heterogéneos mecanismos jurídicos que conforman cada uno de estos programas de medidas restrictivas. Desde la ya clásica inmovilización de fondos a las más modernas prohibiciones de prestación de servicios profesionales a entidades rusas.

Uno de los mecanismos que mayor evolución ha vivido en este tiempo ha sido el de las obligaciones de declaración o *reporting* que se imponen a distintos sujetos. Este mecanismo es una obligación accesoria que tiene por finalidad contribuir a lograr el cumplimiento y observancia de una o varias medidas restrictivas.

Precisamente, este trabajo pretende profundizar en esta figura: identificar las características principales de las obligaciones de declaración y extraer reflexiones que puedan ser útiles al operador obligado a aplicar alguna de esas obligaciones. Para ello, se tomará como referencia tanto el

Reglamento 269/2014 como el Reglamento 833/2014, los dos principales programas aplicados a Rusia.

Se analizan las obligaciones de los operadores con las autoridades españolas o europeas. En cambio, no se lleva a cabo un análisis individualizado de cada una de las obligaciones de declaración (que en el momento de escribir esta pieza suman más de quince entre el Reglamento 269/2014 y el Reglamento 833/2014). Tampoco se analizan las obligaciones de declaración de los Estados miembros con otros Estados ni con las Instituciones de la Unión (principalmente la Comisión), fruto de su obligación de cooperación leal.

2. Los sujetos obligados a realizar las declaraciones

La primera cuestión que se analiza se refiere a la identificación de los sujetos concretos obligados a realizar cada una de las declaraciones previstas en las normas. Como punto de partida habrá que estar al ámbito general de aplicación de los programas de medidas restrictivas, esto es, qué sujetos deben observar las obligaciones impuestas por los Reglamentos y bajo qué supuestos deben hacerlo.

Estos Reglamentos establecen su concreto ámbito objetivo y subjetivo de aplicación. A título ilustrativo se recoge aquí el artículo 17 del Reglamento 269/2014, un precepto cuyo contenido es similar al que puede encontrarse en todos los reglamentos que forman parte de un programa de medidas restrictivas:

"El presente Reglamento se aplicará:

- a) *en el territorio de la Unión, incluido su espacio aéreo;*
- b) *a bordo de cualquier aeronave o buque que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado miembro;*
- c) *a cualquier persona, ya se encuentre dentro o fuera del territorio de la Unión, que sea nacional de un Estado miembro;*
- d) *a cualquier persona jurídica, entidad u organismo, ya se encuentre dentro o fuera del territorio de la Unión, que se haya registrado o constituido con arreglo al Derecho de un Estado miembro;*
- e) *a cualquier persona jurídica, entidad u organismo en relación con cualquier negocio efectuado, en su totalidad o en parte, en la Unión".*

Si se atiende al tenor literal se observa que en todos los casos debe existir un vínculo con la UE, ya sea de carácter subjetivo (situaciones en las que intervienen los nacionales de los Estados miembros o las empresas u otras entidades constituidas con arreglo a la legislación de los Estados miembros) o de carácter geográfico (situaciones que ocurren en el territorio de la UE, incluido su

espacio aéreo y en las aeronaves o los buques de los Estados miembros). En este último grupo podemos incluir el supuesto de todos aquellos negocios realizados total o parcialmente "en" la UE.

La concurrencia de uno de estos dos elementos para aplicar el régimen, el vínculo subjetivo o geográfico con la UE, es exigencia del principio de territorialidad que informa la norma. El propio Consejo afirma que la UE "*se abstendrá de adoptar instrumentos legislativos que tengan una aplicación extraterritorial en violación del Derecho internacional*"³.

Pues bien, las obligaciones de declaración o *reporting* no pueden ignorar este ámbito de aplicación expresamente establecido por la norma ni, tampoco, el principio de territorialidad que la informa.

El problema radica en que el grado de definición de los preceptos que recogen las obligaciones de *reporting* no es siempre el deseable. Solo en ocasiones concretas identifica a las entidades "residentes o establecidas" en la UE (es el caso, por ejemplo, de los exportadores)⁴. En otras muchas ocasiones se identifica a las concretas entidades obligadas, pero sin precisar si son entidades residentes o establecidas en la UE. Por ejemplo, aquellos preceptos que se refieren expresamente a las entidades de crédito⁵, "operadores de aeronaves"⁶, "buques"⁷, etc. Ese grado de indefinición alcanza su máxima expresión en el caso de obligaciones de *reporting* que se dirigen, de manera genérica, a "entidades", "organismos", "personas físicas o jurídicas"⁸.

Pues bien, debe insistirse en que, para que el reglamento de medidas restrictivas aplique (y con ello las obligaciones que incorpora) debe existir un vínculo subjetivo o geográfico con la UE en los términos que determina el propio reglamento. No resultaría admisible exigir a entidad de un tercer país el cumplimiento de una obligación de declaración o *reporting* respecto de una operación que sucede al margen de la Unión. A nuestro juicio, y sin perjuicio de un análisis caso por caso, este también podría ser el caso de las filiales en terceros países de entidades de la UE⁹.

3. Límites de las obligaciones de declaración

Las obligaciones de declaración están sujetas a determinados límites que, al menos en su redacción, difieren entre el Reglamento 269/2014 y el Reglamento 833/2014.

En el caso del Reglamento 833/2014, la mayor parte de las obligaciones de *reporting* se establecen sin límite alguno. Solo en el caso de la obligación general de *reporting* para el cumplimiento de la norma se incluye una mención al respeto de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes garantizada en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta)¹⁰. Además, en tres casos puntuales se precisa que estas obligaciones de *reporting* se entienden "*no obstante lo dispuesto en las normas aplicables en materia de comunicación, confidencialidad y secreto profesional*"¹¹.

En el caso del Reglamento 269/2014, el artículo 8 condiciona la obligación de declaración sobre personas listadas (explicada en detalle en la sección 5 a continuación) "*no obstante lo dispuesto en las normas aplicables en materia de comunicación de información, confidencialidad y secreto profe-*

sional, y en consonancia con el respeto de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes garantizada por el artículo 7 de la Carta"¹².

Sobre la aplicación de las normas en materia de comunicación de información, confidencialidad y secreto profesional, la Comisión ha interpretado que la obligación de declaración del artículo 8 del Reglamento 269/2014 *"se impondría a los acuerdos pertinentes celebrados por los operadores de la UE en cuestión, que estarían obligados a notificar todos los datos pertinentes, incluidos los nombres, los activos individuales y las fechas de las transferencias"*¹³. En ese sentido, el documento de Orientaciones sobre sanciones del Consejo indica que *"sin perjuicio de las normas aplicables en relación con la notificación, confidencialidad y secreto profesional, un operador económico que tenga conocimiento de que una persona jurídica o entidad no incluida en la lista es propiedad o está bajo el control de una persona o entidad incluida en la lista, deberá informar a las autoridades competentes del Estado miembro en cuestión y a la Comisión, bien directamente, bien a través del Estado miembro"*¹⁴.

Así pues, el tenor literal de la norma y la interpretación de las Instituciones puede entenderse como una decisión del legislador europeo de situar las obligaciones de declaración por encima de lo que establezcan las normas aplicables en materia de comunicación de información, confidencialidad y secreto profesional. Esta solución puede generar problemas en aquellos ámbitos en los que estas obligaciones colisionen con normas puramente nacionales respecto de las cuales el legislador de la Unión no pueda realizar un juicio de ponderación como hace en los Reglamentos de medidas restrictivas. En esos casos es razonable sostener que mientras que el legislador nacional no modifique el ordenamiento, las obligaciones de declaración o *reporting* de los Reglamentos serán ineficaces.

También plantea cuestiones prácticas relevantes el límite relativo a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Este solo se incluye en la norma en dos supuestos (art. 8 del Reglamento 269/2014 y art. 6 *ter* del Reglamento 833/2014). Sin embargo, su aplicación debe extenderse a toda obligación de *reporting* con independencia de que los Reglamentos no se hayan referido expresamente al mismo en todos los supuestos. Este límite ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 7 de la Carta y art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o el "Convenio").

En este sentido, el Tribunal de Justicia ha entendido que el artículo 7 de la Carta garantiza una protección reforzada en los intercambios entre abogados y sus clientes, que abarca tanto la actividad de defensa como el asesoramiento jurídico. Esta especial protección se justifica por el carácter fundamental del cometido desempeñado por los abogados en una sociedad democrática¹⁵. Sentado lo anterior, no puede obviarse la existencia de determinados pronunciamientos en particular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") que han concluido la conformidad con el Convenio de ciertas disposiciones nacionales que han impuesto a los abogados la obligación de comunicar información relacionada con conductas potencialmente relevantes a los efectos de la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo¹⁶. Sin embargo, esta postura del TEDH no puede suponer un menoscabo al derecho de defensa, que goza de protección constitucional en nuestro ordenamiento. La protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes es un pilar fundamental en un sistema democrático, como ha reconocido el propio TEDH.

Por último, resulta posible identificar un límite adicional a las obligaciones de *reporting*, no mencionado por la norma, pero plenamente aplicable. Se trata del límite derivado del derecho a la no autoincriminación (o autodenuncia). Este derecho forma parte de las garantías del derecho de defensa y es, con carácter general, aplicable en el derecho administrativo sancionador¹⁷. El derecho como tal no se recoge en la Carta, si bien el Tribunal de Justicia ya ha indicado que los artículos 47 y 48 de la Carta deben leerse a la luz del artículo 6 del Convenio, incluyéndose entre esos preceptos el derecho a guardar silencio respecto a cuestiones de hecho que puedan utilizarse posteriormente en apoyo de su imputación¹⁸.

4. Régimen sancionador por incumplimiento de las obligaciones de declaración

Los Reglamentos prevén que sean los Estados miembros quienes establezcan el régimen sancionador (incluidas las sanciones penales) por la infracción de lo dispuesto en los mismos y adopten las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Los Reglamentos solamente determinan que las sanciones que se establezcan deben ser *"efectivas, proporcionadas y disuasorias"*, y que se establecerán también *"medidas adecuadas de decomiso del producto de dichas infracciones"*¹⁹.

En el ordenamiento jurídico español, el artículo 52.4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (Ley 10/2010) tipifica como infracción grave "[e]l incumplimiento de las obligaciones de comunicación e información a las autoridades competentes establecidas específicamente en los Reglamentos comunitarios" (letra c). Este tipo infractor se encuentra dentro de las infracciones previstas en relación con *"los Reglamentos comunitarios que establezcan medidas restrictivas específicas de conformidad con los artículos 60, 301 o 308 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea"*. La redacción y sistemática del precepto (entre otras cosas la referencia a los reglamentos que establezcan medidas "específicas") hace dudar de si resulta aplicable también a los reglamentos de medidas sectoriales, como sería en el caso de Rusia el Reglamento 833/20214²⁰.

En cualquier caso, las infracciones graves previstas en la Ley 10/2010 conllevan, en todo caso, la imposición de multa de importe mínimo de 60.000 euros y cuyo importe máximo podrá ascender a la mayor de entre las siguientes cifras: el 10 por ciento del volumen de negocios anual total del sujeto obligado, el tanto del contenido económico de la operación, más un 50 por ciento, el triple del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan determinarse, o 5.000.000 euros. Podrán imponerse asimismo sanciones de amonestación pública o privada y la suspensión temporal de la autorización administrativa para operar, así como sanciones a quienes sean responsables de la infracción en el ejercicio de sus cargos de administración o dirección (art. 57 de la Ley 10/2010).

Entre los criterios para la graduación de las sanciones, la normativa recoge, entre otros, la cuantía de las operaciones afectadas por el incumplimiento, la circunstancia de haber procedido o no a la subsanación de la infracción por propia iniciativa, el grado de responsabilidad o intencionalidad en los hechos, la capacidad económica del inculpado (cuando la sanción sea de multa) y el nivel de cooperación del inculpado con las autoridades competentes.

El plazo de prescripción de las infracciones graves según lo previsto en la Ley 10/2010 es de cinco años. Aplicado al caso esto nos llevaría a cinco años desde el momento en el que se debió cumplir la obligación de declaración.

5. En particular, la declaración de transferencia de fondos y la declaración respecto de personas listadas

Finalmente, por su relevancia en la práctica nos referiremos a dos obligaciones de declaración en particular: la declaración de transferencia de fondos (artículo 5 novodecies del Reglamento 833/2014) y la declaración de información respecto de personas listadas (artículo 8 del Reglamento 269/2014).

5.1. La declaración de transferencia de fondos

La declaración de transferencia de fondos entró en vigor el 19 de diciembre de 2023²¹, y establece la obligación de informar periódicamente de las transferencias de fondos realizadas directa o indirectamente a ciudadanos rusos o personas residentes en Rusia. Esta obligación tiene dos sujetos obligados distintos.

En primer lugar el apartado 1 del artículo 5 novodecies se refiere a las personas jurídicas, entidades y organismos establecidos en la Unión cuyos derechos de propiedad pertenezcan directa o indirectamente en más de un 40% a una persona jurídica, entidad u organismo establecido en Rusia, a un ciudadano ruso o una persona física residente en Rusia. A partir del 1 de mayo de 2024 estos sujetos deberán informar a la autoridad del Estado en que estén establecidos de todas las transferencias de fondos superiores a 100.000 euros (realizadas en una o varias operaciones) que emitan, directa o indirectamente, con destino fuera de la Unión. Se informará en un plazo de dos semanas a partir del fin de cada trimestre.

En segundo lugar, el apartado 2 del artículo 5 novodecies se refiere a las entidades de crédito y financieras que inicien —directa o indirectamente— transferencias a terceros países superiores cuando se hayan iniciado para las personas jurídicas, entidades y organismos a que se refiere el apartado 1. Deben informar cuando las transferencias iniciadas, de manera acumulada, superen los 100.000 euros. Estas entidades de crédito y financieras informarán en un plazo de dos semanas desde la finalización de cada semestre a partir del 1 de julio de 2024 a la autoridad del Estado en que se encuentren establecidas.

El mismo precepto insta a los Estados miembros, en su apartado tercero, a analizar la información recibida a fin de valorar el posible incumplimiento o elusión de las medidas restrictivas impuestas por la Unión (entre otros, las medidas del Reglamento 269/2014), e informar a la Comisión de sus conclusiones.

Recientemente la Comisión ha actualizado las FAQs a propósito de la próxima entrada en vigor de la obligación de declaración de transferencia de fondos²². Las respuestas publicadas por la

Comisión se centran en explicar, entre otras cuestiones, qué se entiende por transferencias indirectas y propiedad indirecta, los períodos que deben cubrir las declaraciones y el momento de presentarlas o la forma de llevar a cabo la declaración cuando se trate de un grupo con filiales en varios Estados.

Por su parte, como en anteriores ocasiones, el Tesoro ha publicado una comunicación informativa y dos plantillas de notificación dirigidas a los operadores, para facilitar el cumplimiento de la obligación. La información debe dirigirse a la autoridad competente, que en España es la Subdirección General de Inspección y Control de Movimientos de Capitales²³.

5.2. La declaración respecto de personas listadas

El artículo 8 del Reglamento 269/2014 se ocupa de las obligaciones de declaración respecto de personas listadas en su Anexo I. Si bien esta obligación existía ya en la versión inicial del texto, su ámbito de aplicación se ha visto ampliado de forma notable a través de sucesivas modificaciones.

En la actualidad, el apartado 1 del artículo 8 del Reglamento 269/2014 obliga, no obstante lo dispuesto a las normas aplicables en materia de comunicación de información, confidencialidad y secreto profesional y el respeto de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, a las personas físicas o jurídicas, entidades u organismos, a proporcionar de forma inmediata la información que facilite el cumplimiento de dicho Reglamento.

Los sujetos obligados a proporcionar la información son “las personas físicas o jurídicas, entidades u organismos”. Esta referencia genérica necesariamente debe conectarse con el ámbito de aplicación del Reglamento. En otras palabras, solo será aplicable esta obligación a las personas y situaciones cubiertas por la norma.

Tras las reformas vividas por la norma, ahora el precepto ofrece ejemplos de información que sirve para facilitar su cumplimiento y, por tanto, cumplir con la obligación. Así, se refiere a proporcionar:

- i. información sobre los fondos y los recursos económicos inmovilizados de conformidad con el Reglamento.
- ii. información de que se disponga sobre los fondos y recursos económicos en el territorio de la Unión cuya propiedad, tenencia o control corresponda a personas físicas o jurídicas, entidades u organismos que figuren en el Anexo I y que no hayan sido tratados como inmovilizados por las personas físicas y jurídicas, entidades y organismos obligados a hacerlo (es decir, sobre fondos y recursos que debían haberse inmovilizado pero no se ha llevado a cabo su inmovilización). La Comisión ha aclarado que este último incluye “activos ocultados por las personas incluidas en la lista o activos no gestionados adecuadamente en algún lugar de la Unión”²⁴. Es evidente a la luz de esta respuesta que esta obligación de declaración de fondos pretende obtener información sobre la elusión de las medidas restrictivas.

- iii. información de que dispongan sobre los fondos y recursos económicos en el territorio de la Unión cuya propiedad, tenencia o control corresponda a personas físicas o jurídicas, entidades u organismos que figuren en el anexo I y que hayan sido objeto de cualquier movimiento, transferencia, alteración, utilización, negociación o acceso en las dos semanas previas a la inclusión de dichas personas en la lista del Anexo I. La Comisión se ha ocupado de matizar que la “información de que dispongan” los operadores obligados a informar se refiere a la información disponible en sus propios registros, y que no implica investigaciones adicionales más allá de la comprobación de dichos registros. La Comisión ha explicado que esta obligación consiste en analizar la información de los quince días anteriores a su designación²⁵, pudiendo incorporarse esta información a la notificación sobre los activos congelados.

El artículo 8.1bis se refiere al contenido mínimo que deberá incluir la información proporcionada en cumplimiento de esta obligación de declaración, que, en síntesis, se refiere a la identificación del sujeto listado, el tipo de activos de que se trate y su valor²⁶. De igual modo que la obligación de declaración de transferencia de fondos, la información debe dirigirse a la autoridad competente, que en España es la Subdirección General de Inspección y Control de Movimientos de Capitales, en el plazo de dos semanas a partir de la obtención de dicha información. Existen algunos formularios publicados por Tesoro para hacer llegar esta información a las autoridades.

Por último, se contempla la posibilidad de realizar la declaración a nivel de grupo (es decir, la declaración de la información ante la autoridad de un Estado miembro respecto de sus operaciones en varios Estados miembros distintos), siempre y cuando se informe de antemano a las autoridades de los Estados miembros en los que no se presente la declaración y reciba una copia de la misma²⁷.

De no optar por la declaración a nivel de grupo, la declaración debe dirigirse a la autoridad que supervisa y hace cumplir las obligaciones de declaración. En ese sentido, la sucursal de una entidad financiera que se encuentre en un Estado miembro distinto de la propia entidad debe cumplir su obligación de declaración ante la autoridad del Estado miembro donde se encuentre, pues es esa autoridad quien es competente para supervisar su cumplimiento de las medidas restrictivas²⁸.

Notas

- 1 La Decisión 2014/145/PESC del Consejo, de 17 de marzo de 2014, relativa a medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (la "*Decisión 2014/145*"); y el Reglamento (UE) n.º 269/2014 del Consejo, de 17 de marzo de 2014, relativo a la adopción de medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (el "*Reglamento 269/2014*").
- 2 Decisión 2014/512/PESC del Consejo relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (la "*Decisión 2014/512*"); y el Reglamento (UE) n.º 833/2014 del Consejo, de 31 de julio de 2014, relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (el "*Reglamento 833/2014*"; conjuntamente con el Reglamento 269/2014, los "*Reglamentos*").
- 3 Apartado 52 de las Orientaciones del Consejo de la UE (documento núm. 5664/18, de 4 de mayo de 2018).
- 4 Art. 12 *octies* del Reglamento 833/2014.
- 5 Art. 5 *octies* del Reglamento 833/2014, que recoge un conjunto de obligaciones de declaración relativas a depósitos.
- 6 Art. 3 *quinquies* del Reglamento 833/2014.
- 7 Art. 3 *sexies ter* del Reglamento 833/2014.
- 8 Art. 8 del Reglamento 269/2014.
- 9 La propia Comisión, con las debidas cautelas relacionadas con las normas antielusión, afirma que las sanciones de la UE no aplican con carácter extraterritorial y que, por tanto, una filial en un tercer país no está vinculada por el régimen de sanciones. Por ejemplo, sobre la no aplicación extraterritorial de las sanciones, ver la FAQ núm. 14 del apartado A.1 "General Questions" o la FAQ núm. 34 del apartado D.2 "Export-related restrictions" (el documento de FAQ utilizado en este trabajo es el actualizado a 2 de abril de 2024).
- 10 Artículo 6 *ter* del Reglamento 833/2014, que contiene una previsión genérica que establece la obligación de personas físicas y jurídicas, entidades y organismos de aportar la información que facilite la aplicación del Reglamento a la autoridad competente y cooperar para su verificación.
- 11 Artículos 5 *bis.4bis*, 5 *octies* y 5 *novodecies* del Reglamento 833/2014, relativos a diversas prohibiciones relacionadas con el sector financiero. En la versión inglesa se utiliza la expresión "Notwithstanding", en francés "Nonobstant".
- 12 El artículo 8 del Reglamento 269/2014 fue notificado en diciembre de 2023 para añadir que la aplicación de lo anterior se realizará de manera conforme a las normas nacionales, en particular incluyendo la confidencialidad del asesoramiento jurídico prestado por otros profesionales certificados (Reglamento (UE) 2023/2873 del Consejo, de 18 de diciembre de 2023).
- 13 Pregunta 30 de la Sección B.1 de las FAQs (actualizada por última vez el 26 de julio de 2022).
- 14 Apartado 55 *nonies* del documento "Orientaciones sobre sanciones - Actualización" de 4 de mayo de 2018 de la Secretaría General del Consejo (5664/18).
- 15 Sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2022, C-694/20, *Orde van Vlaamse Balies*, ECLI:EU:C:2022:963, ap. 26 a 28.
- 16 Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012, solicitud n.º 12323/11 (Michaud contra Francia).
- 17 El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reconociendo que el derecho a no declarar contra uno mismo, con modulaciones, rige en la imposición de sanciones administrativas (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 142/2009, de 15 de junio, FJ 4º). Véase también Sentencia del TEDH de 17 de diciembre de 1996, solicitud n.º 19187/91, apartado 74: "*las exigencias generales de equidad contenidas en el artículo 6 (art. 6), incluido el derecho a no autoinculparse, se aplican a los procesos penales relativos a todo tipo de infracciones penales, sin distinción entre las más simples y las más complejas*" (traducción propia). Y en relación con ella la Sentencia del TJUE de 2 de febrero de 2021, asunto C-481/19, Consob, ECLI:EU:C:2021:84, apartado 42.
- 18 Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 2021, asunto C-481/19, Consob, ECLI:EU:C:2021:84, ap. 36 a 40.
- 19 Artículo 15 del Reglamento 269/2014 y artículo 8 del Reglamento 833/2014. Se encuentra en tramitación el proyecto de Directiva para la definición de las infracciones y sanciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas. La futura Directiva definirá determinadas acciones contrarias al contenido de los Reglamentos como infracciones penales y establecerá ciertos criterios mínimos en cuanto a las sanciones que se deberá imponer ante la comisión de tales infracciones. Entre las acciones que se definirían como infracción penal estaría la de "*encubrir la propiedad de fondos o recursos económicos por parte de una persona, entidad u organismo sancionado por la UE*".
- 20 Se han analizado este y otros problemas aplicativos y de compatibilidad con el principio de legalidad sancionadora en Codina García-Andrade, X. "El régimen sancionador aplicable en caso de incumplimiento de las medidas restrictivas adoptadas por la U", en *Anuario de Derecho Administrativo 2023*, Tirant lo Blanch, pp. 561-580.
- 21 Reglamento (UE) 2023/2878 del Consejo, de 18 de diciembre de 2023.
- 22 Sección C.13 de las FAQs (actualizada por última vez el 12 de abril de 2024).
- 23 La información publicada por el Tesoro en relación con las medidas restrictivas del programa ruso se encuentran disponibles en el sitio web <https://www.tesoro.es/prevencion-del-blanqueo-y-movimiento-de-efectivo/sanciones-financieras/rusia>
- 24 Pregunta 8 de la Sección B.1 de las FAQs, actualizada por última vez el 26 de julio de 2022.
- 25 Pregunta 37 de la Sección B.1 de las FAQs, actualizada por última vez el 26 de abril de 2023: "*por ejemplo, un operador que informe el 16 de mayo sobre los activos congelados de una persona designada el 15 de mayo deberá retroceder hasta el 1 de mayo para detectar posibles cambios e informar de ellos cuando proceda junto con su informe del 16 de mayo*".
- 26 La pregunta 38 de la Sección B.1 de las FAQs (actualizada por última vez el 26 de abril de 2023) contiene una serie de precisiones sobre el contenido de la información que debe ser objeto de declaración.
- 27 Pregunta 39 de la Sección B.1 de las FAQs, párrafo segundo, actualizada por última vez el 26 de abril de 2023.
- 28 Pregunta 39 de la Sección B.1 de las FAQs, párrafo primero, actualizada por última vez el 26 de abril de 2023.

Foro de Actualidad

Derechos Humanos

EL TRASLADO A ESPAÑA DE SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN SITUACIÓN DE PELIGRO: CLARIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL ART. 38 DE LA LEY 12/2009 EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 199/2024, DE 6 DE FEBRERO

José Alberto Navarro Manich y Pablo Ramírez Jiménez de Parga
Abogados del Área de Derecho Público y Medioambiente de Uría Menéndez (Barcelona)

El traslado a España de solicitantes de protección internacional en situación de peligro: clarificación del régimen del art. 38 de la Ley 12/2009 en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 199/2024, de 6 de febrero

El artículo 38 de la Ley 12/2009 establece que los embajadores de España podrán autorizar el traslado de solicitantes de asilo a nuestro país para que puedan presentar la solicitud a su llegada, siempre que corra peligro su integridad física y no sean nacionales del país en el que se encuentre la representación diplomática. El Tribunal Supremo (sentencia n.º 199/2024) ha resuelto discrepancias interpretativas sobre este precepto: (i) este mecanismo es plenamente operativo a pesar de no existir un desarrollo reglamentario, (ii) los embajadores de

España son los competentes para aprobar ese traslado; (iii) los Tribunales pueden adoptar medidas cautelares positivas de traslado a España de los solicitantes para salvaguardar la finalidad legítima del recurso; y (iv) el requisito del peligro debe referirse al país de origen y no al de tránsito. Asimismo, también se ha aclarado que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional es el órgano competente para conocer de las impugnaciones referentes al artículo 38.

PALABRAS CLAVE:

Protección internacional, Derecho de asilo, Art. 38 ley de asilo, Movilidad segura para solicitantes de asilo.

Transferring vulnerable asylum seekers to Spain: Supreme Court clarifies article 38 of Law 12/2009

Article 38 of Law 12/2009 establishes that Spanish ambassadors can authorise asylum seekers to be transferred to Spain so that they can submit their application if their physical wellbeing is in danger and they are not nationals of the country where the diplomatic representation is located. The Supreme Court (judgment no. 199/2024) has clarified doubts regarding this provision: (i) this mechanism applies despite the lack of developing regulations in this regard; (ii) the Spanish ambassadors are the relevant authority to approve this transfer; (iii) courts can approve the transfer to Spain as an injunction to safeguard the measures' legitimate purpose; and (iv) the physical wellbeing element applies to the country of origin, not the country of transit. It has also clarified that the National Court's Chamber for Administrative Matters ("Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional") hears article 38-related appeals.

KEYWORDS:

Key international protection, asylum, article 38 of Spanish Asylum Law, safe routes for asylum seekers.

FECHA DE RECEPCIÓN: 25-3-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 28-3-2024

Navarro Manich, José Alberto; Ramírez Jiménez de Parga, Pablo (2024). El traslado a España de solicitantes de protección internacional en situación de peligro: clarificación del régimen del art. 38 de la Ley 12/2009 en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 199/2024, de 6 de febrero. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 199-216 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La efectiva protección internacional de un refugiado depende de su capacidad de emprender un viaje entre el país donde sufre persecución —del que debe huir— y el país donde solicitará refugio —que debe alcanzar—. Este necesario desplazamiento internacional, en la práctica, puede suponer la necesidad de viajar por rutas irregulares y sujetas a peligros graves. Es por ello relevante determinar si existen mecanismos legales de movilidad segura para refugiados (las llamadas rutas seguras) que les permita acceder a la protección internacional reduciendo los riesgos de trayectos sin garantías.

El punto de partida de este análisis, en lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, es la identificación de los lugares donde las autoridades españolas pueden recibir y empezar a tramitar solicitudes de protección internacional.

La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria ("Ley 12/2009") únicamente prevé, de forma expresa, el derecho de los extranjeros a presentar

una solicitud de protección internacional si se encuentran físicamente en territorio español o en un puesto fronterizo.

Es importante destacar que la Ley 12/2009 no contempla la posibilidad de presentar solicitudes de protección internacional en embajadas y consulados de España. En este punto la Ley 12/2009 diverge de lo establecido por la legislación anterior, donde sí se regulaba la admisión de solicitudes de protección internacional presentadas en misiones diplomáticas de España, y su posterior tramitación.

Ante la supresión de la posibilidad de presentar solicitudes de protección internacional en las embajadas o consulados de España, el legislador estableció en el artículo 38 de la Ley 12/2009 un novedoso mecanismo para no desatender totalmente los casos que se presenten fuera del territorio nacional. En este precepto, la Ley 12/2009 prevé que los embajadores de España pueden promover el traslado de los solicitantes de asilo a nuestro país para que puedan presentar la solicitud a su llegada, siempre que corra peligro su integridad física y no sean nacionales del país en el que se encuentre la representación diplomática. No se trata por tanto de la presentación y aceptación de solicitudes de protección internacional en misiones diplomáticas, sino de la autorización del traslado a España de esas personas en situación de peligro para que puedan formalizar la solicitud en nuestro país (donde sí serán admitidas y tramitadas).

El régimen singular del artículo 38 de la Ley 12/2009, inexistente en la mayoría de los países de la Unión Europea, quedó sujeto a un desarrollo reglamentario por parte del Gobierno que debía aprobarse en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley. No obstante, este desarrollo reglamentario sigue pendiente a día de hoy, y ya han transcurrido cerca de quince años.

Como puede figurarse, la falta de desarrollo reglamentario del artículo 38 de la Ley 12/2009 ha hecho que su interpretación y aplicación no haya sido pacífica ni consistente por parte de la Administración General del Estado y de los Tribunales, situación que se ha acentuado en los últimos años a raíz de los conflictos en Siria y Afganistán.

En efecto, diferentes resoluciones de Tribunales han planteado dudas sobre la configuración legal de la potestad del artículo 38 y sobre el alcance de la potestad revisora de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo sobre las desestimaciones por embajadores de España de solicitudes de traslado. Se ha afirmado que se trataría de una potestad "*facultativa*" de la Administración y que ese no sería el cauce adecuado para lograr el traslado solicitado. Relacionado con lo anterior, se ha discutido cuál sería el órgano competente para la autorización del traslado a España en virtud del artículo 38 —el embajador de España o la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio— y el procedimiento administrativo a seguir. En definitiva, se ha cuestionado si el traslado a España en virtud del artículo 38 constituye un derecho de los solicitantes cuya denegación sea susceptible de revisión jurisdiccional, y todo ello coadyuvado por una incertidumbre sobre los requisitos y parámetros legales aplicables a la adopción de la decisión administrativa y a su posterior revisión (ante la falta del citado desarrollo reglamentario exigido por el legislador).

Pues bien, el pasado 6 de febrero de 2024, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección Quinta) dictó su sentencia n.º 199/2024 ("STS 199/2024"), en la que clarifica algunos de los problemas interpretativos y aplicativos que ha venido suscitando el artículo 38 de

la Ley 12/2009 en los últimos años, en relación con el caso de una familia de ciudadanos afganos que había solicitado su traslado a España con la finalidad de solicitar protección internacional a su llegada a nuestro país. Además, inmediatamente después, el Tribunal Supremo dictó el auto de 28 de febrero de 2024 (“ATS de 28 de febrero de 2024”), en el que resuelve una cuestión negativa de competencia respecto al órgano competente para conocer de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra decisiones administrativas relativas al artículo 38 de la Ley 12/2009.

Como se expondrá más adelante, la STS 199/2024 contribuye no solo a otorgar mayor seguridad jurídica a las solicitudes que se presenten a partir de ahora al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, sino también a hacer más efectivo y garantista el mecanismo de protección previsto en dicho artículo. En primer lugar, porque confirma su plena aplicabilidad aunque todavía no se haya desarrollado reglamentariamente el procedimiento que debe seguir la Administración en estos casos, como ya declaró por primera vez el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 1327/2020, de 15 de octubre (“STS 1327/2020”). En segundo lugar, porque aclara que los embajadores de España son las autoridades competentes para resolver la solicitud de traslado a nuestro país, sin que su papel se limite a proponer o impulsar el traslado. Y, en tercer lugar, porque sienta la posibilidad de que el traslado a España se acuerde como una medida cautelar positiva para evitar la pérdida de la finalidad legítima de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación de una solicitud formulada al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, sin que dicha medida pueda denegarse por la situación del interesado en el país de tránsito desde el que presente la solicitud de traslado a España. De todo lo anterior se concluye que el traslado a España para pedir protección internacional en nuestro país puede ser solicitado por las personas que reúnan los criterios legales establecidos en el artículo 38, y que la denegación de la solicitud de traslado es susceptible de revisión jurisdiccional, así como de un pronunciamiento de plena jurisdicción (que autorice dicho traslado).

Por su parte, el ATS de 28 de febrero de 2024 zanja la disparidad de criterios existentes sobre el órgano competente ante el que impugnar actos administrativos relativos al artículo 38 de la Ley 12/2009, y atribuye la competencia definitivamente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (“AN”).

Por todo ello, la STS 199/2024 y el ATS de 28 de febrero de 2024 (y previamente la STS 1327/2020) suponen un notable paso adelante al establecer unos parámetros que deben orientar la correcta aplicación del artículo 38 de la Ley 12/2009 frente a las lagunas y sombras interpretativas que puedan seguir planteándose.

2. Antecedentes del artículo 38 de la Ley 12/2009

2.1. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

En agosto de 1978, España se adhirió a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 (“Convención de Ginebra”), y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (“Protocolo”).

La Convención de Ginebra y el Protocolo definen como *refugiado* a toda persona que, debido a temores fundados a ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad (o donde tuviese su residencia habitual en el caso de los apátridas) y no pueda acogerse a la protección de tal país o no pueda hacerlo debido a los mencionados temores de persecución (artículo 1 de la Convención de Ginebra y artículo I del Protocolo).

La principal protección que la Convención de Ginebra otorga a los refugiados radica en el denominado principio de *non-refoulement*, que constituye el núcleo esencial del derecho de asilo, en virtud del cual queda expresamente prohibido que el Estado en el que se encuentre el refugiado lo expulse o lo devuelva a territorios donde su vida o su libertad peligre, salvo que el refugiado constituya un peligro o una amenaza para la seguridad del país donde se encuentre (artículo 33 de la Convención de Ginebra).

Junto con esta protección esencial, la Convención de Ginebra reconoce además un catálogo de derechos y libertades fundamentales a los refugiados, y para su plena efectividad obliga a los Estados en los que se encuentren a concederles, según el derecho de que se trate, o bien el mismo trato que a sus nacionales, o bien el trato más favorable posible, que en ningún caso puede ser menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros.

De esta manera, la protección otorgada por la Convención de Ginebra opera cuando el refugiado se encuentra físicamente en un Estado adherido a la Convención, pero no obliga a dicho Estado a reconocer la condición de refugiado a quienes que se encuentren en el extranjero, y ello incluso en los casos en que estos puedan reunir los requisitos para ser considerados refugiados.

2.2. La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (derogada)

El artículo 13.4 de la Constitución reconoce el derecho de asilo a los extranjeros y los apátridas y delega en una ley el establecimiento de los "*términos*" en los que podrán gozar de tal derecho en España, sin perjuicio de su interpretación conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución).

En cumplimiento de este mandato de desarrollo legislativo, las Cortes General aprobaron la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado ("*Ley 5/1984*"), que partía de la expresiva declaración de que el territorio español constituía un "*refugio inviolable*" para todas las personas a las que el Estado español concediese asilo "*en el ejercicio de su soberanía*" (artículo 1), y permitía que los extranjeros presentasen solicitudes de asilo tanto si se encontraban en territorio español como si se encontraban en un puesto fronterizo (artículo 4). En el primer supuesto, la petición de asilo suponía el derecho del solicitante a permanecer temporalmente en España, mientras que el segundo supuesto implicaba la admisión provisional de su entrada en nuestro país (salvo casos excepcionales), en ambas circunstancias hasta la resolución del expediente de asilo.

Sin embargo, una de las características más relevantes de la Ley 5/1984 fue su voluntad de ir un paso más allá en la protección de las personas que reuniesen la condición de refugiados, y a tal efecto también admitió expresamente que los extranjeros presentasen solicitudes de asilo estando en el extranjero, en concreto *“ante una Embajada o Consulado”* de España (artículo 4.3). Con todo, a diferencia de lo que se preveía para las solicitudes de asilo presentadas en puestos fronterizos, la Ley 5/1984 no estableció que su presentación ante misiones diplomáticas otorgase el derecho del peticionario a entrar y permanecer temporalmente en territorio en español, sino que se limitó a disponer que la solicitud de asilo sería cursada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, reconociendo una suerte de derecho a la tramitación *a distancia* de las solicitudes de asilo.

A pesar de lo anterior, en los sucesivos desarrollos reglamentarios de la Ley 5/1984, se añadió expresamente la posibilidad de que el solicitante de asilo que hubiese formulado su solicitud ante una embajada o consulado fuese trasladado a España durante la tramitación de su solicitud. Así, en un primer momento, el Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (*“Real Decreto 511/1985”*), estableció en su artículo 7 que *“si el interesado hubiese presentado su solicitud en una Embajada o Consulado, y durante la instrucción del expediente deseara trasladarse a España, deberá solicitar de la Embajada o Consulado el correspondiente visado”*.

Posteriormente, tras la modificación de la Ley 5/1984 operada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, el Real Decreto 511/1985 fue derogado y sustituido por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1994 (*“Real Decreto 203/1995”*). En particular, en lo que aquí interesa, el artículo 16 del Real Decreto 203/1995 estableció la posibilidad de que el solicitante de asilo fuese trasladado a España durante la tramitación del expediente cuando se encontrase *“en una situación de riesgo”* en el tercer país, posibilidad que correspondía autorizar en su caso a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (*“CIAR”*) a petición de la Oficina de Asilo y Refugio (*“OAR”*).

Así las cosas, la Ley 5/1984 no solo reconocía el derecho a solicitar asilo en el extranjero, ante misiones diplomáticas y consulares de España, sino que también contemplaba la posibilidad de que el solicitante fuese trasladado a España durante la tramitación del procedimiento si se encontraba en una situación de riesgo y la Administración aprobaba el traslado provisional, en cuyo caso se debía tramitar con carácter urgente el otorgamiento a su favor de un visado, salvoconducto o autorización de entrada en territorio español.

3. El artículo 38 de la Ley 12/2009

Como ya se ha avanzado, a diferencia de lo que se preveía en la Ley 5/1984, la Ley 12/2009 suprimió la previsión sobre la presentación de solicitudes de protección internacional ante embajadas y consulados de España. Esta decisión, que ya había sido reflejada en el proyecto de ley aprobado por el Gobierno, generó una importante polémica por entidades de la sociedad civil, por lo que durante la tramitación parlamentaria del citado proyecto de ley se introdujo el actual artículo 38, como una solución intermedia entre el régimen hasta entonces existente y la desatención absoluta de los casos que se pudiesen presentar fuera de España.

El artículo 38 de la Ley 12/2009 establece lo siguiente:

“Artículo 38. Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados.

Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley.

El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos”.

Como puede observarse, el artículo 38 de la Ley 12/2009, en los términos en los que está redactado, no parece entrañar *ex ante* excesivas dificultades interpretativas: se habilita a los embajadores de España para que *promuevan* el traslado a España de *solicitantes de asilo* a los efectos de *hacer posible la presentación de la solicitud* a su llegada a nuestro país, siempre que se cumplan dos requisitos (i) que el solicitante no sea nacional del país en el que se encuentre la representación diplomática; y (ii) que corra peligro su integridad física.

Sin embargo, la ausencia de desarrollo reglamentario de la Ley 12/2009, que debía aprobarse en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley (disposición final tercera) y que a fecha de hoy todavía no ha sido aprobado, ha dificultado la interpretación y aplicación del artículo 38.

Por un lado, porque todavía no se han determinado reglamentariamente las *condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes* y el *procedimiento para evaluar sus necesidades de traslado a España*, lo que ha conferido en la práctica a la Administración General del Estado una discrecionalidad exorbitante a la hora de aprobar o denegar el traslado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009.

Por el otro, porque el propio tenor literal del artículo 38 de la Ley 12/2009 presenta algunos problemas interpretativos que no son menores, tales como la competencia para autorizar el traslado a España (el artículo hace referencia a que los embajadores podrán *“promover”* el traslado) o la posición del trámite previsto en el referido artículo en el esquema procedimental de las solicitudes de protección internacional. Adviértase, en este sentido, que mientras del título del precepto parece derivarse que pueden presentarse solicitudes de protección internacional ante misiones diplomáticas de España en el extranjero (*“solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados”*), su contenido parece descartar tal posibilidad, toda vez que se establece que el traslado a España lo es *“para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley”*.

Pues bien, la STS 199/2024 y el ATS de 28 de febrero de 2024, y previamente la STS 1327/2020, han arrojado luz sobre los problemas que presenta la aplicación del artículo 38 de la Ley 12/2009, en un sentido positivo para la garantía de los derechos de los refugiados.

4. Las cuestiones resueltas por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2024 en relación con el régimen jurídico del artículo 38 de la Ley 12/2009

4.1. Antecedentes de hecho

El supuesto de hecho examinado en la STS 199/2024 se enmarca en la toma de Afganistán por parte de los talibanes en el año 2021 y, en particular, en la caída de Kabul en agosto de ese mismo año, que supuso el derrocamiento del Gobierno de Afganistán y el final apresurado del despliegue de los países liderados por la OTAN presentes en el país, entre ellos España.

La toma de poder por parte de los talibanes puso en peligro a diversos colectivos afganos, entre ellos a los ciudadanos afganos que habían colaborado con las fuerzas dirigidas por la OTAN, así como a sus familias.

Para tratar de protegerlos del peligro al que se enfrentaban, el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación ("MAEUEC") emitió numerosos salvoconductos a favor de sus colaboradores afganos y de sus familias, en los que se declaraba expresamente que las personas relacionadas en cada salvoconducto estaban bajo la protección del Gobierno de España, y que estaban autorizadas para viajar a nuestro país en uno de los vuelos fletados por el Gobierno desde el aeropuerto de Kabul. Asimismo, en los salvoconductos se rogaba a todas las autoridades que les garantizaran un desplazamiento seguro para poder acceder al aeropuerto de Kabul y viajar a España.

En el supuesto examinado por la STS 199/2024 y por el ATS de 28 de febrero de 2024, el Gobierno de España emitió uno de los citados salvoconductos a favor de un ciudadano afgano que había sido colaborador de la Agencia Española de la Cooperación Internacional para el Desarrollo ("AECID"), así como de sus familiares más inmediatos (mujer, hijos, padres y hermanos, que fueron identificados individualmente en el salvoconducto).

En el contexto antes descrito, el cabeza de familia (y colaborador de la AECID) huyó inmediatamente de Afganistán debido a que los talibanes lo estaban buscando para detenerlo, por lo que partió hacia Uzbekistán, y de allí a Rusia. Una vez en la Embajada de España en Moscú, solicitó ser trasladado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009 y del salvoconducto, a efectos de poder solicitar protección internacional en nuestro país. El embajador de España en Rusia estimó su solicitud mediante una resolución en la que aprobó promover el traslado a España no solo del solicitante, sino también de todos sus familiares incluidos en el salvoconducto, *"para hacer posible la presentación de la solicitud de asilo"*. En virtud de dicha autorización, el cabeza de familia pudo entrar en España y solicitar protección internacional, que le fue concedida por el Ministerio del Interior posteriormente, reconociéndosele el estatuto de refugiado.

Por lo que respecta al resto de la familia, se dirigieron al aeropuerto de Kabul para embarcar en uno de los vuelos fletados por el Gobierno de España unos días después. Sin embargo, el día 26 de agosto de 2021, se produjeron dos atentados terroristas suicidas en las inmediaciones del aeropuerto que provocaron más de 180 muertos y 150 heridos. Los accesos al aeropuerto fueron cerrados y los países con presencia en Afganistán finalizaron sus operaciones de evacuación.

Ante esta situación, los miembros de esta familia huyeron de Afganistán por vía terrestre a través de Pakistán, como tantos otros miles de ciudadanos afganos. Una vez en Islamabad, solicitaron su traslado a España ante la Embajada de nuestro país en Pakistán en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009. Sin embargo, a diferencia de lo que había resuelto el embajador de España en Rusia, el embajador de España en Pakistán únicamente autorizó el traslado de la mujer, hijos y padres del cabeza de familia, pero denegó el traslado del resto de sus familiares incluidos en el salvoconducto (madrastra y hermanos), alegando que no reunían los requisitos para que les fuese concedida protección internacional.

Contra la resolución del embajador de España en Pakistán que denegó su traslado a España, los miembros de esta familia interpusieron un recurso potestativo de reposición, que fue presuntamente desestimado por silencio administrativo, por lo que posteriormente interpusieron un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ("TSJM"). Asimismo, como medidas cautelares para salvaguardar la finalidad legítima del recurso, solicitaron que se requiriese al embajador para que promoviese su traslado urgente a España para solicitar protección internacional, y que se les concediese de forma urgente un visado para poder viajar a España con dicha finalidad. Sin embargo, mediante auto n.º 410/2022, de 14 de diciembre, el TSJM denegó las medidas cautelares solicitadas por los recurrentes, decisión que fue ratificada en reposición mediante auto de 1 de febrero de 2023 (los "Autos del TSJM").

Los Autos del TSJM consideraron que no cabía otorgar las medidas cautelares solicitadas debido a que el órgano competente para la aprobación de un traslado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009 no sería el embajador de España, que era a quien se había solicitado el traslado en vía administrativa y quien había dictado la resolución impugnada. En su lugar, el TSJM sostuvo que la competencia para aprobar el traslado a España correspondía a la CIAR, a propuesta de la OAR, todo ello en aplicación del reglamento previo a la Ley 12/2009, esto es, en aplicación del artículo 16 del Real Decreto 203/1995, al que ya se ha hecho referencia. Los Autos del TSJM concluyeron que el traslado tenía "*carácter facultativo*" y que no podía aprobarse por un órgano incompetente (el embajador) fuera del trámite procedimental previsto en la norma. Consideraron que los recurrentes instaron un derecho que el artículo 38 no recogería en los términos que pretendían y, por ello, debían denegarse las medidas cautelares solicitadas.

Por otra parte, los Autos del TSJM también denegaron las medidas cautelares reputando que no concurría el requisito de *periculum in mora*, en especial debido a que los recurrentes no habían acreditado estar en una situación de peligro en Pakistán, sin otorgar relevancia alguna a los salvoconductos emitidos por el MAEUEC, pese a que sí tuvieron por acreditada su existencia.

Contra los Autos del TSJM, los recurrentes prepararon un recurso de casación, que fue admitido por el Tribunal Supremo mediante auto de 13 de julio de 2023, en el que se fijaron las siguientes cuestiones de interés casacional:

- i. Determinar el órgano competente para resolver el traslado a España previsto en el artículo 38 de la Ley 12/2009 y, en el caso de no serlo el embajador de España, la eventual incidencia de esta cuestión en la solicitud de medida cautelar de traslado a España para hacer posible la presentación de la solicitud de protección internacional, siendo el embajador de España el que dictó el acto denegatorio impugnado.
- ii. Y, en el contexto de una denegación de la solicitud efectuada al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, la eventual incidencia en la resolución de una solicitud de medida cautelar —de traslado a España para hacer posible la presentación de la solicitud de protección internacional— de la existencia de un salvoconducto previamente concedido con el objeto de permitir el abandono del país de origen con destino a España.

4.2. El antecedente de la STS 199/2024: la STS 1327/2020

Para dar respuesta a las cuestiones de interés casacional, la STS 199/2024 comienza haciendo referencia a la STS 1327/2020, en la que tuvo la ocasión de pronunciarse por primera vez sobre el artículo 38 de la Ley 12/2009.

En aquel supuesto, que versaba sobre una solicitud de traslado a España formulada por un ciudadano iraquí ante la Embajada de España en Grecia, que también había sido desestimada presuntamente por silencio administrativo, las cuestiones que presentaban interés casacional consistían en determinar *“cuál es el régimen jurídico aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas fuera del territorio nacional al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009 [...], y si resulta aplicable a las mismas, y en ese caso cómo, lo dispuesto en el referido precepto, pese a no haber sido objeto de desarrollo reglamentario, precisando a qué país viene referida la locución “corra peligro su integridad física” —si va referida al país de origen de los solicitantes de protección internacional, o, por el contrario, al país en que se presenta la solicitud—, y cuál es la consecuencia jurídica de la falta de respuesta a la solicitud presentada a su amparo”*.

Pues bien, la STS 1327/2020 dio la siguiente respuesta a las citadas cuestiones de interés casacional:

- i. En primer lugar, por lo que respecta al régimen jurídico del artículo 38 de la Ley 12/2009, la STS 1327/2020 estableció que dicho precepto *“no regula un régimen jurídico distinto para la obtención de la protección internacional sino que se limita a regular la atención de aquellas solicitudes que se presentan fuera del territorio nacional y en un tercer país, sujeta a la valoración en la representación diplomática del peligro para la integridad física del solicitante, y por lo demás resultan de aplicación las mismas exigencias sustantivas que determinan el reconocimiento de la protección internacional”*. Por ello, la STS 1327/2020 concluyó que *“el régimen jurídico aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas fuera del territorio nacional al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, es el establecido en la propia Ley sin alteración de su regulación sustantiva”*.

Como se discutirá más adelante, con este pronunciamiento la STS 1327/2020 pareció admitir la presentación de solicitudes de protección internacional ante embajadas y consulados, si bien sujetas al trámite procedimental del artículo 38 de la Ley 12/2009.

- ii. En segundo lugar, la STS 1327/2020 declara que *"la falta de desarrollo reglamentario a que se refiere el art. 38 de la Ley 12/2009 no impide la aplicación de sus previsiones a las solicitudes de protección internacional formuladas a su amparo"*. A este respecto, la STS 1327/2020 señala que la norma procedimental *"viene impuesta por la propia Ley, que señala la competencia para ello de los Embajadores de España y las circunstancias que deben valorarse al efecto, como son: que se trate de solicitante que no sea nacional del país en que se encuentre la representación diplomática y corra peligro su integridad física"*, de manera que *"se contienen elementos suficientes para que tal propuesta pueda llevarse a cabo, mandato legal que no queda supeditado o condicionado en su efectividad al desarrollo reglamentario que se refiere a las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados y procedimiento para la evaluación"*.
- iii. En tercer lugar, en relación con la valoración del peligro para la integridad física del solicitante (requisito exigido por el artículo 38 de la Ley 12/2009 para que pueda promoverse el traslado a España), la STS 1327/2020 declara que *"ha de entenderse referida a la situación determinante de la solicitud en el país de origen, en cuanto justifica la presentación de la misma en los términos establecidos por la Ley a que se refiere el art. 38, de manera que la Ley facilita el traslado del solicitante al territorio nacional en razón del riesgo para la integridad física que deriva de la situación que le ha llevado a formular la solicitud desde un tercer país, en el que no se ha puesto remedio a la misma"*.
- iv. Finalmente, por lo que se refiere a la consecuencia jurídica de la falta de respuesta, por parte de la Administración, a una solicitud formulada al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, la STS 1327/2020 declara —como no podía ser de otra manera— que *"la falta de resolución por la Administración supone un acto presunto susceptible de impugnación"*.

Así, la STS 1327/2020 supuso un primer y muy relevante pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo sobre el artículo 38 de la Ley 12/2009, que contribuyó de manera decisiva a despejar cualquier duda sobre la plena aplicabilidad del mecanismo de protección previsto en dicho precepto pese a su falta de desarrollo reglamentario. Asimismo, al declarar de manera inequívoca que la valoración del peligro para el solicitante debía referirse al país de origen, y no al país desde el que se formulaba la solicitud, se descartó también uno de los principales motivos por los que los tribunales han venido desestimando recursos relativos al artículo 38 de la Ley 12/2009, a saber, que el solicitante no había acreditado una situación de peligro para su integridad física en el país de tránsito (en este sentido, por ejemplo, los Autos del TSJM).

4.3. El embajador de España es el órgano competente para resolver el traslado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009, de acuerdo con la STS 199/2024

Entrando ya en los pronunciamientos de la STS 199/2024, la primera cuestión de interés casacional a la que da respuesta es la relativa a si los embajadores de España son competentes para autorizar el traslado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009.

Para ello, la STS 199/2024 comienza haciendo referencia a la STS 1327/2020, en la que se realizaron algunas consideraciones sobre el órgano competente para autorizar el traslado a España (pese a no ser una de las cuestiones casacionales que se resolvieron). En concreto, como ya se ha expuesto, la STS 1327/2020 afirmó que el propio artículo 38 de la Ley 12/2009 señalaba *"la competencia para ello [para promover el traslado a España] de los Embajadores de España"*. Sin embargo, la STS 1327/2020 añadió a continuación que, mientras no se dictase una nueva norma reglamentaria, subsistían las disposiciones reglamentarias referidas a la Ley anterior en cuanto no se opusiesen a la actual, e hizo expresa cita del ya citado artículo 16 del Real Decreto 203/1995 para acabar afirmando, en una aparente contradicción interna, que la efectividad de la decisión del embajador *"queda supeditada a la aceptación o aprobación por el órgano competente en los términos que antes se han reflejado"*.

A este respecto, la STS 1327/2020 también tuvo en cuenta una carta circular que el Gobierno remitió a los embajadores de España en fecha 20 de noviembre de 2009 (la "Circular de 20 de noviembre de 2009"), en la que les trasladó unas instrucciones sobre cómo interpretar y aplicar el artículo 38 de la Ley 12/2009 mientras no se aprobase el desarrollo reglamentario. En lo que aquí interesa, en la Circular de 20 de noviembre de 2009 el Gobierno sostuvo que *"Los Embajadores de España, y en ningún supuesto los Cónsules, son los competentes para 'promover (en su caso) el traslado del o de los solicitantes de asilo a España' con el objetivo único de 'hacer posible la presentación de solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley', es decir en España"*. Sin embargo, a continuación la Circular de 20 de noviembre de 2009 añadió que la solicitud debía ser remitida *"a la Secretaría General de Asuntos, Consulares y Migratorios para su conocimiento, evaluación y decisión por la Superioridad"*.

Pues bien, la STS 199/2024 pone fin a la aparente contradicción existente en la STS 1327/2020 y concluye que *"los Embajadores son los órganos competentes para promover el traslado a España de los solicitantes de protección internacional cuyas solicitudes han sido presentadas en las Embajadas y Consulados españoles al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009"*, sin supeditar la decisión a la aprobación de ningún otro órgano de la Administración.

Para llegar a dicha conclusión, la STS 199/2024 toma en consideración no solo la literalidad del artículo 38 de la Ley 12/2009, la Circular de 20 de noviembre de 2009 y los pronunciamientos de la STS 1327/2020, sino también el hecho de que los propios embajadores de España, en el mismo caso, habían asumido previamente la competencia para aprobar el traslado a España con arreglo al artículo 38 de la Ley 12/2009. Así lo hizo, por un lado, el embajador de España en Rusia, que autorizó el traslado a nuestro país de todos los recurrentes, y posteriormente el embajador de España en Pakistán, que primero autorizó el traslado de parte de la familia y después denegó el

traslado de sus demás miembros. En todos los casos, sin referir la necesidad de que el traslado fuese aprobado formalmente por ningún otro órgano de la Administración (como podría ser la CIAR o la OAR). Sobre esta cuestión, además, el abogado del Estado mostró su conformidad con la postura sostenida con los recurrentes.

Así las cosas, la STS 199/2024 dispone que, contrariamente a lo que sostuvieron los Autos del TSJM, a las solicitudes formuladas al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009 no les resulta de aplicación el artículo 16 del Real Decreto 203/1995, que atribuía la competencia para aprobar el traslado a la CIAR a petición de la OAR. A nuestro juicio, esta es la única interpretación conforme con el nuevo régimen jurídico establecido en la Ley 12/2009, toda vez que esta configura el traslado a España como un paso previo a la presentación, inicio de tramitación y admisión de la solicitud de protección internacional (de ahí que el artículo 38 de la Ley 12/2009 disponga que el traslado es "*para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley*"). En cambio, en el régimen previsto en la Ley 5/1984, el traslado a España se decidía después de que el interesado hubiese presentado una solicitud de asilo ante una embajada, esta se hubiese admitido y empezado a tramitar. De ahí que el artículo 6.2 del Real Decreto 203/1995 previese que las solicitudes de asilo presentadas en el extranjero fuesen cursadas a la OAR, y que el artículo 16 estableciese que, una vez la OAR hubiese recibido el expediente, esta podía proponer a la CIAR el traslado urgente a España, siempre en el seno de la tramitación del procedimiento de asilo.

Pues bien, el artículo 16 del Real Decreto 203/1995 carece de encaje posible con el artículo 38 de la Ley 12/2009. El artículo 16 del Real Decreto 203/1995 tiene como presupuesto la presentación de solicitudes de protección internacional en embajadas y consulados de España (que serán admitidas y tramitadas), mientras que el artículo 38 de la Ley 12/2009 se circunscribe a una solicitud de traslado como medida previa a la existencia de una solicitud de protección internacional, que no se presentará hasta que el solicitante logre llegar a España. Por tanto, en lo referente al artículo 16 del Real Decreto 203/1996, o bien ha sido tácitamente derogado en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley 12/2009, o bien subsiste la posibilidad de presentar solicitudes de protección internacional en embajadas y consulados de España, las cuales serían admisibles y les sería de aplicación el procedimiento previsto en la norma reglamentaria (lo que incluiría la posibilidad de traslado por acuerdo de la CIAR y la OAR). El Tribunal Supremo no se pronuncia sobre si el artículo 16 del Real Decreto 203/1995 ha quedado derogado o no. Pero sí queda meridianamente claro que el artículo 38 de la Ley 12/2009 no puede completarse ni integrarse con las previsiones del artículo 16 del Real Decreto 203/1996.

Por otra parte, la decisión de la STS 199/2024 es también la más acorde con una interpretación literal del artículo 38 de la Ley 12/2009, toda vez que dicho precepto utiliza el verbo *promover*, que la Real Academia Española define como "*impulsar el desarrollo o la realización de algo*", y no el verbo *proponer*, cuyo uso hubiese sido natural en derecho administrativo si el precepto hubiese pretendido limitar la competencia de los embajadores a emitir una mera propuesta de resolución.

En definitiva, la STS 199/2024 parece haber zanjado definitivamente la controversia existente sobre la competencia para acordar el traslado a España de solicitantes de protección internacional conforme al artículo 38 de la Ley 12/2009, confirmando que corresponde a los embajadores de España.

4.4. La existencia de un salvoconducto previamente concedido por España debe ser tenido en cuenta en la resolución de una pieza de medidas cautelares en la que se solicita el traslado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009

Una vez descartado el primer óbice esgrimido por los Autos del TSJM para denegar las medidas cautelares solicitadas por los recurrentes, la segunda cuestión de interés casacional que resuelve la STS 199/2024 es la relativa a la incidencia que, para la resolución de la solicitud de traslado a España, tiene la existencia de un salvoconducto previamente concedido por la Administración con el objeto de permitir dicho traslado.

A este respecto, la STS 199/2024 comienza indicando que *"la literalidad del salvoconducto pone a los recurrentes bajo la protección del Gobierno de España [...] porque hay un peligro inminente contra su vida"*, por lo que añade que los solicitantes *"no son cualquier solicitante del artículo 38 de la Ley 12/2009"* sino *"solicitantes cuyo peligro fue reconocido por la Administración General del Estado, y cuyo traslado ya fue aprobado para salvarlos de ese grave peligro para su vida. El Gobierno de España proclamó que estaban bajo su protección y rogó a toda autoridad que les ayudase a conseguir su objetivo: el traslado a España para solicitar aquí protección internacional"*.

Sobre la base de la consideración anterior, la STS 199/2024 afirma que, con el salvoconducto, *"la Administración recurrida asume y reconoce el peligro grave"* para la vida de los recurrentes, y que el salvoconducto *"acredita que el interés público consiste en que estas personas sean trasladadas a nuestro país para que puedan solicitar la protección del Gobierno de España"*. Por ello, la STS 199/2024 concluye que, *"a pesar del tiempo transcurrido, la Administración recurrida no puede desvincularse ahora de su propio acto, al menos respecto a los interesados -recordemos que no todos lo han solicitado- que mantengan su pretensión"*.

Por los motivos anteriores, la STS 199/2024 acaba respondiendo a la cuestión de interés casacional en el sentido de que *"en el contexto de una denegación de la solicitud efectuada al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, no cabe desconocer la relevante incidencia en la resolución de una solicitud de medida cautelar —de traslado a España para hacer posible la presentación de la solicitud de protección internacional— de la existencia de un salvoconducto previamente concedido con el objeto de permitir el abandono del país de origen con destino a España"*.

Este pronunciamiento es relevante porque, a efectos de salvaguardar la finalidad legítima de los recursos en los que se impugna una denegación de traslado del artículo 38, reconoce la posibilidad de que se adopten medidas cautelares positivas consistentes precisamente en el traslado a España para solicitar protección internacional. Esto demuestra, en lógica coherencia, que la sentencia que resuelva un recurso contencioso-administrativo contra una denegación de traslado del artículo 38 puede condenar a la Administración General del Estado a promover dicho traslado mediante un pronunciamiento de plena jurisdicción.

La STS 199/2024 es igualmente relevante porque admite que determinados actos administrativos, por su contenido, pueden acreditar la concurrencia de todos los requisitos para la adopción de medidas cautelares (lo que, además, puede ser comprobado en el marco de un recurso de

casación donde no pueden revisarse los aspectos fácticos del caso ni la prueba practicada). En este caso concreto, el salvoconducto acreditaba que la propia Administración habría admitido un *periculum in mora* por el peligro que sufrían los recurrentes (en atención a la interpretación del artículo 38 de que el peligro debe referirse al país de origen y no al país de tránsito), una ponderación de los intereses concurrentes favorable a la adopción de la medida cautelar (el traslado a España ya había sido aprobado por la Administración General del Estado y tendría que haberse producido ya) y un *fumus boni iuris* (por existir un acto administrativo presuntamente válido y ejecutivo, que nunca ha sido revisado de oficio ni declarado lesivo). Es igualmente interesante que el Tribunal Supremo indica que una medida cautelar de traslado a España en virtud del artículo 38 no condiciona el resultado del subsiguiente procedimiento de solicitud de protección internacional, en el que la OAR y la CIAR “adoptarán la resolución que corresponda” (extremo que refuerza la separación entre el traslado a España del artículo 38 de la Ley 12/2009 y el procedimiento de solicitud de protección internacional que se iniciará a su llegada).

Pues bien, a la vista del salvoconducto y del resto de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, la STS 199/2024 falla que procede adoptar las medidas cautelares solicitadas por los recurrentes, por lo que casa y anula los Autos del TSJM, y en su lugar requiere al embajador de España en Pakistán que promueva el traslado a urgente a España de los recurrentes con la finalidad de que puedan presentar su solicitud de protección internacional y que les conceda de forma urgente visado o salvoconducto para poder viajar a España con dicha finalidad.

5. La competencia objetiva para conocer de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra actos de embajadores de España relativos al artículo 38 de la Ley 12/2009 (auto del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2024)

Poco después de dictar la STS 199/2024, el Tribunal Supremo ha emitido el ATS de 28 de febrero de 2024, en el que ha resuelto una cuestión negativa de competencia planteada por el TSJM y la AN en relación con otro recurso contencioso-administrativo relativo al mismo caso.

A la vista de los pronunciamientos de los Autos del TSJM sobre la presunta incompetencia del embajador de España para autorizar traslados en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009, los recurrentes interpusieron un nuevo recurso contencioso-administrativo para la protección de sus derechos fundamentales, dirigido contra la inactividad de la Administración General del Estado, consistente en no dar cumplimiento a su derecho a viajar a España para solicitar protección internacional, que había sido reconocido en el salvoconducto.

El recurso se interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN, que se consideró incompetente a favor del TSJM. Por su parte, el TSJM se consideró igualmente incompetente y elevó una cuestión negativa de competencia ante el Tribunal Supremo.

En respuesta a la cuestión negativa de competencia planteada por ambos tribunales, el ATS de 28 de febrero de 2024 comienza ratificando la jurisprudencia sentada en la STS 199/2024, según la cual *"son los embajadores los órganos competentes para promover el traslado a España de los solicitantes de protección internacional cuyas solicitudes han sido presentadas en las Embajadas y Consulados al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre"*.

Sin embargo, a continuación el ATS de 28 de febrero de 2024 concluye que la competencia para conocer de un recurso relacionado con el artículo 38 de la Ley 12/2009 ha de atribuirse *"al órgano que ostenta la competencia para fiscalizar una eventual estimación o desestimación de la solicitud de protección internacional"*, esto es, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y ello en la medida en que la autoridad competente para resolver los procedimientos de protección internacional es el Ministro del Interior.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido por en el ATS de 28 de febrero de 2024, en los casos en los que se impugne judicialmente una decisión expresa o presunta de un embajador de España relacionada con el artículo 38 de la Ley 12/2009, la competencia para conocer del recurso corresponderá a la AN y no al TSJM —como correspondería con arreglo a la cláusula residual del artículo 10.1 n) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa—. Este criterio, además, ha sido confirmado por otro auto del Tribunal Supremo emitido el mismo 28 de febrero de 2024 (recurso n.º 149/2023).

6. Conclusiones

Si bien la STS 199/2024 resuelve un caso singular, en el que la Administración ya había autorizado el traslado a España de los recurrentes mediante un salvoconducto, contiene pronunciamientos relevantes para futuros casos que se puedan plantear:

- i. En primer lugar, la STS 199/2024 confirma la doctrina sentada en la STS 1327/2020 en relación con la plena operatividad del mecanismo previsto en el artículo 38 de la Ley 12/2009 pese a su falta de desarrollo reglamentario.
- ii. En segundo lugar, la STS 199/2024 zanja la controversia existente sobre el órgano competente para resolver las solicitudes de traslado a España del artículo 38 de la Ley 12/2009, y afirma que la competencia corresponde a los embajadores de España, sin que su decisión tenga que ser ratificada por otro órgano administrativo.
- iii. En tercer lugar, y de manera muy relevante, la STS 199/2024 reconoce la posibilidad de acordar el traslado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009 en el seno de una pieza separada de medidas cautelares. Así, ni el carácter positivo de la medida cautelar, ni el hecho de que implique una satisfacción anticipada de la pretensión objeto del recurso (el traslado a España para presentar la solicitud de protección internacional) suponen óbices para que los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo puedan adoptar la medida cautelar cuando el recurso pueda perder su finalidad.

- iv. En cuarto lugar, y en relación con lo anterior, la STS 199/2024 ratifica que la medida cautelar no puede denegarse sobre la base de que el recurrente no está en peligro en el país de tránsito desde el que solicita su traslado a España. Como se ha señalado, este viene siendo un argumento recurrente por parte de los tribunales ordinarios para denegar el traslado a España del artículo 38 de la Ley 12/2009, por lo que la STS 199/2024 debería poner fin definitivamente a esta controversia. Así, lo relevante es el peligro en el país de origen, tanto para la resolución de la solicitud del artículo 38 como de las posibles medidas cautelares solicitadas para salvaguardar la finalidad legítima del recurso.
- v. Finalmente, de la STS 199/2024 y la STS 1327/2020 se deriva que uno de los criterios que pueden justificar el traslado a España de los solicitantes es la conexión de los solicitantes con nuestro país.

A este último respecto, como ya se ha señalado, es cierto que tanto la STS 1327/2020 como la STS 199/2024 resuelven casos muy particulares, dado que en el primero el Estado ya había reconocido la condición de refugiados a la mujer y a las hijas de los solicitantes, y en el segundo había hecho lo propio con varios familiares de los recurrentes, además de haberles otorgado un salvoconducto para poder viajar a España. Aun así, ambas sentencias parecen otorgar relevancia a la conexión de los solicitantes con España, lo que —a falta de concreción reglamentaria— podría erigirse como un criterio favorable o incluso determinante, junto con el peligro para la integridad física, exigido ya en el artículo 38 de la Ley 12/2009.

Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que el artículo 38 de la Ley 12/2009 identifica como únicos requisitos para autorizar el traslado que corra peligro la integridad física del solicitante (en el país de origen, y no en el de tránsito, según aclara el Tribunal Supremo), y que no sea nacional del país en el que se encuentre la representación diplomática. La legislación no identifica ni exige ningún requisito adicional (tampoco la conexión con España). Por tanto, la conexión con España es un elemento que deberá ser tenido en cuenta como un refuerzo a la decisión de aprobar el traslado, pero no como un requisito indispensable.

Sobre esta cuestión es de interés destacar que tanto la STS 1327/2020 como la STS 199/2024 hacen referencia a la sentencia de 13 de febrero de 2020 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictada en el asunto N.D. y N.T. c. España (demandas n.º 8675/15 y 8697/15). En aquel asunto, que no consideró que las denominadas devoluciones en caliente fuesen contrarias al Protocolo n.º 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Gobierno español sostuvo que el artículo 38 de la Ley 12/2009 era plenamente operativo y efectivo a pesar de su falta de desarrollo reglamentario. Y, para demostrar lo anterior, el Gobierno justificó que entre 2014 y 2018 se presentaron 1308 solicitudes de asilo ante dichos órganos diplomáticos de España.

Una interpretación lógica de la referencia a la citada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sería un alcance amplio del artículo 38 de la Ley 12/2009 en tanto que mecanismo de tutela de derechos fundamentales de los solicitantes de protección internacional en peligro.

En definitiva, los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo deberían reforzar la efectividad del artículo 38 de la Ley 12/2009 como cauce singular de movilidad segura para personas perseguidas que pretendan solicitar protección internacional en España. Es un instrumento de tutela de derechos fundamentales de estas personas y su correcta aplicación por parte de los embajadores de España es susceptible no solo de la tutela por parte de los Tribunales, sino también de medidas cautelares que adelanten el traslado de esas personas a España cuando ello sea necesario para salvaguardar la finalidad legítima del recurso.



Directrices
para las
colaboraciones

Directrices para las colaboraciones

Con objeto de facilitar la labor de la Redacción, se ruega a nuestros colaboradores que se ajusten a las siguientes líneas de orientación en la presentación de sus artículos.

Los autores entregarán el original en la fecha designada por la Dirección de la REVISTA. Con objeto de que se puedan corregir las posibles erratas, se les enviará una prueba de maquetación.

La Dirección de la REVISTA introducirá, si lo estima conveniente, las modificaciones que sean necesarias para mantener los criterios de uniformidad y calidad que requiere la publicación, e informará de ello a los autores.

Los originales deberán ser inéditos y estar referidos a los contenidos propios de la REVISTA, sin ningún tipo de premaquetación o paginación.

Si un autor presentara en su trabajo cuadros, gráficos o imágenes no elaborados por él, será de su responsabilidad la obtención de los pertinentes permisos de sus legítimos propietarios para poder publicarlos.

1. Características

1.1. Características de los artículos

- Contenido analítico (no meramente descriptivo). Se evitarán en lo posible debates excesivamente teóricos.
- Extensión: entre 15 y 20 folios.
- Se podrán incluir (aunque no es necesario) notas al pie de página, limitadas en número y, sobre todo, en extensión.
- Todos los artículos deberán encabezarse, debajo del título y el autor, con un breve resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).

1.2. Características de los foros

- Contenido menos analítico y más descriptivo, pero se puede efectuar un análisis somero de alguna cuestión especialmente relevante. Debe hacerse un brevísimo resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).
- Extensión entre 5 y 10 folios.
- No se pueden incluir notas al pie.

1.3. Características de las crónicas de legislación y jurisprudencia

- Deben limitarse a una enumeración de las normas o decisiones judiciales más relevantes, con un breve resumen de su contenido.
- Extensión de no más de 9 páginas por cada sección (incluyendo tanto la parte de España como la de Portugal).

2. Normas de estilo

2.1. Formato

- Letra Times New Roman, 12 puntos
- Interlineado 1,5 líneas
- Sin sangrías ni espaciados

2.2. Títulos, epígrafes y subepígrafes

- El título de la colaboración se escribirá en mayúsculas y negrita.
- En los originales, se escribirán los títulos de epígrafes en mayúsculas y negrita; los títulos de subepígrafes, en minúsculas y negrita.
- La numeración de epígrafes y subepígrafes se hará según el siguiente modelo:

1. EPÍGRAFE

1.1. Subepígrafe

(Se evitarán terceros niveles)

2.3. Utilización de cursivas, negritas y subrayados en el texto principal

- Se evitarán las negritas y los subrayados en el texto principal; se utilizará la cursiva para resaltar.
- Las citas textuales irán siempre entrecomilladas y en letra cursiva. La identificación de la fuente ha de hacerse de forma inequívoca por medio del sistema de autor, fecha y página (estilo de cita APA), con arreglo a los siguientes ejemplos:

Como afirmó en su día Menéndez (1978: 353), *“la existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima”*.

Ya lo dijo la doctrina: *“La existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima”* (Menéndez, 1978: 353).

- Se recuerda que todo aquello que sea cita literal de normas de legislación y de documentos jurisprudenciales también debe entrecomillarse y escribirse en letra cursiva.

2.4. Citas doctrinales

En los artículos y foros se debe incluir una bibliografía final ordenada por apellidos de los autores que recoja única y exclusivamente las obras que se han citado en el cuerpo de la contribución (no deben aparecer otras referencias adicionales). Si no se ha citado bibliografía en el texto del artículo o del foro, no se incluirá ese apartado final. En caso de que se citen varias obras del mismo autor, se seguirá un orden cronológico de aparición. Cuando la obra sea anónima, se alfabeticará por la primera palabra del título.

Las **citas bibliográficas seguirán el sistema internacional APA** y se harán de acuerdo con los siguientes modelos:

LIBROS:

APELLIDOS, nombre (año). *Título del libro en cursiva*. Ciudad: editorial (edición). Ejemplo: URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo (2000). *Derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons (27.^a ed. revisada en colaboración con María Luisa Aparicio).

ARTÍCULOS DE REVISTA:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo sin comillas. *Nombre de la revista en cursiva*, número, páginas. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1984). Escisión de sociedad anónima y obligaciones convertibles. *Revista de Derecho Mercantil*, 172-173, pp. 227-269.

COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título de la colaboración sin comillas. En inicial y APELLIDOS (mención de responsabilidad), *Título de la obra colectiva en cursiva*. Ciudad: editorial, [volumen], páginas

que ocupa la colaboración. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1994). Calificación jurídica del crédito de descuento documentado en póliza. En A. POLO DÍEZ (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*. Madrid: La Ley, vol. II, pp. 1797-1812.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo o colaboración sin comillas. *Título de la publicación electrónica en cursiva*, número, [páginas]. Recuperado de <página web>,. Ejemplo: PAZ-ARES, Cándido (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, pp. 1-61. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf.

Oficinas URÍA MENÉNDEZ

ESPAÑA

BARCELONA
Av. Diagonal, 514
08006 Barcelona, Spain
barcelona@uria.com
+34 93 416 51 00

BILBAO
Torre Iberdrola Planta 21
Plaza Euskadi, 5
48009 Bilbao, Spain
bilbao@uria.com
+34 94 479 49 20

MADRID
C/ Príncipe de Vergara, 187
Plaza de Rodrigo Uría
C/ Suero de Quiñones, 42
28002 Madrid, Spain
madrid@uria.com
+34 915 860 400

VALENCIA
C/ Colón, 28
46004 Valencia, Spain
valencia@uria.com
+34 96 352 91 91

PORTUGAL

LISBOA
Praça Marquês de Pombal, 12
1250-162 Lisboa, Portugal
lisboa@uria.com
+351 21 030 86 00

OPORTO
Bom Sucesso Trade Center
4150-146 Porto, Portugal
porto@uria.com
+35 1 22 030 86 00

EUROPA

BRUSELAS
Espace Meeûs
Square de Meeûs 40
1000 Brussels, Belgium
bruxelles@uria.com
+32 (0) 2 639 64 64

LONDRES
125 Old Broad Street
17th floor
EC2N 1AR London, United Kingdom
london@uria.com
+44 (0)20 7260 1800

LATINOAMÉRICA

BOGOTÁ
Carrera 9 # 74-08
Bogotá, Colombia
bogota@uria.com
+571 326 8600

LIMA
Av. Santa Cruz No. 888 Piso 4
15074 Miraflores, Lima, Peru
peru@uria.com
+511 513-7200

SANTIAGO DE CHILE
El Golf 40, Piso 20
Santiago, Chile
chile@uria.com
+56 22 364 37 00

ESTADOS UNIDOS

NUEVA YORK
277 Park Avenue
New York, NY 10172
newyork@uria.com
+1 212 593 13 00

URÍA
MENÉNDEZ
www.uria.com