

Actualidad Jurídica Uría Menéndez

Tribuna Abierta

La Ciencia de las Ciudades, una revolución en la concepción del urbanismo moderno

Ramón Gras Alomà

Artículos

El principio de equidad y la regla de la prioridad absoluta

Carlos de Cárdenas Smith

Competencia de la junta general sobre la disposición de activos esenciales: tendencias en el derecho comparado y cuestiones en los grupos de sociedades

Miguel Iribarren Blanco

O mercado voluntário de carbono em Portugal

Gonçalo Andrade e Sousa e Francisco Fráguas Mateus

El delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en el Perú

Percy André Sota Sánchez y Manuel Fernández Zegarra

Foro de Actualidad

España

Portugal

Latinoamérica

Unión Europea

Internacional

Derechos Humanos



COMITÉ EDITORIAL

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
Antonio Manuel Morales Moreno, *Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Fernando Rodríguez Artigas, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Pantaleón Prieto, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Vicente Cuñat Edo, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Gómez Pomar, *Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra*
José Massaguer Fuentes, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Montiano Monteagudo Monedero, *Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universitat Pompeu Fabra*
Cándido Paz-Ares, *Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Alexandre Mota Pinto, *Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*
Emilio Díaz Ruiz, *Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid*
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:

Eugenio Ampudia. *Una corriente de aire*, 2015. Oficina de Madrid

Indexada en las bases de datos de Latindex

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

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

Edición, diseño, producción y distribución: CeGe Global

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

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

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

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

65

Actualidad
Jurídica
Uría
Menéndez

Octubre 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

5 Tribuna Abierta

7 La Ciencia de las Ciudades, una revolución en la concepción del urbanismo moderno

Ramón Gras Alomà

35 Artículos

37 El principio de equidad y la regla de la prioridad absoluta

Carlos de Cárdenas Smith

63 Competencia de la junta general sobre la disposición de activos esenciales: tendencias en el derecho comparado y cuestiones en los grupos de sociedades

Miguel Iribarren Blanco

82 O mercado voluntário de carbono em Portugal

Gonçalo Andrade e Sousa e Francisco Fráguas Mateus

93 El delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en el Perú

Percy André Sota Sánchez y Manuel Fernández Zegarra

109 Foro de Actualidad

España

111 La regulación de la vivienda en Cataluña: situación actual y últimos acontecimientos

Rafael García-Perrote Martínez

121 El nuevo régimen de invalidez en la propuesta de reforma de la ley de suelo

Héctor Nogués Galdón y Óscar Conesa Caballero

131 La compleja cuadratura del círculo en el caso del indefinido no fijo: un análisis de conjunto en vista de los últimos pronunciamientos

Borja de la Macorra Pérez y Remedios Rodríguez Fernández

150 El *dies a quo* del plazo de prescripción en los procedimientos civiles de reclamación de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia: práctica reciente

Linda Guerra Henríquez y Sara Aquilué Borau

Portugal

- 166 Nótula a respeito do direito aplicável ao contrato de suprimento
David Sequeira Dinis y Luís Bertolo Rosa
-

Latinoamérica

- 171 Reúso de las aguas grises en Chile. Contenidos de interés de su regulación y retos para una efectiva implementación
Sergio Jaque
-

Unión Europea

- 180 El Reglamento de IA: el primer paso del camino hacia una regulación completa de la inteligencia artificial
Salvador Espinosa de los Monteros Pérez-Brotóns y Gonzalo Sanz Setién
-

- 197 Sentencias relevantes y recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derecho de consumo
Miguel Ángel Cepero Aránguez y Julia Ramírez Simón
-

- 208 Cinco cuestiones transversales del nuevo paquete de PBC/FT
Manuel Vélez y Xavier Codina
-

Internacional

- 218 Directrices actualizadas de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional
Santiago Romero
-

- 225 El delito de incumplimiento de las sanciones internacionales y la Directiva (UE) 2024/1226, de 24 de abril
Patricia Leandro Vieira da Costa y Alberto Schoch Aparicio
-

Derechos Humanos

- 236 Menores extranjeros que llegan a España acompañados por personas distintas a sus progenitores: medidas de protección y especial atención a la guarda de hecho
José María Blanco Saralegui, Belén Adell Troncho y Julia Ramírez Simón
-

- 247 Directrices para las colaboraciones



Tribuna
Abierta

Tribuna Abierta

LA CIENCIA DE LAS CIUDADES, UNA REVOLUCIÓN EN LA CONCEPCIÓN DEL URBANISMO MODERNO

Ramón Gras Alomà

*Investigador en Urbanismo y Ciencia de las Ciudades en Harvard
y cofundador de Aretian Urban Analytics and Design*

La Ciencia de las Ciudades, una revolución en la concepción del urbanismo moderno

El fuerte impulso experimentado en el campo de la Ciencia de las Ciudades durante las últimas décadas, tanto en el campo de la más avanzada investigación académica como en el ámbito de la praxis profesional del diseño urbanístico y de la gestión de las infraestructuras urbanas, nos permite comprender mucho mejor que hace pocos años los ingredientes y las dinámicas que favorecen el desarrollo urbano de calidad. El análisis empírico de las relaciones de causa-efecto entre factores como la morfología y topología urbanas, la densidad, la entropía, la fractalidad, o los patrones subyacentes de distribución de usos en el territorio revelan patrones universales susceptibles de ser analizados y de elevar la calidad de la toma de decisiones en el campo del urbanismo. Una comprensión más profunda de las propiedades subyacentes de un sistema urbano nos permitirá establecer un marco legal y normativo que favorezca el identificar los tipos de intervenciones que potencialmente pueden transformar la naturaleza de las propiedades estructurales de las redes que impactan sistemáticamente nuestras vidas. Al integrar el arte y la ciencia en el diseño de la ciudad y el desarrollo urbano, podemos adaptar el diseño y la toma de decisiones a cada ciudad y contexto cultural, esculpiendo así deliberadamente el entorno construido para que contribuyamos de manera sutil pero solvente a liberar las fuerzas latentes más nobles de la sociedad, contribuyendo así a elevar la calidad de vida de los ciudadanos y crear comunidades más libres, igualitarias, y prósperas en todo el mundo.

PALABRAS CLAVE:

Ciencia de las Ciudades, Derecho urbanístico, Fractalidad, Morfología, Teoría de redes.

The science of cities, a revolution in the notion of modern urban planning

The science of cities has been gathering steady momentum in recent decades, in terms of both further academic research and in a more professional setting (e.g. urban design and infrastructure management), giving us a better understanding of the elements and dynamics that favour quality urban planning. By analysing

empirically the cause-effect relationships between factors such as urban morphology and topology, density, entropy, fractality, or the underlying patterns for distributing uses in a territory [?], we uncover universal patterns that we can then use to analyse and improve our decision-making in the field of urban planning. By better understanding the underlying characteristics of an urban planning system we can establish a legal and regulatory framework through which we can identify what we can do to potentially transform the nature of the structural characteristics of the networks that systematically affect our lives. By integrating art and science into city design and urban planning, we can tailor design and decision-making to each city and cultural context and consciously shape our cities in a way that subtly but surely contributes to unleashing society's greatest latent forces, thus enhancing quality of life and creating freer, more equal and more prosperous communities around the world.

KEYWORDS:

City science, Urban Planning Law, fractality, morphology, network theory.

FECHA DE RECEPCIÓN: 8-8-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23-8-2024

Gras Alomà, Ramón (2024). La ciencia de las ciudades, una revolución en la concepción del urbanismo moderno. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, 7-34 (ISSN: 1578-956X).

El célebre poeta inglés William Wordsworth condensó en un evocador poema de gran belleza la profunda impresión que provocó en él la contemplación de la ciudad de Londres. “Composed upon Westminster Bridge” resume de manera elocuente el estado de asombro que se experimenta al contemplar una urbe vibrante, señalando sutilmente la combinación de belleza, genio tecnológico y sofisticación inherentes al gigantesco esfuerzo colectivo requerido para imaginar, diseñar, construir y contribuir a configurar un entorno urbano dinámico y próspero. En síntesis, lo que propone el ilustre vate británico es que las ciudades bien pudieran constituir la más sofisticada y revolucionaria de todas las creaciones humanas.

El fuerte impulso experimentado en el campo de la Ciencia de las Ciudades durante las últimas décadas, tanto en el campo de la más avanzada investigación académica, como en el ámbito de la praxis profesional del diseño urbanístico y de la gestión de las infraestructuras urbanas nos permite comprender mucho mejor que hace pocos años los ingredientes y las dinámicas que favorecen el desarrollo urbano de calidad. ¿Cuál es el rango de densidad deseable para una determinada ciudad y área urbana? ¿En qué medida debemos integrar criterios de mixtura de usos en la zonificación de actividades? ¿Cuál es el equilibrio deseable entre espacios residenciales y zonas productivas en un proyecto urbanístico? ¿Cuántos sectores económicos deben potenciarse en un determinado territorio? ¿Cuáles deberían ser esos sectores, y por qué? ¿Qué tipologías formales observamos en la arquitectura, y qué implicaciones conlleva cada uno de ellas? ¿Cómo influye el trazado y jerarquía de vías y calles en el comportamiento humano? ¿Qué implicaciones inherentes y externalidades positivas y negativas conlleva el crecimiento de la población de un municipio? ¿Qué patrones morfológicos favorecen en la arquitectura la cohesión social, el acceso a los servicios esenciales, la vitalidad de la vida urbana y el florecimiento de la prosperidad?

Los métodos de análisis y diseño urbano dominantes desde la Segunda Guerra Mundial han quedado obsoletos, en el sentido de que a duras penas pueden responder con solvencia a preguntas como las anteriores. La denominada Ciencia de las Ciudades, en cambio, ha experimentado un salto de gigante desde que investigadores como Albert-László Barabási (Harvard University,

Northeastern University), Geoffrey West (Santa Fe Institute), Luis Bettencourt (University of Chicago), Michael Batty (Bartlett School of Architecture at UCL London), Kent Larson (MIT City Science at the Media Lab), Carlo Ratti (MIT DUSP), Sandy Pentland (MIT Human Dynamics Lab), Ricardo Hausmann (Harvard Growth Lab) o César Hidalgo (ANITI, Université de Toulouse), entre otros, han contribuido a fortalecer los cimientos del urbanismo avanzado y abrir un campo de avance científico y profesional inimaginable hasta hace pocos lustros.

1. El reto de impulsar la Ciencia de las Ciudades para un urbanismo de calidad en el s XXI

La legislación urbanística al uso, tanto en Europa como en los Estados Unidos, así como en el resto del mundo, ha ido acumulando durante las últimas décadas una fuerte carga normativista, que, bajo el pretexto de pretender favorecer determinadas prácticas, ha devenido en una nutrida yuxtaposición de normas y preceptos que, *de facto*, lejos de favorecer el florecimiento de un urbanismo de calidad, constituyen una pesada losa, que de manera indirecta induce prácticas y patrones de desarrollo urbanístico lejos de la excelencia. Así, en lugar de favorecer indirectamente las intervenciones que requiere un determinado territorio para liberar su potencial latente, tienden a ejercer una influencia fuertemente prescriptiva y limitante que suele perpetuar patrones de densidad, morfología y zonificación de usos que distan sustancialmente de los casos de buena praxis. A modo de ejemplo, el continente europeo ha experimentado un crecimiento demográfico desde 1970: desde los 650 millones de personas a los 750 millones de ciudadanos actuales. A pesar de que la inmensa mayoría de dicho crecimiento se ha concentrado en las ciudades, cuando analizamos indicadores de rendimiento de diseño urbano como los rangos de densidad, la fractalidad o autosemejanza morfológica, la densidad de flujo, la direccionalidad de red, o la entropía de la red urbana, los barrios de reciente creación rara vez presentan índices de excelencia superiores a los del legado más valioso de otras eras históricas. A modo de ejemplo, si bien muchas ciudades han doblado durante el último medio siglo su nivel de superficie urbanizada, tan solo el 4.5 % de las áreas urbanas de las principales urbes del mundo satisface los estándares de calidad de la Ciudad de los 15 Minutos. El marco conformado por leyes como el Real Decreto de 2008 que recoge el Texto Refundido de la Ley de Suelo, el Código Técnico de la Edificación o la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999 suelen tener un carácter prescriptivo fuertemente limitante. Si bien la Nueva Agenda Urbana promovida por la Organización de las Naciones Unidas aspiraba a contribuir a dibujar un horizonte para un urbanismo de calidad a la altura de los retos del siglo XXI, lo cierto es que se limita a definir una serie de aspiraciones generales de carácter global, sin apuntar el tipo de metodologías y procesos analíticos, de diseño y de gestión que pueden permitir alcanzar tales hitos.

Un desafío primordial en materia de desarrollo urbano para las próximas décadas será identificar metodologías rigurosas y solventes de diseño urbano y estrategias de desarrollo económico capaces de concebir, idear y dar forma concreta a soluciones de desarrollo sostenible para abordar con éxito las necesidades de los ciudadanos de todo el mundo. Hoy en día, la mayoría de la población mundial vive en ciudades y se espera que la población urbana siga creciendo en las próximas décadas. El rápido y caótico aumento de habitantes de las ciudades afectará negativamente los estándares de calidad de vida, igualdad de acceso a oportunidades, conocimiento, educación, cre-

cimiento económico, condiciones de vida saludables y patrones de interacción social, así como comodidades y servicios, si las ciudades no son capaces de responder a las crecientes presiones que surgen del aumento de la población, la disrupción tecnológica y los procesos de automatización.

Si bien los principios de diseño y gestión de la ciudad derivados de la ciencia urbana pueden ayudar a resolver dichos retos, hasta el día de hoy los conceptos, métodos y heurísticas más avanzados en el ámbito del análisis de la morfología de las ciudades y de los sistemas urbanos a menudo han carecido del grado de sofisticación, rigor, solvencia y madurez necesarios para permitir una cuantificación de indicadores predictivos, evaluaciones comparativas de mejores prácticas y estrategias de implementación rigurosas para abordar con éxito los complejos problemas de desarrollo urbano que enfrenta la sociedad.

2. Avances en la Ciencia de las Ciudades: impacto de la morfología en el rendimiento

Los recientes avances logrados por el equipo de Aretian en el Harvard Innovation Lab de Boston en el ámbito de la Ciencia de las Ciudades y de la modelización de la complejidad económica a escala urbana muestran cómo impactan las diferentes tipologías de desarrollo urbano y estrategias de crecimiento económico en los patrones de crecimiento y la calidad de vida de los ciudadanos. Los campos de investigación emergentes, como los sistemas complejos y la teoría de redes, han servido como base teórica y metodológica para dar forma a estrategias de desarrollo económico basadas en las relaciones de causa-efecto iluminadas por la ciencia de datos. Numerosas investigaciones académicas han demostrado el impacto estructural tanto del crecimiento cuantitativo, mediante estudios de teoría de redes, como del crecimiento cualitativo, mediante la evaluación de la complejidad económica, las estructuras morfológicas subyacentes de las ciudades y los efectos multiplicadores de los ecosistemas innovadores. Pero ¿cómo podemos desarrollar deliberadamente estrategias de diseño urbano y desarrollo económico adaptadas a cada contexto geográfico y humano para lograr un desarrollo sostenible y un crecimiento económico inclusivo?

Grandes maestros del pensamiento como Kant, Schopenhauer, Heleno Saña y Georges-Louis Leclerc, conde de Buffon, ya sugirieron la relación íntima pero sutil y no trivial entre ética y estética. En el tratado *Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen*, Kant ilustra deliciosamente las sutiles diferencias entre belleza y sublimidad y rastrea la delicada conexión entre la naturaleza intrínseca de una persona, un colectivo o un espacio y la manifestación estética que proyecta hacia el exterior. Por su parte, *Die Welt als Wille und Vorstellung* de Schopenhauer ahonda en la intuición de Kant y afirma que detrás de cualquier proyección estética hay una visión del mundo subyacente basada en ciertos principios éticos, aunque sea de manera tácita e implícita. Heleno Saña enriqueció dicha hipótesis al sugerir que cada persona transmite un aura particular que, la mayoría de las veces, proyecta de manera visual y estética su personalidad y sus valores. Finalmente, podemos citar al Conde de Buffon, postulando en su célebre proposición que *"Le style c'est l'homme même"*. Podemos extraer conclusiones semejantes cuando observamos la experiencia subjetiva íntima, si bien a menudo compartida colectivamente, que un diseño arquitectónico, una hermosa fachada, una estructura de columnas solemnes, una ventana vistosa, una calle vibrante y bellamente diseñada proyectan sobre las personas que visitan una ciudad o pueblo en particular.

3. Las limitaciones del urbanismo del siglo XX: inercias y retos sin resolver

Los planificadores y diseñadores urbanos del siglo XXI tienen por delante una tarea formidable: contribuir al avance de la ciencia de las ciudades para ofrecer soluciones viables y solventes a los desafíos que plantean el creciente crecimiento demográfico en las áreas metropolitanas, derivado de una explosión demográfica mundial sin precedentes, y el progreso tecnológico. En 1960, una de cada tres personas vivía en ciudades. Hoy en día, el 57 % de la población mundial vive en ciudades y se prevé que estas tendencias continúen en las próximas décadas (Banco Mundial, 2020). La tendencia migratoria global seguirá exacerbando los problemas urbanos existentes, como la escasez de viviendas, el hacinamiento, el tráfico, la contaminación y las limitaciones de recursos. Además, estas tendencias pueden potencialmente obstaculizar el progreso en términos de desarrollo económico, creación y difusión de conocimientos e igualdad de acceso a servicios y comodidades.

Sin embargo, los líderes urbanos de todos los países —particularmente los de aquellos en desarrollo en los que la aceleración del crecimiento urbano es mayor— han entrado al siglo XXI con herramientas de análisis y diseño urbano preocupantemente anticuadas. Los patrones de crecimiento urbano predominantes en ciudades como São Paulo, Bogotá, Lagos, Delhi, El Cairo, Ciudad de México y Karachi, entre otras, son en gran medida heredadas de las peores prácticas de planificación urbana del siglo XX: modelos de tipología urbana orgánica o aleatoria que utilizan los recursos de manera ineficiente, socavando así la interactividad social; la centralidad abusiva del automóvil en los sistemas de transporte; actividades empresariales dispersas, lo que dificulta el desarrollo de conocimientos individuales y colectivos y crear oportunidades; suburbanización excesiva, que conduce a la fragmentación social; la distribución desigual de los servicios de la ciudad en diferentes distritos; barreras arquitectónicas, que exacerbaban la fractura social y restan valor a la seguridad pública; y la falta de espacios verdes y lugares de interacción social. En resumen, se han aplicado patrones de desarrollo urbano deficientes sin una consideración crítica, lo que complica aún más nuestros esfuerzos por acercarnos a los estándares de calidad establecidos en los objetivos de desarrollo sostenible.

La moderna disciplina de la Ciencia de las Ciudades ha experimentado un impetuoso renacimiento al calor de los avances teórico-prácticos alcanzados por académicos y profesionales durante las últimas décadas. Comprender la planificación urbana como un arte y una ciencia nos permite aprovechar las visiones de los fundadores del urbanismo moderno (entre ellos Ildefons Cerdà y Louis Durand) y modernizar un método de análisis y diseño que ha logrado grandes avances en las últimas décadas. El reconocido arquitecto, ingeniero civil y urbanista Louis Durand compaginó su práctica profesional como diseñador con sus estudios académicos, que incluyeron sus obras fundacionales *Recueil et parallèle des édifices en tout genre, anciens et modernes* (1801) y *Précis des leçons d'architecture, données à l'école polytechnique* (1805), donde estudia sistemáticamente las diferentes tipologías de diseño arquitectónico y los rasgos morfológicos que las caracterizan.

El brillante urbanista, ingeniero civil y arquitecto Ildefons Cerdà sentó las bases conceptuales del urbanismo moderno en su *Teoría general de la urbanización* (1867). Aunque varios autores a lo

largo del siglo xx hicieron valiosas contribuciones cualitativas que facilitaron la definición de buenos criterios para un desarrollo urbano al servicio de los ciudadanos, no fue hasta principios del presente siglo cuando una nueva hornada de diseñadores e investigadores urbanos arrojó nueva luz sobre los desafíos. que enfrentan las ciudades en la era de la globalización, la automatización, la robótica y la inteligencia artificial.

El precioso legado de Durand y Cerdà no siempre gozó del merecido reconocimiento social. Así, los postulados de autores y artistas como Mondrian, Malevich y algunos influyentes teóricos del urbanismo, que cuestionaron espuriamente la relación entre forma y función en el diseño urbano, dominaron durante buena parte del siglo xx el discurso arquitectónico occidental. No obstante, las contribuciones académicas del equipo de investigación liderado por Geoffrey West y Luis Bettencourt han aportado nueva luz a la comprensión del fenómeno urbano. Este grupo de investigadores del Santa Fe Institute ha publicado una serie de artículos científicos que consolidan la comprensión del fenómeno urbano como un sistema complejo capaz de ser modelado mediante matemáticas avanzadas y técnicas de representación como la teoría de redes y la dinámica de sistemas. En particular, las investigaciones de West y Bettencourt (2006) describen patrones de aparición de sistemas complejos que eventualmente modelan la relación superlineal entre el crecimiento cuantitativo de la población de los asentamientos humanos y factores como la creación de riqueza (2006), el rendimiento de actividades intensivas en innovación (2007), la velocidad de interacción social en entornos urbanos (2008), así como la diversidad de servicios e industrias (2013). Además, esfuerzos de examen análogos describen la relación sublineal y las ventajas asociadas con las economías de escala derivadas del crecimiento demográfico, como la eficiencia infraestructural (2010) y el consumo de recursos per cápita.

Artículos como *Un físico resuelve la ciudad* (New York Times, 17 de diciembre de 2010), *Las matemáticas ocultas de organismos, ciudades y empresas* (The Economist, 11 de mayo de 2017) y *Cómo las leyes de la física gobiernan el crecimiento en los negocios y en las ciudades* (New York Times, 26 de mayo de 2017) glosan elocuentemente los logros del equipo del Instituto de Santa Fe y anticipó el progreso logrado por numerosos investigadores alrededor del mundo en los últimos años. Con el objeto de nombrar algunas de las contribuciones más destacadas a la disciplina de las ciencias urbanas en los últimos años, cabe destacar las aportaciones del equipo de City Science de Kent Larson en el MIT Media Lab, el grupo de Dinámicas Humanas de Sandy Pentland, el City Form Lab de Andrés Sevtsuk en el Harvard GSD, Senseable City Lab de Carlo Ratti, Growth Lab de Ricardo Hausmann en la Harvard Kennedy School, el equipo de complejidad económica de César Hidalgo y el Centro de Análisis Espacial Avanzado de Michael Batty en la University College London (CASA - UCL), así como el grupo global de profesionales reunidos bajo el paraguas de Urban AI con sede en París, como Laura Narváez Zertuche, Stephan van Dijk, Jacopo Testi, Stefaan Verhulst, Adrienne Schmoeker, Ana Brandusescu, Steve Grimes y Suzanne Fritelli, entre otros.

Un campo de investigación académica relevante para la práctica del diseño urbano y con fuertes implicaciones socioeconómicas que permaneció relativamente inexplorado es el relacionado con los patrones arquetípicos de morfología urbana, sus características subyacentes y las propiedades inherentes de los sistemas complejos que impactan el dinamismo social y la calidad de vida de los ciudadanos en todo el mundo.

4. La necesidad de superar un marco metodológico obsoleto: externalidades negativas del urbanismo del siglo XX

4.1. Limitaciones de los modelos *Top-down*

Los modelos de desarrollo urbano que se apoyan exclusivamente en criterios *top-down*, en ausencia de métodos empíricos de validación de hipótesis de trabajo, corren el riesgo de sucumbir a apriorismos ideológicos carentes del debido rigor, lo cual puede generar efectos perniciosos para la calidad de vida de los ciudadanos. A modo de ejemplo, el Gobierno norteamericano de la era Eisenhower, en plena Guerra Fría, apostó por promover de manera deliberada el patrón de crecimiento en baja densidad, trufando el país de barrios residenciales conformados principalmente por viviendas unifamiliares, bajo la hipótesis de disponer de una ventaja geopolítica-militar frente a la Unión Soviética. Estudios como *Sprawl as Strategy: City Planners Face the Bomb* (2001), *Disaster and decentralization: American cities and the Cold War* (2003) o *The City as Communications Net: Norbert W., the Atomic Bomb, and Urban Dispersal* (2004) ahondan en los motivos que llevaron al Departamento de Defensa a promover durante décadas un crecimiento de baja densidad, aspirando a forzar a los estrategas soviéticos a disparar exponencialmente su capacidad de ataque nuclear, que transformó radicalmente el carácter de la ciudad norteamericana, afectando de manera indirecta los patrones de crecimiento en Europa, Latinoamérica y el resto del mundo. Con el correr de los tiempos, dicha tendencia conllevó un aumento sustancial de la atomización social y de debilitamiento de los lazos de relación entre las personas a todos los niveles.

4.2. Limitaciones de los modelos *Bottom-up*

Por otra parte, los modelos de desarrollo urbano fundamentalmente promovidos por lógicas empíricas ultralocalistas, que aspiran a satisfacer una demanda local al margen de la ciudad en su conjunto, corren el riesgo de caer constantemente en mecanismos de sobrecompensación, generando a largo plazo efectos indeseados como el reforzamiento de las desigualdades y del darwinismo social, la segregación territorial por motivos económicos, la gentrificación que expulsa a los vecinos más vulnerables de un barrio, las ineficaces redundancias en el abastecimiento de servicios o la generalización masiva de patrones arquitectónicos altamente ineficientes.

Desde finales del siglo XX, la aceleración cada vez más caótica del proceso de urbanización en todo el mundo ha exacerbado problemas urbanos como el hacinamiento en viviendas deficientes, un fuerte aumento del tráfico en las horas pico y del tiempo promedio de viaje al trabajo, oportunidades limitadas de empleo estable, decente y bien remunerado, una brecha de ingresos cada vez mayor, la desaparición gradual del comercio local y las interacciones sociales cotidianas, la aparición de *desiertos alimentarios* en las grandes áreas urbanas, la ineficiencia energética e hídrica, y el aislamiento social y la soledad debido a la atomización urbana. Tras el impulso inicial proporcionado por los fundadores de la planificación urbana moderna en el siglo XIX, la ciencia de las ciudades languideció durante más de 100 años hasta los albores del siglo XXI.

A pesar del surgimiento de diversas tendencias estéticas en el urbanismo y la arquitectura, como el movimiento asociado con los *Congresos Internacionales de Arquitectura Moderna* (1928-1959), estas contribuciones no siempre constituyeron un progreso real en la ciencia de las ciudades ni mejoraron nuestra comprensión del fenómeno urbano y cómo afecta la calidad de vida de las personas. Dicha pausa obstaculizó progresivamente la capacidad de los planificadores urbanos para estar a la altura de los desafíos de su tiempo. En los años cincuenta, la activista urbana Jane Jacobs denunció en *The Death and Life of Great American Cities* que el urbanismo de posguerra había dado prioridad al coche sobre los peatones en los espacios públicos y que se estaba perdiendo vitalidad en los centros históricos de las ciudades, que se deterioraron significativamente en la segunda mitad del siglo. El profesor de Harvard Robert Putnam y la célebre socióloga Saskia Sassen describieron en obras como *Bowling Alone* (2000), *Better Together* (2003) o *The Global City* (2002) el colapso de la vida asociativa y comunitaria como resultado de los efectos perjudiciales de la excesiva suburbanización y la atomización social derivada de ella. El arquitecto y urbanista brasileño Jaime Lerner denunció el carácter abusivo de los proyectos de renovación urbana de tipo faraónico, argumentando que las iniciativas estratégicas de transformación urbana a menor escala podrían generar cambios sistémicos significativos en el mediano y largo plazo.

Por su parte, el experto en movilidad Robert Cervero señaló en *Transit Metropolis* (1998) las consecuencias negativas del crecimiento suburbano de baja densidad y propuso varias iniciativas para alinear el desarrollo urbano compacto con sistemas de movilidad que prioricen el transporte público, reduzcan el tiempo de viaje y los costos de transporte y promuevan una mayor interacción social. El arquitecto y urbanista Jan Gehl subrayó en *Cities for People* (2010) la decadencia de los espacios públicos y la marginación de los peatones, lo que provocó falta de seguridad pública, mayores tasas de criminalidad, la pérdida de una floreciente comunidad empresarial local y la deshumanización del espacio público. En una línea similar, el diseñador urbano Jeff Speck definió las consecuencias negativas de la excesiva dispersión geográfica de las actividades urbanas y propuso recuperar los centros urbanos densos para revitalizar la vida social de las ciudades de todo el mundo.

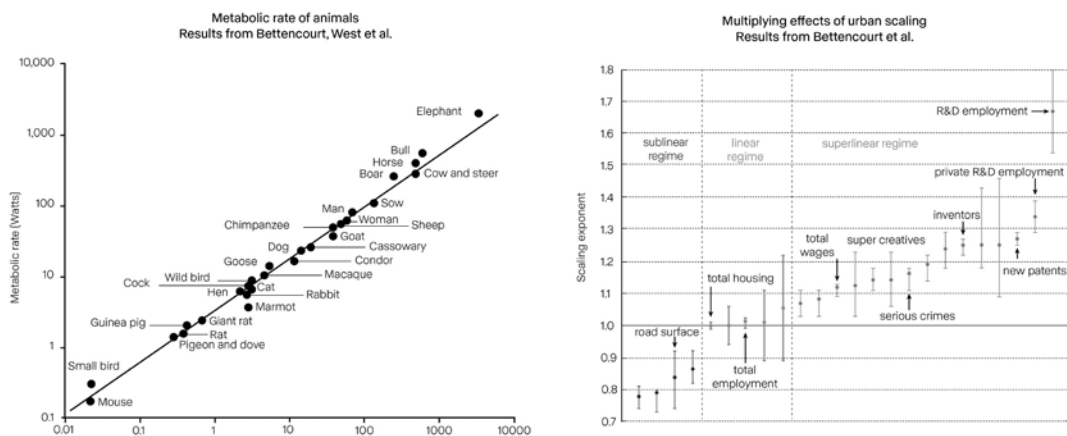
5. Una revolución metodológica al servicio de los ciudadanos

5.1. La Ciencia de la Complejidad y la Teoría de Redes dan un nuevo impulso al urbanismo

Desde que el equipo del Instituto Santa Fe (Nuevo México) dirigido por los profesores Geoffrey West y Luis Bettencourt contribuyó con un impulso renovador al desarrollo de la Ciencia de las Ciudades, la disciplina del urbanismo ha experimentado una elevación sustancial de su vigor. Hoy en día, nuevos métodos de modelización del fenómeno urbano nos permiten llevar a cabo diagnósticos precisos de los desafíos del desarrollo urbano sostenible, proporcionando datos rigurosos para servir de apoyo a los líderes y expertos urbanos en sus procesos de toma de decisiones. La armonización del legado construido por urbanistas, arquitectos, ingenieros civiles y otros profesionales durante el último siglo con nuevos métodos para analizar el fenómeno urbano como

un sistema complejo —en otras palabras, basándose en la ciencia de la complejidad—, así como el aprendizaje automatizado, la teoría de redes y la inteligencia artificial nos permiten identificar patrones estructurales de buenas prácticas en el campo del diseño urbano para encontrar soluciones viables a los apremiantes desafíos urbanos a los que tenemos que hacer frente.

En un influyente cuerpo de investigación, Geoffrey West y sus colaboradores han estudiado la notable similitud entre ciudades y seres vivos en función de la escala de su cuerpo y el número de residentes (Bettencourt, Lobo, Helbing, Kühnert y West, 2006). Existen leyes simples y universalmente aplicables que vinculan el tamaño de los mamíferos con sus funciones biológicas fundamentales, como el metabolismo y el consumo de energía. Si describimos todos los mamíferos en un gráfico *log-log* y evaluamos la relación entre su masa corporal en kilogramos y su tasa metabólica, observamos una línea de regresión perfectamente ajustada. Cada vez que comparamos animales que duplican su peso, observamos una disminución sublineal de la velocidad del latido del corazón, del consumo de energía y del esfuerzo metabólico. Al mismo tiempo, detectamos un aumento superlineal en términos de mayor esperanza de vida, capacidades físicas superiores y mayor resiliencia general al abordar amenazas potenciales o riesgos ambientales. Esto implica que, independientemente de su tamaño, todos los mamíferos son una manifestación a escala de un único mamífero idealizado. ¿Podría ser esto también cierto para las ciudades y aglomeraciones humanas? West y sus colaboradores demostraron que esto es, de hecho, el caso al analizar una miríada de fenómenos urbanos como la infraestructura, el crimen, la contaminación, la creación de riqueza y la innovación. Su investigación demostró que existen leyes de potencia universalmente aplicables en diferentes geografías y dimensiones económicas que traducen el tamaño de una ciudad medido por la población y otras medidas a los fenómenos urbanos enumerados anteriormente. Estas leyes pueden clasificarse como lineales, superlineales o sublineales determinadas por el exponente de la ley de potencia y tienen implicaciones interesantes (Bettencourt *et al.*, 2006).



La sorprendente analogía matemática entre Ciudades y Animales establecida por Geoffrey West y Luis Bettencourt

La investigación académica en el campo de la teoría de redes aplicada al análisis de la complejidad económica y el *know-how colectivo* impulsada por la ciencia intenta modelar la relación entre el

acervo de conocimiento en una región y los resultados económicos (Hidalgo y Hausmann, 2009). La investigación académica llevada a cabo por el equipo de Aretian en Harvard incorpora estas intuiciones, pero a su vez potencia el alcance del análisis a escala de ciudad y distrito e incorpora datos de mayor calidad, como datos de compañías georreferenciadas. Además, el análisis del desarrollo económico urbano presentado en este artículo tiene en cuenta las leyes de potencia en escenarios urbanos propuestos por Bettencourt *et al.* (2010), que se centran en la relación universal entre escala y fenómenos urbanos mediante el uso de descripciones gráficas de efectos sublineales o superlineales con escalas de agregación cada vez mayores. Así, la ciencia urbana de frontera considera el estudio de las economías de aglomeración realizado por Ellison y Glaeser (2009). Esta corriente de la literatura intenta desentrañar el efecto de la ventaja comparativa local y los efectos de contagio endógenos para explicar la distribución geográfica de la actividad económica. La literatura encuentra que las externalidades intraindustriales juegan un papel importante y que las ventajas naturales locales tienen un poder explicativo limitado. Nos basamos en estos hallazgos para concentrarnos en las poderosas externalidades impulsadas por actividades innovadoras en entornos urbanos.

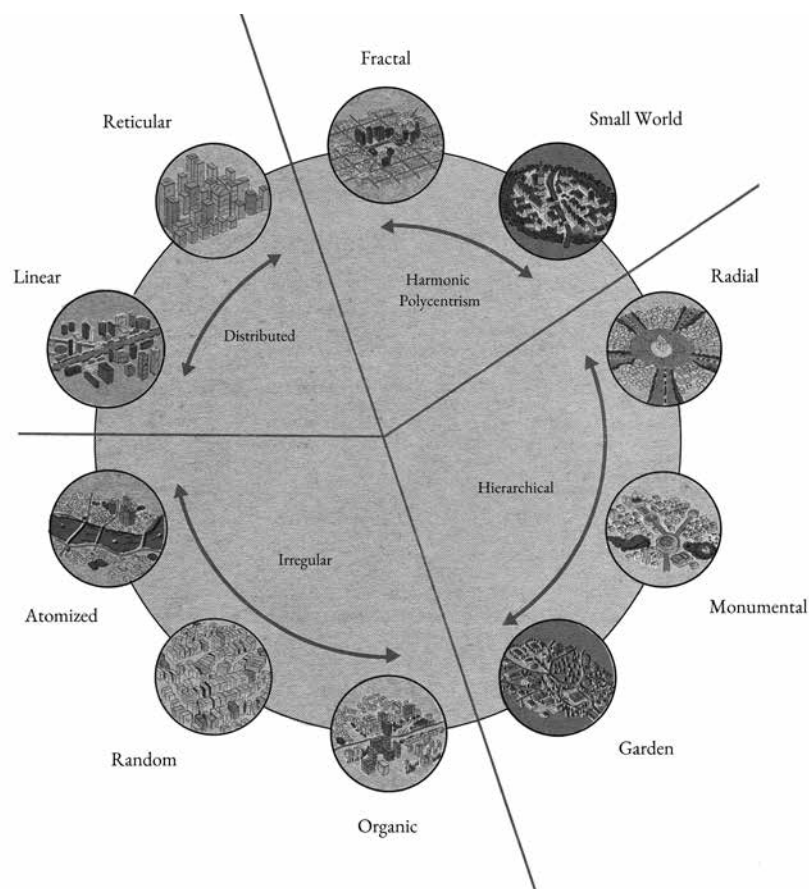
El enfoque basado en evidencia a nivel de ciudad para aumentar el rendimiento urbano, desarrollado por Kent Larson y Andres Sevtsuk, sirve como fuente de inspiración para cerrar la brecha entre la geografía económica, los estudios de complejidad económica y el diseño urbano (Ekmekci *et al.*, 2016). La complejidad económica se toma como una medida del conocimiento o *know-how* colectivo. El estudio de cómo las personas colaboran para agregar valor a la economía se remonta a los escritos de Adam Smith (1776), quien analizó las ventajas asociadas a la división del trabajo.

5.2. El Rendimiento sigue la Forma: cómo la morfología urbana impacta en el tejido social

Los avances recientes logrados en el ámbito de la investigación científica de las ciudades y los modelos de complejidad económica desarrollados por el equipo de Aretian del Harvard Innovation Lab iluminan cómo las tipologías de desarrollo urbano y las estrategias de desarrollo económico impactan los patrones de crecimiento y la calidad de vida de los ciudadanos. La capacidad de recrear digitalmente entornos urbanos y modelar sus características permite medir sus niveles de rendimiento urbano, evaluar la relación entre las políticas urbanas y el rendimiento de la ciudad e iluminar las relaciones sutiles, no triviales y estructurales entre la toma de decisiones y el impacto social de las mismas. Posteriormente, podemos proceder a identificar los ingredientes y la dinámica subyacentes que se esconden tras el éxito de una ciudad o comunidad determinada.

La metodología reseñada en el presente artículo se apoya en las contribuciones académicas teórico-prácticas presentadas de manera holística por el equipo de Aretian en *City Science: Performance Follows Form* (Gras y Burke, Actar Publishers, NYC, 2023), así como en una serie de investigaciones y publicaciones académicas que profundizan en varios aspectos de la metodología iniciada en el contexto de la tesis de 2018 titulada *Urban Innovation Hub Design: Building Bridges to Prosperity. A Network Theory-based Approach to Promote Sustained Cycles of Prosperity by Designing Innovation Districts and Centers in Synergy with Logistics Hubs*.

City Science: Performance Follows Form presenta una metodología novedosa para modelar ciudades y entornos urbanos como sistemas complejos tridimensionales, susceptibles de ser evaluados, analizados y representados mediante principios de la teoría de redes. El libro presenta cinco hipótesis centrales y su validación basada en evidencia, e ilustra los conceptos fundamentales analizando 100 ciudades globales a través de la lente del nuevo método. De manera complementaria, *Atlas of Innovation Districts* (2019) presenta una serie de métodos, conceptos y métricas clave de rendimiento para definir las propiedades inherentes y estimar el éxito de ecosistemas urbanos prósperos, ilustrados mediante el análisis de 50 distritos de innovación notables en los Estados Unidos de América. *Multiplying Effects of Urban Innovation Districts: Geospatial Analysis Framework for Evaluating Innovation Performance within Urban Environments* (2022) mide el excedente no lineal asociado con ecosistemas maduros de economía del conocimiento en todo el territorio de EE. UU. El artículo titulado *Geospatial Analysis Framework for Evaluating Urban Design Typologies in Relation with the 15-minute City Standards* (2022) presenta 10 tipologías de formas de ciudad, su analogía con redes complejas, sus propiedades intrínsecas e identifica relaciones fundamentales entre las tipologías de diseño urbano y los respectivos patrones de interacción social.



Los diez principales arquetipos de desarrollo urbanístico de acuerdo con la Ciencia de las Ciudades
City Science: Performance Follows Form (Actar, NYC, 2023)

El análisis exhaustivo de la naturaleza de las principales redes urbanas de áreas metropolitanas de todo el mundo revela que la mayoría de los entornos urbanos siguen variaciones de 10 patrones arquetípicos: la Ciudad de Pequeño Mundo, la Ciudad Radial, la Reticular, la Lineal, la Orgánica, la Aleatoria, la Atomizada, la Monumental, la Ciudad Jardín y finalmente la Ciudad Fractal. Cada patrón morfológico esencial se caracteriza no solo por un conjunto de características estéticas similares, sino también por características científicas de red, propiedades emergentes y dinámicas internas comunes. Aplicamos esta metodología a datos recopilados en 100 áreas metropolitanas de todo el mundo y sus subdivisiones internas en pequeñas unidades de mil residentes. Al agrupar las subdivisiones en aglomeraciones submunicipales basadas en características de forma urbana comunes, es posible identificar y caracterizar su tejido interno de tipologías de forma de ciudad y evaluar sus respectivas métricas e indicadores de rendimiento urbano.

Inspirándonos en la lógica de los grafos de red concebida por Euler, las clasificaciones de grupos ontológicos de Évariste Galois, la ciencia de la complejidad y los principios de la información desarrollados por Geoffrey West y su equipo, y derivados de las intuiciones y enfoques científicos estimulados por los padres fundadores Louis Durand e Ildefons Cerdà, hemos desarrollado un método de tres pasos que nos permitió dibujar y evaluar la relación compleja y delicada, no trivial, estructural, sistemática y causal entre la forma de la ciudad y el rendimiento urbano.

Tres redes urbanas centrales definen la naturaleza idiosincrásica de las ciudades y la calidad de las redes humanas que habitan y operan dentro de ellas: las redes de talento, industrias y diseño urbano. Los dos primeros sistemas urbanos resumen la naturaleza y las cualidades de las relaciones estructurales entre ciudadanos y visitantes por igual. El último describe las propiedades físicas del entorno construido que nos rodea y condiciona sutilmente nuestra psique individual y social. Cuanto mayor sea la calidad de esas tres redes urbanas, mayores serán las posibilidades de que una persona determinada prospere fructíferamente dentro de la comunidad. Las cualidades resultantes de dicha sociedad pueden estimarse indirectamente mediante métricas de rendimiento urbano, que miden cuantitativamente la calidad de las tres redes urbanas, en términos de su eficiencia y calidad de urbanización, el *know-how* o conocimiento colectivo y la capacidad de acceder a servicios y comodidades críticos, y las redes sociales subyacentes permiten que la economía del conocimiento avance, creando así nuevos productos y servicios que impulsan la prosperidad, el potencial humano y la calidad de vida de la comunidad.

5.3. Tipologías de redes urbanas que merecen especial atención: la Ciudad Orgánica y la Ciudad Fractal

En términos generales, cada patrón de desarrollo urbano arquetípico encarna un conjunto de valores estéticos, morales y funcionales que pueden modelarse y comprenderse en su esencia orgánico o Lognormal, y la red urbana fractal o Scale-Free. Los patrones de desarrollo urbano orgánicos, Lognormales y basado en distribuciones de Poisson constituyen la tipología de diseño urbano observada con mayor frecuencia, ya que describen patrones de crecimiento orgánico que no requieren especiales habilidades o cualidades de diseño. Los modelos de crecimiento orgánico tienden a responder a necesidades cortoplacistas e hiperlocales a expensas de la calidad general del sistema urbano y, en términos generales, adoptan e inducen una visión del mundo y un patrón de relaciones oligárquicas. Es muy frecuente encontrar sistemas oligárquicos, pero tienden a

replicar desigualdades heredadas y presentan dos grandes reveses: tienden a marginar a los segmentos más vulnerables de la sociedad, al tiempo que obstaculizan el potencial de los ciudadanos más virtuosos y capaces. Las redes urbanas Scale-Free, descubiertas hace un cuarto de siglo por el investigador Albert-László Barabási, presentan por el contrario dos ventajas principales: por una parte, integran de manera igualitaria e inclusiva a los segmentos más vulnerables de una sociedad, al tiempo que empoderan y dan alas a los ciudadanos más talentosos y prometedores. Las redes urbanas de tipo Scale-Free tienden a estructurarse en torno a sistemas autosimilares altamente fractales, compuestos de jerarquías anidadas de individuos que colaboran dinámicamente dentro de un sistema basado en la libertad y el mérito.

Cuanto más fuertes sean las características autosemejantes o fractales de una red urbana, mayores serán las posibilidades de que una ciudad produzca las condiciones que faciliten el desarrollo de una existencia humana libre y plena. Por el contrario, cuanto más fuertes sean los rasgos orgánicos, más oligárquica tenderá a ser una determinada sociedad. Para que una sociedad sobresalga en su cometido de crear las condiciones para que los ciudadanos prosperen, los líderes urbanos pueden contribuir a introducir intervenciones de diseño y principios de gestión de la toma de decisiones con el objetivo de reforzar la naturaleza autosemejante, fractal y libre de escala de la sociedad. Cuando introducimos cambios sutiles pero deliberados en un sistema urbano, con el objetivo de aumentar las propiedades autosemejantes de las tres redes urbanas, estamos contribuyendo indirectamente a elevar los niveles de vida y el potencial humano de la comunidad en general. La yuxtaposición de redes altamente fractales de talento, industrias y diseño urbano maximiza las posibilidades de ampliar el conjunto de posibilidades y condiciones que permiten a todos y cada uno de los ciudadanos alcanzar su máximo potencial.

Cada muestra de creatividad humana, ya sea individual o colectiva, representa una manifestación sensorial de la cosmovisión subyacente o *Weltanschauung*. Cuando admiramos la belleza y armonía de un diseño arquitectónico o la configuración estética de un espacio urbano, percibimos íntimamente la esencia de una ciudad expresada a través de las metáforas y cualidades inherentes a la concepción del espacio.

Lamentablemente, algunas modas intelectuales espurias han cuestionado la relación entre estética y función. Escuelas estéticas como el neoplasticismo de Mondrian o el materialismo de Malevich pretendían romper la relación íntima entre arte, artesanía, diseño, estética y función. Tales tendencias inspiraron un catálogo compuesto por una miríada de intervenciones de diseño urbano y espacios arquitectónicos de escasísima calidad estética, que suscitan un rechazo instantáneo, instintivo, visceral e intuitivo en la mayoría de los ciudadanos. La razón por la que tales edificios y barrios se perciben como poco atractivos y poco funcionales es muy clara: se fundamentan en premisas teórico-prácticas falsas, lo que llevó a conclusiones erróneas, diseños poco atractivos y configuraciones de espacios escasamente funcionales, contribuyendo así a la alienación social y la deshumanización.

6. Nuevo impulso de la Ciencia de las Ciudades: la articulación de los razonamientos deductivo, inductivo y abductivo abren nuevas posibilidades

La articulación metodológica de los planteamientos deductivo, inductivo y abductivo nos permite trazar una analogía sistemática entre las tipologías de redes y los patrones de diseño de ciudades. El razonamiento deductivo nos permite establecer hipótesis conceptuales de arriba-abajo que definen la correlación entre los patrones arquetípicos fundamentales de crecimiento urbano y sus modelos análogos de la teoría de redes. El razonamiento inductivo permite validar empíricamente las relaciones causales midiendo una serie de métricas clave de rendimiento a lo largo del tiempo. El razonamiento abductivo, finalmente, nos permite transitar con éxito de una intuición de acto de fe a un territorio analítico bien conocido al establecer un conjunto rastreable de relaciones empíricamente validables que pueden analizar los fenómenos urbanos y confirmar hipótesis específicas en ausencia de información completa. El razonamiento abductivo lanza la flecha de las hipótesis que podemos formular mediante el razonamiento deductivo y validar y perfeccionar mediante el razonamiento inductivo basado en observaciones empíricas sistemáticas y dinámicas mensurables.

La hipótesis central subyacente que hemos demostrado es que el diseño morfológico y la programación territorial de actividades de las ciudades tienden a tener efectos duraderos en la percepción, el comportamiento, las relaciones y la dinámica subjetiva y colectiva del ser humano. Asimismo, está en nuestras manos la capacidad de incorporar deliberadamente en nuestros diseños y composiciones una visión del mundo más humana, que estimule los impulsos más nobles de las personas, en lugar de obstaculizarlos. Como reseñó elocuentemente Winston Churchill, *"damos forma a nuestros edificios, y luego ellos nos conforman a nosotros"*.

La combinación de (1) una definición abductiva y especulativa de hipótesis basadas en la analogía entre la dinámica de la red y la dinámica de la interacción humana dentro del espacio urbano; (2) la conceptualización deductiva y ontológica de tipologías de redes con patrones arquetípicos de diseño de ciudades, con la (3) validación estadística inductiva y empírica de hipótesis, revela relaciones de gran calado, lo que permite llevar a cabo diagnósticos de desarrollo más precisos y metodologías de diseño de mayor calidad.

Una observación fundamental es que los entornos urbanos de más alta calidad se manifiestan siempre que observamos la yuxtaposición de redes Scale-Free con composiciones topológicas y morfológicas fractales con respecto a los tres sistemas urbanos fundamentales: las redes de talento, industrias y diseño urbano. Al igual que en la clásica Parábola de los Talentos, donde los individuos que aprovechan al máximo sus habilidades y dones son los que producen rendimientos exponencialmente relacionados con sus méritos, beneficiando así a la comunidad en general, una sociedad estará mucho mejor siempre que mejore las perspectivas potenciales de cada uno de sus ciudadanos de manera moral, en lugar de limitarlas.

Las estructuras organizativas autosemejantes, como las observadas históricamente en los gremios medievales que trabajaban en sus talleres, tienden a recompensar el mérito personal, la colabo-

ración en equipo y el esfuerzo, al tiempo que estimulan una relación fundacional comunitaria e igualitaria. Cuando una visión del mundo tan saludable y generosa cristaliza en redes organizativas e industrias más amplias, la comunidad humana en general eleva el listón en términos de sus resultados personales y colectivos, su moral y su sentido de pertenencia. Para alcanzar esos estándares de calidad, el entorno físico debe proporcionar el hábitat y el ambiente adecuados. Un diseño urbano altamente fractal con una red altamente autosemejante de industrias en las que opera una red altamente fractal de talento es la receta secreta para imaginar estrategias de desarrollo urbano atractivas y funcionales que aprovechen al máximo la experiencia humana.

Lamentablemente, las estructuras de red más frecuentes en el diseño urbano y la vida organizativa no son las altamente autosemejantes, fractales y Scale-Free, caracterizadas por su policentrismo armónico, sino más bien las redes orgánicas, lognormales, mediocres y de menor calidad basadas en distribuciones Poisson. Los esquemas organizativos de colaboración mediocres o mal articulados que operan sobre industrias estancadas y marginalmente innovadoras, que actúan en un entorno a menudo caracterizado por niveles poco adecuados de densidad, espacios arquitectónicos y entornos urbanos banales constituyen, en la mayoría de los casos, las limitaciones habituales de la vida cotidiana para millones de ciudadanos de todo el mundo. Ser capaz de determinar los ingredientes y las dinámicas que pueden ayudarnos a determinar cómo adaptarnos a entornos urbanos de mayor calidad mientras avanzamos en una economía urbana basada en sistemas igualitarios y basados en el mérito es un objetivo primordial de esta investigación. Una sociedad virtuosa florecerá de forma más natural dentro de un entorno urbano virtuoso caracterizado por esas relaciones libres, igualitarias y basadas en el mérito. Inspirarnos en observaciones de fractalidad y redes sin escala de alta calidad en la naturaleza, la ciencia, el arte y la arquitectura puede ser una de las claves del éxito.

7. Avances y descubrimientos: ¿qué nos revela el análisis empírico de las ciudades globales?

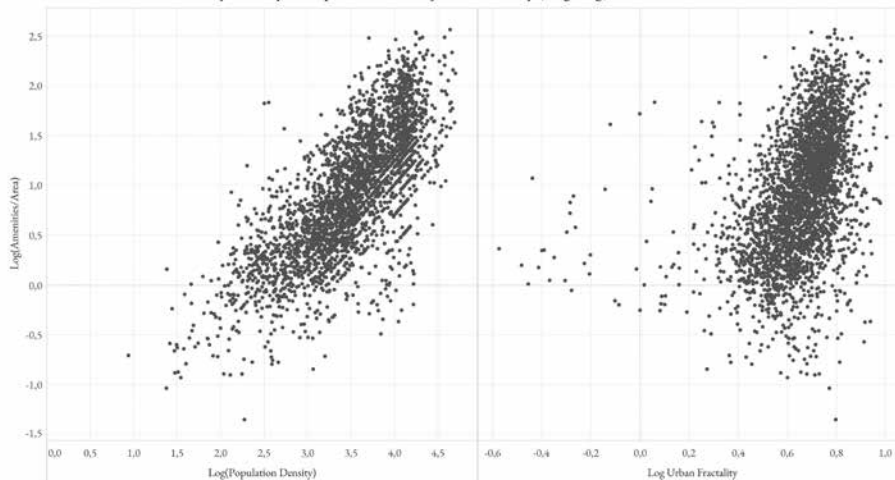
Las tipologías esenciales de morfología urbana y sus características representativas (topología urbana, morfología, entropía, fractalidad y escala) tienen un efecto estructural y universal en el rendimiento urbano, con respecto a la eficiencia de la urbanización, el acceso a los servicios urbanos y la economía del conocimiento. Los resultados de la evaluación científica de la ciudad del rendimiento urbano para cada una de las 10 tipologías de diseño urbano que se muestran en el diagrama circular sugieren que las tipologías de ciudades tienen un efecto sistemático y demostrable sobre el rendimiento urbano. Encontramos que diferentes tipologías presentan resultados claramente diferentes en términos de eficiencia urbanizada (por ejemplo, uso del suelo, área construida y densidad de la red). Específicamente, la relación entre el Índice de Fractalidad Urbana y el indicador de Eficiencia Material Urbanística es positiva y no lineal, lo que indica un patrón superlineal. Esta relación se expresa de manera diferente para cada tipología, lo que resulta en un gradiente que indica que las tipologías de ciudades con un índice de fractalidad más alto superan a las demás en términos de uso eficiente de la infraestructura. En otras palabras, existe un gradiente de eficiencia y un nivel decreciente de superlinealidad entre las tipologías a medida que disminuye la fractalidad. Como resultado, la eficiencia disminuye en las tipologías según el siguiente

orden: ciudades fractales, cuadrículas reticulares, monumentales, lineales, orgánicas, atomizadas, de pequeño mundo, aleatorias, ciudades jardín y finalmente las ciudades radiales. La relación entre el Índice de Fractalidad Urbana y la Centralidad de Red, Conectividad de Red y Densidad de Conexiones presenta una relación no lineal claramente positiva entre ambas variables, indicando nuevamente un patrón superlineal. Este resultado sugiere que las ciudades que están bien equilibradas en muchas escalas en términos de distribución espacial y cantidad de conexiones (desde calles y vías individuales hasta autopistas más grandes) tienden a ocupar menos espacio y utilizar menos material, al tiempo que maximizan el excedente obtenido por las redes sociales, patrones de interacción.

Para que las personas colaboren con éxito mediante la generación de productos y servicios para resolver problemas complejos que enfrenta la sociedad, es necesario que se cumplan una serie de requisitos previos. Si bien la explotación intensiva de los campos agrícolas condujo a la creación de asentamientos humanos permanentes estables, cada vez más prósperos e ingeniosos, así como la división del trabajo y un enfoque científico permitieron la creación y difusión del conocimiento, que a su vez conllevó descubrimientos extraordinarios y creaciones humanas magníficas, debemos reconocer que a menudo las sociedades tienen dificultades para mantenerse autosuficientes y prósperas. La colaboración requiere comunicación frecuente, ya sea en persona o mediante tecnologías de transmisión remota de información. La concentración geográfica de actividades relacionadas con la innovación en proximidad física en entornos relativamente densos, caracterizados por una estructura de red jerárquica de agencias complementarias, es la clave del éxito: desde centros de investigación, transferencia de tecnología y conocimiento, pasando por incubadoras y aceleradores de *startups*, espacios de *coworking*, todo el camino a través de corporaciones y ecosistemas completos de innovación. Los resultados basados en evidencia de la evaluación del rendimiento en innovación de cientos de miles de unidades municipales revelan la naturaleza superlineal y exponencial de las ganancias obtenidas al dar forma a esas comunidades prósperas. Un factor clave de éxito en la configuración de un ecosistema de innovación vibrante es conformar una constelación de lugares de trabajo intensivos en conocimiento que operen en proximidad física, concebidos para facilitar la finalización del viaje de innovación, desde el inicio de la idea hasta la creación de prototipos, la creación del Producto Mínimo Viable (MVP) hasta lanzamiento de productos, consolidación de mercado y escalabilidad de servicios.

Un explorador casual que deambule por el casco antiguo de la ciudad de Brujas en Bélgica puede inadvertidamente quedar asombrado al admirar su escala humana, sus calles altamente transitables y atractivas para los peatones; apreciar el sentido de proporción, belleza y armonía de sus magníficos edificios; así como el ambiente encantador y acogedor que emana de su configuración de ciudad familiar, de tamaño razonable y servicios accesibles. Percepciones estéticas y sensoriales análogas pueden estimular el alma de cualquier persona que muestre aprecio por lo bello, lo bueno y lo sublime cada vez que pisa las calles de los barrios antiguos de Tallin, Kioto, Venecia, Buenos Aires o el centro de Boston. Lo que todos estos espacios urbanos bellamente concebidos tienen en común son las sutiles propiedades de diseño subyacentes que —ya sea consciente o inconscientemente— percibimos, apreciamos y experimentamos. Comprender las propiedades específicas, la dinámica de sistemas y las implicaciones funcionales de diferentes configuraciones de diseño abre un nuevo mundo de posibilidades en términos de elevar el nivel de calidad del diseño arquitectónico y la calidad de vida de ciudades.

Global Cities Database: Amenity Density vs Population Density and Fractality (Log-Log)



Impacto exponencial de la Densidad y la Fractalidad en el acceso a servicios a escala global

Una conclusión clave de los estudios realizados es que duplicar la fractalidad de la forma de la ciudad o la calidad del diseño permite aumentar hasta el orden del 32 % la capacidad de acceder a servicios y comodidades urbanos, aumentando así las posibilidades de alcanzar los estándares de ciudad de 15 minutos. Una combinación de alta densidad y alta fractalidad ayudaría a una ciudad a alcanzar los estándares de Ciudad de 15 Minutos en todo el continuo urbano. Una mayor eficiencia del diseño urbano tiende a aumentar drásticamente el acceso a los servicios. En contraposición, cada vez que doblamos el nivel de densidad urbana, observamos unas economías de escala del 19 %, siempre que no se supere el rango óptimo de densidad propio de cada asentamiento humano.

8. ¿Qué es la fractalidad o autosemejanza del diseño urbano? Los patrones morfológicos más elegantes y eficientes presentes en la naturaleza inspiran el mejor diseño urbano

La fractalidad urbana mide el grado de armonía o autosimilitud de la forma urbana, compuesta por nodos jerárquicos estructurados de manera anidada en la que hay grandes elementos centrales, rodeados por un segundo nivel y luego intercalados con elementos del tercer nivel y los niveles posteriores. Las características pueden incluir espacios residenciales, actividad económica, sistemas hospitalarios y educativos, parques, centros de transporte, etc. Cuanto mayor sea el número, mayor será la fractalidad y, posteriormente, mayor será el rendimiento económico, la eficiencia de la urbanización y el acceso a servicios y comodidades. La fractalidad o autosemejanza es equivalente al policentrismo armónico y es el mejor predictor de la eficiencia del diseño urbano y los altos niveles de logro de los estándares de la Ciudad de 15 Minutos. Los altos niveles de frac-

alidad urbana presentan una combinación de una red urbana descentralizada y distribuida con centros locales o nodos líderes que permiten los efectos multiplicadores de la concentración. El brillante matemático franco-polaco Benoît Mandelbrot desarrolló el concepto de dimensión fractal, y con ello contribuyó a cerrar la brecha entre el arte y la ciencia, demostrando que estos dos campos del conocimiento no son mutuamente excluyentes. Mandelbrot observó que las estructuras autosemejantes se podían observar con frecuencia en la naturaleza, así como en el arte, y que las propiedades de autosemejanza morfológica presentaban una combinación inusual de belleza formal y eficiencia empírica. En sus propias palabras: *"La forma de geometría que me interesó cada vez más es la más antigua, la más concreta y la más inclusiva, específicamente potenciada por el ojo y ayudada por la mano y, hoy, también por la computadora... aportando un elemento de unidad a los mundos del conocimiento y del sentimiento... y, sin saberlo, como beneficio adicional, con el propósito de crear belleza. [...]. Las nubes no son esferas, las montañas no son conos, las costas no son círculos, la corteza no es lisa ni los rayos viajan en línea recta"*. La fractalidad de la forma de la ciudad se puede medir mediante la dimensión de Hausdorff-Besicovitch. Se pueden percibir patrones de diseño altamente fractales o autosimilares tanto en obras maestras arquitectónicas de clase mundial, como la Cattedrale di Santa Maria del Fiore, la Sagrada Familia en Barcelona, la Real Chiesa di San Lorenzo en Turín, el Boston Back Bay Area, la Catedral de Ely, Frauenkirche, Dresden, la ciudad de Blois en Francia, Frederiksborg en Dinamarca, el Palacio Hofburg en Viena, así como en ejemplos globales de arquitectura vernácula como Castle Combe en Inglaterra.

El concepto de entropía de la información fue introducido por Claude Shannon en su artículo de 1948 "Una teoría matemática de la comunicación", y también es conocida como entropía de Shannon. Geoff Boeing, planificador urbano y profesor de análisis espacial en la USC - Sol Price School for Public Policy concibió una técnica de visualización para describir de manera visualmente sucinta los patrones de orientación de las calles de una ciudad, resumiendo así, entre otros aspectos, los ejes dominantes, patrones de crecimiento y el grado de regularidad observado en una zona urbana determinada.

9. Impacto de la morfología y la zonificación de actividades en la calidad de vida de los ciudadanos

Los esfuerzos de investigación científica de las ciudades revelan patrones y resultados de rendimiento interesantes. Un tipo de ciudad que vale la pena observar meticulosamente es la Ciudad Fractal, intrínsecamente definida por su estructura de red libre de escala, su autosemejanza estética y su policentrismo armónico. La ciudad fractal está construida con una serie de centros (centros urbanos/vecinales) que están estratégicamente distribuidos por toda la ciudad, brindando acceso a importantes servicios tanto para residentes como para los trabajadores y compañías. Matemáticamente, hemos demostrado que esta distribución genera beneficios no lineales positivos, impulsados por la Ley de Pareto, mediante la agregación de infraestructuras y actividades urbanas. Más que cualquier otro tipo de ciudad, la estructura fractal proporciona acceso equitativo a servicios críticos y movilidad dentro de distancias transitables. Después de analizar cientos de áreas metropolitanas en todo el mundo, encontramos que solo una de las 10 tipologías de diseño urbano es capaz de cumplir con los estándares de calidad asociados con los Objetivos de Desarrollo Soste-

nible y el modelo de Ciudad de 15 Minutos: la ciudad fractal. La jerarquía armoniosa de centros que se encuentran en áreas con diseño predominantemente fractal tiende a facilitar altos niveles de rendimiento urbano en términos de creación de valor (colaboración humana productiva para impulsar la economía del conocimiento), maximización del acceso a servicios y comodidades, y belleza y eficiencia del diseño urbano. La función de densidad de probabilidad típicamente asociada con ciudades y redes fractales es la función de ley de potencia/Pareto, con una topología y morfología moldeadas por redes libres de escala o *Scale-Free*.

Aplicaciones de la Ciencia de las Ciudades: relaciones fundamentales entre morfología y rendimiento urbano

Indicador	Relaciones de causa-efecto esenciales
Índice de Fractalidad Morfológica Urbana	La fractalidad de la forma de la ciudad es la característica de diseño urbano más destacada y analíticamente informativa cuando se trata de predecir la eficiencia de la urbanización, la interacción social de alta calidad, los efectos multiplicadores de la economía del conocimiento y el acceso a los servicios: cuando duplicamos el indicador de fractalidad, se produce de promedio un aumento superlineal del 32 % en la eficiencia material de la urbanización y superlinealidad de la interacción social, tanto en lo que se refiere al acceso a servicios esenciales como a los beneficios derivados de los efectos multiplicadores de la economía del conocimiento.
Población	Cada vez que una ciudad dobla su población, el factor de escala induce cambios estructurales como resultado de los beneficios exponenciales, superlineales, de la agregación estratégica. Así, los efectos estructurales de duplicar la población de un asentamiento urbano tienden a producir un aumento per cápita del 15 %: +15 % de promedio de indicadores de riqueza per cápita +15 % de promedio de indicadores de la economía del conocimiento per cápita +10-20 % de patentes e innovaciones per cápita +12-18 % de promedio de interacción social per cápita +12-20 % de la velocidad de las interacciones humanas +12-20 % de la eficiencia de la cadena de suministro +12-20 % de promedio de indicadores de diversidad de negocios y empleos per cápita +12-20 % de la productividad per cápita

Indicador	Relaciones de causa-efecto esenciales
Densidad de Población	La densidad urbana presenta una relación positiva y no lineal con el rendimiento urbano (aumento del 19 % al duplicar la densidad), pero está limitada por límites físicos. Los patrones óptimos o deseables de densidad y crecimiento de la población pueden informarse en función de la población y el área disponible.
Indicador de Eficiencia Urbanística (Betweenness)	Un patrón de crecimiento autosimilar permite aumentar sustancialmente la distribución geoespacial de servicios y comodidades mientras se utilizan menos recursos materiales (reducción al 76 % del coste material al duplicar la fractalidad de diseño urbano).
Entropía Urbana	Los patrones de planificación urbana que incorporan valores de entropía de forma urbana intermedios (aproximadamente alrededor del 50 % de entropía urbana) logran los grados máximo/óptimo de eficiencia de urbanización.
Indicadores Urbanos de la Innovación	<p>Una estrategia de diseño urbano que crea jerarquías anidadas de ecosistemas de innovación promueve las mejores prácticas para impulsar la economía del conocimiento, al integrar armoniosamente actividades económicas altamente sofisticadas con el diseño y la programación del espacio.</p> <p>KPI de innovación: la concentración geoespacial del empleo en la economía del conocimiento, junto con la fructífera dinámica de intercambio de conocimientos entre el mundo académico, las nuevas empresas y las empresas innovadoras, permite la realización de los efectos multiplicadores de la concentración de la red de innovación Scale-Free.</p>
Indicadores de Complejidad Económica y Competitividad de Industria a escala urbana	<p>Una combinación de una economía altamente diversificada (PDI, resiliencia, adaptabilidad) y productos y servicios sofisticados/complejos (PCI) favorece la combinación óptima para elevar el grado de competitividad global (RCA), las exportaciones, el empleo bien remunerado y disparar el nivel de prosperidad.</p> <p>Los resultados del análisis de complejidad económica permiten clasificar cualquier industria dentro de una ciudad según Densidad de Producto, Complejidad, Ingresos y Ventaja Comparativa Global, adaptando así las recomendaciones para cada sector y ciudad.</p>

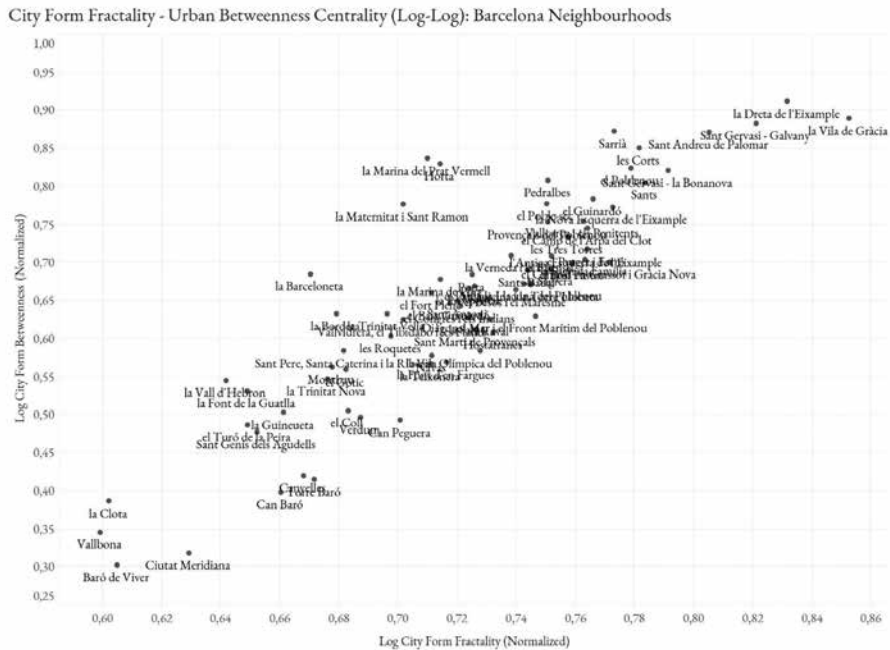
Indicador	Relaciones de causa-efecto esenciales
Estándares de la Ciudad de los 15 Minutos	La combinación de un nivel de densidad medio-alto, asociado al modelo de ciudad compacta, con niveles de fractalidad morfológica elevados, entropía cercana al 50 %, y una distribución autosemejante de servicios en el territorio permiten satisfacer los estándares de calidad de la ciudad de los 15 minutos. Tan solo el 4 % de las áreas urbanas de las principales ciudades del mundo satisfacen los estándares de calidad de la ciudad de los 15 minutos.

Las estructuras fractales se pueden percibir en la naturaleza, la ciencia, el arte y la arquitectura, y a menudo se asocian con la belleza, la armonía y sistemas altamente eficientes y equilibrados. Las ciudades fractales combinan los beneficios multiplicadores y no lineales de la concentración geográfica de la actividad intensiva en conocimiento con un diseño policéntrico y descentralizado, donde cada rincón de la ciudad está a 20 minutos a pie de todos los servicios esenciales: educación, atención médica, tiendas, empleo, oportunidades lúdicas, culturales, etc. De esta forma se aprovechan los beneficios multiplicadores de la concentración geográfica de usos en el centro de la ciudad, al tiempo que se facilita una distribución policéntrica de centros de segundo, tercer y cuarto nivel alrededor de plazas e intersecciones repartidas a lo largo y ancho del tejido urbano. Ejemplos representativos de ciudades altamente fractales incluyen el área de Norrmalm en Estocolmo, Back Bay de Boston, La Plata en Argentina, y el Eixample de Barcelona. Observamos pues un modelo global, sistemático y generalizable, que presenta las bases para un modelo de Ciencia de las Ciudades con carácter universal susceptible de ser perfeccionado con el tiempo. La validación empírica de una serie de hipótesis que evalúan la dinámica oculta entre el diseño de la ciudad, las relaciones humanas y la experiencia subjetiva de ciudadanos y visitantes solidifica la integración de modelos conceptuales ontológicos *top-down* con observaciones empíricas *bottom-up*.

En primer lugar, los rasgos morfológicos de toda ciudad pueden definirse como indicadores medibles, y la evaluación de características topológicas, morfológicas, de escala, entropía y fractalidad revela que ciertos patrones arquetípicos tienden a presentar características y propiedades dinámicas similares. En segundo lugar, concluimos que existe una relación estructural entre dichas características de diseño y los indicadores de rendimiento urbano, en particular la fractalidad, la entropía y la densidad. Finalmente, identificamos un número finito de patrones fundamentales de crecimiento de la red con un número infinito de variaciones. Dichas tipologías fundamentales tienden a inducir ciertos tipos de comportamiento y muestran patrones universales de rendimiento. Al evaluar la relación entre la forma de la ciudad y el rendimiento urbano se pueden derivar varios conjuntos de aprendizajes muy reveladores.

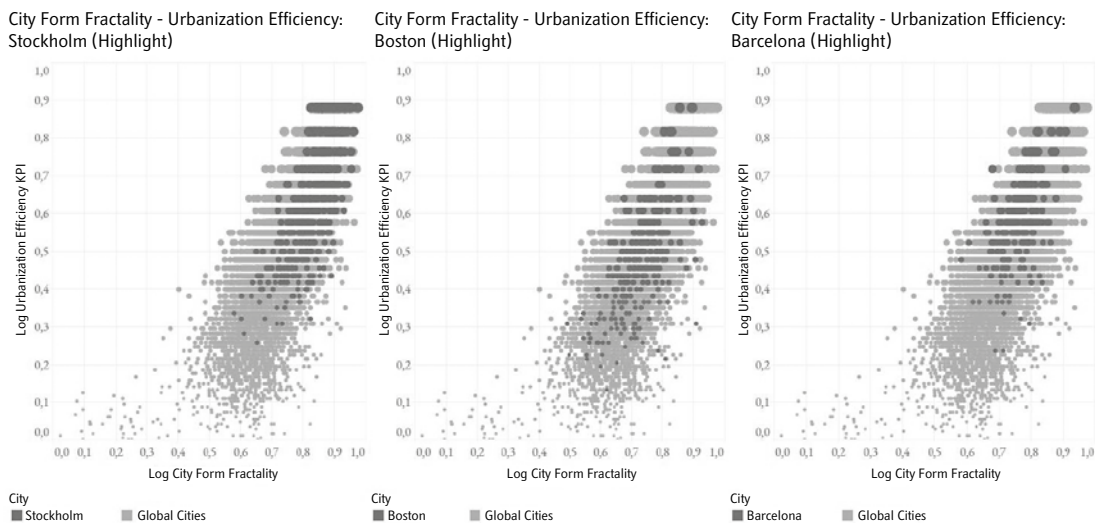
La fractalidad de la forma de la ciudad es la característica de diseño urbano más destacada y analíticamente informativa cuando se trata de predecir la eficiencia de la urbanización. El análisis basado en la ciencia de las ciudades de los patrones de desarrollo urbano en todo el mundo revela una relación positivamente no lineal y exponencial entre la fractalidad de la forma de la ciudad y la eficiencia de la urbanización, en términos de mayor rendimiento urbano para los patrones de interacción social, acceso a servicios y comodidades urbanos, acceso a la movilidad, estaciones y

servicios de transporte, y eficiencia de la infraestructura por habitante. Por lo tanto, contribuir a aumentar la fractalidad general del diseño urbano puede permitir que una ciudad se convierta en un entorno atractivo para vivir y trabajar, tan pronto como alcance su estado de madurez.



Relación entre Fractalidad Morfológica y Eficiencia Urbana en la escala *log-log* (Barcelona):
los barrios mejor diseñados de Barcelona son aproximadamente seis veces más eficientes que los peor concebidos

El análisis *log-log* entre la fractalidad de la forma de la ciudad y la eficiencia de la urbanización revela la naturaleza positiva y no lineal de la relación entre la autosimilitud morfológica y el uso inteligente de los recursos materiales en el espacio urbano. A modo de ejemplo ilustrativo, cuando comparamos ciudades como Amsterdam, Barcelona, Boston, Munich y Estocolmo, el *ranking* de la fractalidad promedio de los respectivos municipios es el siguiente: Estocolmo, Barcelona, Boston, Ámsterdam y Munich. Algunos de los niveles más altos de armonía morfológica se pueden percibir en barrios como Normmalms, Södermalms, Kungsholmens, Östermalms, alcanzando a menudo valores como el 87 %, 91 % e incluso el 94 % en su dimensión fractal, y valores de eficiencia de urbanización normalizados superiores al 80 %, en distritos que curiosamente presentan una tipología principalmente autosemejante. En notable contraste con estas zonas, encontramos los barrios de Farsta o Hässelby-Vällingby, que presentan valores que oscilan entre el 37 % y el 65 % en auto similitud morfológica, y puntuaciones de eficiencia de urbanización que oscilan entre el 20 % y el 35 %.



Relación entre Fractalidad y Eficiencia Urbanística (Barcelona, Boston, Estocolmo)

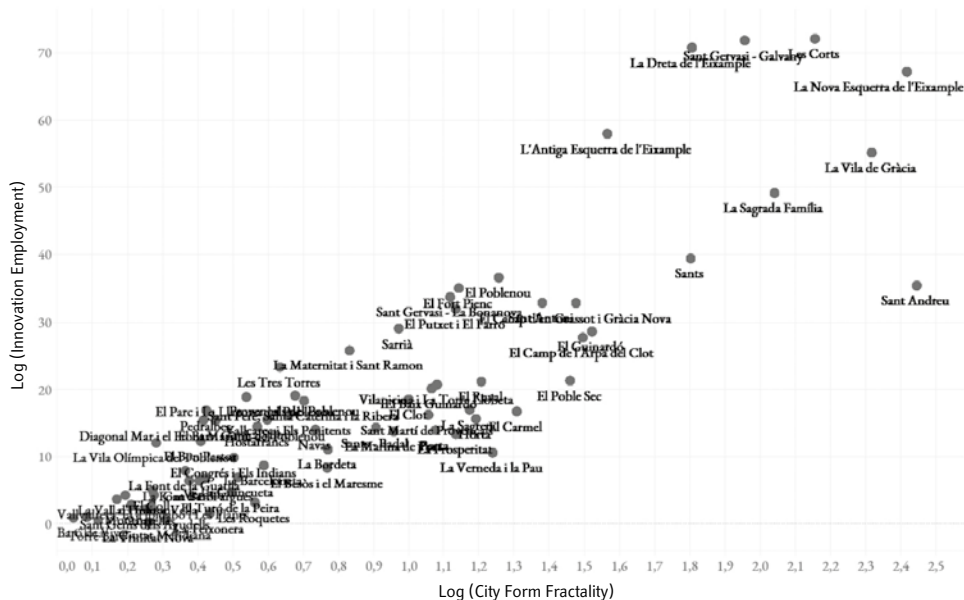


El análisis geoespacial de la innovación en la ciudad de Barcelona revela una fuerte dependencia de la economía del conocimiento respecto del diseño urbano

De manera similar, observamos un alto grado de heterogeneidad interna dentro de la ciudad de Barcelona, con valores de eficiencia de urbanización que se extienden en una amplia gama de cifras, desde el 29 % en Baró de Viver, hasta el 91 % en La Dreta de L'Eixample, en el corazón mismo del plan de ampliación concebido por Cerdà en 1859. Merece la pena señalar que las áreas directamente afectadas por el célebre plan urbanístico del siglo XIX tienden a superar a sus pares: La Dreta de L'Eixample (91 %), Sant Martí - El Poblenou (78 %), La Nova Esquerra de l'Eixample (78 %), o L'Antiga Esquerra de l'Eixample (73 %), así como sus vecinos Sant Gervasi - Galvany (82 %) y Sant Gervasi - La Bonanova (80 %), por ejemplo, presentan métricas de autosimilitud notablemente más

altas que Ciutat Meridiana (62 %, con un 31 % de eficiencia de urbanización) o Vall d'Hebron (64 %, con un 55 % de eficiencia de urbanización). En términos físicos, podemos deducir que las áreas centrales del Eixample de Barcelona son aproximadamente un 540 % más eficientes materialmente (0,21 en eficiencia de urbanización absoluta) que sus contrapartes de menor rendimiento (0,0131 en eficiencia de urbanización absoluta) dentro de la ciudad. Es decir, las zonas mejor diseñadas de Barcelona son casi siete veces más eficientes que las zonas peor diseñadas de la ciudad.

Barcelona: City Form Fractality vs Innovation Employment (Log-Log)



City Form Fractality Innovation Intensity LogLog (Barcelona)

10. Potenciales líneas de avance para una normativa urbanística a la altura del siglo XXI. El diseño urbano es una manifestación plástica de una cosmovisión subyacente

El andamiaje percibido del diseño urbano, arquitectónico y de ingeniería que conforma el entorno construido de los asentamientos urbanos constituye una manifestación plástica, estética y funcional de la visión del mundo subyacente de cada sociedad. Por un lado, la composición morfológica (forma de ciudad) de un espacio urbano revela la *Weltanschauung*, los valores y el sentido de la belleza de una sociedad determinada. Las formas arquitectónicas, los patrones estructurales, los materiales seleccionados, el diseño de las calles y la programación de actividades constituyen un sistema dinámico en constante evolución que puede analizarse aplicando la lente de sistemas complejos y principios de la teoría de redes. El fenómeno urbano es el resultado de la relación dinámica entre los habitantes de la ciudad y el entorno construido que configuran a su alrededor

para poder habitarlo. Podemos clasificar la clase creativa de una sociedad determinada entre artistas y artesanos. Los artistas combinan las técnicas objetivas y los enfoques científicos necesarios para crear una obra de arte con la percepción y sensibilidad creativa y subjetiva incorporadas en su diseño, mediante las cuales comunican metafóricamente un sentido de propósito, relaciones y valores subyacentes. En otras palabras, los artistas crean y promueven la cultura, mientras que los artesanos difunden, propagan y transmiten una cultura existente y heredada. En el ámbito del diseño urbano, el artefacto resultante es un sistema complejo en permanente dinamismo donde los ciudadanos interactúan, colaboran y se comunican entre sí para resolver los complejos problemas a los que la sociedad debe hacer frente.

Por otra parte, el desarrollo de una metodología analítica de *City Science* arraigada en principios de la teoría de redes nos permite evaluar la relación entre la forma de la ciudad y la programación espacial y la calidad de vida de los ciudadanos de una manera basada en evidencia y datos. Al crear una serie de métricas de rendimiento clave universales, mensurables y comparables que describan la eficiencia y la sostenibilidad del diseño urbano, la accesibilidad a los servicios y comodidades urbanas desde cualquier punto determinado de una ciudad y el dinamismo económico que permite la prosperidad, podemos determinar las relaciones empíricas y apuntan en la dirección de posibles mecanismos causales subyacentes. Este enfoque permite no solo una clasificación ontológica de diferentes patrones de desarrollo urbano basándose en sus rasgos compartidos y características idiosincrásicas, sino también el desarrollo de poder predictivo, lo que hace posible reducir la incertidumbre y aumentar la calidad del diseño urbano, la programación espacial y la economía. procesos de toma de decisiones de desarrollo.

En síntesis, al integrar armónicamente conocimientos científicos urbanos basados en evidencia con el diseño urbano tradicional y las estrategias de desarrollo económico, los líderes urbanos pueden dar forma a áreas metropolitanas innovadoras y resilientes, aumentando así la calidad de vida de los ciudadanos mediante la combinación de tres estrategias articuladas:

(1) una Visión de Diseño Urbano para una Estrategia de Metrópolis Fractal, cuyo objetivo es aumentar la calidad de vida de los ciudadanos y lograr el acceso universal a los servicios, capitalizando al mismo tiempo los beneficios exponenciales de la concentración geográfica de actividades intensivas en conocimiento;

(2) una Visión de Desarrollo Económico, basada en una Especialización Inteligente basada en evidencia para activar las capacidades latentes del conocimiento colectivo fortaleciendo las cadenas de valor específicas de la industria e informando las estrategias de diversificación y sofisticación de productos; y

(3) una estrategia de innovación impulsada por la teoría de redes basada en visualizar, diseñar, construir y fomentar una red de distritos de innovación, liberando el potencial del talento local agrupando geográficamente actividades intensivas en conocimiento y vinculando la investigación con la transferencia y producción de conocimiento a escala.

El gran desafío al que nos enfrentamos ahora es el de determinar, para cada ciudad y contexto, qué tipo de intervenciones de diseño de trazado urbano, niveles de densidad, forma, capacidad y altura de los edificios, ubicación inteligente y diseño de centros de innovación para impulsar la

economía del conocimiento, distribución geográfica de servicios y estructuras de modelos de movilidad se deben priorizar para reforzar esta condición fractal, consolidar los estándares de calidad del modelo de la Ciudad de los 15 Minutos y, en definitiva, delinear estrategias que nos permitan alcanzar un patrón de desarrollo sostenible. Estos objetivos pueden lograrse armonizando una economía del conocimiento vibrante, capaz de iniciar ciclos de prosperidad, con un modelo de desarrollo urbano resiliente, aumentando así la calidad de vida de los ciudadanos.

Una comprensión más profunda de las propiedades subyacentes de un sistema urbano nos permitirá establecer un marco legal y normativo que favorezca el identificar los tipos de intervenciones que potencialmente pueden transformar la naturaleza de las propiedades estructurales de las redes que impactan sistemáticamente nuestras vidas. Al integrar el arte y la ciencia en el diseño de la ciudad y el desarrollo urbano, podemos adaptar el diseño y la toma de decisiones a cada ciudad y contexto cultural, esculpiendo así deliberadamente el entorno construido para que contribuyamos de manera sutil pero solvente a liberar las fuerzas latentes más nobles de la sociedad, contribuyendo así a elevar la calidad de vida de los ciudadanos y crear comunidades más libres, igualitarias, y prósperas en todo el mundo.

Bibliografía

- ARBESMAN, S., KLEINBERG, J. M. and STROGATZ, S. H. (2009). Superlinear Scaling for Innovation in Cities. *Physical Review E* 79: 016115.
- BARABÁSI, A. L. (2017). The Elegant Law that Governs Us All. *Science* 357, no. 6347: 138.
- BARABÁSI, A. L. (2016). *Network Science: The Scale Free Property*. <https://barabasi.com/f/623.pdf>.
- BATTY, Michael, and Paul A. LONGLEY (1994). *Fractal Cities: A Geometry of Form and Function*. Cambridge, MA: Academic press.
- BERTAUD, A. and MALPEZZI, S. (2003). *The Spatial Distribution of Population in 48 World Cities: Implications for Economies in Transition*. https://alainbertaud.com/wp-content/uploads/2013/06/spatia_distribution_of_pop_50_cities.pdf.
- BETTENCOURT, L. M. A., LOBO, Helbing, D., KÜHNERT, C. and WEST, G. B. (2007). Growth, Innovation, Scaling and the Pace of Life in Cities. *PNAS* 104, no. 17: 7301-7306.
- BURKE, J. and GRAS ALOMÀ, R. (2019). Hacia una nueva ciencia para entender y diseñar mejor las ciudades. *MIT Technology Review* (August 8, 2019). <https://www.technologyreview.es/s/11355/hacia-una-nueva-ciencia-para-entender-ydiseñar-mejor-las-ciudades>.
- BURKE, J., GRAS ALOMÀ, R., YU, F., and KRUGUER, J. (2022). Multiplying Effects of Urban Innovation Districts: Geospatial Analysis Framework for Evaluating Innovation Performance within Urban Environments. In Piselli C., Altan, H., Balaban, O. and Kremer, P. (eds.) *Innovating Strategies and Solutions for Urban Performance and Regeneration*. Cham: Springer, 2022.
- BURKE, J., Gras Alomà, R., Yu, F., Kruguer, J. (2022). Geospatial Analysis Framework for Evaluating Urban Design Typologies in Relation with the 15-minute City Standards. *Journal of Business Research* 151: 651-667.
- BURKE, J. and GRAS ALOMÀ, R. (2023). *City Science: Performance Follows Form*. Actar, NYC.
- CERDÀ, I. (2018). *General Theory of Urbanization 1867*. Barcelona: Actar.
- CERVERO, R. (1998). *The Transit Metropolis: A Global Inquiry*. Washington, D.C.: Island Press.
- DURAND, J. N. L. (1809). *Recueil et parallèle des édifices en tout genre, anciens et modernes*. Paris: Gillé, 1801.
- DURAND, J. N. L. (1825). *Précis des leçons d'architecture données à l'École Polytechnique Vol. 2*, Paris: Hachette, 2013.
- GEHL, Jan (2010). *Cities for People*. Washington, DC: Island Press.

- HAUSMANN, R., HIDALGO, C. A., BUSTOS, S., COSCIA, M., SIMOES, A. and YILDIRIM, M. A. (2013). *The Atlas of Economic Complexity. Mapping Paths to Prosperity*. Cambridge, MA: MIT Press.
- JACOBS, J. (1993). *The Death and Life of Great American Cities*. New York: Vintage Books.
- KÜHNERT, C., HELBING, D. and WEST G. B. (2006). Scaling Laws in Urban Supply Networks. *Physica A: Statistical Mechanics and its Applications* 363, no. 1: 96-103.
- MORETTI, E. (2012). *The New Geography of Jobs*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt.
- MUMFORD, E., (2011). *The CIAM Discourse on Urbanism 1928–60*. Cambridge, MA: MIT Press, 2002.
- SALINGAROS, N. (2006). *A Theory of Architecture*. Solingen: Umbau-Verlag.
- SAÑA, H. (2009). *Breve tratado de Ética: Una introducción a la teoría de la moral*. Córdoba: Almuzara.
- SAÑA, H. (2010). *Tratado del hombre: de sus orígenes a hoy*. Córdoba: Almuzara.
- SASSEN, S. (2002). *The Global City: New York, London, Tokyo*. Princeton: Princeton University Press.
- SCHOPENHAUER, A. (2008). *Arthur Schopenhauer: The World as Will and Presentation*. Volume I. (Kolak, D., ed.) Abingdon: Routledge.
- Sevtsuk, A and Mekonnen, M. "Urban Network Analysis: A New Toolbox for Measuring City Form in ArcGIS." Proceedings of the 45th Annual Simulation Symposium, 2012.
- Speck, Jeff. *Walkable City: How Downtown Can Save America, One Step at a Time*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.



Artículos

Artículos

EL PRINCIPIO DE EQUIDAD Y LA REGLA DE LA PRIORIDAD ABSOLUTA

Carlos de Cárdenas Smith

Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

El principio de equidad y la regla de la prioridad absoluta

El principio de paridad, la regla de la no discriminación injustificada y la regla de la prioridad absoluta son conceptos cuyos contornos deben definirse lo máximo posible en el marco de los planes de reestructuración. El principio de paridad entre acreedores de una misma clase se aplica tanto a planes consensuales como no consensuales, mientras que la regla de no discriminación injustificada entre acreedores del mismo rango pero pertenecientes a distintas clases y la regla de la prioridad absoluta funcionan en defecto de acuerdo, esto es, en los planes no consensuales.

PALABRAS CLAVE:

Planes de reestructuración, Paridad de trato, Regla de la prioridad absoluta, Planes no consensuales.

The principle of equity and the absolute priority rule

The boundaries of the equal treatment principle, the “no unfair discrimination requirement” and the absolute priority rule should be as discernible as possible within the framework of restructuring plans. The principle of equal treatment between creditors of the same class applies in both consensual and non-consensual plans, while the “no unfair discrimination requirement” between creditors of the same ranking but of different classes and the absolute priority rule apply to non-consensual plans only.

KEYWORDS:

Restructuring plans, equal treatment, absolute priority rule, non-consensual plans.

FECHA DE RECEPCIÓN: 3-6-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23-6-2024

Cárdenas Smith, Carlos de (2024). El principio de equidad y la regla de la prioridad absoluta. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 37-62 (ISSN: 1578-956X).

1. El derecho preconcursal y los planes de reestructuración

Desde 2009 y hasta la fecha, se ha desarrollado en España y en el resto de la Unión Europea el llamado *derecho preconcursal*, cuyo objetivo es adelantar algunos de los efectos del concurso (p. ej., la paralización de las ejecuciones, el mantenimiento de ciertos contratos y la instauración de procesos colectivos de decisión), pero —y ahí está una de las principales diferencias con el concurso— con escasa intervención judicial. El deudor y sus administradores, en lugar del juez y los administradores concursales, continuarán siendo los responsables de la gestión del negocio durante un precurso.

El derecho preconcursal pretende evitar que los deudores con dificultades financieras, pero que son viables tras la reestructuración de sus deudas, entren en concurso, con la destrucción de valor que conlleva. Para que el derecho preconcursal cumpla su finalidad tiene que salvar ciertos obstáculos. Uno de ellos es la necesidad del consentimiento individual de los acreedores cuyos créditos van a verse afectados, ya sea por una extensión de sus créditos, la conversión en capital de estos, la aplicación de una quita u otras medidas.

En efecto, mientras que en el seno de un concurso rige la regla de la mayoría (el concurso es un procedimiento de ejecución colectiva y en su seno las decisiones se acuerdan por mayoría), fuera del concurso la regla es la contraria: es preciso el consentimiento de cada acreedor para afectar su crédito (art. 1205 CC) y es de aplicación el principio de la relatividad de los contratos (art. 1257 CC), es decir, los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan. Además, fuera del concurso los acreedores son libres de iniciar las acciones de ejecución individuales en defensa de sus derechos de crédito cuando el deudor incumpla sus obligaciones.

Para superar los anteriores obstáculos, el derecho preconcursal suministra a las partes algunas de las herramientas de las que disponen en el concurso, pero con escasa supervisión judicial (que existe, pero normalmente *a posteriori*). Ello permite que los procesos concursales sean más flexibles y rápidos de concluir, sin el estigma del concurso y dejando que los administradores del deudor continúen en sus puestos.

Entre las herramientas concursales que la Ley Concursal (“LC”) pone a disposición de los operadores destacan los planes de reestructuración. Ahora, en lugar de acuerdos de refinanciación, existen planes de reestructuración que tienen un objeto y unos efectos potencialmente mucho más amplios. Los planes pueden incluso imponerse al deudor, ya que no siempre necesitan su consentimiento; por eso no se denominan *acuerdos* de reestructuración, sino *planes* de reestructuración.

La homologación de un plan procederá cuando el deudor se encuentre en estado de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual (en este último caso, siempre que no haya sido admitida a trámite una solicitud de concurso necesario). El plan podrá tener por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento. Podrán formar parte del *perímetro* del plan cualesquiera acreedores (con algunas excepciones), incluidos los comerciales, y resultarán afectados por el plan cualesquiera créditos que, de acuerdo con el plan de reestructuración, sufran cambios

en sus condiciones, incluyendo la modificación de la fecha de vencimiento, la modificación del principal o los intereses; la conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o cualquier otro instrumento con un rango o condiciones diferentes; la modificación o cancelación de sus garantías, personales o reales; o incluso el cambio de deudor o de ley aplicable al crédito.

Los acreedores titulares de créditos afectados por el plan votarán agrupados por clases de créditos. La formación de clases debe atender a la existencia de un *interés común a los integrantes de cada clase determinado conforme a criterios objetivos*. Se considera que existe interés común entre los créditos de igual rango determinado por *el orden de pago en el concurso*. Pero, a su vez, los créditos de un mismo rango concursal podrán separarse en distintas clases cuando haya razones suficientes que lo justifiquen, como la naturaleza financiera o no financiera del crédito, el conflicto de intereses que puedan tener los acreedores que formen parte de distintas clases o cómo los créditos vayan a quedar afectados por el plan.

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

Si se consigue el voto favorable de la mayoría correspondiente a una clase, se considerará que el plan ha sido apoyado por toda la clase de acreedores. Este arrastre del acreedor disidente de una clase cuando se ha obtenido el voto favorable de la mayoría correspondiente a tal clase recibe el nombre de *arrastre horizontal o intraclase*.

Si un plan es aprobado por todas las clases por las mayorías que en cada caso correspondan, el plan será *consensual* (aunque exista una minoría disidente en cualquier clase que haya aprobado el plan). No obstante, no es necesario que todas las clases de acreedores con derecho a voto acepten un plan para que este sea adoptado. Si el plan cumple con todos los requisitos para su homologación, salvo el de alcanzar la mayoría en todas las clases de acreedores, el tribunal puede aprobarlo para que sea vinculante, además de para los acreedores disidentes de las clases en las que se ha alcanzado la mayoría, como hemos visto antes (*cram-down horizontal o intraclase*), para los acreedores de las clases en las que no se ha alcanzado la mayoría, lo que recibe el nombre de *cross-class cram-down o arrastre vertical o interclases*. Para ello, el plan debe cumplir uno de los dos requisitos siguientes:

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

Un plan aprobado en estas condiciones será *no consensual*.

2. Origen y justificación del principio de equidad y la regla de la prioridad absoluta

El principio de equidad y la regla de la prioridad absoluta tienen su origen en el Chapter 11 del US Bankruptcy Code, si bien se aplican en España como consecuencia de la implementación por la Ley Concursal de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (la “Directiva de Reestructuraciones”).

Así, el artículo 10.2 b) de la Directiva de Reestructuraciones establece que los acreedores con una comunidad de intereses suficiente en la misma categoría (léase, de la misma clase) deben ser tratados por igual y de manera proporcionada a su crédito (principio de paridad de trato).

Por lo que respecta a la regla de la prioridad absoluta, fue acogida inicialmente por la Propuesta de Directiva de Reestructuraciones; pero el texto finalmente aprobado sustituyó la regla de la prioridad absoluta por la regla de la prioridad relativa, si bien permite que los Estados miembros opten por la regla de la prioridad absoluta, opción de la que España hizo uso.

Con arreglo a la *regla de la prioridad relativa* sería suficiente con que se garantizara que la clase disidente de los acreedores afectados recibe un trato al menos igual de favorable que el de cualquier otra clase del mismo rango y más favorable que el de cualquier clase de rango inferior (art. 11.1.c de la Directiva de Reestructuraciones), mientras que, conforme a la *regla de la prioridad absoluta*, los acreedores disidentes deben ser plenamente satisfechos cuando una clase de rango inferior haya de recibir cualquier pago o conservar cualquier interés en el marco del plan de reestructuración (art. 11.2 de la Directiva de Reestructuraciones).

La diferencia es palpable: con la regla de la prioridad relativa es posible dejar algo de valor posreestructuración a los acreedores de una clase inferior siempre que los de la clase superior reciban un trato más favorable. En cambio, aplicando la regla de la prioridad absoluta nada puede quedar a la clase inferior si la clase superior no ha cobrado íntegramente.

Para la debida comprensión de la regla de la prioridad absoluta debe estar clara la diferencia entre clases y rangos concursales. Son *clases*, aquellas formadas para agrupar los créditos afectados por un plan de reestructuración con arreglo a los criterios de los arts. 622 y ss. LC. En cambio, los *rangos concursales* son los previstos en los arts. 269 y ss. LC, y determinan el orden de pago en caso de concurso. Si bien el art. 269 LC se refiere a *clases* de créditos, lo hace en un sentido distinto del art. 622 LC¹.

¹ Los tenedores de participaciones no son una clase en derecho español y tampoco tienen reflejo en la prelación concursal, pues no son acreedores, pero su relevancia en el esquema comparativo de regla de la prioridad absoluta es evidente.

Clases y rango no siempre coincidirán en un plan de reestructuración: los créditos de distinto rango concursal deben estar en distintas clases², pero no todos los créditos del mismo rango concursal deben necesariamente formar parte de la misma clase. Esto es porque mientras el rango es algo rígido, determinado por el legislador en función del tipo de crédito (y al que se asocia un determinado orden de pago en caso de liquidación), las clases pueden ser configuradas con más flexibilidad por el proponente del plan con el fin último de facilitar su adopción, y la clase en la se incluya cada crédito determinará cuándo, cuánto y cómo se cobra (en ejecución del plan de reestructuración). No obstante, la libertad de configuración del proponente del plan tiene ciertos límites que vamos a analizar.

La exposición de motivos de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la trasposición de la Directiva de Reestructuraciones, compendia bien los puntos que deseo tratar en este trabajo al establecer que bajo un plan *"nadie puede cobrar más de lo que se le debe ni menos de lo que se merezca"*. A la postre, esta frase se puede traducir en tres reglas.

La primera regla pretende garantizar la denominada equidad horizontal, esto es, la equidad entre acreedores de la misma clase y entre acreedores de distintas clases pero del mismo rango.

La segunda regla pretende garantizar la equidad vertical, esto es, entre acreedores de distinto rango, y se traduce en la regla de la prioridad absoluta.

Y la tercera regla pretende evitar conductas expropiatorias, lo cual no deja de ser un corolario de la regla de la prioridad absoluta.

El apartado 3 de este trabajo analiza la denominada equidad horizontal, el apartado 4 se detiene a analizar la equidad vertical o regla de la prioridad absoluta y el apartado 5 hace una breve referencia a la interdicción de la expropiación.

3. La equidad horizontal: trato paritario y regla de la no discriminación

La equidad horizontal debe analizarse en un doble nivel: entre acreedores de la misma clase (equidad intraclase) y entre acreedores de distintas clases pero del mismo rango (equidad interclase).

3.1. La equidad intraclase: el principio de trato paritario

Como es sabido, el principio mayoritario aplicable a los planes de reestructuración exige agrupar en clases los créditos que tengan intereses comunes y tratarlos igual; solo así se puede justificar que el acuerdo de la mayoría vincule o arrastre a la minoría.

² Ello no es incompatible con que créditos formalmente privilegiados estén en una clase ordinaria en la parte que no esté cubierta por el valor de la garantía.

En efecto, los créditos dentro de una *misma* clase deben ser tratados *de forma paritaria*, o lo que es lo mismo, de igual forma. El trato será paritario o no entre dos créditos de una misma clase en función de cómo este prevista su satisfacción. Para que el trato sea paritario los créditos de la misma clase:

- i. deben recibir el mismo porcentaje de su valor (el *cuánto*);
- ii. deben satisfacerse de la misma forma (ya sea dinero, acciones, participaciones, deuda u otros instrumentos) (el *cómo*); y
- iii. deben satisfacerse en el mismo plazo (el *cuándo*)³.

Simplificando, los créditos de la misma clase no tienen por qué ser iguales prerreestructuración (basta que sus titulares tengan intereses comunes para poder agruparlos en la misma clase), pero posreestructuración los créditos resultantes sí deberán serlo.

Esto no impide, y la práctica así lo demuestra (planes de reestructuración de IRS y Telepizza, por ejemplo), que se pueda configurar una clase con alternativas de satisfacción del crédito, pero siempre que sean a opción del acreedor.

Más cuestionable es si el principio de trato paritario impide una diferencia de trato (peor trato, se entiende) que sea asumida voluntariamente por el acreedor de una clase respecto de los demás de la misma clase. El auto de homologación del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Granada de fecha 15 de mayo de 2024 (Lavandería Industrial Cano Servicios Textiles, S.L.) no encontró obstáculo⁴. Tampoco la doctrina que se ha manifestado sobre el particular (MARTÍNEZ FLÓREZ). Si bien puede compartirse con carácter general esta posición, no debe descartarse que pueda incluirse a un acreedor en una clase y darle un trato menos favorable que el resto de los acreedores de esa misma clase (con su aquiescencia) con el objeto de manipular la mayoría necesaria para la adopción de un acuerdo.

El mismo auto contempla otra excepción:

"[...] que dicha diferencia de trato venga justificada por una distinta naturaleza o características del crédito dentro de la misma clase, sin que llegue a justificar la creación de una clase diferente, pero sí lo que (sic) justifique un trato diferente" [subrayado nuestro].

³ En parecidos términos se pronuncia el auto de homologación del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Granada de fecha 15 de mayo de 2024 (Lavandería Industrial Cano Servicios Textiles, S.L.):

"[...] debe señalarse que trato paritario significa igual, es decir, no sólo en la misma proporción de pago, sino en los mismos medios de pago y en las circunstancias de pago, incluidos los tiempos o plazos de pago, lo que justifica que una mayoría pueda obligar a una minoría, y está en la base misma del sistema de clases".

⁴ En el citado auto de homologación del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Granada de fecha 15 de mayo de 2024 (Lavandería Industrial Cano Servicios Textiles, S.L.) se acogió esta posibilidad (Fundamento de Derecho séptimo) permitiéndose que formaran parte de la misma clase los acreedores que habían concedido una ampliación del plazo de amortización de unos préstamos ICO COVID que no se había solicitado al resto de acreedores de la misma clase, si bien todos los acreedores de esa clase parecen tener la misma carencia.

Aunque no estamos seguros de qué supuesto tenía en mente el juzgado, lo cierto es que en algunas ocasiones la única forma de garantizar que el trato sea realmente paritario será teniendo en cuenta las distintas *características de los créditos* que forman parte de una misma clase aunque el resultado sea un trato que, formalmente, no sea igual. Pensemos, por ejemplo, en distintos instrumentos de capital circulante, cada uno de ellos con un calendario de amortización o con un vencimiento distinto. A pesar de tener distintas características, es perfectamente posible defender la existencia de un interés común entre ellos que permita o aconseje agruparles en la misma clase. Cabe preguntarse si un plan que prevea el vencimiento de todos estos instrumentos en la misma fecha estará dispensando un trato que, formalmente, será igual paritario, pero no lo será en términos reales o materiales. Podría sostenerse que para que el trato sea realmente paritario el plan debería contemplar una extensión al calendario de amortización o a la fecha de vencimiento original (preestructuración) de cada crédito, lo que tendrá como resultado que los créditos de una misma clase tengan fechas de amortización o vencimiento distintas en función de cómo eran esos créditos preestructuración⁵. No estoy plenamente convencido de que así sea. En una situación preconcursal la alternativa al plan es el concurso, y en ese momento todos los créditos vencerán y serán pagaderos conforme a su rango, sin importar el vencimiento inicialmente previsto.

También puede traerse aquí a colación el auto del Juzgado de lo Mercantil número 16 de Madrid de fecha 30 de julio de 2024 (Novoline Majadahonda Inmuebles) que analizó la oposición de ciertos acreedores a la homologación, quienes alegaban la existencia de un tratamiento dispar entre acreedores incluidos en una misma clase argumentando que la quita de intereses a partir de una determinada fecha era distinta para unos y otros. El juzgado desmonta el argumento fácilmente aclarando que lo relevante es si la medida de afectación es la misma para todos los acreedores de la misma clase (por ej., la quita de intereses a partir de una determinada fecha), siendo indiferente que el resultado, en términos nominales, sea distinto para unos y otros pues habrá acreedores que hayan acumulado mayor importe de intereses vencidos que otros en función, por ejemplo, del importe de sus créditos, de la tasa de interés aplicada o por llevar vencidos más tiempo.

El trato será distinto igualmente cuando los instrumentos de deuda que se reestructuran tengan distinta *naturaleza*, lo cual no exige inexorablemente que deban formar parte de clases distintas. En la práctica, podrán formar parte de una misma clase de acreedores financieros ordinarios, por ejemplo, los bancos que hayan financiado al deudor a largo plazo otorgando un préstamo que cuente con un calendario de amortización, los acreedores bajo líneas de crédito a corto plazo, los emisores de avales bajo líneas de avales, los proveedores de instrumentos de comercio exterior o de derivados de tipo de interés o tipo de cambio, etc. Algunas de las diferencias en la naturaleza de los créditos pueden justificar que el proponente del plan agrupe a los acreedores en clases distintas. Sin embargo, en muchas ocasiones esta será una facultad, que no una obligación del proponente, pues probablemente los mencionados acreedores tendrán un interés común que permita que formen parte de la misma clase. Habrá que estar a las circunstancias concretas del caso.

⁵ En el mismo sentido se pronuncia MARTÍNEZ FLÓREZ, quien considera más razonable atender a la fecha de vencimiento original o situación de partida de los créditos para garantizar que el trato sea realmente paritario.

Finalmente, el principio de paridad de trato tampoco debería impedir el pago de comisiones de participación (*participation fees*) y de adhesión temprana (*early bird fees*), siempre que puedan ser percibidas por todos los acreedores de la misma clase (no serían admisibles si, por ejemplo, solo las percibieran aquellos acreedores adherentes hasta alcanzar la mayoría requerida) y que no ejerzan una influencia decisiva en la emisión del voto (aunque es evidente que serán un incentivo positivo) y no sean coercitivas (estableciendo, por ejemplo, plazos de aceptación muy cortos que no permitan tomar una decisión con conocimiento de causa). Es dudoso que con este tipo de comisiones sea legítimo condicionar el voto de los acreedores, es decir, que su percepción esté ligada a la emisión de un voto favorable a la aprobación del plan en lugar de a la mera participación, sea cual sea el sentido del voto. En este sentido, son útiles las consideraciones realizadas por la High Court of Justice de Inglaterra y Gales al hilo del caso *Codere* (*Codere Finance 2 (UK) Limited*, 13/9/2020, párrafos 105 y siguientes).

El trato paritario es requisito para que un plan sea homologado (art. 638.4.º LC) tanto si el plan es consensual como si es no consensual y, por consiguiente, es controlable de oficio. Además, la ausencia de trato paritario entre acreedores de la misma clase se configura como un motivo de impugnación del plan (art. 654.5.º LC) que puede ser ejercitado por cualquier acreedor que haya votado en contra. La equidad intraclase se configura, por tanto, como un derecho individual del acreedor y, como decíamos, aplica tanto a los planes consensuales como a los no consensuales.

3.2. La equidad interclases: la regla de la no discriminación injustificada

Además de velar por la equidad de los acreedores pertenecientes a una misma clase, la Ley Concursal proscribía que una clase reciba un trato *menos favorable* (regla de la no discriminación)⁶ que cualquier *otra* clase del mismo rango.

La violación del principio de equidad intraclases se configura como un motivo de impugnación (art. 655.2.3.º LC) que puede ser ejercitado por cualquier acreedor que no haya votado a favor del plan y, además, pertenezca a una clase que ha rechazado el plan. Por tanto, la equidad interclases se configura, a diferencia de lo que ocurre con el principio de paridad, como un derecho de clase, no individual, que solo tiene aplicación en los planes no consensuales.

El principio de *trato no menos favorable* (entre créditos del mismo rango, pero de distintas clases) es un concepto más flexible que el estricto principio de trato paritario intraclase analizado en el apartado 3.1 anterior. Es evidente que los créditos del mismo rango se pueden agrupar en clases distintas en función del tratamiento que vayan a recibir en el plan, es decir, posreestructuración (art. 623.2 LC). Si no cupiera un tratamiento distinto entre créditos del mismo rango, deberían todos formar parte de la misma clase. O, dicho de otra manera, si el tratamiento es distinto, deben formar parte de clases distintas. No es algo facultativo.

Parece fácil deducir que la Ley Concursal (y la Directiva de Reestructuraciones va en la misma línea) no está exigiendo igualdad, como la que exige entre los créditos de la misma clase. La Ley

⁶ Esta regla está inspirada en el *no unfair discrimination rule* de la sección 1129 (b) (1) del US Bankruptcy Code.

Concursal da flexibilidad (no exige igual trato), pero siempre con el límite de que el trato entre créditos del mismo rango no podrá ser menos favorable para una clase que para otra.

¿En qué consiste esa flexibilidad entonces? El trato diferenciado de las clases del mismo rango puede tener lugar de tres formas:

- i. entregando a una clase instrumentos de pago distintos que a otra (el *cómo*);
- ii. entregando los mismos instrumentos de pago, pero con distintos plazos (el *cuándo*); o
- iii. atribuyendo porcentajes de recuperación distintos (el *cuánto*).

La regla del trato no menos favorable puede justificar que créditos del mismo rango se satisfagan de *forma* distinta (lo cual requerirá valorar bien los instrumentos de pago respectivos) y en *plazos* distintos (lo cual requerirá aplicar las correspondientes tasas de descuento en función de las fechas de cobro). Pero la capacidad de configuración del proponente del plan topa precisamente con el valor económico dado en pago (de recuperación de los créditos) en cuanto que los créditos del mismo rango, aunque estén en clases distintas, deben tener el mismo valor de recuperación⁷.

A ello puede añadirse un requisito adicional: el distinto trato debe obedecer a alguna razón justificada, no ser arbitrario o caprichoso.

La sección 1129 (b) (1) del US Bankruptcy Code recoge el mismo principio de no discriminación (*no unfair discrimination*) *sin que exista una causa razonable*. La aplicación del principio de no discriminación injustificada por los tribunales norteamericanos ha sido calificada de confusa, contradictoria y caótica. A raíz de un famoso artículo publicado en 1998 en el American Bankruptcy Law Journal por Bruce A. Markell, algunos tribunales aplican la denominada prueba de Markell (*Markell test*) para determinar si el trato a una clase bajo un plan supone una discriminación injusta (*unfair discrimination*) respecto del trato otorgado a otras clases que se encuentran en una posición similar. Conforme al Markell test, se presumirá (*iuris tantum*) que existe discriminación injusta cuando (1) exista una clase disidente; (2) exista otra clase del mismo rango que la disidente; y (3) ambas clases sean tratadas de forma distinta del plan, de manera que (a) la clase disidente tenga un porcentaje de recuperación sustancialmente inferior que la otra (teniendo en cuenta el valor neto presente de todos los pagos) o (b) al margen del porcentaje de recuperación, la clase disidente soporte por virtud del plan un riesgo sustancialmente mayor⁸. Qué margen de recuperación es sustancialmente inferior o cuando un riesgo es sustancialmente mayor debe ser apreciado por el tribunal en cada caso.

Además de un análisis meramente financiero (el sacrificio financiero debe ser equivalente entre clases del mismo rango), creemos que en España, en línea con el Markell test, no debería ignorar-

7 Como acertadamente se ha advertido (GARCIMARTÍN, MARTÍNEZ FLÓREZ), lo relevante es que los créditos del mismo rango obtengan el mismo valor económico o de recuperación en el plan. Una cosa es que los créditos queden afectados de forma distinta y otra que su afectación financiera o económica (valor neto presente de los créditos) no deba ser la misma.

8 El Markell test fue utilizado por primera vez en *In re Dow Corning Corp.*, 224 B.R. 705 (Bankr. E.D. Mich. 1999) y fue acogida por un tribunal de apelación en *In re Tribune Co.*, 972 F.3d 228 (3d Cir., 2020).

se el riesgo de cada instrumento dado en pago, es decir, tener en cuenta no solo el *cuánto* sino el *cómo*, aunque con distinta intensidad. Así, podrá existir discriminación injustificada cuando, aun teniendo un valor financiero equivalente, el riesgo del instrumento dado en pago a la clase disidente sea sustancialmente mayor que el de los instrumentos dados en pago a las clases del mismo rango que apoyen el plan⁹.

El trato menos favorable que otra clase del mismo rango, fue invocado por los impugnantes del plan de reestructuración de Xeldist. La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 10 de abril de 2023 acogió este motivo de impugnación. El citado plan contemplaba la existencia de cinco clases de acreedores ordinarios, y cada una recibía un trato distinto. La Audiencia hace las siguientes consideraciones sobre el llamado test de equidad:

"[...] como segunda dimensión de la exigencia de que nadie reciba menos de lo que se merece, se contempla como límite que la clase a la que pertenezca el acreedor o los acreedores impugnantes no pueden recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango" [subrayado nuestro].

Y en relación a esta cuestión, la Audiencia Provincial de Pontevedra afirma que caben dos interpretaciones. Una interpretación literal, conforme a la cual no cabrían excepciones al principio de trato paritario del art. 655.2.3.º LC, solo en relación con el apartado 4.º porque así lo prevé expresamente el art. 655.3 LC. Se trataría de un principio dispuesto para evitar la tentación de establecer clases manipuladas, mediante la excesiva formación de estas. Y una interpretación flexible, moderadora de su literalidad, conforme a la cual, en atención a la finalidad de la norma (facilitar la viabilidad de las empresas):

"[...] podría sostenerse que la regla no hace referencia únicamente a una mera apreciación de diferente trato, y en tal caso, más desfavorable para el acreedor disidente de la clase arrastrada, sino que la norma lo que pretende es proteger de una discriminación injusta entre clases del mismo rango, no debiendo tratar de forma desigual e injusta a quienes son iguales en rango. No cabe admitir diferencias de trato no justificadas" [subrayado nuestro].

Y, aunque la Audiencia parece abonarse a una interpretación flexible, advierte:

"Ahora bien, el diferente tratamiento que conlleve un tratamiento menos favorable para el acreedor disidente se convierte en injusto cuando resulta desproporcionado. Desproporción que no puede medirse en relación con la conveniencia o necesidad de aprobar el plan para mantener la viabilidad de la empresa, sino que debe realizarse desde la protección de la posición económica del acreedor"

9 Siguiendo las pautas ofrecidas por Markell, deberá tenerse en cuenta el riesgo asumido prerreestructuración por cada acreedor. El proveedor asumirá un riesgo comercial a corto plazo, el bonista un riesgo financiero a largo plazo y el accionista asumirá el mayor riesgo pero también tendrá la expectativa de un mayor potencial de rendimiento. Todos estos acreedores recibirán instrumentos a cambio de los originales. Para determinar el nivel de riesgo de los instrumentos recibidos en pago, Markell propone analizar la naturaleza del instrumento (crédito comercial, bono, equity, etc) y su fecha de vencimiento. Ese riesgo se comparará, a su vez, con el riesgo asumido prerreestructuración por la clase de acreedores disidente. Así, por ejemplo, constituirá un tratamiento injustificadamente discriminatorio que un proveedor reciba acciones en pago de su crédito mientras que un bonista a largo plazo reciba instrumentos de deuda a corto por mucho que pudiera justificarse que el valor financiero de ambos instrumentos es equivalente. No lo será, en cambio, si todos reciben el mismo instrumento. Además de comparar los instrumentos existentes y recibidos, prerreestructuración y posreestructuración, respectivamente, Markell aboga por considerar justificada la discriminación que pretende remunerar la aportación de un acreedor a la reestructuración. Esto permitiría, por ejemplo, reconocer el trato especial dado a una clase que aporta nuevos recursos.

disidente en relación a los otros acreedores del mismo rango, aunque estén en clases diferentes..." [subrayado nuestro].

Analizando las circunstancias del caso y la desproporción de la diferencia de trato entre acreedores con mismo rango concursal, la Audiencia advierte que:

"Existe una desproporción insalvable entre, para unos acreedores ordinarios, de quitas del 20% o del 50%, e incluso en algunos casos sin quita alguna, más unas esperas entre 4 y 6 años, y una quita del 85% con una espera de 6 años, a los acreedores financieros, de los que forman parte los impugnantes".

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona, de 4 de septiembre de 2023 (caso Celsa), afirma que lo relevante es que el trato entre distintas clases del mismo rango sea *"financieramente equivalente"*.

Por su parte, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Palencia de 14 de junio de 2024 (caso Farming Agrícola) acoge los motivos de oposición de varios acreedores financieros a la solicitud de homologación judicial de un plan de reestructuración con contradicción previa presentado por el deudor. Los acreedores financieros formaban la clase D y sufrían una quita del 88% del nominal, entre otras medidas. Al mismo tiempo, ciertos acreedores comerciales "esenciales" conformaban la clase E que no sufría quita alguna pero sí esperas con devengo de intereses. Ambas clases, la D y la E, tenían el mismo rango concursal (ordinario). La sentencia declara que los acreedores financieros recibirían bajo el plan un trato desfavorable, una discriminación injusta por desproporcionada. El supuesto carácter crítico de los proveedores comerciales afectados y la necesidad de aprobar el plan en tales condiciones en aras a la viabilidad de la empresa, no pueden justificar un trato desproporcionado. Las pérdidas o recortes económicos, afirma la sentencia, *"deben ser repartidos de manera justa y equilibrada"* y en el caso que nos ocupa los recortes económicos los sufrían única y exclusivamente los acreedores financieros. Resulta de interés la siguiente manifestación contenida en la sentencia:

"Es innegable la importancia que tienen estos proveedores esenciales en la viabilidad de la propia deudora, pero también no es menos cierto que algún recorte o pérdida se les podría haber aplicado al menos a efectos de repartir los efectos económicos de la reestructuración. Ello no implicaba que los recortes o pérdidas económicas en los créditos de distintas clases fueran del mismo alcance, pero sí similares o parejos, sin que existiera esa deferencia de trato tan dispar a nivel económico" [subrayado nuestro].

Como puede verse, la primera parte de la manifestación anterior parece dar a entender que la regla de la no discriminación injustificada quedaría satisfecha si se aplicara *"algún recorte o pérdida ... al menos"* a los derechos económicos de los acreedores comerciales. La segunda parte de la citada manifestación parece ajustarse mejor a la regla de la no discriminación en cuanto requiere que los recortes o pérdidas sean *"parejos"*.

3.3. Principio de equidad y perímetro de afectación del plan

Cabe preguntarse si la aplicación del principio de equidad condiciona de alguna manera la delimitación del *perímetro de afectación*. En otras palabras, queda claro que el principio de equidad garantiza el trato equitativo de acreedores del mismo rango, ya sean parte de la misma clase o de clases distintas. Pero ¿qué ocurre cuando el proponente del plan excluye de éste a ciertos acreedores de ese mismo rango? El proponente del plan tiene libertad para fijar el perímetro de deuda afectada si bien debe justificar las razones de la no afectación de un crédito (art. 633.8.ª LC). Se trata, pues, de una decisión discrecional, no arbitraria. Lo cierto es que la decisión de no afectar un crédito tendrá como inevitable resultado un tratamiento diferente —menos favorable— al de otros créditos del mismo rango que sí están incluidos en el perímetro de afectación.

Sin embargo, la Ley Concursal no prevé expresamente cómo puede un acreedor oponerse a una incorrecta formación del perímetro. Como ha señalado parte de nuestra doctrina (VALENCIA y YUSTE) cabe adoptar hasta cuatro posturas sobre el alcance del control del perímetro de afectación de un plan de reestructuración. La primera, sería entender que si no existe mecanismo de control específico es porque el legislador expresamente quiere dar libertad al proponente del plan para decidir qué deuda afecta y cual no. La segunda, abogaría por el control judicial a través de principios generales del derecho como la interdicción del abuso de derecho o el fraude de ley o procesal. Una tercera postura basaría el control judicial del perímetro aplicando la regla de no discriminación injustificada, si bien conforme a la Ley Concursal su aplicación está confinada a los créditos que siendo del mismo rango se encuentran agrupados en clases distintas, todos ellos, por tanto, afectados por el plan. No aplicaría, por tanto, a créditos fuera del perímetro que, por definición, tendrán un trato más favorable que cualquier crédito afectado por el plan. Finalmente, una cuarta postura es la acogida de momento por las Audiencias Provinciales de Pontevedra, Valencia y Córdoba a la que nos referimos a continuación.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 10 de abril de 2023 (caso Xeldist) confirma, en línea con lo declarado en la exposición de motivos de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, que el control judicial sobre la formación correcta de las clases se extiende a la delimitación del perímetro de afectación, al tiempo que justifica la no afectación en ese caso *"sobre la base de criterios materiales, temporales o de oportunidad estratégica"*, en particular, justificando en ese caso la no afectación de ciertos créditos ICO.

En parecido sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de marzo de 2024 (caso Das Photonics) recuerda que la inclusión o exclusión del perímetro de deuda afectada es una decisión del proponente del plan aunque debe responder a *"criterios objetivos y suficientemente justificados"*, no pudiendo obedecer la exclusión de los créditos a una decisión oportunista ni arbitraria pero sí a *"criterios de diversa índole como temporales, de oportunidad estratégica, la naturaleza de los créditos, entre otros"*. Sobre esta base acepta la exclusión del perímetro de afectación de ciertos proveedores estratégicos. También confirma que no deben compararse los créditos afectados por un plan con los no afectados, pues llevaría al absurdo de que la impugnación siempre prosperaría.

Se adhieren igualmente a esta doctrina la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 30 de mayo de 2024 (caso Pharmex), la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción

número 1 de Palencia de 14 de junio de 2024 (caso Farming Agrícola) y la sentencia de la sección número 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de julio de 2024 (caso Vilaseca). La sentencia del Juzgado de la Mercantil número 1 de San Sebastián de 23 de noviembre de 2023 (caso Transbiaga) utiliza argumentos similares a los de la Audiencia Provincial de Pontevedra y avala la justificación del deudor para no afectar ciertos créditos, declarando que la exclusión del perímetro de afectación no responde a motivos espurios.

Se plantea un problema interesante en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Palencia de 14 de junio de 2024 (caso Farming Agrícola). El deudor propuso un plan con cinco clases, siendo una de ellas la "clase Sabadell" cuyo único acreedor era Banco de Sabadell que había celebrado un contrato de préstamo hipotecario con el deudor. Bajo el plan, el Banco de Sabadell tenía derecho a que se le abonara el 100% de lo debido en un plazo de 10 días hábiles desde la resolución judicial de homologación. El vencimiento original (antes del plan) era en una fecha futura que no se especifica en la sentencia. Los acreedores que se opusieron a la confirmación judicial alegaron que el crédito de Banco de Sabadell no resultaba afectado por el plan y, consecuentemente, debía ser un crédito no afectado. Si bien, aplicando el test de resistencia el resultado aparentemente no hubiera variado, el tribunal declara que:

"es evidente que los créditos que integran la Clase Sabadell son créditos afectados al amparo de lo dispuesto en el artículo 616.1 LC. Y es afectado porque se modifican sus fechas de vencimiento".

Y más adelante añade:

"Y esta modificación en cuanto a su fecha de vencimiento, implica necesariamente una modificación en los intereses remuneratorios de ese crédito hipotecario por la cancelación anticipada del mismo".

Si bien habría que analizar el préstamo hipotecario, asumiendo que el deudor pudiera, como es habitual, amortizar anticipadamente el préstamo sin penalidad, difícilmente puede decirse que Banco de Sabadell estuviera afectado, porque no estaba asumiendo sacrificio alguno; al contrario, en una situación de *distress* la mejor noticia que puede recibir un acreedor no es el aplazamiento, por mucho que su garantía cubra en ese momento el crédito, sino el pago inmediato del importe íntegro. Por ello, discrepo respetuosamente de la argumentación dada en la sentencia para justificar la existencia de esta clase.

4. La equidad vertical: la regla de la prioridad absoluta

La Ley Concursal proscribire que una clase pueda mantener o recibir derechos, acciones o participaciones por un valor inferior al importe de sus créditos si una clase de rango inferior o los socios reciben cualquier pago o conservan cualquier derecho, acción o participación (art. 655.2.4.º LC). Esta es

la regla de la prioridad absoluta e impide, en definitiva, que en un plan una clase de rango inferior reciba *ningún* pago si una de rango superior no ha visto sus créditos *plenamente* satisfechos¹⁰.

Analizamos a continuación los contornos de esta regla.

4.1. La regla de la prioridad absoluta y los rangos concursales

La regla de la prioridad absoluta pretende replicar la distribución de valor que se aplicaría en la alternativa más probable en caso de que el plan fuera rechazado o no tuviera éxito, esto es, en caso de insolvencia y posterior liquidación. La regla es, por tanto, respetuosa con los rangos concursales negociados *ex ante* por los acreedores. Los créditos de distinto rango deberán estar agrupados en clases distintas: los privilegiados deberán agruparse en una o más clases (en este último caso cuando la heterogeneidad de *los* bienes o derechos gravados así lo justifique), los ordinarios en una o más clases en función de si tienen o no intereses comunes, y los subordinados igualmente en una o más clases teniendo en cuenta no solo la existencia o no de un interés común entre ellos, sino también los distintos subrangos concursales del art. 281 LC.

4.2. La regla de la prioridad absoluta y el perímetro de la reestructuración

La delimitación del perímetro de la reestructuración también puede tener un impacto relevante desde la perspectiva de la regla de la prioridad absoluta. Recordemos que la regla de la prioridad absoluta entra en juego dentro del perímetro de la reestructuración; en otras palabras, entre las clases que conforman el plan. Por tanto, no aplica a los créditos que se encuentran fuera del perímetro de la reestructuración. Evidentemente, al igual que ocurre con el principio de no discriminación injustificada, esto puede tener como consecuencia que un crédito sénior que forme parte de una clase del plan resulte afectado, mientras que un crédito júnior no resulte afectado en absoluto al encontrarse fuera de dicho perímetro.

Esta situación se planteó con toda crudeza en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Palencia de 14 de junio de 2024 (caso Farming Agrícola). El socio único del deudor era acreedor de ésta. El deudor excluye el crédito del plan y aunque la sentencia lo reclasifica a subordinado, acepta su exclusión del perímetro. El crédito nació de un ingreso de IVA que realizó el socio único por cuenta de la filial deudora y la sentencia confirma que existió una efectiva aportación de dinero. A mi juicio, la justificación para excluir el crédito de un socio (subordinado) cuando a los acreedores financieros (ordinarios) se les está imponiendo una quita del 88%, debería haber sido mucho más convincente.

4.3. La regla de la prioridad absoluta se aplica solo en defecto de acuerdo

La regla de la prioridad absoluta no es de aplicación inexcusable, solo lo es en defecto (*default rule*) de un plan consensual, esto es, aprobado por todas las clases. Por tanto, no se aplica a los planes consensuales, donde los acreedores, agrupados en clases, pueden decidir repartir el excedente o prima asociada a la reestructuración (diferencia entre valor de mercado de la empresa en

¹⁰ Esta regla está inspirada en el *fair and equitable principle* de la sección 1129 (b) (1) del US Bankruptcy Code.

funcionamiento y valor de liquidación, o *going-concern surplus*) que resulte del plan de una forma distinta a la que resultaría de aplicar la regla de la prioridad absoluta.

El derecho a participar en la prima de la reestructuración no es un derecho individual del acreedor, sino un derecho de clase, un derecho colectivo (GARCIMARTÍN). En cambio, el derecho a la hipotética cuota de liquidación que consagra la prueba del interés superior de los acreedores se configura como un derecho de cada acreedor ejercitable igualmente vía impugnación (art. 654.7.º LC), pues es indiferente si la clase en la que se encuentra el acreedor impugnante ha votado a favor del plan.

4.4. La regla de la prioridad absoluta busca favorecer la consecución de un plan

En la medida en que la alternativa a un plan consensual será un plan no consensual (con la consiguiente aplicación de la regla de la prioridad absoluta) o el concurso (con la aplicación de los correspondientes rangos concursales en caso de liquidación, es decir, llegando al mismo resultado, pero con el valor de la empresa erosionado por el concurso), no tiene sentido prolongar y encarecer el proceso de reestructuración, pues este tendrá costes directos (abogados, expertos en la reestructuración, tasadores y valoradores, bancos de inversión) e indirectos (proveedores y clientes). Abona esta conclusión el hecho de que en España (a diferencia de en EE. UU.) el deudor no tiene un periodo de exclusividad para proponer un plan¹¹.

4.5. La importancia de la valoración

Una de las consecuencias principales de no alcanzarse un plan consensual es que puede ser necesaria una valoración de la empresa en funcionamiento. Como antes se ha expuesto, existen dos formas de aprobar un plan no consensual (art. 639 LC). La primera, y más habitual, es por una mayoría de clases de las cuales al menos una debe tener privilegio general o especial (art. 639.1.º LC). Pero si lo anterior no es posible, el plan se puede aprobar por una clase siempre que esté "*dentro del dinero*" (art. 639.2.º LC). Es en este segundo caso en el que la valoración es imperativa. Para saber dónde "rompe el valor", para determinar quién está y quién no está "dentro del dinero", es precisa una valoración de la empresa. La valoración, se dice, es "más un arte que una ciencia", existen diversas metodologías de valoración¹² y el juez no es un experto en valoración de empresas, por lo que no resulta fácil inclinarse por uno u otro informe de valoración cuando existen varios aportados por distintas partes con distintos intereses¹³. La incertidumbre que rodea al proceso (se ha dicho: *it's a guess compounded by an estimate*) refuerza los incentivos para que las partes acuerden un plan consensual.

11 Como advierte GARCIMARTÍN, es cierto que existe un factor adicional que tiene peso en la negociación, que es la incertidumbre sobre la decisión judicial que deberá acoger una valoración de la empresa. Dependiendo de cuál elija el resultado para acreedores júnior y sénior, puede ser muy distinto de su composición inicial. Si elige una valoración más alta favorecerá a los júnior; si elige una más baja, a los sénior.

12 Aunque en la sentencia del Juzgado de la Mercantil número 2 de Barcelona de 4 de septiembre de 2023 (caso Celsa) el juez se inclina decididamente por el descuento de flujos de caja.

13 La sentencia del Juzgado de la Mercantil número 2 de Barcelona de 4 de septiembre de 2023 (caso Celsa) es un botón de muestra de la complejidad que puede entrañar analizar distintas valoraciones que arrojan resultados muy distintos.

4.6. La forma de satisfacer el crédito posreestructuración: el pago íntegro

La regla de la prioridad absoluta no exige que el acreedor reciba lo mismo que tenía prerreestructuración: si tenía un crédito prerreestructuración de diez unidades monetarias, no es necesario que el plan le reconozca el derecho a cobrar la misma cantidad y en la misma moneda a pesar de que la dicción literal de la Ley Concursal cuando se refiere al derecho del acreedor sénior a cobrar el “importe de su crédito” o pago íntegro. A lo que tiene derecho el acreedor es a que se le reconozca un crédito posreestructuración con un valor financiero equivalente al crédito prerreestructuración. Ese crédito será satisfecho normalmente mediante la entrega de unos instrumentos sustitutivos (*bankruptcy currency*) —como acciones, bonos convertibles, warrants, préstamos participativos, nueva deuda sénior o una combinación de lo anterior— del crédito prerreestructuración.

Se plantea la duda de qué ocurre cuando dos clases de distinto rango, por ejemplo, sénior y ordinaria, reciben un pago íntegro pero no inmediato. ¿Se cumple en cualquier caso la regla de la prioridad absoluta y puede ser arrastrada la clase sénior? Para ello, creo que no solo será necesario que cada clase reciba instrumentos por importe equivalente al nominal de sus créditos, sino que, en principio, la clase ordinaria debería recibir instrumentos de deuda o *equity* subordinados en pago a los de la clase sénior, pues de lo contrario podría ocurrir que los acreedores ordinarios cobraran antes que los sénior. Esto se puede conseguir, por ejemplo, modulando los plazos de vencimiento de los instrumentos de deuda (BUIL ANDANA).

4.7. La regla de la prioridad absoluta y los pactos de sindicación

Se ha planteado qué ocurre cuando existe un acuerdo de sindicación con un pacto de subordinación relativa, como resultado del cual el reparto entre los acreedores difiere del que se aplicaría en caso de liquidación. Los acuerdos de sindicación se reconocen en el art. 435.3 LC en sede de pago a los acreedores concursales, esto es, en liquidación. Y siempre que no perjudique a terceros (lo cual difícilmente ocurrirá, pues a los terceros en principio no puede afectarles un pacto del que no son parte) y sea parte del deudor, el acuerdo será reconocido en el concurso y la administración concursal realizará los pagos conforme al mismo. Si bien a primera vista podría pensarse que estos acuerdos no tienen efectos fuera del supuesto regulado en la ley, existen razones poderosas para defender su relevancia. En efecto, si lo que determina el interés común es la pertenencia al rango determinado por el orden de pago en el concurso y este orden de pago ya hemos visto que puede verse afectado por un acuerdo entre acreedores, puede concluirse que también tiene que tener relevancia a la hora de formar las clases (MARTÍNEZ FLÓREZ). Tendrá igualmente relevancia para verificar que se cumple la prueba del interés superior de los acreedores y la regla de la prioridad absoluta.

La sección 510 (a) del US Bankruptcy Code reconoce la eficacia de los pactos de subordinación contractual dentro y fuera del concurso siempre que el contrato sea válido y ejecutable¹⁴.

4.8. La regla de la prioridad absoluta debe hacerse valer vía impugnación

La regla de la prioridad absoluta no se encuentra entre los requisitos de un plan no consensual (art. 639 LC), sino entre los motivos de impugnación (y oposición) del mismo (art. 655.2.4.º LC), esto es, el acreedor que no haya aprobado el plan y, además, pertenezca a una clase que no ha aprobado el plan tiene la carga de impugnar. Es, como se ha dicho anteriormente, un derecho de clase, no individual.

4.9. Las excepciones a la regla de la prioridad absoluta

El art. 655.3 LC establece que *"se podrá confirmar la homologación del plan de reestructuración, aunque no se cumpla esta condición [la regla de la prioridad absoluta], cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente"*.

Esta excepción se encuentra amparada y prevista en la Directiva de Reestructuraciones, si bien en lugar de injustificadamente utiliza el término injustamente. Algo de luz pretende arrojar el considerando (56) de la Directiva:

"Los Estados miembros deben poder prever excepciones a la regla de prelación absoluta, por ejemplo cuando se considere justo que los tenedores de participaciones mantengan determinados intereses en el plan a pesar de que una categoría de mayor prelación se vea obligada a aceptar una reducción de sus créditos o de que proveedores de suministros básicos cubiertos por la disposición relativa a la suspensión de ejecuciones singulares reciban su pago antes que categorías de acreedores de mayor prelación [...]" [subrayado nuestro].

La Directiva de Reestructuraciones permitiría que los socios conservaran alguna participación, pero no parece que deba interpretarse como que puedan quedar indemnes.

¿Cuándo se ven afectados los créditos de los acreedores injustificadamente? La viabilidad de la empresa no será justificación suficiente, pues viabilidad y ausencia de perjuicio injustificado son requisitos distintos y cumulativos. La norma asume que los acreedores sufrirán algún perjuicio como consecuencia de la aplicación de la excepción, perjuicio que será admisible siempre que no sea "injustificado" (SANCHO GARGALLO).

¹⁴ La sección 520 (a) dice lo siguiente: *"A subordination agreement is enforceable in a case under this title to the same extent that such agreement is enforceable under applicable nonbankruptcy law"*.

A pesar de lo anterior, la sección 1129 (b) (1) del mismo cuerpo normativo establece que: *"(b)(1) Notwithstanding section 510 (a) of this title, if all of the applicable requirements of subsection (a) of this section other than paragraph (8) are met with respect to a plan, the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan."*[subrayado nuestro]. Como confirma la conocida sentencia dictada In re Tribune Co., 972 F.3d 228 (3d Cir., 2020), la redacción de la sección 1129 (b) (1) del US Bankruptcy Code deja claro que los pactos de subordinación contractual no tienen por qué ser tenidos en cuenta por el tribunal para confirmar un plan de reestructuración. Se pretende con ello dar la máxima flexibilidad al tribunal que conozca de cada caso.

Se ha apuntado (GARCIMARTÍN) que esta excepción puede servir, por ejemplo, para mantener a los accionistas que aportan activos intangibles relevantes o para mantener contratos de suministro indispensables para la viabilidad de la empresa. Esto es coherente con las razones que explican por qué se aplica la regla de la prioridad relativa a las pymes y con la prohibición de imponer un plan contra la voluntad de los socios (art. 684.2 LC).

Algo más restrictiva parece la postura de BUIL ALDANA, que entiende que para que sea admisible la excepción no debe existir perjuicio para las partes implicadas. Desde esa perspectiva, solo considera aplicable la excepción en tres supuestos concretos:

- i. en caso de planes consensuales;
- ii. cuando los acreedores sénior decidan transferir parte del valor que les corresponde a otra clase para asegurar su apoyo, pero sin perjudicar a otras (*gifting*); o
- iii. cuando sea en contraprestación de nuevas aportaciones, lo que se conoce como el *new value exception*.

A mi juicio, ninguno de estos tres casos es propiamente una excepción a la regla de la prioridad absoluta. En el caso de los planes consensuales, porque la regla simplemente no aplica y no es necesario excepcionarla: las clases son libres de acordar cómo repartirse la prima de la reestructuración. En el caso del *gifting*, porque a ningún acreedor se le priva de derecho alguno como veremos a continuación. Finalmente, el *new value exception*, a pesar de su denominación, tampoco es una excepción propiamente dicha: el socio conserva derechos en contraprestación a las nuevas aportaciones que realiza, no conserva derecho alguno prerreestructuración. Al *gifting* y al *new value exception* dedico unas breves reflexiones en los dos siguientes apartados.

Es pronto para anticipar como se aplicará la excepción art. 655.3 LC por los tribunales, aunque ya hay algunos precedentes. La sentencia del juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián, rechazó el motivo de oposición y acogió esta excepción. Los hechos del caso (Transbiaga) son relevantes. El plan contemplaba una quita del 25 % a los acreedores financieros mientras los socios conservaban el capital, si bien renunciaban a ciertos derechos económicos y aplicaban una quita total a los créditos subordinados que poseían. La renuncia, en tanto que parcial, fue considerada *per se* insuficiente para justificar la aplicación de la excepción, pues seguían manteniendo el derecho a percibir la cuota de liquidación y el precio en caso de una hipotética venta de la sociedad. La justificación —argumenta la sentencia— deriva del carácter no excesivo o injustificado de una quita del 25 % que “*no supone una amputación radical del derecho*” de las entidades financieras, y por considerarse esencial la implicación de los socios existentes y del hecho de que el principal cliente del deudor apoyara el plan y, aparentemente, la continuidad de los socios.

Por su parte, la sentencia de la sección número 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de julio de 2024 (caso Vilaseca), no acoge el motivo de impugnación de vulneración por un plan no consensual de la regla de la prioridad absoluta a pesar de que se imponía al impugnante una quita del 70% de su crédito financiero ordinario mientras que los socios conservaban sus acciones. Son interesantes los argumentos utilizados por Vilaseca para oponerse a la impugnación y la respuesta que a ellos da la Audiencia Provincial.

Se argumenta, en primer lugar, que la regla de la prioridad absoluta solo impediría a los socios recibir acciones o participaciones cuando el plan contemplara operaciones de capitalización, pero no les impediría conservar su participación prerreestructuración. El argumento se desmonta fácilmente por la Audiencia Provincial recordando que el artículo 655.2.4º LC impide que los socios reciban o “*conserven*” cualquier derecho en aplicación de la regla de la prioridad absoluta.

En segundo lugar, Vilaseca argumenta que las acciones que se conservan por los socios en realidad carecen de valor por lo que no conservarían nada posreestructuración, lo cual la Audiencia Provincial no da por acreditado.

Más interesante es el tercer argumento, que pretende basarse en la propia excepción a la regla de la prioridad absoluta que recoge el artículo 655.3 LC. La Audiencia Provincial acoge los argumentos de Vilaseca en el sentido de que la dirección de la empresa está totalmente vinculada a su accionariado, siendo dos accionistas minoritarios clientes históricos de la compañía. La sentencia afirma que los acreedores no han mostrado interés en acceder al capital de la compañía. Desconocemos qué pudo ocurrir en el caso planteado pero, al margen del caso, puede haber situaciones en la que los acreedores, especialmente los financieros, carezcan de interés en participar en el capital (por ej. por el coste de gestión que suponga en relación al tamaño de la empresa y el importe de sus créditos, por dedicarse la empresa a un sector de actividad que pueda tener un coste reputacional para las entidades, por el convencimiento de que la empresa estará mejor gestionada por un insider que por cualquier empleado o representante del acreedor).

4.10. El *gifting*

El *gifting* ha sido objeto de numerosas sentencias de muy diverso signo en los EE.UU. La casuística es grande, si bien, en términos generales, parece permitirse el llamado *gifting* horizontal, mientras que se ve con más suspicacia el vertical. El *gifting* vertical, por virtud del cual una clase sénior decide ceder parte del valor de reestructuración que le corresponde a una clase inferior, saltándose una clase intermedia (*class skipping*), se suele justificar aludiendo a una famosa decisión del First Circuit (in re SPM Manufacturing Corp., 984 F.2d 1305, 1993), si bien debe advertirse que en ese caso el tribunal aprobó un *gifting* en el seno de un Chapter 7 (proceso de liquidación), no de un Chapter 11. Incluso cuando se ha rechazado el *gifting* vertical (entre otras, In re DBSD N.Am, Inc, 634 F.3d 79, 2011), los tribunales no han llegado a aclarar si existe algún inconveniente en que “fuera del plan” los acreedores sénior distribuyan parte del valor que les corresponde entre los acreedores júnior, saltándose a una clase intermedia.

En España está por ver qué postura adoptan nuestros tribunales. En estos momentos está pendiente de resolución la impugnación del plan de reestructuración no consensual de Naviera Armas, en el esta cuestión parece haberse planteado. Sin conocer los pormenores de este o cualquier otro caso no es posible pronunciarse.

No obstante, con carácter general, entiendo que no debería existir problema en aceptar el *gifting* en España. Me parece evidente que un acreedor debería poder decidir qué hacer con aquello que le pertenece. La misma libertad debe tener una clase de acreedores si está correctamente formada. Si la mayoría correspondiente de acreedores de una clase decide que una clase júnior

debe recibir algo que de otra forma no le correspondería, hay que presumir que existirán buenas razones para ello (normalmente será imprescindible para asegurarse el apoyo al plan); no debe haber objeción si dicha clase dispone de bienes, derechos o instrumentos propios, no ajenos.

En definitiva, para que el *gifting* sea tal y legítimo deberá suponer la cesión de valor propio, no ajeno, pues de lo contrario lo que habría es una confiscación de valor ajeno (el de la clase intermedia que nada recibe) y traspaso de ese valor a la clase júnior. La clase intermedia nada podrá objetar si, sobre la base de una valoración del negocio rigurosa, nada le correspondía del valor cedido a la clase júnior, nada debería poder objetar si su porcentaje de recuperación, de haberlo, fuera el mismo con o sin *gifting*, pues la clase júnior no debe recibir instrumentos en detrimento de la clase intermedia, sino de la sénior. El *gifting*, en definitiva, debe resultar indiferente a la clase intermedia. Para ello el *gifting* deberá descansar en una valoración rigurosa de la empresa. Además, deberá extremarse la transparencia, debiendo justificarse por qué una clase sénior cede valor que le corresponde a quien a nada tiene derecho. Puede haber razones legítimas para ello, pero deberían explicitarse, pues sobre este tipo de arreglos se cernirá inevitablemente la sombra de la sospecha, la sospecha de que un *insider* (muchas veces los socios) se aprovecha de forma injustificada de su situación.

También puede argumentarse que no es contrario a la ley que los acreedores sénior cedan parte de su valor a los acreedores júnior una vez homologado el plan, esto es, "por fuera" de él, como resultado, por ejemplo, de un acuerdo entre acreedores. Y si eso es posible fuera del plan, no veo por qué no puede ser posible dentro del plan. Puede traerse a colación de nuevo el art 435.3 LC que reconoce los pactos de subordinación relativa en sede de pago a los acreedores concursales en liquidación. En definitiva, reconoce que el reparto entre los acreedores puede diferir del que se aplicaría en estricta aplicación de las reglas de liquidación si se cumplen ciertas condiciones. Como vimos anteriormente, existen buenas razones para defender la relevancia de estos pactos fuera del supuesto de liquidación contemplado en la norma y, en concreto, en sede de planes de reestructuración.

Los argumentos utilizados para justificar la legitimidad del *gifting* vertical (del sénior al júnior) a pesar de la regla de la prioridad absoluta, pueden trasladarse al *gifting* horizontal (entre acreedores de distintas clases pero del mismo rango) sin que la regla de la no discriminación deba suponer un obstáculo.

Podría argumentarse, acogiéndose a una interpretación meramente literal de la Ley Concursal, que esta no contiene salvedad alguna a la regla de no discriminación y la regla de la prioridad absoluta (distinta a la excepción del apartado 3 del art. 655 LC ya comentado), por lo que existirían motivos de impugnación en caso de que el plan no se ajuste a ambas reglas. Pero, a mi juicio, los argumentos antes esgrimidos permiten huir de una interpretación literal y no finalista de la norma.

4.11. La *new value exception*

También merece una breve reflexión lo que se conoce en EE.UU. como la *new value exception*. Bajo esta denominación se encuentran comprendidos aquellos supuestos en los que los socios conservan cierta participación en la sociedad deudora, pero a cambio de realizar aportaciones.

Para que la excepción sea admisible, los tribunales norteamericanos han establecido que los antiguos socios deberán hacer una aportación (i) en dinero o su equivalente, (ii) razonablemente equivalente al valor de su nueva participación en el deudor y (iii) necesaria para la implementación del plan de reorganización (*In re Woodbrook Assocs.* 19 F.3d 312, 319-20 (7th Cir. 1994)). Decisiones judiciales posteriores han exigido incluso que la aportación de dinero no solo debe hacerse en condiciones de mercado, sino someterse a un proceso de concurrencia (*Bank of America National Trust & Savings Association v. North LaSalle Street Partnership*, 526 U.S. 434, 1999).

En España no parece que sea necesario amparar el *new value exception* en la excepción a la regla de la prioridad absoluta del art. 655.3 LC. A pesar de su denominación, en realidad no es una excepción a la citada regla: los socios pierden sus acciones en el deudor en aplicación estricta de la regla de la prioridad absoluta, lo que ocurre es que la participación que "conservan" (*rectius*, recuperan) es el contravalor de una nueva aportación realizada en condiciones de mercado. No creo que nuestra Ley Concursal impida esta posibilidad, que puede considerarse especialmente beneficiosa para el deudor en la medida en que se allegan nuevos recursos y, además, forme parte de un plan aprobado por las mayorías de clases correspondientes¹⁵. En Alemania, que ha adoptado la regla de la prioridad absoluta, la norma aclara que se puede atribuir valor económico a una clase cuando esté compensado con la aportación que realice al patrimonio del deudor. Adicionalmente, se permite que los socios perciban algún pago o conserven algún derecho cuando su participación tenga carácter esencial debido a las circunstancias personales especiales para el buen fin del plan.

5. La interdicción de la expropiación

La exposición de motivos de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal no solo declara que un acreedor no puede recibir menos de lo que se le debe, sino que también proscribire que reciba menos de lo que le corresponde. Este es el principio de interdicción de la expropiación, corolario de la regla de la prioridad absoluta, y su justificación se comprende con facilidad: ninguna clase pueda mantener o recibir, de conformidad con el plan, derechos, acciones o participaciones por un valor superior al importe de sus créditos.

Se trata de un requisito que deben cumplir los planes no consensuales y constituye un motivo de impugnación de estos. El acreedor que no haya aprobado el plan y, además, pertenezca a una clase que no ha aprobado el plan, tiene la carga de impugnar (arts. 655.2.2.º y 656.1.5.º LC). Es un derecho de clase, no individual.

¹⁵ Aunque ya no está vigente, como se recordará, el antiguo art. 700 LC estableció una presunción *iuris tantum* de concurso culpable "cuando, sin causa razonable, los administradores [del concursado] se hubiesen negado a proponer o los socios [del concursado] a acordar la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y esa negativa hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos". Esta medida se complementó mediante la previsión en el artículo 701.1 LC, por la que podrían ser declaradas personas afectadas por la calificación como culpable también los socios del concursado que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles en la medida que esa negativa hubiera determinado la calificación del concurso como culpable por agravación de la insolvencia del concursado. Para que resultara de aplicación esta presunción de culpabilidad era necesario que el acuerdo propuesto reconociera en favor de los socios o accionistas del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de su posterior enajenación.

Este régimen ya no está vigente por innecesario, pues con la nueva Ley Concursal se puede arrastrar a los socios. Pero es llamativo como no solo no repugnaba al legislador que los socios pudieran recuperar su participación, pues de otra forma no se les reconocería el derecho de adquisición preferente.

Como es fácil adivinar, la valoración de la empresa será clave para determinar si una clase de acreedores está siendo expropiada. Simplificando, una valoración injustificadamente baja privará a los acreedores de las clases inferiores de todo o parte de sus derechos (violando la regla de interdicción de la expropiación). Y, viceversa, una valoración generosa en exceso otorgará a esos mismos acreedores más derechos o instrumentos de los que les corresponde en perjuicio de la clase más sénior (violando en este caso la regla de la prioridad absoluta).

En definitiva, la regla de la prioridad absoluta y la de interdicción de la expropiación son reglas que actúan como vasos comunicantes. Además, explican por qué la valoración de la empresa, junto con la correcta formación de clases, son los puntos clave en torno a los que se centra la negociación de cualquier plan de reestructuración.

Bibliografía

ARA TRIADÚ, Carlos (2024). Regla de la prioridad absoluta y operaciones acordeón sin pérdidas contables suficientes. Lecciones del *Bail-in* de Banco Popular. *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones, Iustel*. N.º 12, pp. 185-216.

BAIRD, Ken; CRINSON, Katharina; BREMOND, Guilhem; BROEDERS, Michael; AUSEMA, Charlotte; WILDE, Jan-Philip; LÓPEZ, Ana; ANGÓS, Silvia; LISCIO, Mark; y BRAUNSTEIN, Samantha (2023). The EU Adaption of Important Chapter 11 Provisions. *Global Restructuring Review*. Recuperado de <https://globalrestructuringreview.com/review/restructuring-review-of-the-americas/2024/article/the-eu-adaption-of-important-chapter-11-provisions>.

BERKOVICH, RJ. (2020). Third Circuit Decision Provides New Guidance on the Unfair Discrimination Standard of Cramdown and the Enforcement of Subordination Agreements When Confirming Cramdown Plans. *Weil Restructuring blog* (September 22, 2020). Recuperado de <https://restructuring.weil.com/cramdown/third-circuit-decision-provides-new-guidance-on-the-unfair-discrimination-standard-of-cramdown-and-the-enforcement-of-subordination-agreements-when-confirming-cramdown-plans/>.

BUIL ALDANA, Ignacio (2020). Algunas cuestiones relativas a la formación de clases de acreedores y socios en la directiva de reestructuración temprana y su transposición al derecho español. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. N.º 33, pp. 283-296.

CALLAWAY, Joseph N. (2022). Case N.º 21-00833-5-JNC. *In re Platinum Corral, LLC*. Recuperado de <https://casetext.com/case/in-re-platinum-coral-llc>.

CLEARY GOTTLLIEB, Rough Justice (2020). Third Circuit Holds Subordination Agreements May Be Superseded in Cramdown. *Law360* (August 31, 2020). Recuperado de <https://www.clearygottlieb.com/news-and-insights/publication-listing/rough-justice-third-circuit-holds-subordination-agreements-may-be-superseded-in-cramdown>.

CUATRECASAS (2024). *Análisis práctico de cuestiones relevantes en el Derecho de Reestructuraciones español*. Recuperado de <https://www.cuatrecasas.com/resources/nuestros-expertos-analizan-las-cuestiones-mas-relevantes-en-el-derecho-de-reestructuraciones-espanol-txt-66730cb-b4adbd823286530.pdf?v1.76.2.20240712>.

DOUGLAS, M. G. (2021). Third Circuit Invokes Equitable Mootness to Bar Appeal of Gifting Chapter 11 Plan. *Jones Day* (March 24, 2021). Recuperado de <https://www.jonesday.com/en/insights/2021/03/third-circuit-invokes-equitable-mootness-to-bar-appeal-of-gifting-chapter-11-plan>.

ERENS, B. B. (2020). Cram-Down Chapter 11 Plan Need Not Strictly Enforce Subordination Agreement. *Jones Day* (December, 2020). Recuperado de <https://www.jonesday.com/en/insights/2020/12/cramdown-chapter-11-plan-need-not-strictly-enforce-subordination-agreement>.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José (2017). El arrastre de los acreedores disidentes y la regla de la prioridad absoluta. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/los-mecanismos-arrastre-creedores-disidentes-la-llamada-regla-prioridad-absoluta>.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José (2021). Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del anteproyecto (y las novedades en el Libro IV). *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones, Iustel*. N.º Extra 3, pp. 47-84.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José (2021). Los créditos con garantía real en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/los-creditos-con-garantia-real-en-el-anteproyecto-de-reforma-del-texto-refundido-de-la-ley-concursal>.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José (2021). Conflictos de interés y acuerdos de refinanciación. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/conflictos-de-interes-y-acuerdos-de-refinanciacion>.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José (2021). La probabilidad de insolvencia. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/la-probabilidad-de-insolvencia>.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José (2022). Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración (y algunas novedades en el Libro IV). *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones, Iustel*. N.º Extra 7, pp. 51-91.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José (2022). Los planes de reestructuración. En *Lecciones de Derecho Mercantil*. Thomson Reuters-Civitas, vol. II, pp. 591-610.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José (2022). Derecho de preferencia y planes de reestructuración. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/derecho-de-preferencia-y-planes-de-reestructuracion>.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José (2022). Apuntes sobre la formación de clases en el Derecho preconcursal. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/apuntes-sobre-la-formacion-de-clases-en-el-derecho-preconcursal>.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José (2023). Planes de reestructuración: algunas reflexiones sobre la práctica reciente. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/planes-de-reestructuracion-algunas-reflexiones-sobre-la-practica-reciente>.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José (2023). Planes de reestructuración: algunas reflexiones sobre la práctica reciente (II). *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/planes-de-reestructuracion-algunas-reflexiones-sobre-la-practica-reciente-ii>.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José (2023). Planes de reestructuración: algunas reflexiones sobre la práctica reciente (III). *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/planes-de-reestructuracion-algunas-reflexiones-sobre-la-practica-reciente-iii>.

JONES DAY (2018). Reports of the Demise of Gifting Chapter 11 Plans Are an Exaggeration. Recuperado de <https://www.jonesday.com/en/insights/2018/12/reports-of-the-demise-of-gifting-chapter-11-plans>.

JONES DAY (2018). Taking the Gift Back: Second Circuit Alters Future Plan Negotiations by Striking Down the Use of Gifting Through a Chapter 11 Plan. Recuperado de <https://www.jonesday.com/en/insights/2011/04/taking-the-gift-back-second-circuit-alters-future-plan-negotiations-by-striking-down-the-use-of-gifting-through-a-chapter-11-plan>.

KELBON, Regina Stango y CAVALIERE, Rocco A. (2011). The evolution of the “gifting doctrine” and implications of recent case law. *Blank Rome LLP*. Recuperado de <https://www.blankrome.com/siteFiles/publications/BC5AAF07730A0AB3E83889094B1F11BE.pdf>.

LAWFORD, Mark; WILKINSON, Andrew J. y BESON, Matt (2020). The new restructuring plan - in depth. *European Reestructuring Watch*. Recuperado de <https://eurorestructuring.weil.com/reform-proposals-and-implementations/the-new-restructuring-plan-in-depth/>.

LUBBEN, Stephen J. (2020). Fairness and flexibility: understanding corporate bankruptcy’s arc. *Association of the Federal Bar of New Jersey*. Vol. 23:1, pp. 132-178.

LUBBEN, Stephen J. (2018). Private Benefits Without Control? Modern Chapter 11 and the Market for Corporate Control Oscar Couwenberg. *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*. Vol. 13, pp. 144-168.

MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora (2023). El tratamiento de los pactos de subordinación relativa entre acreedores en los planes de reestructuración. *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*. N.º 21.

MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora (2023). La igualdad de trato de los créditos del mismo rango en los planes de reestructuración: significado y tutela (1). *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*. N.º 21.

MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora (2023). El principio de igualdad de trato de los créditos del mismo rango en los planes de reestructuración. *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*. N.º 21.

MAZZA, James J. y HASEEB, Zahed A. (2020). Rights offerings in chapter 11 bankruptcies. *The Review of Banking & Financial Services*. Vol. 36, pp. 77-86.

MARKELL, B. A. (1998). A new perspective on unfair discrimination in Chapter 11. *72 American Bankruptcy Journal*, 227 (Spring 1998).

MCDOWELL, L., MOSS, J., ROBERTS, I. E., SOSNICK, F. and SCHODEK, N. S. (2020). Third Circuit holds in Tribune that a cramdown plan may discriminate -but not unfairly- by reallocating a portion of proceeds, overriding a subordination agreement, *A&O Shearman, Lexology* (September 29, 2020).

POLIVY, D. R. (1998). Unfair discrimination in Chapter 11: A comprehensive compilation of current case law. *72 American Bankruptcy Journal*, 191 (Spring 1998).

PULGAR EZQUERRA, Juana (2023). Derecho Mercantil: apuntes sobre Sociedades y Empresas. *El Notario del Siglo XXI*. N.º 109, pp. 32-39.

SANCHO GARGALLO, Ignacio (2024). La impugnación u oposición previa a la homologación del plan de reestructuración y la protección frente a la rescisión concursal. En *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España*. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 1137-1203.

SEYMOUR, Jonathan M. y SCHWARCZ, Steven L. (2019). Corporate Restructuring under Relative and Absolute Priority Default Rules: A Comparative Assessment. *EU Restructuring Directive*. Recuperado de https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/4119/.

TRENT, Susan E. y WARSCO, Mark A. (2011). Vote incentivization schemes in chapter 11. *Rothberg Law Firm*. Recuperado de <https://rothberg.com/uploads/content/News/07-13-2011-web-vote-incentivization-schemes-in-chapter-11.pdf>.

VILLORIA RIVERA, Íñigo (2022). Clases de créditos en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal: apuntes de Derecho inglés. *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones, Iustel*. N.º 8, pp. 239-266.

VASSER, S.; HILMO, E. (2020). Subordination Agreement Ignored in a Camdown-But What's So Unfair About That?, *Dechert LLP, Lexology* (August 31, 2020).

YÁÑEZ EVANGELISTA, Javier (2023). Los motivos de impugnación de la homologación de los planes de reestructuración. En *Comentario a la Ley Concursal*, La Ley, pp. 1305-1359.

Artículos

COMPETENCIA DE LA JUNTA GENERAL SOBRE LA DISPOSICIÓN DE ACTIVOS ESENCIALES: TENDENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO Y CUESTIONES EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Miguel Iribarren Blanco

Catedrático de Derecho Mercantil

Consultor del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

Competencia de la junta general sobre la disposición de activos esenciales: tendencias en el derecho comparado y cuestiones en los grupos de sociedades

El objetivo del presente trabajo es reflexionar sobre la competencia de la junta general sobre las operaciones de disposición de activos esenciales transcurrida una década desde la entrada en vigor de su régimen jurídico. Para que la reflexión sea útil, es imprescindible considerar el derecho comparado y, en particular, sus últimas evoluciones. No debemos olvidar su influencia en el proceso dirigido a la aprobación de las normas que hoy recoge nuestra Ley de Sociedades de Capital y tampoco conviene perder de vista, desde luego, que la desviación de nuestro régimen del vigente en los países de nuestro entorno fácilmente supondría una desventaja para las sociedades sometidas al derecho español, que perjudicaría su competitividad. El trabajo se extiende, asimismo, a algunas cuestiones sobre el régimen de las operaciones sobre activos esenciales en los grupos de sociedades, tema fundamental al que el legislador español, sin embargo, no prestó atención.

PALABRAS CLAVE:

Junta General, Activos esenciales, Grupos de sociedades, Filialización, Subfilialización.

Shareholder approval of significant transactions: developments in comparative law and corporate groups issues

This article analyses the general meeting's powers in relation to significant transactions, now that the applicable legal framework has been in force for ten years. For our analysis to be as practical as possible, we have taken into account comparative law and, in particular, its most recent developments, given how instrumental it was to adopting the rules that we are analysing. We also examine how the Spanish framework differs from that of neighbouring countries, which could place companies subject to Spanish law at a disadvantage and make them less competitive. We also cover some issues that the Spanish legislator failed to take into account, such as the significant transactions framework for groups of companies.

KEYWORDS:

General meeting, significant transactions, groups of companies, subsidiarisation, sub-subsidiarisation.

FECHA DE RECEPCIÓN: 16-7-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 18-7-2024

Iribarren Blanco, Miguel (2024). Competencia de la junta general sobre la disposición de activos esenciales: tendencias en el derecho comparado y cuestiones en los grupos de sociedades. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 63-81 (ISSN: 1578-956X).

1. Consideración previa

Este año 2024 se cumplen diez años desde la aprobación de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo. Una de sus normas más destacadas es la que ampliaba la competencia de la junta general hasta incluir determinadas operaciones sobre el patrimonio social de efectos similares a las modificaciones estructurales, la sustitución o alteración sustancial del objeto social o la disolución y liquidación: las operaciones sobre activos esenciales de la sociedad. La regulación se desdobló en dos preceptos, uno aplicable a todas las sociedades, que en general requería autorización del órgano de socios para la adquisición, enajenación o aportación a sociedades de activos esenciales [art. 160 f) LSC], y otro, en sede de sociedades cotizadas, que reservaba a la junta la competencia para, concretamente, (a) la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantuviese el pleno dominio de aquellas, o para (b) aquellas operaciones cuyo efecto fuese equivalente al de la liquidación de la sociedad (art. 511 *bis* LSC). Pese al desconcierto que la duplicidad de normas, con un ámbito objetivo de aplicación parcialmente coincidente, pudo causar inicialmente sobre la identidad o diferencia de régimen entre las sociedades cotizadas y las que no lo son, pronto se impuso la idea de que ambas normas debían ser objeto de una interpretación armónica, de la que resultase un régimen único para todas las sociedades.

Los actos de disposición patrimonial que estas reglas contemplan tienen carácter jurídico-negocial y formarían parte en principio de la competencia del órgano de administración, pero afectan gravemente a los derechos e intereses de los socios. La competencia de la junta se justifica precisamente para proteger a los socios, al tratarse de operaciones que, aun teniendo carácter jurídico-negocial, como decimos, provocan una alteración sustancial de su posición originaria, en función de los riesgos que se quisieron asumir, de sus derechos y obligaciones o de las facultades de

control¹. Es habitual invocar la equivalencia de efectos de las operaciones sobre activos esenciales con las modificaciones estructurales, los cambios sustanciales del objeto social o la disolución de la sociedad. Algunos autores añaden el conflicto de agencia entre los socios y los administradores como fundamento de la norma, dada la tendencia que pueden tener estos últimos hacia la construcción de imperios o *empire building* o bien, a la inversa, a aliviar la situación financiera de la sociedad mediante la transmisión de activos esenciales o de participaciones en sociedades titulares de dichos activos.

Las operaciones sobre activos esenciales se caracterizan por incidir, de diferente modo, sobre el objeto social. Tres son los supuestos básicos que engloban: la sustitución o la modificación sustancial de hecho de las actividades comprendidas en el objeto social, la filialización o transferencia a sociedades filiales de actividades esenciales de la sociedad, lo que no modifica pero sí altera el modo de ejercicio del objeto social, que pasa a ser indirecto, y la liquidación del patrimonio social al margen del cauce previsto por la legislación societaria que abre la disolución, hecho que afecta a la propia subsistencia de la sociedad. La operación ha de producir efectos sobre la estructura económica, organizativa o jurídica de la empresa o implicar algún grado de reestructuración o reorganización empresarial, con incidencia sobre la realización de las actividades de la sociedad². Ello es lo que justifica la competencia de la junta.

La competencia del órgano de socios sobre los actos de disposición de activos esenciales no es una especialidad del derecho español. Con diferentes técnicas de regulación y un alcance no siempre coincidente, nos encontramos ante una regla vigente en la mayoría de los sistemas avanzados de nuestro entorno. El régimen español se caracteriza, eso sí, por ser uno de los más exigentes, tanto por lo que respecta al círculo de sociedades a las que se aplica, como a los actos y negocios dispositivos que comprende. Las reglas se extienden a todas las sociedades de capital. No distingue nuestro legislador entre sociedades anónimas y limitadas, como en Alemania, por ejemplo. Tampoco entre cotizadas y no cotizadas, como sí hacen otros legisladores, como el británico. En el Reino Unido, cuya influencia sobre nuestros artículos 160 f) y 511 *bis* LSC es conocida, hasta su reciente reforma para suprimir la competencia de la junta (v. *infra*), esta materia estaba regulada por normas de carácter bursátil (*Listing Rules*), normas, además, que no eran aplicables a todas las sociedades cotizadas, sino únicamente a aquellas que pertenecían al reducido ámbito del *Premium Listing*. Entre nosotros, como es sabido, la extensión de este régimen a las sociedades no cotizadas no estaba prevista inicialmente. Tanto el "Código Unificado de Buen Gobierno" (2006), como el "Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo" (2013), antecedente directo de la reforma de 2014, lo circunscribían a las sociedades cotizadas. Sin embargo, ya el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno incluía las reglas aplicables a todas las sociedades de capital que finalmente, tras la correspondiente tramitación parlamentaria, fueron aprobadas. Probablemente esta opción final de ampliar el régimen de las operaciones sobre activos esenciales

1 RECALDE, A. (2016). La competencia de la junta general en relación con los actos de disposición sobre activos esenciales. En *Principales reformas del Derecho mercantil*, Barcelona, p. 99 y ss., part. p. 109, y ARIAS VARONA, J. (2020). *La disposición de activos esenciales de sociedades en crisis*, Cizur Menor, p. 102.

2 ESTEBAN VELASCO, G. (2016). Distribución de competencias entre la Junta General y el órgano de Administración, en particular las nuevas facultades de la Junta sobre activos esenciales. En AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*, vol. 1, Cizur Menor, pp. 29 a 89 (consultada la edición digital sin paginar).

a todas las sociedades sea una muestra de la inseguridad de nuestro legislador con respecto a la cuestión tipológica de las sociedades de capital.

La competencia de la junta se extiende no solo a las transmisiones de activos esenciales, incluidas lógicamente las aportaciones a sociedades, sino asimismo a las adquisiciones. En otros sistemas, en cambio, la regla se circunscribe a las transmisiones. Así, por ejemplo, en Bélgica, cuyo régimen es nuevo, todas las enajenaciones (no adquisiciones) que excedan del 75 % (no del 25 %) del valor de los activos de la sociedad (si es cotizada) han de ser aprobadas por la junta. Igualmente, de acuerdo con el derecho de sociedades de Delaware [par. 271 (a) *Delaware General Corporation Act* (en adelante, DGCA)], deben someterse a la junta de accionistas únicamente aquellas operaciones que impliquen la transmisión de la totalidad o la casi totalidad de los activos de la sociedad. Conforme a la *Model Business Corporation Act* (en adelante, MBCA) [par. 12.02 (a)] —norma que no tiene vigencia, pero que ha servido de modelo para las aprobadas en muchos de los estados de la Unión—, la venta, arrendamiento, intercambio u otra enajenación de activos (...) requiere la aprobación de los accionistas de la sociedad si la enajenación pudiera dejar a la corporación sin una actividad comercial continua significativa.

El círculo de las operaciones que requieren autorización de la junta general bajo las normas mencionadas de la Ley de Sociedades de Capital es especialmente amplio por otra razón. Aunque el carácter esencial de los activos se ha de establecer mediante un criterio cualitativo, de acuerdo con la finalidad de la norma (v. *infra*), nuestra ley incluye una presunción de carácter cuantitativo —que toma como referencia el importe de la operación, que ha de superar el 25 % del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—, que termina por extender la competencia de la junta mucho más allá que en otros sistemas, en los que los umbrales de los que depende la necesidad de acuerdo de la junta son mucho más elevados.

El propósito de estas páginas es modesto. Aspiro únicamente a reflexionar sobre las reglas mencionadas transcurrida una década desde su aprobación. Para que la reflexión sea útil, es imprescindible considerar el derecho comparado y, en particular, sus últimas evoluciones. No debemos olvidar su influencia en el proceso dirigido a la aprobación de las normas estudiadas. Y tampoco conviene perder de vista, desde luego, que la desviación de nuestro régimen del vigente en los países de nuestro entorno fácilmente supondría una desventaja para las sociedades sometidas al derecho español, que perjudicaría su competitividad. No me resisto tampoco a considerar algunas cuestiones sobre el régimen de las operaciones sobre activos esenciales en los grupos de sociedades, tema fundamental al que el legislador español, sin embargo, no prestó atención.

2. Tendencias en el derecho comparado

2.1. Dos reformas recientes

2.1.1. LA REFORMA DEL RÉGIMEN APLICABLE A LAS TRANSACCIONES SIGNIFICATIVAS EN EL REINO UNIDO

El régimen aplicable a las operaciones sobre activos significativos de las sociedades cotizadas (*significant transactions*), contenido en las *Listing Rules* adoptadas por la *Financial Conduct Authority* (en adelante, FCA), organismo regulador británico, acaba de ser objeto de una importante reforma. Ello tiene especial interés para nosotros porque, como ya hemos recordado, el derecho británico fue fuente de inspiración para nuestro legislador. Hasta ahora, las transacciones patrimoniales significativas —esto es, aquellas que alcanzasen un porcentaje ratio del 25 % con respecto a alguno de los cuatro parámetros que se tomaban en consideración (activo bruto, beneficios, contraprestación y capital bruto)— realizadas por las sociedades cotizadas dentro del llamado *Premium Listing* debían someterse a la aprobación de los socios.

Pues bien, desde el día 29 de julio de 2024, fecha en la que entra en vigor el nuevo régimen, ya no es necesaria la aprobación de la junta de las transacciones significativas. La aprobación de la junta se ha sustituido por un régimen, contenido en el número 7 de las actuales *Listing Rules*, basado en la transparencia, aplicable ya no solo a las sociedades cotizadas en el segmento del *Premium Listing*, que desaparece, sino a todas las cotizadas en general. Basta con que la sociedad notifique las operaciones significativas y proporcione la información detallada que sobre ellas requieren las mencionadas *Listing Rules*. Ello incluye, por ejemplo, una descripción de la operación y de las razones para celebrarla, la precisión de las consecuencias que la transacción tiene para la sociedad, incluyendo los beneficios, además de los riesgos, así como una declaración del consejo de que la transacción se concierta, en su opinión, en el mejor interés de los tenedores de valores de la sociedad en su conjunto; y cuando la sociedad cotizada revele las sinergias estimadas que se espera que surjan de una transacción significativa, información sobre la base de dichas expectativas. Se trata de que los accionistas reciban en el momento oportuno información adecuada que facilite su implicación (*to support engagement between the listed company and its shareholders*) y refuerce la transparencia del mercado (*to enhance market transparency*).

La supresión del voto obligatorio de los socios sobre las transacciones patrimoniales significativas no tuvo, sin embargo, un amplio respaldo en el Reino Unido. Al contrario. Ello se refleja muy claramente en las respuestas y observaciones recibidas (*feedback*) con ocasión de las dos consultas a que fueron sometidas las propuestas formuladas por la FCA, que desembocaron más tarde en la versión definitiva de las *Listing Rules*. Durante el período de consultas a las propuestas de la FCA que precedió a la entrada en vigor de las nuevas normas, se pudo apreciar una clara división de opiniones con respecto a la exigencia de aprobación por los socios de las transacciones significativas; especialmente, entre el criterio de los emisores, favorables en general a la propuesta de la FCA y el de los inversores institucionales, en su mayor parte contrarios. Estos últimos, como se expone en el propio documento final, consideraban el acuerdo preceptivo de la junta un importante instrumento de control de los administradores. El voto de los accionistas era una herramienta

fundamental para proteger el valor de su inversión y les permitía cumplir su papel de agentes de gobierno corporativo para bloquear las transacciones perjudiciales antes de que pudieran erosionar el valor de la sociedad. No consideraban aquellos que un régimen mejorado basado en la divulgación de información, como el que proponía la FCA, compensara el cambio. Suponía el debilitamiento de los mecanismos de protección de los accionistas que los inversores esperaban en los mercados del Reino Unido y, por ende, de las normas de gobierno corporativo.

A esos argumentos podemos añadir las conclusiones de algunos estudios recientes que, precisamente, comparan los resultados de las adquisiciones realizadas por sociedades cotizadas en los mercados británico y estadounidense, sometidas las primeras al previo acuerdo de los socios, pero no las segundas. Esa comparación refleja una diferencia muy significativa entre los resultados de unas y otras, que se puede relacionar, a juicio de los autores, con la exigencia o no de aprobación por los socios de las correspondientes operaciones³.

Sin embargo, los argumentos contrarios al voto obligatorio pesaron más. Teniendo en cuenta el *feedback* recibido, el organismo británico llegó finalmente a la conclusión de que los inconvenientes de la exigencia de la aprobación de los socios superaban a las ventajas. Para la FCA, el acuerdo preceptivo de la junta constituía una carga desproporcionada, que añadía costes y trabas para el *deal making* a los emisores cotizados en el Reino Unido e incidía en el atractivo de cotizar en su mercado de valores. Estamos convencidos —se afirmaba— de que la necesidad de la aprobación de los accionistas hace que las empresas británicas paguen una prima al participar en fusiones y adquisiciones competitivas y, en algunos casos, impide que los emisores que cotizan en el Reino Unido sean siquiera considerados como oferentes.

No consideraba la FCA que, sin el acuerdo preceptivo de la junta, los órganos de administración de las sociedades cotizadas en el Reino Unido fuesen a realizar habitualmente transacciones de gran envergadura sin consultar previamente a sus accionistas. Tampoco que la competencia exclusiva de los consejos de administración para evaluar y decidir sobre las transacciones significativas incidiese sobre el resultado de estas, con el aumento de las operaciones de las que resultarían pérdidas y la disminución de las que aportasen valor.

Además, la protección de los socios que proporcionaba la necesidad de aprobación de la operación por la junta podía ser obtenida, según la FCA, por otras vías. Los consejos de administración de las empresas que cotizan en bolsa en el Reino Unido —se indicaba en el documento final— seguirán respondiendo ante el conjunto de sus accionistas. Los cambios no alteran las obligaciones legales de la sociedad hacia sus accionistas ni los deberes fiduciarios de los consejeros. Cuando los consejos de administración no alcanzan sus objetivos, existen mecanismos a disposición de los accionistas para cambiar su composición. Además, nada impide a los inversores tomar libremente decisiones sobre sus acciones en los mercados de valores. También se mencionaban como herramientas de tutela de los socios, además de su poder para destituir a los administradores o desin-

3 BECHT, M.; POLO, A.; ROSSI, S. (2021). Should Shareholders Have a Say on Acquisitions? *Finance Working Paper* núm. 734/2021, disponible en https://www.ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/bechtpolorossifinal.pdf. De especial interés es también, en esta misma línea —se comparan, concretamente, las adquisiciones realizadas en el mercado estadounidense durante un período de diez años (1995-2015) según hubieran requerido emitir acciones por encima del 20 % y hubiera sido consiguientemente necesario el acuerdo de la junta o se hubiesen situado por debajo de ese umbral— el siguiente trabajo: LI, K.; LIU, T.; WU, J. (2018). Vote Avoidance and Shareholder Voting in Mergers and Acquisitions. *Finance Working Paper* núm. 481/2016, 2018, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2801580#.

vertir, la facultad de la minoría de solicitar la convocatoria de la junta extraordinaria o el ejercicio de los derechos que se les reconocen en las juntas ordinarias que la ley impone.

Sin duda, en la reforma pesó especialmente la mayor exigencia del régimen británico con respecto a la aprobación de operaciones sobre activos esenciales frente a otros sistemas, como el estadounidense, y el propósito de aumentar la competitividad del primero. Las normas bursátiles británicas —afirmaba la FCA—, al reconocer competencia a los accionistas para adoptar decisiones que en otros sistemas correspondían normalmente al consejo de administración, eran excepcionales.

2.1.2. LA NUEVA REGULACIÓN BELGA

Especial consideración merece, por ser también muy reciente, la nueva regulación belga de las operaciones sobre activos esenciales, resultado de una reforma que introdujo en la Ley belga de Sociedades y Asociaciones un nuevo artículo 7:151/1. Se aplica exclusivamente a las sociedades cotizadas, limitación que se justifica, según la propia exposición de motivos de la Ley, por la dispersión del accionariado y la negociación pública de sus valores, que aconseja conceder una protección suplementaria a los accionistas.

La regulación belga impone el acuerdo de la junta general para la transmisión de activos cuyo valor alcance las tres cuartas partes del de los activos de la sociedad. Limita, pues, la necesidad de autorización de la junta a las enajenaciones. El criterio en el que las nuevas reglas se basan para determinar las operaciones reservadas a la competencia de la junta es exclusivamente cuantitativo y toma en cuenta únicamente un elemento: la proporción entre el valor de los activos objeto de transmisión y el de los totales de la sociedad. Las enajenaciones de activos que excedan del 75 % del valor de los de la sociedad, siempre que sea cotizada, han de ser aprobadas por la junta. No solo las que resulten de operaciones realizadas por la propia sociedad, sino asimismo por sus filiales no cotizadas.

Parece haberse decantado el legislador belga, salvando las distancias, por la fórmula seguida por la estadounidense MBCA, que también hace depender la necesidad de aprobación por los socios de que la operación recaiga sobre más del 75 % de los activos de la sociedad, aunque la extiende a aquellos supuestos en que la operación afecte al mismo porcentaje de los ingresos. Concretamente, requiere la aprobación de los accionistas de la sociedad si la enajenación pudiera dejar a esta sin una actividad comercial continua significativa y se considerará de manera concluyente que una sociedad ha conservado una actividad comercial continua significativa si mantiene una actividad empresarial que represente, para la sociedad y sus filiales en base consolidada, al menos (i) el 25 % de los activos totales al final del último ejercicio fiscal concluido, y (ii) el 25 % del resultado procedente de las operaciones corrientes antes de impuestos o el 25 % de los ingresos procedentes de las operaciones corrientes, en ambos casos con respecto al último ejercicio fiscal [par. 12.02 (a)].

La regulación belga tiene también interés porque considera algunos aspectos de la transmisión de activos esenciales en los grupos de sociedades, que no suelen ser objeto de la atención de los legisladores. Así, por ejemplo, aclara que, en caso de grupo, el acuerdo de la junta de la matriz

es necesario para la enajenación por sus filiales no cotizadas de activos cuyo valor supere las tres cuartas partes del de los activos consolidados de dicha sociedad cotizada.

Incluye, por otra parte, a la matriz y a las filiales cuando prevé la agregación de las operaciones. Todas las enajenaciones de activos realizadas por una sociedad cotizada y por sus filiales no cotizadas que hayan tenido lugar durante el último período de doce meses y que no hayan sido aprobadas por la junta general de dicha sociedad cotizada se sumarán a la enajenación de activos objeto de consideración para determinar si su valor alcanza las tres cuartas partes del de los activos de la sociedad, consolidados o no.

Excluye expresamente el derecho belga la aplicación de las nuevas normas a la transferencia de activos de la sociedad cotizada a una filial (*filialización*), a menos que la persona física o jurídica que controle directa o indirectamente la sociedad cotizada posea, directa o indirectamente, a través de personas físicas o jurídicas distintas de la sociedad cotizada, una participación que represente al menos el 25 % del capital de la filial de que se trate o que le dé derecho, en caso de distribución de beneficios por esta filial, al menos al 25 % de esos beneficios.

Es igualmente destacable, en fin, que se ocupe el legislador belga de los efectos externos de la ausencia de autorización de la junta: esta no afecta a los negocios ni consiguientes adquisiciones realizadas por terceros de buena fe. Es cierto, no obstante, que parece difícil que ningún adquirente pueda acreditar su buena fe si tenemos en cuenta la importancia de las operaciones comprendidas bajo el nuevo régimen belga, no solo por el porcentaje del 75 % del valor los activos de la sociedad que se requiere, sino también por el hecho de que se trate de sociedades cotizadas. La adquisición de activos que representen un porcentaje tan relevante como el 75 % del valor de los activos totales de una sociedad cotizada constituye una operación de gran relevancia.

2.2. Carácter esencial del activo

2.2.1. PREDOMINIO DEL CRITERIO CUALITATIVO

La competencia de la junta general *ex* artículos 160 f) y 511 *bis* LSC requiere que los actos de disposición se refieran no a cualquier activo de la sociedad, sino a aquellos que sean esenciales. El carácter esencial de los activos, por definición, ha de determinarse con arreglo a un criterio cualitativo. No cabe afirmar esa cualidad en abstracto, sino relacionándola con la función que cumple su objeto. La aplicación de la norma requiere, pues, establecer las consecuencias que el acto de disposición del activo esencial produce sobre la estructura jurídica y económica y, por tanto, sobre la actividad de la sociedad y cómo afecta, en consecuencia, a los derechos e intereses de los socios. Concretamente, es preciso determinar si el acto de disposición del activo impide a la sociedad seguir ejerciendo su objeto del modo previsto, bien porque suponga su sustitución o modificación sustancial, bien porque convierta a la sociedad en *holding* que explote ya no directa sino indirectamente su objeto, o incluso porque impida ejercerlo afectando entonces a la propia subsistencia de la sociedad.

El criterio cualitativo es el que predomina en el derecho comparado, con alguna excepción, como —sin ir más lejos— el nuevo derecho belga, que toma exclusivamente en cuenta para afirmar la

competencia de la junta que la proporción entre el valor de los activos de los que se dispone y el valor total de los de la sociedad alcance el 75 % (v. *supra*). Pero es la excepción, como decimos. Generalmente, es el elemento cualitativo el decisivo. Aunque se combine con referencias cuantitativas. Es evidente que se puede establecer una relación entre el valor relativo de los activos objeto de transmisión —o de otras variables, como los rendimientos que los activos proporcionen— y su carácter esencial. Cuanto mayor sea el porcentaje, mayor será la probabilidad de que sea esencial. Si alcanza el 100 %, lógicamente, el carácter esencial ya es seguro.

La combinación de ambos criterios, con el predominio del cualitativo, se aprecia muy claramente en la jurisprudencia estadounidense. Me refiero concretamente a la de los tribunales de Delaware —estado cuya ley de sociedades se aplica a un gran número de sociedades estadounidenses, entre ellas, a más de la mitad de las sociedades cotizadas de ese país, que están registradas en ese estado— cuando han debido decidir si las operaciones a su juicio sometidas suponían la transmisión de la totalidad o, materialmente, la totalidad de los activos de la sociedad ("*all or substantially all of the company's assets*") y requerían, por tanto, el acuerdo de la junta de accionistas, conforme con el par. 271 (a) DGCA. El *leading case* es *Gimbel v. Signal Companies* (1974), que fue resuelto por la *Chancery Court of Delaware* y que dejó ya claro que la necesidad de la aprobación de los accionistas no debía medirse únicamente por la magnitud o importancia cuantitativa de la operación, sino especialmente por su efecto cualitativo sobre la sociedad. Es fundamental preguntarse —consideraba ese tribunal— si una transacción afecta sustancialmente a la existencia y al objeto de la sociedad, es decir, si la transacción destruye los medios para cumplir el propósito para el que la corporación se constituyó. Esa doctrina ha sido aplicada posteriormente por los tribunales de Delaware en distintas resoluciones. La sentencia más reciente, con el mérito de recoger y exponer didácticamente la jurisprudencia anterior, es la dictada por el citado tribunal de Delaware en el asunto *Altieri v. Alexy* (22 de mayo de 2023). Se trataba de la transmisión de una unidad de negocio (*FireEye*) de una sociedad dedicada a la ciberseguridad, denominada *Mandiant*, operación que no había sido aprobada por los socios. El juez debía determinar si ello suponía la transmisión de "*substantially all of the company's assets*", pues en tal caso el acuerdo de los socios habría sido imperativo. El juez, tras considerar distintos elementos, finalmente concluyó que los activos objeto de disposición no cumplían la prueba de "*sustancialmente todos*" desde una perspectiva cualitativa porque, si bien la unidad de negocio era una parte importante de la sociedad, no se demostró que la transmisión afectara a la existencia y propósito de la empresa, que siguió siendo después de la transmisión una empresa de ciberseguridad. Aunque la venta del negocio *FireEye* puede alterar —afirmaba el tribunal— el curso del funcionamiento de la empresa, el cambio no es cualitativamente tan significativo como para golpear el corazón de *Mandiant*.

En Alemania, la competencia de la junta general se justifica por la repercusión de las operaciones sobre la actividad de la sociedad, bien sea consecuencia del desplazamiento de activos esenciales a una sociedad filial (doctrina *Holz Müller*⁴) o subfilial (sentencias *Gelatine*⁵), con la consiguiente mediatización del control, bien de la transmisión del entero patrimonio de la sociedad o de determinados activos cuya pérdida impida continuar ejerciendo el objeto social (parágrafo 179a de la Ley alemana de sociedades anónimas). La interpretación, por cierto, de este último precepto, que

4 Resulta de una célebre sentencia del Tribunal Supremo alemán de 25 de febrero de 1982.

5 Ambas dictadas por el Tribunal Supremo alemán el día 26 de abril de 2004.

exige acuerdo de la junta general para celebrar contratos que supongan la transmisión del patrimonio de la sociedad en su conjunto y que la doctrina ha extendido igualmente a otras operaciones de enajenación de activos sociales esenciales, entendidos como aquellos cuya pérdida impida continuar ejerciendo el objeto social, lo demuestra muy claramente⁶. Ello afecta gravemente a los derechos de los socios. Son decisiones —como afirmaba el tribunal en el caso *Holzmüller*— amparadas en la atribución formal del poder de representación y la facultad de administración exclusiva de la dirección, así como por el texto de los estatutos, que, sin embargo, afectan de manera tan profunda a los derechos que se derivan de la condición de socio y a los intereses inherentes a la titularidad de los accionistas sobre el patrimonio de la sociedad que reclaman la intervención de la junta. Ello sin perjuicio de que la jurisprudencia de ese país no haya dejado de tomar en consideración ciertos elementos cuantitativos, que ofrecen mayor seguridad, como veremos en el siguiente apartado.

El derecho italiano refleja muy bien la relación que ha de existir entre las operaciones sobre activos esenciales que se someten a la aprobación de la junta general y la modificación sustancial del objeto social. Así, en la sociedad limitada, el *Codice Civile* italiano reserva a la junta la competencia sobre operaciones que supongan una modificación sustancial del objeto social o una alteración relevante de los derechos de los socios (art. 2479.2.^o,5). Y con respecto a las sociedades anónimas, aunque no existe una norma equivalente, el artículo 2361 *CCiv* limita la asunción de participaciones en otras empresas si considerando la medida y el objeto de las participaciones ello implica una modificación sustancial del objeto social⁷.

2.2.2. REFERENCIAS CUANTITATIVAS

Por lo que respecta al derecho español, como decíamos, lo decisivo para afirmar la competencia de la junta es que el activo sea esencial desde una perspectiva cualitativa. Nuestra ley establece una presunción basada en el valor relativo de los activos, pero es meramente una presunción *iuris tantum*, que puede ser desvirtuada si la operación no repercute del modo indicado sobre la actividad de la sociedad. Es posible que activos cuyo valor exceda del 25 % del valor del activo total del balance de la sociedad no sean esenciales desde un punto de vista cualitativo y, al contrario, activos que no superen dicho porcentaje puedan considerarse esenciales cualitativamente⁸.

El umbral del 25 % del valor de los activos de la sociedad, como reiteradamente se ha advertido, es muy bajo; claramente más bajo que el previsto en la mayoría de los ordenamientos⁹. En Alemania, por ejemplo, por lo que respecta a las operaciones de *filialización* y *subfilialización*, su jurisprudencia requiere que afecten a activos cuyo valor represente el 80 % del valor de los activos de la sociedad. Así lo afirmó el Tribunal Supremo de ese país en las sentencias de los asuntos *Gelatine*

6 Por todos, HÜFFER, U.; KOCH, J. (2021). *AktG*, sub § 179a, 15.^a ed., p. 1439.

7 *Vid.*, para más desarrollo, entre otros, PORTALE, G.; DE LUCA, N. (2020). *Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea*. *Riv. Dir. Comm.*, I, pp. 39 y ss.

8 *Vid.* RECALDE, A. (2022). Artículo 160. En J. Juste y A. Recalde (coords.). *La junta general de las sociedades de capital*. Cizur Menor, pp. 38-40, que se refiere al supuesto de una sociedad dedicada al negocio inmobiliario que enajena un inmueble que supera el 25 % del total de su activo, operación que no tendría que ser aprobada por la junta general, dado que, cualitativamente, el activo no sería esencial: se trataría de una operación normal del tráfico de la sociedad, cuya decisión competiría al órgano de administración.

9 Es opinión extendida. V., por todos, RECALDE, A. (2022), Artículo 160, *op. cit.*, p. 63.

(2004), al resolver sobre la transmisión de las acciones de la matriz en dos filiales extranjeras a otra filial y la aportación a una filial del 49 % del capital de una sociedad participada hasta entonces directamente (*subfilialización*). Consideró que era necesario también en esos casos el acuerdo de la junta (de la matriz) y se reafirmó en la doctrina sentada en el asunto *Holzmüller*, si bien no dejó de recordar que las competencias no escritas de participación de la junta general solo se reconocen en casos excepcionales y dentro de límites estrechos. Así, la atribución de la competencia a la junta de la matriz en una reorganización de una filial en una filial de segundo grado —declaró el citado tribunal— ha de suponer un menoscabo significativo de los poderes de los accionistas, y este solo existe en estos casos, sin embargo, si la importancia económica de la medida alcanza aproximadamente las mismas proporciones que en el mencionado asunto *Holzmüller*.

En Estados Unidos, la *MBCA* hace depender, como ya explicamos, la necesidad de aprobación por los socios de que la operación recaiga sobre activos cuyo valor supere el 75 % del de los activos de la sociedad, aunque la extiende a aquellos supuestos en que la operación afecte a activos que proporcionen un porcentaje de los ingresos superior a ese mismo 75%.

En Francia, ya dentro del campo del derecho blando o *soft law* y solo con respecto a las sociedades cotizadas, el umbral se sitúa en el 50 % del valor de los activos de la sociedad. Así, la *Autorité des Marchés Financiers (AMF)*, en su *Position Recommandation* de 17 de junio de 2015, sobre la transmisión de activos significativos, propone someter a la junta general de accionistas, con carácter previo, la enajenación de aquellos que representen la mayoría de los activos de la sociedad, con la condición de que ello altere sustancialmente la naturaleza del negocio y/o la estrategia adoptada por la sociedad y avalada por el mercado. Asimismo, las normas de buen gobierno de las sociedades cotizadas (*Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2022) recomiendan (núm. 6) someter a la junta de accionistas las operaciones que puedan modificar, de hecho o de derecho, el objeto social y prevén, en particular, con respecto a la enajenación, en una o varias operaciones, de al menos la mitad de los activos de la sociedad en los dos últimos ejercicios, una votación consultiva de los accionistas con arreglo a las condiciones de *quorum* y mayoría aplicables a las juntas generales ordinarias de las sociedades anónimas.

Nuestro umbral del 25 % coincidía únicamente, al menos teniendo en cuenta los sistemas de los países más avanzados, con el fijado en el Reino Unido y este, además de que era un régimen exclusivamente aplicable a las sociedades cotizadas, y no todas, sino únicamente las admitidas en el segmento *Premium Listing*, ha sido reformado no para elevarlo, sino —como explicamos— para eliminar incluso la necesidad de aprobación de la junta. Cabe por ello preguntarse, especialmente en este momento, si no sería conveniente que nuestro legislador, al menos, elevase el citado umbral para acercarse a los que son más habituales en los sistemas de nuestro entorno. Hay que tener en cuenta que un umbral tan bajo desnaturaliza la norma, pues las operaciones que afectan a solo el 25 % del valor de los activos de la sociedad con frecuencia no repercuten gravemente sobre la actividad de la sociedad, ni modifican su estructura jurídica o económica, ni afectan de modo importante a los derechos e intereses de los socios. Aunque constituya solo una presunción, pues lo decisivo es, como sabemos, que efectivamente el activo objeto de enajenación o adquisición sea esencial, extiende, de hecho, la competencia de la junta a muchas operaciones que, en realidad, no recaen sobre activos esenciales. El peligro de no cumplir el requisito de la aprobación de la

junta, con las traumáticas consecuencias que ello puede tener sobre las operaciones¹⁰, hace que actualmente se tienda a requerir el previo acuerdo de la junta para cualquier operación de importancia.

El problema se agrava debido al ámbito de aplicación general de las normas estudiadas en nuestro ordenamiento. Como explicamos, estas se extienden no solo a las sociedades cotizadas o de grandes dimensiones, como en otros países, sino a todas las sociedades, anónimas y limitadas, abiertas y cerradas, grandes, medianas y pequeñas. La restricción de ese ámbito de aplicación a las sociedades de mayores dimensiones contribuiría desde luego a aliviar los problemas y a mejorar el sistema.

3. Cuestiones en los grupos de sociedades

3.1. Particularidades

En los grupos de sociedades, las operaciones de disposición de activos esenciales presentan algunas particularidades. En primer lugar, a menudo constituyen un instrumento de reorganización de activos entre las diferentes sociedades del grupo, sin superar el perímetro de este. En particular, la *filialización* de actividades mediante el desplazamiento de los correspondientes activos del patrimonio de la matriz al de sus filiales, así como la *subfilialización* de activos esenciales, son operaciones habituales. No suponen, por su propia naturaleza, la pérdida del control del activo por la sociedad dominante, sino, como máximo, la mediatización del control mediante la interposición de sociedades.

¹⁰ No olvidemos que, según la tesis que se mantenga, la ausencia de acuerdo de la junta puede provocar la ineficacia de los actos y contratos celebrados por los administradores. Sobre ello existe entre nosotros, como es sabido, un vivo debate doctrinal del que únicamente vamos a dejar aquí constancia. Algunos autores consideran que el incumplimiento de ese requisito no afecta a la validez y efectos del negocio frente a los terceros de buena fe, protegidos por la regla del art. 234.2 LSC [en esta línea, ÁLVAREZ-ROYO VILANOVA, S. y SÁNCHEZ SANTIAGO, J. (2015). La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el art. 160 f) LSC. *Diario La Ley*, núm. 8546, que se muestran favorables a aplicar por analogía el art. 234.2 LSC. Asimismo, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2016). Otra vez sobre el acto extralimitado sobre «activos esenciales» del malhadado art. 160 f) LSC. Crítica de la doctrina de la DGRN sobre el tema. *La Ley Mercantil*, núm. 27. Más recientemente, PÉREZ MILLÁN, D. (2017). La competencia de la junta general respecto de operaciones sobre activos esenciales y el poder de representación de los administradores. En *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber Amicorum Rodríguez Artigas/Esteban Velasco*, Cizur Menor, pp. 325 a 359, que equipara los actos de disposición de activos esenciales con los ajenos al objeto social, de manera que no habría razón —para este autor— para no aplicar la regla que protege a los terceros de buena fe cuando los administradores actúan más allá del objeto social], pero un sector cualificado de la doctrina defiende con buenos argumentos la teoría de que el acuerdo de la junta es un requisito de validez del negocio dispositivo celebrado con el tercero, de tal manera que sin él sería ineficaz. Así, ESTEBAN VELASCO, G. (2016). Distribución de competencias, *op. cit.*, ap. II.B.2.f (consultada la versión digital sin paginar); y RECALDE, A. (2015). Artículo 160. Competencia de la Junta. En J. Juste (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Cizur Menor, pp. 29 a 50, part. pp. 44 y ss., aunque su postura es más matizada en el siguiente trabajo: Artículo 160 LSC 2022, *op. cit.*, pp. 70 y ss. En él acepta el argumento de la equiparación entre los actos ajenos al objeto social y los modificativos de este, pero considera que el art. 234.2 LSC no es aplicable a aquellos actos y negocios que exceden de los que afectan al objeto, como los que se refieren a operaciones de filialización o pueden suponer la elusión del régimen de modificaciones estructurales o, en fin, si se venden todos los activos de la sociedad y ello perjudica su subsistencia y conduce *de facto* a la liquidación. En todos estos casos —afirma el autor— si se protege a los terceros debe ser sobre una base distinta del mencionado art. 234.2 LSC. La jurisprudencia menor también es contradictoria. Favorable a la aplicación del artículo 234.2 LSC y contraria por tanto a la nulidad de la operación realizada por los administradores sin la autorización de la junta ha sido la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a), en su sentencia número 392/2022, de 27 de mayo. *Vid.* también la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.^a) número 326/2018, de 16 de octubre. Rechaza en cambio la aplicación del artículo 234.2 LSC y afirma la nulidad de la operación si falta el acuerdo aprobatorio de la junta, la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.^a), en su sentencia número 559/2022, de 6 de septiembre. En este mismo sentido, v. sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.^a) número 501/2020, de 26 de febrero.

El grupo repercute también sobre el objeto de los negocios de disposición de activos esenciales. Estos con frecuencia no recaen inmediatamente sobre el propio activo (*asset deal*), sino sobre la participación (acciones o participaciones) en una sociedad del grupo que es titular del activo (*shares deal*), bien se trate de derechos ya en circulación, bien producto de nuevas emisiones. Ello, aparte de poner sobre la mesa la cuestión del control del activo, que va a ser, como veremos, relevante al aplicar las normas que asignan la competencia sobre la disposición de activos esenciales a la junta, obliga a preguntarse por el propio concepto de activo esencial.

En tercer lugar, cuando el activo esencial está *filializado* es preciso decidir si la competencia sobre la disposición de ese corresponde a la junta de la sociedad directamente concernida o se extiende asimismo a la junta de la matriz. Respuesta que podría variar según el activo esencial permanezca o no bajo el control del grupo. La cuestión de si los actos de disposición de activos esenciales sobre los que se debe pronunciar la junta de la sociedad matriz comprenden aquellos que recaigan sobre activos que pertenezcan a las filiales es discutida.

3.2. *Filialización de activo (actividad) esencial*

La *filialización* de un activo esencial es uno de los supuestos típicos de operaciones sobre activos esenciales sometidos a la aprobación de la junta general. A ello se refiere el propio artículo 511 *bis* LSC. En las sociedades cotizadas constituye materia explícitamente reservada a la competencia de la junta general “*la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas*”. Este supuesto es, precisamente, el que tuvo en cuenta el Tribunal Supremo alemán en su célebre sentencia *Holz Müller*, de la que deriva la influyente doctrina sobre las competencias implícitas o no escritas de la junta.

No supone la pérdida del control del activo por los socios de la matriz —a través de su junta general—, sino la mediatización de este (*Mediatisierung*). Los socios mantienen el control, aunque las decisiones importantes sobre el activo se desplazan de la junta a los administradores, que son quienes gestionan las participaciones y votan en la junta de la filial. No por ello pierden los socios de la matriz (todo) su poder, dado que la junta puede influir sobre los administradores impartiendo instrucciones o sometiendo a su autorización los actos que vayan a realizar (art. 161 LSC). En el ordenamiento español, a diferencia de otros, como el estadounidense, el italiano o el alemán de sociedades anónimas, el órgano de administración, sea la sociedad anónima o limitada, está por completo sometido a la junta.

El desplazamiento de activos (actividades) esenciales se puede realizar de distintos modos: mediante una modificación estructural de la sociedad, como es la segregación, operación que se caracteriza por el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias (art. 61 RDL 5/2023), o la transmisión en bloque de su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria (art. 62 RDL 5/2023). Asimismo, sin sucesión universal, mediante la enajenación o aportación del activo a una sociedad filial, sea de nueva constitución o ya existente.

La *filialización* puede desembocar en una sociedad íntegramente participada por la matriz o solo parcialmente, si adquiere un tercero una cuota sobre el activo mediante su participación en el capital de la filial. Así ocurre, por ejemplo, cuando la filial a la que se aportan los activos está participada por otro socio con un porcentaje minoritario.

La *filialización* requiere siempre acuerdo de la junta de la matriz¹¹. Es obvio cuando sea efecto de una modificación estructural. Pero más allá de las modificaciones estructurales, también es necesario el acuerdo de la junta. No importa que la sociedad sea o no cotizada. Es cierto que, con respecto a esta clase de sociedades, la ley lo establece más claramente (v. art. 511 *bis* LSC); pero la misma regla ha de aplicarse a las no cotizadas, pues el artículo 160 f) LSC se refiere a la aportación a sociedades. Una interpretación armónica de los artículos 160 f) y 511 *bis* LSC no admite una solución distinta.

Otra cuestión sobre la que se ha debatido en nuestra doctrina es la existencia de derecho de separación del socio disconforme. Algunos autores y hasta el Tribunal Supremo en una conocida sentencia (Sala 1.^a, núm. 102/2011, de 10 de marzo) han estimado que la sustitución de la explotación directa del objeto por la indirecta, mediante la creación de un grupo de empresas con unidad de dirección, sujetando la dominada a la dirección de la dominante, supone una ‘sustitución de la actividad’ de la sociedad, aunque el negocio se desenvuelva en el mismo sector de la industria o del comercio y, a la postre, la ‘sustitución del objeto’.

Sin embargo, con mejor sentido a mi juicio, se ha defendido la tesis opuesta, antes y después de la sentencia mencionada del Tribunal Supremo. Pasar de realizar las actividades comprendidas en el objeto social directamente a hacerlo indirectamente no supone la modificación del objeto social sino la del modo de ejercicio¹². Sin que ello, claro está, signifique que las operaciones que lo hacen posible no repercutan gravemente sobre la posición de los socios, sobre sus derechos e intereses en la sociedad. En absoluto. Ni que carezca, es obvio, la junta de su competencia para adoptar los acuerdos correspondientes [*ex arts. 160 f), 511 bis.1 a) LSC, 61 o 62 RDL 5/2023*]. Sí en cambio supone, aunque la cuestión no es pacífica, la pérdida del socio disconforme de una facultad como el derecho de separación, reservada para la sustitución o modificación sustancial del objeto social, sea de derecho o, bajo determinadas circunstancias, de hecho¹³. El propio Tribunal Supremo parece seguir ahora este criterio. En su sentencia núm. 556/2018, de 9 de octubre, declaró: “*Por tanto, a partir de la entrada en vigor del nuevo reglamento, lo que tuvo lugar el 1 de agosto de 1996,*

11 La doctrina es unánime: v., por todos, RECALDE, A. (2022). Artículo 160, *op. cit.*, p. 68.

12 Antes, PAZ-ARES, C. (1999). Uniones de empresas y grupos de sociedades. En Uría-Menéndez, Curso de Derecho Mercantil, t. I, 1.^a ed. (2.^a ed. 2006), Madrid, pp. 1338 y ss. V. asimismo ALFARO, J. (2011). La filialización constituye modificación sustancial del objeto social y da derecho de separación, disponible en: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2011/11/la-filializacion-constituye.html>.

13 RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (1994). El cambio del objeto social. En particular, el derecho de separación del socio. En AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas*, III, Madrid, pp. 145 a 194, part. pp. 166 y 167, sin dejar de reconocer las diferencias entre la sustitución del objeto y el cambio en la forma de ejercicio, considera que el segundo puede ser equivalente al primero, de tal modo que debería concederse a la minoría el derecho de separación para evitar que quedase totalmente desprotegida. En contra, entre otros, PAZ-ARES, Uniones de empresas, *op. cit.*, pp. 1339 y 1340; asimismo, FUENTES, M. (2008). Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz, *RDM*, n.º 269 (consultada la versión digital sin paginar). Al derecho de separación, como medida de protección de los socios externos de la matriz ante la fundación del grupo de sociedades, se refiere también EMBID, J. M. (2017). El derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa, *RDM*, n.º 304, pp. 13 a 40, part. p. 36. V. asimismo mi trabajo sobre Modificación del objeto social y coherencia de los socios con sus propios actos. En García-Cruces (coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Valencia, 2023, pp. 2274 a 2307.

la actividad que constituye el objeto social puede ser desarrollada de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de idéntico o análogo objeto, sin necesidad de previsión expresa en los estatutos sociales"¹⁴. Algunos autores estiman que esta tesis se refuerza si se tiene en cuenta que la Ley de Modificaciones Estructurales —sustituida por el actual RDL 5/2023 (Libro I)—, en su regulación de las operaciones que hacen posible la *filialización*, como la segregación, no concede ante el correspondiente acuerdo de la junta el instrumento de tutela del socio que se reconoce para la sustitución o modificación sustancial del objeto social, el derecho de separación¹⁵. Aunque, realmente, ello puede explicarse teniendo en cuenta que las operaciones de *filialización* no tendrían por qué suponer la modificación del objeto social si este contemplase el ejercicio indirecto de las correspondientes actividades.

3.3. *Subfilialización de activo (actividad) esencial*

La *subfilialización* es una operación simétrica a la *filialización*, que se distingue de ella en que la transferencia del activo se produce no en el primero, sino en el segundo o sucesivos escalones. Puede, pues, como la *filialización*, ir acompañada de la adquisición por un tercero de intereses sobre el activo esencial, generalmente mediante la toma de una participación en la sociedad filial propietaria del activo. Ahora nos centraremos en las *subfilializaciones*, sin importar si son o no en favor de sociedades íntegramente controladas, y en el apartado siguiente trataremos la cuestión de la adquisición por terceros de intereses sobre el activo esencial.

La *subfilialización* se puede alcanzar de distintos modos. En primer lugar, mediante operaciones en el ámbito de la propia sociedad filial que afecten al activo esencial. Así, por ejemplo, una modificación estructural de la filial, como es la segregación o la constitución de una sociedad íntegramente participada mediante el traspaso en bloque de todo el patrimonio. Asimismo, sin sucesión universal, mediante la venta o aportación del activo a una sociedad *subfilial*, sea de nueva constitución o ya existente.

Pero igualmente, la *subfilialización*, a diferencia de la *filialización*, puede lograrse mediante negocios que recaigan sobre las acciones o participaciones de que sea titular la sociedad que controla la filial a que pertenece el activo esencial. Ello no supondría un problema para la aplicación de las reglas estudiadas, como ya hemos explicado. Pacíficamente se reconoce que están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de las normas del artículo 160 f) y 511 *bis* de la LSC no solo los propios activos, sino también las participaciones en otras sociedades titulares de tales activos esenciales.

Sobre la necesidad de acuerdo de la junta de la matriz, es claro que existe si la *subfilialización* se realiza mediante un negocio sobre la participación de la propia matriz en las filiales, como sería la venta de las acciones de una filial a otra filial, que se convertiría entonces en *subfilial*. Este era precisamente el caso objeto de una de las sentencias del Tribunal Supremo alemán dictada en el año 2004 en el asunto *Gelatine*, a la que he tenido ocasión ya de referirme. El consejo de ad-

¹⁴ Para algunos autores, con esa sentencia se supera la tesis jurisprudencial contenida en la STS (Sala 1.ª) núm. 102/2011, de 10 de marzo. Así, CERDÁ, F. (2021). Artículo 346. En García Cruces-Sancho Gargallo (dirs.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, t. V, pp. 4631 a 4682, part. pp. 4655 y 4656.

¹⁵ En este sentido, CERDÁ, F. (2021). Artículo 346, *op. cit.*, p. 4655.

ministración de la matriz había transferido a una filial alemana sus participaciones en dos filiales extranjeras. El Supremo alemán consideró que dicha operación de reestructuración de una filial en filial de segundo grado justificaba la competencia de la junta de la matriz por el efecto de mediatización adicional asociado a ella. Aunque advirtiendo que un menoscabo significativo de los poderes de los accionistas sólo existía en esos casos si la importancia económica de la medida alcanzaba aproximadamente las mismas proporciones que en el mencionado caso *Holz Müller*.

Bajo circunstancias distintas de las mencionadas, esto es, cuando la *subfilialización* no afecte directamente al patrimonio de la matriz, entonces no requerirá acuerdo de su junta general. Esa operación no produce realmente alteración de las actividades de la sociedad ni afecta al modo de ejercicio del objeto, que ya es indirecto. Tampoco modifica significativamente la estructura jurídica, patrimonial o financiera de la sociedad. Me inclino, por esas razones, por la tesis que rechaza la necesidad de someter a la junta esta clase de operaciones¹⁶.

No debemos olvidar, en fin, que la mediatización del control de los socios que estas operaciones producen es menos intenso en nuestro sistema de derecho de sociedades que en los de otros países de nuestro entorno. Los administradores, como antes explicamos, carecen en las sociedades de capital españolas de la autonomía con respecto a la junta general de la que gozan en otros sistemas, como el alemán de sociedades anónimas, el estadounidense o el italiano. En nuestro país, sea la sociedad anónima o limitada, la junta puede someter a autorización los actos de los administradores o impartirles instrucciones en asuntos de gestión (art. 161 LSC), asuntos que incluyen naturalmente el ejercicio de los derechos políticos asociados a las acciones o participaciones en sociedades filiales de las que sea titular la sociedad.

3.4. Adquisición por terceros de intereses sobre el activo esencial

Las operaciones de *filialización* o *subfilialización* de activos esenciales pueden suponer al tiempo la adquisición por terceros de intereses sobre el propio activo esencial. Tal adquisición cabe también que se produzca mediante una operación distinta, que recaiga sobre la participación en la propia sociedad titular del activo o en otra de superior jerarquía dentro del grupo, así como a través de modificaciones de la estructura del capital en la propia sociedad titular del activo o en otra de superior nivel, como la que puede resultar de un aumento de capital con emisión de nuevas acciones que sean suscritas por un tercero.

La adquisición por terceros de intereses sobre el activo esencial mediante la toma de una participación en la sociedad titular del activo o en otra de superior jerarquía no requiere, a mi juicio, acuerdo de la junta general, salvo que proceda de acuerdo con otras normas (aumento de capital) en tanto esta mantenga el control y la sociedad titular del activo siga perteneciendo al grupo, independientemente del valor de la participación transmitida al tercero o del importe de la operación. La pérdida del control constituiría, en cambio, una modificación sustancial del objeto social

¹⁶ Hay diversidad de posturas en nuestra doctrina. Un sector extiende la aplicación de los artículos 160 f) y 511 bis LSC a las operaciones de *subfilialización*, en general. Por ejemplo, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2015). Aproximación a la categoría de «operaciones sobre activos esenciales», cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta [arts. 160 f) y 511 bis LSC]. *La Ley Mercantil*, núm. 11, pp. 9 a 13, o ÁLVAREZ-ROYO VILANOVA, S.; SÁNCHEZ SANTIAGO, J. (2015). La nueva competencia, *op. cit.*, p. 6. ALFARO, J. (2015), en cambio, considera que una vez *filializado* el activo ya no hace falta el acuerdo de la junta de la matriz. Así, v. Y más sobre el art. 160 f) LSC, accesible en: <https://almacendederecho.org/jy-mas-sobre-el-art-160-f-lsc>.

de la matriz, cuando no un acto contrario al propio objeto, y requeriría la aprobación de la junta general de la sociedad directamente concernida, así como de la propia sociedad matriz del grupo (v. *infra*)¹⁷.

3.5. Enajenación o pérdida del control de un activo filializado

Supuestos distintos de los anteriores, que no requieren —como acabamos de ver— acuerdo de la junta de la sociedad matriz, son aquellos en los que se enajena o se pierde el control del activo esencial *filializado*. Ello puede resultar, en primer lugar, de negocios en una filial que recaigan sobre el propio activo esencial y que supongan su transmisión (a través de su venta a un tercero, por ejemplo) o su aportación a una sociedad participada pero no controlada. Pero el control sobre el activo se puede perder, en segundo lugar, como consecuencia de operaciones realizadas sobre las acciones o participaciones —incluyendo las que sean producto de nuevas emisiones— de la sociedad a que ese pertenezca o de otra de jerarquía superior. Asimismo, como resultado de una modificación estructural traslativa en alguna de esas sociedades. Aún más. La pérdida del control, en realidad, no requiere la celebración de negocio alguno que recaiga directa o indirectamente sobre el activo esencial. Se puede producir también por efecto de otros hechos, como sería la extinción de un acuerdo con un tercero que garantizaba disponer de la mayoría de los derechos de voto en la sociedad titular del activo esencial o una modificación estatutaria en esta sociedad que redujese el poder de voto de la dominante, por poner solo dos ejemplos. En general, cabe decir que la pérdida del control del activo esencial se producirá cuando este deje de pertenecer a una sociedad que forme parte del grupo, teniendo en cuenta los criterios que establece el artículo 42 del Código de Comercio.

Cuando el objeto del negocio no sea el propio activo sino la participación en la sociedad titular de ese u en otra de superior nivel, o nos hallemos ante otros actos —siempre que respondan a la voluntad de alguna sociedad del grupo— de los que resulte la pérdida del control del activo, como los que acabo de mencionar, la presunción del carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el 25 % del valor de los de la sociedad que establece el artículo 160 f) LSC ha de seguir refiriéndose al valor del activo. Supuesto que este supere el 25 % del valor de los de la sociedad, lo relevante de la operación a estos efectos es que provoque la pérdida del control. Así pues, si esta se produce y el valor del activo cuyo control se pierde supera el 25 % del valor de los activos de la sociedad, actuará la presunción y corresponderá desvirtuarla a quien sostenga lo contrario. Del mismo modo, si el control se pierde por efecto de cualquier otro acto que impida disponer de la mayoría de los derechos de voto, lo relevante será el valor del activo.

17 La doctrina alemana ha discutido sobre la aplicación de la doctrina *Holzmüller*, precisamente, a la transmisión a un tercero de una parte únicamente de la participación de la matriz en una filial, por la que adquiriera ese una participación significativa, pues ello supondría una dilución de la influencia de los accionistas de la matriz. En particular, se ha considerado la salida a Bolsa de sociedades filiales, de tal manera que la influencia de la matriz sobre la filial se diluya como consecuencia de la suscripción o adquisición de sus acciones por terceros. Hay autores que defienden la necesidad del acuerdo de la junta en ese caso, si bien no existe unanimidad. V. al respecto REICHERT, J. (2018). En Drinhausen/Eckstein (coords.), *Beck'sches Handbuch der AG*, 3ª ed., § 5 Die Hauptversammlung. Rd. 37 y 38. Lo anterior no significa, por supuesto, que la transmisión de la totalidad de la participación a un tercero no exija acuerdo de la junta general, pero no en virtud de la citada doctrina *Holzmüller*, que se aplica únicamente a aquellas operaciones que produzcan un efecto de mediatización del control, sino ya conforme al parágrafo 179a de la *AktG*, que impone, como sabemos, el acuerdo de la junta general para celebrar contratos que supongan la transmisión de todo el patrimonio de la sociedad y que la doctrina ha extendido igualmente a otras operaciones de enajenación de activos sociales esenciales, entendidos como aquellos cuya pérdida impida continuar ejerciendo el objeto social.

Por tanto, si se trata de un negocio que recae sobre las acciones de la sociedad filial titular del activo, lo relevante no va a ser el porcentaje que sobre el capital de la filial representen las acciones cedidas. Es necesario que se pierda el control. Así, la venta de un reducido paquete de acciones podría desencadenar la aplicación del artículo 160 f) LSC si ello supusiera la pérdida del control, mientras la de un paquete mayor no hacerlo. Tampoco es decisivo el importe que la operación represente. La transmisión del 49 % de la participación en una filial que sea titular de un activo representativo del 80 % del valor del negocio no sería transmisión de un activo esencial. Sin embargo, sí lo sería la de una única acción que hiciera a la matriz perder el control del activo.

Claro está que la transmisión o pérdida del control del activo *filializado* exigirá el acuerdo de la junta de la sociedad filial concernida o, si la operación incide directamente sobre el patrimonio de la matriz —como lo haría la venta de las acciones de la filial a un tercero—, de la junta de la propia matriz¹⁸. Menos clara es, sin embargo, la solución cuando la operación no afecta al patrimonio de la matriz. ¿Será preciso el acuerdo de su junta general? A mi juicio, aunque la ley no lo impone expresamente, es decir, solo impone el acuerdo de la junta de la sociedad directamente afectada, la respuesta más prudente es la afirmativa. Así como la mera *subfilialización* no supone modificación de la forma de ejercicio del objeto social, que ya es indirecto, en cambio, la enajenación o pérdida de control del activo en la filial sí puede alterar significativamente dicho objeto e incluso producir un efecto equivalente a la liquidación de la sociedad. Que el activo ya haya sido *filializado* e incluso que la junta se haya pronunciado, como debe —especialmente desde la reforma del año 2014—, no es obstáculo para lo expuesto. El modo indirecto del objeto social y la sustitución o modificación de este son claramente distintos. El acuerdo de la junta de la matriz sería, en definitiva, necesario^{19, 20}.

3.6. Adquisición por una filial del activo o del control sobre el activo

Del mismo modo que hemos tratado la enajenación o pérdida del control de un activo esencial *filializado*, habría que tratar las adquisiciones de activos esenciales por una sociedad filial. También en este caso, a la adquisición inmediata del propio activo por alguna de las sociedades del grupo deberemos equiparar la obtención del control a través de una sociedad filial. El mismo criterio que aplicamos a la pérdida del control ha de regir para la adquisición. Así, se adquirirá el control cuando el activo esencial pase a formar parte del patrimonio de alguna de las sociedades del grupo. Ello se puede producir como consecuencia de negocios realizados por alguna de las sociedades filiales y que recaigan sobre el propio activo o mediante la toma de participaciones u otros actos

18 En este sentido, RECALDE, A. (2022). Artículo 160, *op. cit.*, p. 68, al afirmar que el acuerdo de la junta de la sociedad dominante es necesario si el negocio supone traspasar a terceros la participación de control en la filial.

19 En la doctrina no existe una posición unánime. Mayoritariamente, no obstante, se inclina por considerar aplicable la norma del artículo 160 f) LSC a aquellas operaciones que realice una filial o subfilial, bien sea sobre el propio activo, bien sobre la participación en la filial de cuyo patrimonio forma parte el activo. En tal sentido, entre otros, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2015). Aproximación, *op. cit.*, p. 12; ÁLVAREZ-ROYO VILANOVA, S.; SÁNCHEZ SANTIAGO, J. (2015). La nueva competencia, *op. cit.*, p. 5, y más recientemente, RECALDE, A. (2022). Artículo 160, *op. cit.*, p. 68.

20 Esa solución es también la que predomina en el derecho comparado, como nuestra propia doctrina ha destacado. Así, por ejemplo, en el derecho estadounidense. Tanto la MBCA como la DGCA establecen que los activos de una filial se consideran activos de la matriz a efectos de la aplicación de las normas que regulan la transmisión de activos esenciales. También en Alemania: el parágrafo 179a de su *Aktiengesetz* se estima aplicable cuando el contrato por el que se transmite el entero patrimonio de la sociedad afecta a una filial. V. HÜFFER, U.; KOCH, J. (2021), *op. cit.*, pp. 1446 y 1447. La nueva regulación belga lo establece expresamente: “Las filiales no cotizadas de una sociedad cotizada no pueden enajenar activos cuyo valor supere las tres cuartas partes de los activos consolidados de dicha sociedad cotizada sin la aprobación previa de la junta general de dicha sociedad cotizada”.

que conviertan a la sociedad propietaria del activo en una sociedad del grupo. También en este último caso, al aplicar la presunción del carácter esencial que la ley establece, lo relevante no será el importe de la operación, sino el valor del activo, así como el hecho de la obtención del control.

La adquisición del activo esencial o la obtención del control sobre el activo por una sociedad filial requerirá, del mismo modo que la enajenación o pérdida del control (v. *supra*), el acuerdo de la junta de la matriz. La alteración del objeto social que ello puede producir no es inferior a la que deriva de la transmisión o pérdida del control de un activo esencial.

3.7. ¿Derecho de separación de los socios de la matriz disconformes con la disposición de activos esenciales en las filiales?

La sustitución o modificación sustancial del objeto social que figura en los estatutos, bien sea mediante un acuerdo específico de la junta, bien como resultado de una operación más compleja, como la fusión o la escisión²¹, hace nacer el derecho de separación que la ley reconoce [art. 346.1 a) LSC]²². Sobre ello no hay duda. Pero como acuerdos de la junta que desencadenan el derecho de separación cabe añadir aquellos que constituyan *actos modificativos del objeto social* pese a que se mantenga invariado el objeto estatutario, como la autorización para la disposición de activos esenciales²³. La ley no circunscribe, en realidad, el derecho de separación a los acuerdos de modificación del objeto estatutario.

Es pues oportuno preguntarse ahora si de ese derecho de separación igualmente disfrutan los socios de la matriz cuando su junta general haya autorizado la disposición de activos esenciales en alguna de sus filiales. La respuesta ha de ser, a mi juicio, afirmativa. La disposición de activos esenciales en las filiales, como hemos explicado, puede alterar significativamente el objeto de la propia matriz e incluso producir un efecto equivalente a la liquidación de esta sociedad. Ello es precisamente lo que justifica la competencia de la junta, competencia a la que deben unirse los instrumentos de tutela de la minoría disidente. No hay razón para tratar distinto a los socios disconformes con la sustitución o modificación sustancial del objeto porque la disposición de los activos esenciales se haya producido en el ámbito de las filiales.

21 En este sentido, CERDÁ, F. (2021). Artículo 346, *op. cit.*, pp. 4656 y 4657.

22 En ello coincide la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. Así, por ejemplo, ALFARO, J. (2019), en ¿Derecho de separación por modificación sustancial o sustitución de facto del objeto social?, disponible en: <https://almacenederecho.org/derecho-de-separacion-por-modificacion-sustancial-o-sustitucion-de-facto-del-objeto-social>, con un repaso de la doctrina al respecto; igualmente, FACHAL, N. (2019), en su trabajo sobre El derecho de separación como mecanismo de protección del socio: propuesta para combatir las situaciones de abuso, *RDM* (consultada versión digital sin paginar) o GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2019). El derecho de separación del socio por cambio del objeto social, *Boletín Mercantil*, n.º 80.

23 Conforme, CERDÁ, F. (2021), Artículo 346, *op. cit.*, p. 4656, para quien el derecho de separación también nace con ocasión de aquellos acuerdos sociales que, de manera implícita, derivada o refleja, comportan la modificación sustancial del objeto social.

O MERCADO VOLUNTÁRIO DE CARBONO EM PORTUGAL

Gonçalo Andrade e Sousa e Francisco Fráguas Mateus

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

O mercado voluntário de carbono em Portugal

O Decreto-Lei n.º 4/2024, de 5 de janeiro, conforme retificado pela Declaração de Retificação n.º 15 A/2024/1, de 5 de março ("DL 4/2024"), veio instituir o quadro regulatório do mercado voluntário de carbono em Portugal, mercado que visa principalmente mitigar as emissões de gases com efeito de estufa ("GEE") no território nacional. Para este efeito, o DL 4/2024 estabelece os princípios fundamentais do mercado de carbono, bem como os respetivos elementos e forma de funcionamento, visando garantir a contribuição efetiva dos projetos de carbono para a mitigação de GEE e para a promoção de benefícios socioeconômicos e ambientais.

O presente artigo analisa o enquadramento legal do mercado voluntário de carbono, apresentando ainda os seus principais desafios.

PALABRAS CLAVE:

Compensação das Emissões de GEE, Mercado Voluntário de Carbono Ação Climática.

The voluntary carbon market in Portugal

Decree-Law 4/2024 of 5 January, as amended by Rectification Declaration 15-A/2024/1 of 5 March (DL 4/2024), provides a regulatory framework for the voluntary carbon market in Portugal, the primary aim of which is to mitigate greenhouse gas (also called GHG) emissions in the national territory. DL 4/2024 outlines the market's fundamental principles, main features and functioning, and aims to ensure that carbon projects contribute to effectively mitigating GHG and promoting socioeconomic and environmental benefits.

This article analyses the legal framework of the voluntary carbon market, while also presenting its main challenges.

KEYWORDS:

GHG emission compensation, voluntary carbon market climate action.

FECHA DE RECEPCIÓN: 11-9-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-9-2024

Sousa, Gonçalo Andrade e; Mateus, Francisco Fráguas (2024). O mercado voluntário de carbono em Portugal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 82-92 (ISSN: 1578-956X).

1. O mercado voluntário de carbono

1.1. Considerações gerais

O objetivo último do mercado voluntário de carbono é a compensação das emissões de GEE no território nacional utilizando como instrumento os créditos de carbono gerados por projetos que reduzam as emissões de GEE ou sequestram carbono (os “projetos de carbono”).

Cada crédito de carbono representa uma tonelada de emissões de GEE reduzida ou sequestrada através desses projetos de carbono, sendo essa redução ou sequestro de carbono calculada por contraposição à situação que existiria na ausência desse projeto (o “cenário de referência”).

Uma vez gerados, os créditos de carbono poderão ser posteriormente adquiridos e utilizados pelos respetivos adquirentes para um de dois propósitos:

- i. Compensar as emissões de GEE do adquirente. Neste caso, para que o adquirente possa invocar a compensação das suas emissões com o crédito de carbono adquirido, deverá proceder à utilização do crédito de carbono (que implica o respetivo cancelamento). Pen-se-se no exemplo da empresa que opera uma fábrica emitente de GEE e que adquire o crédito de carbono com vista a atingir, através da utilização desse crédito, as suas metas de compensação de emissões. Note-se que, uma vez cancelado o crédito de carbono, o mesmo não poderá ser transferido ou utilizado, saindo de circulação; ou
- ii. Contribuir a favor da ação climática. Neste caso, o crédito de carbono será automaticamente cancelado (e, portanto, retirado de circulação) assim que adquirido. Nesta modalidade, o adquirente não pretende compensar as suas emissões, visando apenas realizar uma “doação” a favor da ação climática.

Para além dos objetivos de compensação das emissões de GEE no território nacional, o mercado voluntário de carbono visa ainda contribuir (i) para o cumprimento dos compromissos assumidos por Portugal em matéria de mitigação das alterações climáticas, (ii) para o fomento da participação de indivíduos e organizações em iniciativas que reduzam emissões de GEE ou aumentem o sequestro de carbono, (iii) para a promoção da participação da sociedade na transição climática e na conservação do capital natural, e (iv) para a promoção de cobenefícios ambientais e socioeconómicos que advenham dos projetos de carbono.

1.2. Princípios do mercado voluntário de carbono

Os princípios do mercado voluntário de carbono incluem a adicionalidade, a permanência e a eficácia. São estes os típicos alicerces de um mercado voluntário de carbono robusto, pelo que merecem que lhes dediquemos especial atenção.

O princípio da adicionalidade pressupõe que (i) a redução de emissões de GEE ou o sequestro de carbono associado ao projeto excedam o cenário de referência e decorram de atividades que não sejam exigidas por requisitos legais; e (ii) o projeto seja financeiramente atrativo como resultado da certificação da atividade pelo mercado voluntário de carbono. No fundo, deverá ser evidente que a redução de emissões ou o sequestro de carbono não teriam ocorrido de outra forma que não fosse pela implementação do projeto de carbono.

A adicionalidade é um conceito que se presta a exercícios interpretativos que nem sempre poderão ser claros. Por exemplo, até que ponto deverá considerar-se verificado o requisito da adicionalidade relativamente a um projeto de conservação de uma floresta já existente mas relativamente à qual existe a possibilidade de vir a ser abatida? E o requisito da atratividade financeira do projeto de carbono, deverá ter-se por verificado apenas quando essa atratividade decorrer exclusivamente dos créditos de carbono que o projeto irá gerar, ou bastará que seja apenas decisiva (mas já não exclusiva) para a sua implementação?

O princípio da permanência visa acautelar a manutenção do sequestro de carbono e garantir a existência de salvaguardas que permitam compensar situações de reversão. Assim, quando o benefício líquido do projeto seja negativo, deverão existir mecanismos que permitam a compensação desses efeitos nefastos.

O princípio da eficácia visa evitar potenciais fugas de carbono provocadas pelo aumento de emissões de GEE ou redução do sequestro de carbono que estejam fora da fronteira do projeto, mas que sejam motivadas pela sua implementação. Isto é: não basta ao projeto de carbono assegurar a redução de emissões ou o sequestro de carbono; exige-se ainda que o projeto não origine um aumento de emissões ou redução de sequestro fora do seu perímetro. Pense-se, por exemplo, na possibilidade de um determinado projeto de sequestro florestal de carbono levar ao aumento do abate de florestas noutra geografia. Tal como com o conceito de adicionalidade, a densificação do princípio da eficácia também carecerá de um exigente exercício interpretativo.

Pela adequada concretização e aplicação destes princípios — adicionalidade, permanência, eficácia — passará boa parte do sucesso dos objetivos que presidem à criação do mercado voluntário de carbono.

A acrescer a estes princípios, ao abrigo do DL 24/2024, o mercado voluntário de carbono rege-se ainda pelos seguintes princípios que não são menos importantes:

- i. **Credibilidade:** que visa garantir que os projetos assentam em cenários de referência realistas e robustos para efeitos de contabilização de reduções de emissões de GEE ou sequestro de carbono;

- ii. **Acompanhamento:** que visa garantir a existência de um processo de monitorização, reporte e verificação robusto para contabilização das reduções de emissões de GEE ou sequestro de carbono que resultem da atividade do projeto;
- iii. **Transparência:** que visa garantir o acesso público à informação relativa às atividades desenvolvidas pelos vários participantes no mercado voluntário de carbono e evitando a existência de dupla contagem de créditos de carbono, ou seja, de redução de emissões de GEE ou sequestro de carbono;
- iv. **Sustentabilidade:** que visa promover a existência de co benefícios ambientais e socioeconómicos, em linha com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, e criar salvaguardas para anular ou minimizar o risco de externalidades negativas.

1.3. Elementos do mercado voluntário de carbono

O mercado voluntário de carbono é uma realidade composta pelos seguintes elementos:

- i. os projetos de carbono;
- ii. as metodologias de carbono reconhecidas para cada tipologia de projeto;
- iii. os sistemas de certificação dos projetos e respetivos créditos;
- iv. a plataforma de registo de projetos e de créditos de carbono, destinada ao rastreamento e à divulgação pública dos projetos de carbono, bem como à emissão e transação dos créditos de carbono, e ainda ao acompanhamento contínuo do *status* dos créditos emitidos;
- v. os agentes do mercado (promotores, verificadores, adquirentes ou utilizadores de créditos de carbono e entidades certificadoras);
- vi. autoridades competentes.

2. Créditos de carbono

Como se disse já, cada crédito de carbono corresponde a uma tonelada de emissões de GEE reduzida ou sequestrada por projetos de carbono. Em concreto, os créditos de carbono gerados pelos projetos de carbono podem assumir as seguintes formas:

- A. Créditos de carbono verificados, correspondentes aos créditos de carbono emitidos após uma efetiva redução de emissões de GEE ou sequestro de carbono pelo projeto. Assim, a emissão deste tipo de créditos de carbono apenas ocorre após a confirmação de redução de emissões ou sequestro de carbono na sequência do processo de verificação periódico (conforme detalhado na secção 3.4).

- B. Créditos de carbono futuros, correspondentes aos créditos de carbono emitidos previamente a uma efetiva redução de emissões de GEE ou sequestro de carbono pelo projeto. A emissão deste tipo de créditos de carbono é feita com base numa estimativa apresentada pelo promotor do projeto (e validada por um verificador independente) do potencial de redução de emissões ou de sequestro durante o período de duração do projeto. Os créditos de carbono futuros não podem exceder 20% do total dos créditos de carbono previstos no período de duração do projeto.
- C. Créditos de carbono +, correspondentes aos créditos de carbono que, para além do sequestro de carbono, incorporam benefícios ao nível da biodiversidade e do capital natural. O DL 4/2024 não oferece particular densificação do conceito de créditos de carbono +, remetendo essa densificação para metodologia prevista para o projeto em que são gerados.

Processando-se o reconhecimento, emissão e transação de créditos de carbono exclusivamente na plataforma eletrónica, é necessário que todos os agentes de mercado (incluindo promotores de projetos) e todas as entidades que desejem adquirir ou utilizar créditos de carbono aí estejam devidamente inscritos. Abaixo abordar-se-á a plataforma de registo em maior detalhe.

3. Projetos de carbono

3.1. Considerações gerais

A admissão de um projeto no mercado voluntário de carbono depende de dois fatores:

- i. A aprovação e publicação da correspondente metodologia, que visa evidenciar a aptidão do projeto para cumprir os desideratos de mitigação de emissões;
- ii. O cumprimento dos requisitos de validação inicial e de registo.

Estes requisitos são desenvolvidos nas secções que se seguem.

A este respeito, e a título de consideração introdutória, cumpre referir que quando submetido ao mercado voluntário de carbono, um projeto de carbono não poderá participar noutros sistemas de mercado análogos, sejam de âmbito nacional ou internacional. Quer isto dizer que não é legalmente admissível que um projeto que origine créditos de carbono origine outro tipo de certificados ambientais. Visa-se, naturalmente, incentivar a criação de projetos que, por si, contribuem para atingir os objetivos do DL 4/2024 e não os de outros diplomas ou regimes.

3.2. As metodologias de carbono

Um dos aspetos centrais do mercado voluntário de carbono são as chamadas “metodologias de carbono”.

Sinteticamente, as metodologias de carbono definem os critérios e orientações para reconhecimento de cada tipo de projetos e dos créditos que os mesmos venham a gerar. A título de exemplo, o DL 4/2024 prevê a existência de metodologias específicas para projetos de sequestro florestal de carbono, bem como metodologias específicas para projetos de sequestro de carbono azul.

Assim, a adesão de um projeto ao mercado voluntário de carbono depende da sua conformidade com a respetiva metodologia.

Em concreto, cada metodologia estabelecerá, em particular:

- i. Critérios de elegibilidade e orientações sobre a adicionalidade do projeto, incluindo para a determinação do cenário de referência;
- ii. O método de quantificação (*ex ante* e *ex post*) da redução de emissões de GEE ou do sequestro de carbono associado ao projeto;
- iii. A duração do projeto de carbono;
- iv. Orientações para a determinação dos riscos do projeto, incluindo os de reversão de emissões, e medidas de mitigação;
- v. Requisitos para monitorização, reporte e verificação;
- vi. Orientações para determinação de potenciais externalidades e indicadores que permitam a respetiva avaliação.

O desenvolvimento de cada metodologia é, via de regra, uma competência da comissão técnica estabelecida pelo Governo para o efeito. Sem prejuízo disto, é possível a outras partes (desde logo, ao promotor) propor metodologias de carbono caso não exista metodologia aprovada para determinada tipologia de projeto. A proposta de metodologia de carbono é de seguida sujeita a um processo de discussão pública, sendo posteriormente aprovada e divulgada pela Agência Portuguesa do Ambiente ("APA")¹.

As metodologias de carbono serão uma realidade dinâmica; poderão ser revistas ou revogadas em face da evolução do quadro legal aplicável ou das boas práticas. Essa revisão ou revogação não afetará, no entanto, os projetos já submetidos ao abrigo da metodologia revista ou revogada durante a duração desses projetos.

¹ À data de redação do presente artigo, não tinha sido ainda aprovada qualquer metodologia de carbono.

3.3. Desenvolvimento e registo de projetos de carbono

Os promotores que pretendam desenvolver um projeto de carbono devem cumprir, entre outras, as seguintes condições:

- **Elaboração de um relatório de projeto**, que deverá ser preparado de acordo com a metodologia de carbono aplicável (devendo, portanto, incluir os elementos estabelecidos nessa metodologia, tal como referidos na secção 3.2 supra e ainda incluir o plano de monitorização da atividade do projeto);
- **Validação inicial** por um verificador independente devidamente qualificado de acordo com os critérios estabelecidos na Portaria n.º 240/2024/1, de 2 de outubro (“Portaria 240/2024/1”);
- **Registo do projeto** na plataforma de registo;
- **Submissão de relatórios de monitorização periódicos** preparados com base num modelo a ser desenvolvido pela APA;
- **Acompanhamento e monitorização contínuos**, devendo os promotores monitorizar e acompanhar as reduções de emissões de GEE ou o sequestro de carbono, respeitando a metodologia aplicável, as condições e medidas de mitigação de riscos, bem como os requisitos de monitorização, reporte e verificação estabelecidos.

3.4. Verificação e monitorização dos projetos

Os projetos de carbono estão sujeitos a um processo de verificação periódico com vista a determinar a redução de emissões de GEE ou o sequestro de carbono resultante do projeto. A periodicidade desta verificação variará consoante o projeto em questão.

O promotor do projeto deverá submeter à APA um relatório de monitorização (a elaborar conforme o modelo disponibilizado pela APA) que detalhará os resultados alcançados no que se refere à redução de emissões de GEE ou ao sequestro de carbono durante um período específico.

Adicionalmente, o promotor do projeto deve informar a APA sobre quaisquer alterações substanciais ao projeto que possam comprometer o seu funcionamento. Com base nessas informações, a APA avaliará a continuidade da elegibilidade do projeto no âmbito do mercado voluntário de carbono, bem como a existência de situações de reversão de emissões (sobre o conceito de reversão, cfr. a secção 4).

4. Reversão de emissões sequestradas

Uma reversão ocorre quando o benefício líquido de um projeto de carbono (em particular um projeto de sequestro de carbono) é negativo em dado período de monitorização. A reversão

poderá ser intencional (se decorrente do incumprimento das obrigações do promotor) ou não intencional (se decorrente de fenómenos naturais e outras situações de força maior).

Embora a reversão de emissões sequestradas não tenha impacto nos créditos de carbono já emitidos pelo projeto em causa e que tenham sido transacionados entre o promotor e terceiros, a mesma acarreta consequências, que variam dependendo da circunstância de a reversão ter sido, ou não, intencional.

Tratando-se de uma reversão intencional, o promotor deverá cancelar os créditos de carbono emitidos pelo projeto no montante equivalente ao dobro da reversão. Caso o cancelamento não seja suficiente para atingir esse montante, o promotor fica responsável por repor, no prazo máximo de um ano, o número de créditos de carbono em falta, sob pena de lhe serem aplicadas penalizações monetárias.

Tratando-se de uma reversão não intencional, o promotor deverá cancelar os créditos de carbono emitidos pelo projeto no montante equivalente ao da reversão. Caso os créditos a cancelar não sejam suficientes para cobrir o montante da reversão, o promotor poderá recorrer ao seguro que tenha contratado ou à bolsa de garantia². Caso a bolsa de garantia não disponha de créditos suficientes para suprir o montante em falta, o promotor deverá repor esse montante no período de um ano ou submeter novos projetos de carbono, cujos créditos serão descontados e cancelados num montante equivalente aos créditos de carbono em falta.

Na ausência de reversão de emissões sequestradas no final do período do projeto, via de regra o promotor poderá receber de volta até 30% dos créditos de carbono que tenham sido alocados à bolsa de garantia. Os créditos que não forem devolvidos permanecerão na bolsa de garantia, podendo ser utilizados para fins de compensação em futuras reversões.

5. Desenvolvimentos regulamentares

Desenvolvendo o enquadramento legal do DL 4/2024, em 2 de outubro de 2024 foram publicadas três portarias que vieram regulamentar o mercado voluntário de carbono:

- i. Portaria n.º 241/2024/1, de 2 de outubro, que estabelece os requisitos gerais da plataforma eletrónica de registo do mercado voluntário de carbono ("Portaria 241/2024/1");
- ii. Portaria n.º 239/2024/1, de 2 de outubro, que estabelece os montantes das taxas a cobrar no âmbito do Mercado Voluntário de Carbono ("Portaria 239/2024/1");

² Caberá ao promotor, no momento do registo do projeto, decidir se opta por contribuir para a bolsa de garantia, utilizar um seguro próprio ou aderir a ambas as opções. A bolsa de garantia visa assegurar que, em caso de reversão não intencional, existam créditos suficientes para compensar a reversão. No geral, a contribuição para a bolsa de garantia é estipulada em 20% dos créditos de carbono futuros e créditos de carbono verificados emitidos pelo projeto.

- iii. Portaria n.º 240/2024/1, de 2 de outubro, que define os critérios de qualificação para o exercício da atividade de verificador independente de projetos submetidos ao mercado voluntário de carbono ("Portaria 240/2024/1"); e

Em primeiro lugar, e como se disse já, a Portaria 241/2024/1 estabelecer os requisitos gerais da plataforma eletrónica³. Não obstante a publicação desta Portaria, à data da redação do presente artigo, a plataforma não está ainda integralmente funcional, permitindo apenas aos interessados apresentar as suas manifestações de interesse. A APA e a ADENE preveem que, no primeiro semestre de 2025, se inicie o funcionamento da plataforma de registo com projetos pilotos e, no segundo semestre de 2025, se inicie o funcionamento da plataforma de registo.

Em segundo lugar, a Portaria 239/2024/1 veio estabelecer as taxas aplicáveis no mercado voluntário de carbono ao abrigo do DL 24/2024. De entre as taxas previstas salienta-se (i) a taxa de €0,20 para a transação de créditos de carbono entre contas (devida pelo comprador); (ii) a taxa de registo de projetos e programas na plataforma (€950 por projeto); e (iii) a taxa devida pela submissão de uma nova metodologia no mercado (€3.000, embora até 31 de dezembro de 2026 este montante seja de €500).

A cobrança destas taxas é efetuada pela entidade gestora da plataforma (ADENE) nos termos e condições de pagamento que por esta serão definidos.

Por último, uma nota em destaque quanto à Portaria 240/2024/1 que veio definir os critérios de qualificação da atividade de verificador independente dos projetos e indicar a entidade gestora do sistema de qualificação no âmbito do mercado voluntário de carbono.

Ao abrigo da Portaria 240/2024/1, a qualificação do verificador depende da sua experiência e formação em setores específicos que incluem:

- i. Energia: extração e produção de combustíveis; queima de combustíveis e transportes;
- ii. Processos industriais: processos industriais; produção e uso de gases fluorados; usos não energéticos de combustíveis;
- iii. Agricultura: pecuária; uso de fertilizantes azotados; queima de resíduos agrícolas;
- iv. Uso de solo: carbono na biomassa e no solo de florestas, agricultura, pastagens e outros usos de solo; incêndios rurais;
- v. Zonas húmidas e marinhas: gestão de ecossistemas marinhos e costeiros; e,
- vi. Resíduos: resíduos sólidos e águas residuais.

³ Como assinalado *supra*, esta plataforma visa: (i) o registo dos diversos agentes do mercado (promotores, compradores de crédito e verificadores) e de projetos de redução de emissões de GEE ou de sequestro de carbono; (ii) a geração e emissão de créditos e respetiva transação; (iii) a consulta de informação relativa a todos os projetos e transações de créditos; e, por último, (iv) o cancelamento de créditos.

A qualificação é reconhecida através de um certificado emitido pela entidade gestora da qualificação, que no caso é a ADENE, sob supervisão da APA. A qualificação é válida por três anos, sendo renovável mediante comprovação de atividade e participação em formações de atualização oferecidas pela entidade gestora. A não renovação ou suspensão do certificado impede o exercício da atividade de verificação.

6. Desafios do mercado voluntário de carbono

Sendo múltiplos os desafios que um mercado voluntário de carbono enfrenta, salientamos, para já, alguns dos principais desafios do mercado voluntário de carbono português.

O primeiro é um desafio ao nível nacional: pese embora, por um lado, tenha já merecido ampla divulgação e discussão pública e, por outro, tenha sido objeto de regulamentação específica, o mercado voluntário de carbono português continua por implementar. Com efeito, à data da redação do presente artigo, estavam ainda por desenvolver e regulamentar aspetos cruciais do mesmo. Destaca-se desde logo, a circunstância de não terem sido ainda publicadas quaisquer metodologias de carbono; a falta desta aprovação impede o desenho e desenvolvimento de projetos de carbono. Está também por definir pela APA o modelo de monitorização dos projetos de carbono.

Assim, a componente prática do mercado voluntário de carbono nacional é ainda uma incógnita, e boa parte da adesão dos participantes no mercado e do respetivo sucesso passará pela implementação dos instrumentos acima referidos e da confiança que os mesmos geram nos diversos operadores do setor.

O segundo é um desafio ao nível do direito europeu, e prende-se com saber como funcionará e qual será o impacto no mercado voluntário de carbono nacional tendo em conta as medidas que estão (e vão sendo) aprovadas no contexto do Pacto Ecológico Europeu designadamente, no âmbito do Sistema de Comércio de Emissões da UE (ETS), Regime de Certificação de Remoção de Carbono (CRCF) e da Diretiva Alegações Ecológicas (DAE). Por um lado, a expansão e aperfeiçoamento dos regimes de ETS e CRCF poderão ter um impacto no tamanho e volume do mercado dos créditos de carbono; por outro, com as novas regulamentações europeias (como é o caso da DAE), estima-se que as empresas que transacionam créditos de carbono, com o propósito de alegar neutralidade carbónica, terão de cumprir com critérios mais rigorosos de transparência e verificação de modo a combater o *greenwashing*, o que não deixará de impactar o mercado voluntário do carbono nacional.

Neste contexto, o futuro do mercado voluntário de carbono em Portugal dependerá fortemente da sua capacidade de se adaptar ao quadro regulamentar europeu, mantendo a atratividade e garantindo a credibilidade dos créditos de carbono.

O terceiro desafio é comum a qualquer mercado voluntário de carbono, independentemente da geografia onde é implementado: assegurar que os créditos de carbono gerados correspondem a efetivas reduções de emissões e a sequestros de carbono e não a uma mera abstração contabilística. A superação deste desafio implica não apenas mecanismos regulatórios e técnicos adequados,

mas também a participação e monitorização rigorosa, exigente e permanente por parte de todos os participantes no mercado (promotores, adquirentes ou utilizadores de créditos de carbono, entidades certificadoras, autoridades competentes).

Em conclusão, o mercado voluntário de carbono nacional enfrenta desafios significativos em várias frentes. A nível nacional, a inexistência de metodologias de carbono torna a sua operação ainda incerta. No contexto europeu, a crescente atividade regulatória no âmbito do Pacto Ecológico Europeu pressionará o mercado nacional a adaptar-se rápida e brevemente. Nesta medida, a confiança e o sucesso futuro deste mercado dependem não só do aprofundamento da regulamentação interna mas também da sua capacidade de adaptação às exigências internacionais em constante evolução.

Artículos

EL DELITO DE ATENTADO CONTRA LAS CONDICIONES DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN EL PERÚ

Percy André Sota Sánchez y Manuel Fernández Zegarra

Percy André Sota Sánchez es asociado principal en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría y profesor de Derecho Penal Económico en la Universidad de San Martín de Porres (USMP), mientras que Manuel Fernández Zegarra es asociado sénior en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

El delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en el Perú

En el presente artículo se analiza el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, que es tipo penal de escaso desarrollo dogmático y jurisprudencial en el Perú, enfocándolo en el ámbito del derecho penal económico y de la empresa y confrontándolo con las posiciones de garante que las normas extrapenales de seguridad y salud en el trabajo adscriben al empleador en el ámbito de la actividad empresarial.

PALABRAS CLAVE:

Seguridad y salud en el trabajo, Posición de garante del empleador, Actividad empresarial, Principio de confianza en el derecho penal.

Failure to comply with health and safety obligations in Peru

This article analyses the criminal offence of failing to comply with health and safety at work obligations, which Peruvian legal doctrine and case law has developed rather poorly. We analyse the offence from an economic and corporate criminal law perspective and compare it to the position of the employer in relation to non-criminal occupational health and safety regulations as the person responsible for their compliance within the scope of its business activity.

KEYWORDS:

Safety and health at work, business guarantee position, business activity, principle of trust in criminal law.

FECHA DE RECEPCIÓN: 3-6-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23-6-2024

Sota Sánchez, Percy André; Fernández Zegarra, Manuel (2024). El delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en el Perú. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 93-108 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La idea de este artículo surge a partir de un relativamente reciente —y, sin duda, discutible— pronunciamiento judicial emitido por una de las Salas Penales que componen la Corte Superior de Justicia de Lima¹, relacionado con un caso de accidente de trabajo calificado bajo los alcances del delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. Un delito que, pese a su trascendencia social, no era comúnmente invocado para este tipo de casos debido a las dificultades que presentaba, desde los ámbitos normativo y probatorio. Lo usual era alegar un delito imprudente (homicidio imprudente, lesiones imprudentes), más fácil de construir (en términos de imputación) y más fácil de probar, aunque con menor grado de reprochabilidad (en sentido de *quantum* de pena).

Frente a un accidente de trabajo —con resultado lesivo o de muerte— en el ámbito de la actividad empresarial, terminar siendo imputado por un delito imprudente permitía, según nuestra legislación, que los casos culminaran —a pesar de su gravedad e importancia social— con un acuerdo reparatorio, por ejemplo, que implica el pago de una reparación en favor de la víctima o de sus sucesores. No es nuestra intención criticar este tipo de alternativas de salida al proceso penal, sino más bien plantear la problemática que existía en el tratamiento de este tipo de casos.

Para el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo planteado y discutido en los procesos penales iniciados a consecuencia de accidentes de trabajo, no existían pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República. Por ello, el pronunciamiento de una Sala Superior en el que sí se le trata —aunque con varias deficiencias, a nuestro parecer— ha ganado tanta notoriedad y distintos debates, no solo entre los operadores del sistema de justicia penal, sino también del laboral. Quizás tal notoriedad se deba a que, a través del citado pronunciamiento, se condenó al gerente general de una empresa.

El pronunciamiento de la Sala Penal ha generado más dudas que respuestas respecto a la composición normativa de este delito y a su forma de atribución. No discrimina para nada temas relativos con el tipo de empresa, su actividad, composición; tampoco ingresa, con la profundidad que se debe, al análisis de la ley extrapenal (laboral) y cómo es que se debe interpretar el tipo penal mencionado para darle contenido. Son estos temas los que pretendemos analizar y responder en este breve artículo.

¹ En el Perú, la Corte Superior de Justicia es un órgano jurisdiccional de segunda instancia que tiene competencia para conocer, entre otros, de apelaciones contra las sentencias emitidas por los Juzgados de primera instancia.

2. Evolución legislativa del delito

El delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, regulado en el art. 168-A del Código Penal peruano, ha sido objeto de acertadas modificaciones legislativas, aunque —es preciso indicarlo— estas no tienen como fuente un estudio criminológico ni, menos aún, una propuesta político-criminal que atienda al problema subyacente, sino que estas modificaciones responden a lo que en doctrina se conoce como populismo punitivo.

De hecho, la modificación legislativa realizada de este delito responde a un suceso que ocurrió en diciembre de 2019, cuando dos jóvenes de 18 y 19 años de edad perdieron la vida como consecuencia de un accidente con desenlace fatal ocurrido en su centro de trabajo, que era de una empresa que, en nuestro país, tiene la franquicia de un *fast food* transnacional.

Como consecuencia de este hecho, desde los medios de comunicación y en el plano legislativo, el cuestionamiento fue el siguiente: ¿Está correctamente estructurado el art. 168-A del Código Penal? Como mencionamos, el accidente ocurrió en diciembre de 2019, fecha en la que estaba vigente el art. 168-A del Código Penal con un texto introducido por la Ley N.º 30222 del 11 de julio de 2014, que exigía como presupuesto de la tipicidad de la conducta que el agente hubiera sido notificado por la autoridad sobre las normas de seguridad y salud en el trabajo que se estaban infringiendo (“normas de SST”) y que esta notificación fuera previa a cualquier accidente laboral, sumado al hecho de que el agente, luego de haber sido notificado previamente por la autoridad laboral, solo podría realizar la conducta típica si infringía deliberadamente las normas de SST.

Naturalmente, la complejidad de esta redacción típica generaba la impunidad, y ello, sumado al accidente laboral antes comentado, generó que a través del Decreto de Urgencia N.º 044-2019², del 30 de diciembre de 2019, se modificara el art. 168-A del Código Penal, eliminándose de la redacción típica que el agente debe de ser previamente notificado por la autoridad laboral sobre las normas de SST que estarían infringiéndose.

3. La conducta típica y técnica de la ley penal en blanco

El delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo se encuentra previsto en el artículo 168-A del Código Penal, que sanciona dos comportamientos distintos.

Primer supuesto: *“El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores de forma grave, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”*.

² Sin perjuicio de la necesidad político-criminal de modificar el art. 168-A del Código Penal, no debe perderse de vista lo cuestionable de la modificación debido a que se realizó a través de un Decreto de Urgencia, lo cual podría ser inconstitucional por no respetar la garantía del principio democrático derivada del principio de legalidad penal.

Segundo supuesto: *“Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave”*.

De manera preliminar podemos señalar que la diferencia entre ambos supuestos radica en que el primero sanciona la puesta en peligro inminente derivada de la infracción deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, mientras que el segundo supuesto sanciona la muerte o lesión grave derivada de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Más adelante profundizaremos sobre estos aspectos.

Desde ya mencionamos que se trata de un delito complejo debido a su construcción normativa, dado que la terminología empleada por el legislador es poco clara, de acuerdo con la opinión jurídica generalizada. Se suma la necesidad de remitirse a la normativa extrapenal (laboral) para comprender de cierta manera sus alcances. Inclusive, es importante tener presente que existen discusiones jurídicas en torno a quién sería el destinatario de la norma (es decir, quién finalmente respondería por este delito al ser el legalmente obligado).

Los dos supuestos de comisión del delito coinciden en que la *“puesta en peligro inminente”* y la *“muerte o lesión grave”* tienen que darse por infracción deliberada (en el primer caso) o por inobservancia deliberada (en el segundo caso) de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Y en esa línea, puede apreciarse que el Código Penal no explica ni especifica a qué se refiere con las normas de seguridad y salud en el trabajo; estamos, entonces, ante lo que se conoce como ley penal en blanco. Se trata, en pocas palabras, de una técnica legislativa que implica la remisión a fuentes jurídicas diferentes de la penal para complementar sus alcances y disposiciones jurídicas³.

Para los fines del delito materia de análisis, se busca dotar de contenido a la frase *“normas de seguridad y salud en el trabajo”*. Por tanto, la remisión en este delito es específicamente hacia la Ley N.º 29783 —Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo— (*“Ley SST”*), y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.º 005-2012-TR⁴. Se trata de las normas de aplicación general para todas las actividades. Dicha Ley y su Reglamento marcarán la interpretación y aplicación del delito objeto de análisis, pues en ambas normativas se regulan los aspectos relativos a las exigencias y obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como la persona obligada en dicha materia, entre otros.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la primera modalidad del delito se configura cuando se pone en peligro inminente la vida, salud o integridad física del trabajador en razón a la infracción deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Esta modalidad hace referencia expresa a que el sujeto pasivo debe tener la condición de trabajador.

3 Sobre ello, véase: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2007). *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Grijley, pp. 136 y ss.

4 Aunque cabe señalar que hay determinadas actividades que cuentan con legislación laboral más específica. Por ejemplo, si se tratase de un accidente laboral en el ámbito de la actividad minera, tendríamos que tomar en consideración necesariamente el TUO de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo N.º 014-92-EM, y el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por el Decreto Supremo N.º 024-2016-EM.

Al respecto, cabe señalar que el término *trabajador* debe ser interpretado conforme a los alcances del Reglamento de la Ley SST, en donde se le define como *"toda persona que desempeña una actividad laboral subordinada o autónoma, para un empleador privado o del Estado"*. De allí que se entienda que un tercero también puede ser sujeto pasivo de esta modalidad del delito. Asimismo, el tipo penal exige que la "puesta en peligro inminente" sea de forma grave.

Con relación a la segunda modalidad de este delito, consideramos que esta se configura cuando se ocasiona la muerte de un trabajador o tercero, o se le produce una lesión grave producto de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, pudiendo preverse tal resultado.

4. Conforme con la normativa extrapenal. ¿quién es el obligado a cumplir con las normas de seguridad y salud en el trabajo? Delimitación de la autoría según competentes

Es imprescindible saber quién es el destinatario de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, de acuerdo con la Ley SST, con la finalidad de comprender quién sería el destinatario de la norma penal, y, por lo tanto, sobre quién recae la posición de garante que adscribe las competencias para delimitar la autoría.

Ahora bien, según la propia Ley SST, el destinatario de estas obligaciones es el empleador, entendido como *"toda persona natural o jurídica, privada o pública, que emplea a uno o varios trabajadores"*⁵. Así, de acuerdo con lo señalado y en lo que respecta al ámbito laboral, para identificar al obligado en materia de seguridad y salud en el trabajo solo bastará verificar que tenga la condición de empleador, sin importar si se trata de una persona natural o jurídica. Inclusive, y para el caso en particular de las personas jurídicas, ni siquiera importa la individualización del responsable de la organización en dicha materia, ya que a fin de cuentas la sanción por incumplir la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo será de carácter pecuniaria contra la propia persona jurídica.

A diferencia del ámbito laboral, en el ámbito penal sí importa la individualización del responsable. Importa porque en el derecho penal rige el principio de responsabilidad por el hecho⁶, ello debido a que en nuestro sistema jurídico está proscrita la responsabilidad objetiva. Finalmente, es importante precisar que el trabajador también tiene ciertas obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo (es decir, también es uno de los destinatarios en esta materia), pero solo en lo que corresponde al cumplimiento de las disposiciones que determine e implemente su empleador en esta materia.

5 Ver el glosario de términos del Reglamento de la Ley SST.

6 Al respecto, véase MIR PUIG, Santiago (2020). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: B de F (10.ª ed.), p. 136.

De acuerdo con la redacción y estructura del delito, la misma norma penal nos indica que su destinatario es "el legalmente obligado" en materia de seguridad y salud en el trabajo. Y, como ya se ha mencionado, según la Ley de SST, el legalmente obligado sería el *empleador*, sea persona natural o jurídica. La doctrina sostiene que nos encontramos ante un delito "de infracción de deber que reconoce una posición institucional del empresario como garante de la seguridad y salud en el trabajo en tanto es el titular de la actividad empresarial. Se trata de un deber de control de fuente de peligro que nace a partir de que el empresario tiene la capacidad para poner en marcha procesos causales que desarrollan una actividad que, si bien es socialmente aceptada, puede generar riesgos tanto para el interior como para el exterior de la empresa"⁷. El deber no se limita al *control*, sino que comprende, a su vez, la obligación de evitación y prevención de riesgos⁸.

Cuando el empleador sea una persona natural, no hay ningún inconveniente en afirmar que el destinatario de la norma penal (de este delito) es ella. Y en ese sentido, sobre dicha persona natural recaerán todas las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. El inconveniente entonces se presenta en los casos en que el empleador sea una persona jurídica. Para tales casos, y como es natural, se tendrá necesariamente que individualizar a la persona responsable en materia de seguridad y salud en el trabajo de la organización.

Particularmente las individualizaciones se tornan difícil cuando estamos ante organizaciones con estructuras complejas (estructura vertical u horizontal, alcance, tamaño, cantidad de trabajadores, etc.). Ahora bien, dentro de una organización societaria pueden existir varios responsables en materia de seguridad y salud en el trabajo. Por ejemplo, podría ser la alta dirección, el gerente general, el gerente de seguridad y salud en el trabajo u otro. Todo dependerá de cómo esté estructurada y ordenada la propia organización.

Como hemos mencionado, la Ley SST no ayuda para fines de esta individualización, pues solo se limita a precisar que el obligado es el empleador. Sin embargo, y en principio, podría encontrarse soporte en, por ejemplo, la Ley General de Sociedades, en la que se establece que el gerente general goza de las facultades generales; es decir, las más amplias al interior de la organización. A partir de ello, podríamos decir que el gerente general es el (o uno de los) obligado(s) en materia de seguridad y salud en el trabajo. Aunque cabe también la posibilidad de que sobre él no recaiga la totalidad de estas obligaciones, sino que hayan sido confiadas o delegadas a otro miembro de la persona jurídica (a modo de delegación de competencias), situación que suele ocurrir, es completamente normal y es totalmente válida.

El solo hecho de ocupar un cargo dentro de una organización societaria no podría justificar una imputación penal por este delito, aunque algunos operadores de justicia así equivocadamente lo entiendan y lo apliquen. No por el simple hecho de ocupar el cargo de gerente general se le hace responsable penalmente por las lesiones y/o resultados fatales que pudieran producirse en el ámbito del trabajo debido a la infracción de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Las imputaciones que se sustentan únicamente en el cargo que una persona ocupa o ejerce se encuentran proscritas

7 ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco (2020). El problemático artículo 168-A del Código Penal. Tres cuestiones controvertidas. *Gaceta Penal @ Procesal Penal*, 145, pp. 137-157.

8 *Ibidem*.

por el derecho penal, y en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra prohibido específicamente en el artículo VII del título preliminar del Código Penal; inclusive, la Corte Suprema de Justicia de la República ha ratificado este criterio en distintos pronunciamientos, como son la Sentencia de Casación N.º 724-2014/Cañete y, con mayor énfasis, en el ámbito penal corporativo en las Sentencias de Casación N.º 455-2017/Pasco y 1113-2019/Ica, y en el Recurso de Nulidad N.º 1175-2022/Lima.

La imputación penal prosperará siempre y cuando se llegue a determinar que sobre la posición (por ejemplo, de gerente general o miembro de la alta dirección) recayeron las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo y que, como consecuencia de la infracción o inobservancia deliberadas de esas obligaciones, se puso en una situación de peligro inminente o se causaron lesiones graves o la muerte de un trabajador o tercero.

De acuerdo con el primer supuesto del delito precisado con anterioridad⁹, la imputación penal del comportamiento se encuentra *"constituida por el incumplimiento de un deber específico que exige una prestación positiva en el marco de una vinculación institucional"*¹⁰. Para tales fines deben materializarse las siguientes cuestiones: *"quién está institucionalmente obligado, cómo se infringe el deber institucional y los límites de la competencia institucional"*¹¹. Por otro lado, y en torno al segundo supuesto del delito también precisado¹², se exigirá una imputación del resultado que comprende la imputación del comportamiento, pero también *la "producción de una situación que no se corresponde con la pretendida por la institución social en cuestión"*¹³.

5. Las obligaciones en materia de SST adscritas al empleador que configuran su posición de garante con relación a los trabajadores

En el punto anterior hemos establecido que el obligado (destinatario) en materia de seguridad y salud en el trabajo es el empleador, pues de acuerdo con la Ley SST y su Reglamento, sobre él recaen varias obligaciones vinculadas con la prevención¹⁴ y protección¹⁵ frente a riesgos laborales

9 Referido a la puesta en peligro inminente de la vida, salud o integridad física del trabajador de forma grave derivada de la infracción deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

10 GARCÍA CAVERO, Percy (2008). *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Lima: Grijley, p. 385.

11 *Ibidem*.

12 Referido a la producción de una lesión grave o muerte del trabajador o tercero derivado de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

13 GARCÍA CAVERO, Percy (2008). *Lecciones de Derecho Penal, op. cit.*, p. 388.

14 La Ley SST reconoce al principio de prevención y lo desarrolla de la manera siguiente: *"El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral"*.

15 La Ley SST reconoce al principio de protección y lo desarrolla de la siguiente forma: *"Los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua. Dichas condiciones deben propender a: i) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable; y, (ii) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores"*.

(ej., accidentes y potenciales lesiones, entre otros). Aquí es importante tener en cuenta que no se trata de una lista cerrada o limitada (*numerus clausus*) de obligaciones.

Para fines de este análisis, y de forma referencial, cabe señalar que dichas obligaciones que configuran una posición de garante se encuentran reguladas entre los artículos 49¹⁶, 50¹⁷ y 60¹⁸ de la Ley SST. Sobre la base de esta normativa, se puede fundamentar que el empleador tiene la obligación de implementar un lugar seguro para que el trabajador (y terceros inclusive) pueda desarrollar sus labores. De esta forma estará velando por el cuidado de la salud, integridad física y vida. De igual manera, tiene la obligación de proveer a sus trabajadores del equipamiento necesario para que realicen su trabajo dentro de los estándares considerados como seguros o adecuados, y ello con fines de protección. Sin embargo, las obligaciones del empleador no se limitan a la implementación del lugar seguro y a la entrega de equipamiento, sino que, además, estas también implican y abarcan las obligaciones de prevención de riesgos y de mejora continua, de modo tal que el lugar de trabajo siempre se encuentre adaptado y actualizado frente a los nuevos riesgos que pudieran aparecer.

El incumplimiento de tales obligaciones podría dar lugar a una imputación penal, siempre y cuando nos encontremos ante casos en los que (i) se haya puesto en peligro inminente la vida, salud o integridad física del trabajador de forma grave debido a la infracción deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo; o (ii) se haya causado la muerte o lesión grave del trabajador o del tercero debido a la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

6. En materia de SST, ¿el empleador tendrá una posición de garante con relación a los contratistas y subcontratistas?

Es usual que, en el ámbito de la actividad empresarial, una empresa contrate a otra para que le preste determinados servicios. Dependiendo de la figura contractual o el alcance del contrato, podríamos hablar de contratistas y subcontratistas, entre otros. El Reglamento de la Ley SST define al contratista como la *“persona o empresa que presta servicios remunerados a un empleador con es-*

16 En el artículo 49 se establecen las siguientes obligaciones: *“(a) garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo; (b) desarrollar acciones permanentes con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes; (c) identificar las modificaciones que puedan darse en las condiciones de trabajo y disponer lo necesario para la adopción de medidas de prevención de los riesgos laborales”.*

17 En el artículo 50 se establecen las siguientes obligaciones: *“(a) gestionar los riesgos, sin excepción, eliminándolos en su origen y aplicando sistemas de control a aquellos que no se puedan eliminar; (b) el diseño de los puestos de trabajo, ambientes de trabajo, la selección de equipos y métodos de trabajo (...), todos estos deben estar orientados a garantizar la salud y seguridad del trabajador; (c) eliminar las situaciones y agentes peligrosos en el centro de trabajo o con ocasión del mismo, y si no fuera posible, sustituirlas por otras que entrañen menor peligro”.*

18 En el artículo 60 se establece la siguiente obligación: *“El empleador proporciona a sus trabajadores equipos de protección personal adecuados, según el tipo de trabajo y riesgos específicos presentes en el desempeño de sus funciones, cuando no se puedan eliminar en su origen los riesgos laborales o sus efectos perjudiciales para la salud este verifica el uso efectivo de los mismos”.*

pecificaciones, plazos y condiciones convenidos"¹⁹. Aunque no lo señale la norma, se sobreentiende que el subcontratista sería el que le presta servicios al contratista.

Los contratistas, subcontratistas y su personal (es decir, sus trabajadores) no tienen ninguna relación o vínculo de índole laboral con el empleador (es decir, la empresa contratante); su único vínculo se deriva de la prestación del servicio que ha sido contratado. Para fines de la prestación del servicio contratado, es usual que el personal del contratista o subcontratista asista al establecimiento del empleador (es decir, la empresa contratante); sin embargo, es claro que tal situación no genera una relación laboral.

Esquematisamos lo expuesto:



La contratación del servicio por parte de la empresa contratante puede implicar que la empresa contratada y la empresa subcontratada envíen a su personal al establecimiento de la empresa contratante. Por ejemplo, en la industria pesada es usual que las empresas contraten a otras empresas especializadas para que brinden determinados servicios, como la manipulación o el mantenimiento de maquinaria pesada y especializada, y esto se debe a que se trata de labores que requieren cierta habilidad, experiencia o conocimientos técnicos, según sea el caso.

Y aquí nos preguntamos si las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo del empleador (es decir, la empresa contratante) alcanza a los trabajadores de las contratistas o subcontratistas. La respuesta es sí, de acuerdo con los artículos 68²⁰ y 77²¹ de la "Ley SST", pero con ciertas precisiones.

Ya hemos indicado que el empleador²² tiene la obligación de proveer un ambiente seguro para que sus trabajadores desarrollen sus labores; además, debe velar por la prevención de riesgos y

19 Ver glosario de términos del Reglamento.

20 Artículo 68 de la "Ley SST": "El empleador en cuyas instalaciones sus trabajadores desarrollen actividades conjuntamente con trabajadores de contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores, o quien asuma el contrato principal de la misma, es quien garantiza: (a) El diseño, la implementación y evaluación de un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores, personas que prestan servicios, personal bajo modalidades formativas laborales, visitantes y usuarios que se encuentren en un mismo centro de labores. (b) deber de prevención en seguridad y salud de los trabajadores de todo el personal que se encuentra en sus instalaciones. (c) La verificación de la contratación de los seguros de acuerdo a la normativa vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo. En caso de incumplimiento, la empresa principal es la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse. (d) La vigilancia del cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal. En caso de incumplimiento, la empresa principal es la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse".

21 Artículo 77 de la Ley SST: "Los trabajadores, cualquiera sea su modalidad de contratación, que mantengan vínculo laboral con el empleador o con contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores o bajo modalidades formativas o de prestación de servicios, tienen derecho al mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo".

22 Para este punto específicamente, entiéndase al empleador como "empresa que contrata".

protección frente a ellos. Inclusive, debe ejecutar acciones de supervisión, como ya lo hemos expuesto. Tal obligación no solo abarca a sus propios trabajadores, sino que también comprende a aquellos terceros que por prestación de servicios deben asistir al establecimiento del empleador²³.

Pero, como es lógico, tales obligaciones están relacionadas y limitadas a aquellas situaciones de riesgo que se pudieran generar o que efectivamente se generen a partir de la propia actividad del empleador. El hecho de que personal del contratista o del subcontratista asista al local del empleador no implica que las obligaciones del contratista o subcontratista en materia de seguridad y salud en el trabajo disminuyan o desaparezcan; por el contrario, se mantienen.

Lo que sí debe quedar claro es que en estos casos no ocurre una delegación de competencias en materia de seguridad y salud en el trabajo. Es decir, la contratista y/o subcontratista no le delega tales competencias al empleador; por el contrario, siempre las mantiene. Cada uno de ellos tiene ciertas obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, conforme ya lo hemos anotado. Dicho esto, ¿será posible imputarle al empleador el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo si, producto de la infracción o inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, es un tercero (trabajador de contratista) el que sufre la situación de riesgo inminente o lesión grave o muerte en el local del empleador? Ciertamente, la respuesta dependerá de cada caso en concreto. Pero consideramos que solo se le podría imputar penalmente si es que la "situación de riesgo inminente" o "lesión grave o muerte" se produce como consecuencia de la infracción (deliberada) de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo que le asisten específicamente a él. Ponemos dos ejemplos para establecer una diferenciación.

En un primer ejemplo, podría imputársele el hecho al empleador si no proporcionó un ambiente seguro para que el trabajador (tercero) ejecutara sus labores y ello conllevó que se lesionara o muriera, o le pusiera en una situación de riesgo inminente para su vida, integridad física o salud. O si no realizó ningún acto de supervisión para verificar que el trabajador (tercero) contara con todo el equipamiento y herramientas para realizar el trabajo contratado, pese a haber recibido la información de la empresa contratada, y producto de ello se dieran las situaciones lesivas o de riesgo antes mencionadas.

En un segundo ejemplo, no podría imputársele el hecho al empleador si, además de proporcionar un lugar seguro, realizó acciones de control y supervisión respecto del trabajador (tercero) a fin de verificar que ejecute sus labores de forma debida y con las previsiones y protecciones del caso (por ejemplo: verificar que cuente con el equipamiento y herramientas para tal fin que ha sido previamente informado por la propia contratista), y aun así se produce el accidente. En este caso, y según sus propias particularidades, se le tendría que imputar responsabilidad al contratista y/o al mismo trabajador (tercero), de ser el caso.

23 Inclusive la obligación abarca a los *usuarios*, pudiendo ser visitantes, clientes de la organización, entre otros.

7. La delegación de competencias en materia de SST en el ámbito de la empresa

De acuerdo con el artículo 26 de la Ley SST, es posible delegar las obligaciones en materia de SST, pero no de forma absoluta. Se mantienen en el delegante las obligaciones de supervisión y prevención de los riesgos de manera constante. Así, este artículo señala expresamente: *"El Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el trabajo es responsabilidad del empleador, quien asume el liderazgo y compromiso de estas actividades en la organización. El empleador delega las funciones y la autoridad necesaria al personal encargado del desarrollo, aplicación y resultados del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, quien rinde cuentas de sus acciones al empleador o autoridad competente; ello no lo exime de su deber de prevención y, de ser el caso, de resarcimiento"*.

Por su parte, el artículo 26 del Reglamento de la Ley SST establece que es obligación del empleador *"c) disponer de una supervisión efectiva, según sea necesario, para asegurar la protección de la seguridad y la salud de sus trabajadores"*. Es usual que, en el ámbito de la actividad empresarial, sea pública o privada, se deleguen ciertas funciones y competencias, dando lugar a la llamada división de trabajo. Así pues, en estructuras organizadas (como lo son las empresas), en las que se requiere de la división de trabajo, rige el denominado principio de confianza, cuyo fundamento *"parte de la idea de que los demás sujetos [de la sociedad y/u organización] son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a Derecho por parte de ellos"*²⁴. Es decir, esta *confianza* es la que fundamenta la posibilidad de delegar funciones y competencias, siempre que sea delegada de manera formal, y que esta delegación recaiga sobre una persona idónea y capaz para la ejecución de la labor.

Por el contrario, existen escenarios en los que definitivamente no cabe la confianza: *"a) la confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad; b) no hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste en precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa; y, c) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes"*²⁵. Debido a que la delegación de competencias en materia de seguridad y salud en el trabajo no es absoluta, la aplicación del "principio de confianza" se ve limitada. De ahí que se sostenga que *"en el ámbito de los accidentes laborales se siga un criterio de solución basado en la desconfianza, conforme al cual puede reconocerse en el empresario un deber de vigilancia o supervisión sobre las actuaciones de sus trabajadores"*²⁶.

En el caso del gerente general de una organización, este no podría delegar sus competencias de supervisión y prevención de los riesgos, pues estas obligaciones emanan de la propia Ley. Sin embargo, puede delegar otras competencias, como implementar las medidas de seguridad, de

24 GARCÍA CAVERO, Percy (2008). *Lecciones de Derecho Penal*, op. cit., p. 397.

25 GARCÍA CAVERO, Percy (2008). *Lecciones de Derecho Penal*, op. cit., p. 339.

26 MARAVER GÓMEZ, Mario (2009). *El principio de confianza en el Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Madrid: Civitas – Thomson Reuters, p.108.

entrega del equipamiento, de organizar los espacios seguros, entre otras tantas. Lo anterior lo explicamos con los siguientes dos ejemplos.

Un primer ejemplo. Podría darse que al interior de una empresa, donde el gerente general ha ejercido adecuadamente sus labores de supervisión y prevención, así como ha otorgado las condiciones adecuadas para que el delegado, basado en el "principio de confianza" y de forma debida, ejecute sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, ocurra un resultado lesivo o fatal como consecuencia de la infracción deliberada o inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del delegado. En este caso, el gerente general no sería responsable penalmente en tanto ha cumplido con sus obligaciones legales, máxime si quien incrementó el riesgo permitido fue el delegado.

Un segundo ejemplo. Al interior de la empresa, el gerente general ha delegado las funciones y competencias en materia de seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, no ha brindado los recursos adecuados ni otorgado las condiciones necesarias para que ellas se cumplan. Como consecuencia de ello, se produce un resultado lesivo o fatal. En este caso, el gerente general sí sería responsable penalmente al haber incrementado el riesgo (contribuido al hecho) producto de una inobservancia o incumplimiento de sus obligaciones legales.

8. ¿Cabe la imputación al ámbito de competencia de la víctima en el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo?

La imputación al ámbito de competencia de la víctima es un criterio que permite la descarga de imputación objetiva y, en consecuencia, aunque desde el punto de vista ontológico una conducta haya causado un resultado, ello no será predicable desde el punto de vista deontológico o normativo, debido a que por criterios de valoración jurídica dicha conducta no sería la que causó el resultado, sino que la imputación del resultado se debe a otros factores (por ejemplo, a la propia incumbencia de la víctima).

La imputación al ámbito de competencia de la víctima tendrá lugar *"si es la misma víctima quien con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido"*²⁷. Se trata, en pocas palabras, de una autopuesta en peligro, es decir, de una situación de riesgo o peligro al que la víctima se expuso, ya sea, a y modo de ejemplo, por descuido, por exceso de confianza, por inobservancia al procedimiento o al protocolo de la labor, u otro de similar naturaleza.

Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia son unánimes acerca de si es posible alegar la imputación a la víctima en el caso de accidentes laborales que hayan sido ocasionados por la propia conducta del trabajador o de terceros, de la mano con una infracción o inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo; y, ciertamente, cada caso debe analizarse de manera

27 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2007). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley, p. 330.

particular. No obstante, nosotros consideramos que sí es posible alegar la autopuesta en peligro si tomamos en consideración que la propia “Ley SST” establece de manera expresa obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo que recaen en el trabajador²⁸. Y podrá alegarse siempre que se presenten como mínimo los siguientes presupuestos: (i) el empleador debe haber implementado un lugar seguro para trabajar; (ii) el empleador debe ejecutar acciones de prevención y supervisión; (iii) el empleador debe capacitar a sus trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo; y (iv) la situación de riesgo inminente, lesión grave o muerte debe haber sido producida por única y exclusiva responsabilidad del trabajador o tercero.

En ese sentido, coincidimos con la posición de la profesora Patricia Gallo, quien señala al respecto lo siguiente: *“Que los trabajadores incumplan las normas de seguridad de un modo tal que no pueda ser detectado con el control genérico que le corresponde al empresario luego de cumplir con el estándar de seguridad normativamente previsto, permite ubicar ese comportamiento imprudente del trabajador fuera de la competencia del empresario. Pero si el empresario conoce o le es cognoscible esa conducta descuidada del trabajador, sí es competente por la evitación del resultado lesivo en el que pudiera desembocar ese riesgo introducido por su subordinado (esto es consecuencia de que su esfera de competencia es ‘continente’ de la del trabajador)”*²⁹.

9. Estado actual de la jurisprudencia

Debemos enfatizar que no existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que desarrolle el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, siendo que, recientemente, se conoce de un único pronunciamiento jurisprudencia emitido por la Séptima Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el marco del Expediente N.º 1164-2021.

Los hechos del caso comentado versaron en que la víctima sufrió una descarga eléctrica por unos fusibles que se encontraban cerca de una lavadora y falleció como consecuencia de ello.

En principio, debemos señalar que la sentencia materia de análisis no tiene carácter vinculante. Empero, si quedase consentida³⁰, es posible que a futuro pueda ser tomada como referencia por los órganos jurisdiccionales. A través de esta sentencia se confirmó la condena impuesta al gerente general de una empresa por el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, bajo la segunda modalidad. Para justificar su decisión, la Sala Penal expuso lo siguiente.

Primero, que sobre la base de las decisiones emitidas por la SUNAFIL —autoridad de inspecciones laborales en el Perú— se estableció que se infringió la normativa de seguridad y salud en el trabajo. Segundo, que la seguridad laboral le corresponde al empleador. Y aun cuando no niega

28 El artículo 79 de la Ley SST establece como obligaciones de los trabajadores:

“a) Cumplir con las normas, reglamentos e instrucciones de los programas de seguridad y salud en el trabajo; b) Usar adecuadamente los instrumentos y materiales de trabajo, así como los equipos de protección personal y colectiva, siempre y cuando hayan sido previamente informados y capacitados sobre su uso; c) No operar o manipular equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos para los cuales no hayan sido autorizados”.

29 GALLO, Patricia (2018). *Riesgos penales laborales*. Buenos Aires: B de F, p. 465.

30 Si no fuese recurrida y revocada por la Corte Suprema de Justicia de la República.

la posibilidad de que se pueda alegar la institución de “imputación a la víctima”, estima que no siempre será admisible, aun cuando el trabajador (o tercero) se coloque conscientemente en la situación de peligro. Ello porque, si bien el empresario no tiene un deber de control absoluto, sí tiene el deber de prever las imprudencias no temerarias. Y para cerciorarse de que estas no ocurran, debe realizar controles oportunos para adoptar las medidas de seguridad adecuadas que sean necesarias para tal fin.

Esto último pareciera tener asidero en lo señalado por la doctrina como el deber del empleado de evitar imprudencias no temerarias de la víctima. Así, por ejemplo, Maraver sostiene que *“en correspondencia con el principio de confianza y el principio de auto responsabilidad ha de tenerse en cuenta que si bien el empresario no tiene un deber de control absoluto, si tiene el deber de prever las imprudencias no temerarias, más puede confiar en que no se produzcan imprudencias de carácter grave, en la medida que haya realizado los controles oportunos como la adopción de determinadas medidas de seguridad”*.³¹

Tercero, que las medidas de seguridad y protección que se implementen para evitar riesgos laborales necesariamente deben ser idóneas y cumplir su finalidad (de dar seguridad y de proteger). De lo contrario, se está en un escenario de incumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo. De la descripción del caso, se tiene que aparentemente el gerente general no habría implementado tales medidas.

Si bien coincidimos con la sentencia en el extremo referido a que cualquiera que sea el ámbito en el que la empresa desarrolla sus actividades (no riesgosa, medianamente riesgosa, altamente riesgosa), se deben implementar todas las medidas de seguridad, protección y prevención idóneas y eficaces para evitar que sus trabajadores o terceros se pongan en una situación de riesgo inminente o, en todo caso, sufran lesiones o incluso la muerte. No podemos estar de acuerdo con la *ratio decidendi* de la sentencia, en el sentido que se postula —equivocadamente— que aun cuando el empleador cumpla con la normativa de SST en el marco de las actividades de la empresa, se podría atribuir responsabilidad si la situación de peligro o de lesión se ha producido por entera y exclusiva responsabilidad del trabajador o del tercero. De aceptarse esta posición de la Sala Penal, se desconocería y se vaciaría de contenido el principio de imputación al ámbito de competencia de la víctima.

10. Conclusiones

El delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, previsto en el artículo 168-A del Código Penal, sanciona dos comportamientos. El primero, referido a la *puesta en peligro inminente* de la vida, salud o integridad física del *trabajador* de forma grave derivada de la infracción deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Y el segundo, referido a la producción de una *lesión grave o muerte* del trabajador o tercero derivado de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Queda claro que el delito puede ser cometido por acción u omisión (impropia).

³¹ MARAVER GÓMEZ, Mario (2009). *El principio de confianza en el Derecho Penal...*, op. cit., pp. 351-463.

Según la Ley SST y su Reglamento, el destinatario de la norma penal (*el legalmente obligado*) es el empleador, pudiendo ser una persona natural o jurídica. Si se trata de una persona jurídica, es necesaria la individualización del responsable de la organización en materia de seguridad y salud en el trabajo. Los responsables en esta materia deben velar por la implementación de un ambiente de trabajo seguro, y, para tales efectos, están obligados a realizar las acciones necesarias relacionadas con la prevención y protección, de modo tal que los trabajadores.

Las competencias en materia de seguridad y salud en el trabajo inherentes al empleador pueden ser delegadas, pero no de forma absoluta. La alta dirección y el gerente general pueden delegar sus competencias en esta materia de forma expresa y sobre una persona idónea, salvo aquellas relacionadas con la supervisión y prevención.

Consideramos que en el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo no está descartada la posibilidad de invocar la figura de *imputación a la víctima*, aunque ello estará supeditado a las circunstancias específicas de cada caso.

No se admiten las imputaciones basadas únicamente en el cargo que una persona ocupa (proscripción de la responsabilidad objetiva). Se exige el reproche por un hacer o un dejar de hacer.

Bibliografía

Libros y revistas

ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco (2020). El problemático artículo 168-A del Código Penal. Tres cuestiones controvertidas. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, pp. 137-157.

GALLO, Patricia (2018). *Riesgos penales laborales*. Buenos Aires: B de F.

GARCÍA CAVERO, Percy (2008). *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Lima: Grijley.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario (2009). *El principio de confianza en el Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Madrid: Civitas – Thomson Reuters.

MIR PUIG, Santiago (2020). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: B de F (10.ª ed.).

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2007). *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Grijley.

Jurisprudencia

Sentencia emitida por la Séptima Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente N.º 1164-2021.

Sentencias de Casación N.º 724-2014/Cañete.

Sentencia de Casación N.º 455-2017/Pasco.

Sentencia de Casación N.º 1113-2019/Ica

Recurso de Nulidad N.º 1175-2022/Lima.



Foro de Actualidad

Foro de Actualidad

España

LA REGULACIÓN DE LA VIVIENDA EN CATALUÑA: SITUACIÓN ACTUAL Y ÚLTIMOS ACONTECIMIENTOS

Rafael García-Perrote Martínez

Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona)

La regulación de la vivienda en Cataluña: situación actual y últimos acontecimientos

Cataluña lleva sumergida en una vorágine regulatoria en el ámbito de la vivienda que se remonta a 2015-2016, con las primeras normas en materia de alquiler social y emergencia habitacional, pasando por la (anulada) ley catalana de contención de rentas, y que no ha hecho sino coger velocidad a raíz de la entrada en vigor el pasado 26 de mayo de 2023 de la Ley (estatal) 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda al posibilitar esta que las comunidades autónomas declaren zonas de mercado residencial tensionado en las que sea de aplicación el régimen de contención de rentas en los contratos de arrendamiento para uso de vivienda introducido en la Ley de Arrendamientos Urbanos. La consecuencia directa ha sido una contracción de la oferta de vivienda alquiler y su derivación a otras modalidades de arrendamiento distinto del uso de vivienda, lo que, a su vez, ha generado una nueva reacción regulatoria por parte de las Administraciones públicas.

PALABRAS CLAVE:

Vivienda, Cataluña, Zona de mercado residencial tensionado, Arrendamiento de vivienda, Arrendamiento de temporada, Contención de rentas.

Housing regulation in Catalonia: current situation and latest developments

Catalonia has been immersed in a regulatory frenzy in the field of housing since 2015–16 when the first rules on social leases – the now-annulled Catalan law on rent control – were implemented. They only really gained momentum with the entry into force on 26 May 2023 of Law 12/2023 of 24 May on the right to housing, which allows the Spanish regions to declare municipalities as stressed residential market areas and thus apply to residential leases the rent containment framework introduced in the Urban Leases Law. This has caused a drop

in the number of available properties for residential lease because their owners are resorting to other types of lease contracts, which in turn has given rise to a new regulatory reaction.

KEYWORDS:

Housing, Catalonia, stressed residential market area, residential leases, temporary leases, rent control.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-9-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-9-2024

García-Perrote Martínez, Rafael (2024). La regulación de la vivienda en Cataluña: situación actual y últimos acontecimientos. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 111-120 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

En los últimos años el sector de la vivienda en Cataluña ha sido como una montaña rusa —si se quiere, como el Dragón Khan, por remitirse a una montaña rusa harto conocida en Cataluña— y ha estado lleno de vertiginosas subidas, aterradores descensos y relajados intermedios. Las primeras podríamos identificarlas con la vorágine normativa / regulatoria, los segundos por las repentinatas contracciones de la oferta de vivienda en alquiler que ha seguido a cada una de las —solo cabe asumir que bienintencionadas— medidas adoptadas, que, no obstante, el mercado ha considerado como erróneas, y los terceros por las temporales vueltas a la normalidad que ha supuesto en cada momento, o bien la anulación por el Tribunal Constitucional de dicha normativa, o bien por la no convalidación de tales medidas cuando se adoptaron por medio de decretos leyes.

2. La evolución normativa a vista de pájaro

El fundamento de la normativa de vivienda en Cataluña es, como no podría ser de otro modo, la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda que entró en vigor el 9 de abril de 2024¹ (la “Ley de Vivienda de Cataluña”).

Ahora bien, el paquete normativo que tiene especial incisión en las operaciones inmobiliarias en el sector de la vivienda tiene su origen en 2015 con la aprobación de, por un lado, el Decreto ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria² (a los efectos de introducir el derecho de tanteo y retracto respecto de viviendas procedentes de procesos de ejecución hipotecaria o similares —p. ej., dación en pago—) (el “Decreto ley 1/2015”), y la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética³ (que introduce el concepto de gran tenedor a los efectos de la obligación de conceder un alquiler social en caso de desahucio sin alternativa habitacional y la cesión temporal obligatoria del uso de viviendas vacías⁴), la cual fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, siendo el recurso de inconstitucionalidad parcialmente estimado en la Sentencia del Pleno 13/2019, de 31 de enero de 2019⁵.

La impugnación ante el Tribunal Constitucional y la suspensión de vigencia de determinadas previsiones contenidas en la Ley 24/2105 se trató de paliar por el legislador catalán mediante la apro-

bación de la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial⁶ que ahondó en las medidas protectoras en materia de vivienda en tres frentes: (i) estableciendo un procedimiento de mediación para supuestos de sobreendeudamiento, (ii) regulando la expropiación forzosa temporal de viviendas vacías para incrementar el parque social de vivienda asequible en alquiler, y (iii) incidiendo en la obligación de realojamiento de unidades familiares en riesgo de exclusión residencial en caso de pérdida de la vivienda (p. ej., en caso de desahucio o ejecución hipotecaria / dación en pago de la vivienda habitual). Asimismo, declaró 234 municipios catalanes como áreas de demanda residencial fuerte y acreditada a los efectos de los derechos de tanteo y retracto regulados en el Decreto Ley 1/2015 y el impuesto sobre viviendas vacías⁷.

La siguiente norma de gran calado en este ámbito fue el Decreto ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda⁸ (el “Decreto Ley 17/2019”), norma polémica como pocas —y respecto de la que algunos sectores llegaron a afirmar que daba carta de naturaleza a la ocupación ilegal de viviendas— que centró sus medidas en (i) ahondar en el concepto de vivienda vacía y la obligación de inscripción en el Registro de Viviendas Vacías, (ii) ampliar la duración del alquiler social de 3 a 5/7 años en función de si el propietario es persona física o jurídica, pudiendo extenderse por un período adicional de 5/7 años al concluir el período inicial y haciéndolo extensivo, en determinados supuestos, a ocupantes ilegales de viviendas, (iii) reforzar el régimen de expropiación de las viviendas vacías, (iv) extender el derecho de tanteo y retracto previsto en el Decreto Ley 1/2015 a segundas y ulteriores transmisiones, (v) reforzar el régimen de las viviendas de protección oficial, y (vi) establecer el índice de precios de referencia de la Agència de l’Habitatge de Catalunya⁹ como elemento informador de la política de vivienda de la Generalitat.

Es de destacar que gran parte del contenido del Decreto Ley 17/2019 fue anulado por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 16/2021, de 28 de enero de 2021¹⁰ sobre la base, a grandes rasgos, de que varios de los preceptos impugnados afectaban al derecho de propiedad y la delimitación de su contenido y, por mandato constitucional¹¹, los decretos leyes no pueden afectar a los derechos contenidos en el título I del texto constitucional.

Ello no obstante, gran parte de las medidas anuladas fueron reintroducidas en el ordenamiento jurídico por medio de 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 vivienda¹². Esta norma se encuentra actualmente recurrida ante el Tribunal Constitucional¹³ y pendiente de sentencia¹⁴.

Ahora bien, la que ha sido, sin ningún género de dudas, la medida “estrella” en este *iter* normativo fue la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda¹⁵ (la “Ley de Contención de Rentas”) que introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico un régimen de limitación de rentas en los contratos de alquiler de vivienda (en los términos del art. 2 LAU) y que tenía como baremo de referencia para las determinación de la renta en los contratos de alquiler, por un lado, el índice de precios de referencia de la Agència de l’Habitatge de Catalunya y, por otro, la renta del contrato anterior.

La Ley de Contención de Rentas fue parcialmente anulada mediante la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 37/2022, de 10 de marzo de 2022¹⁶ —así como por las sentencias 57/2022, de 7 de abril¹⁷, y 118/2022, de 29 de septiembre de 2022¹⁸— por entender, fundamentalmente, que la determinación de la renta en los contratos de alquiler es un elemento estructural del contrato al definir el núcleo de los derechos y obligaciones de las partes y, por tanto, forma parte de las bases de las obligaciones contractuales cuya regulación corresponde en exclusiva al Estado de conformidad con el artículo 149.1.8.^º de la Constitución española.

El siguiente hito relevante no vino en forma de disposición con rango de Ley por parte del Parlamento de Cataluña, sino que tiene su origen en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda¹⁹ (la “Ley de Vivienda Estatal”) y en la habilitación que el artículo 18 atribuye a “*las Administraciones competentes en materia de vivienda*”²⁰, esto es, a las Administraciones autonómicas, por ser una competencia propia de estas²¹ para la declaración de determinados municipios como zonas de mercado residencial tensionado (“ZMRT”).

Cataluña fue la primera (y ha sido, hasta la fecha del presente trabajo, la única) comunidad autónoma en declarar determinados municipios como ZMRT, y el motivo de esta rápida declaración —pues la Ley de Vivienda Estatal entró en vigor el 26 de mayo de 2023 y el 2 de junio de 2023 la Secretaría de Vivienda (de Cataluña) emitía la oportuna resolución iniciando el procedimiento preparatorio para la declaración de la ZMRT, con la publicación en fecha 15 de junio de la memoria para la declaración de 140 municipios como ZMRT²²— se explica por el hecho de que los criterios para la declaración de ZMRT son muy similares a los contenidos en la Ley de Contención de Rentas para la declaración de las “áreas con mercado de vivienda tenso”²³ (“AMVT”), por lo que la Administración catalana ya tenía el trabajo preparatorio listo y, en esta ocasión, el trabajo de la Administración se redujo, fundamentalmente, a la actualización de los datos ya recopilados en su día para la declaración de las AMVT.

En definitiva, lo anterior permitió que en un plazo muy breve se pusiera en funcionamiento en Cataluña el sistema de contención de rentas introducido por la Ley de Vivienda Estatal en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos²⁴ (“LAU”) —el cual, al haber sido aprobado en norma estatal, permitió superar la tacha competencial de la que adolecía el régimen introducido en la Ley de Contención de Rentas y que conllevó la anulación de su núcleo esencial—.

En primera instancia se declararon 140 municipios²⁵ como ZMRT y la consecuencia directa de ello fue, por un lado, la contracción de la oferta de vivienda en alquiler y, por otro, la derivación de una parte relevante de la oferta del alquiler residencial a otras modalidades, entre las que destaca especialmente el alquiler de temporada²⁶. A nadie se le escapa que muchos de estos contratos podrían ser susceptibles de revestir una finalidad elusiva de la norma (en román paladino, haber sido formalizados en fraude de ley²⁷), y ello fue lo que propició el siguiente hito normativo: el Decreto Ley 6/2024, de 24 de abril, de medidas urgentes en materia de vivienda (el “Decreto Ley 6/2024”).

Si bien el contenido de Decreto Ley 6/2024 no es objeto del presente trabajo²⁸, baste señalar que este, junto con la creación de un nuevo derecho de tanteo en favor de la Administración catalana y el reforzamiento del régimen de información precontractual en el ámbito del arrendamiento de vivienda, destacó por extender el régimen de contención de rentas al arrendamiento de tempo-

rada y al alquiler de habitaciones y dejando únicamente fuera aquel arrendamiento que tuviera una finalidad de "ocio, vacaciones o recreativa"²⁹, amén de incluir un régimen sancionador para, fundamentalmente, castigar las infracciones del vigente régimen de contención de rentas.

Con el Decreto Ley 6/2024 llegamos al momento presente. Como puede observarse, los últimos diez años han sido notablemente intensos en lo que a la intervención regulatoria en el mercado de la vivienda se refiere, lo que es a la vez síntoma de la existencia de un problema y muestra de la ineficacia de las medidas adoptadas para solucionarlo. Y ello sin entrar en las medidas de corte urbanístico con incisión en dicho mercado, tales como el derecho de tanteo y retracto en favor del Ayuntamiento de Barcelona en caso de transmisión de edificios plurifamiliares enteros, terrenos con edificaciones ruinosas o viviendas vacías sujetas al impuesto de viviendas vacías, introducido en el Plan General Metropolitano por acuerdo de la Subcomisión de Urbanismo del Municipio de Barcelona en fecha 5 de diciembre de 2018 o el derecho de tanteo en favor de la Generalitat —y el Ayto. de Barcelona cuando se ubiquen en dicho municipio— respecto de "viviendas no arrendadas, y también las arrendadas, cuando, de acuerdo con la legislación sobre arrendamientos urbanos, se transmita el conjunto del inmueble" introducido en el artículo 173.1.b) del texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña³⁰ por el artículo 10.5 del Decreto Ley 17/2019.

3. Situación actual: últimos acontecimientos

En este apartado se analizarán, por orden cronológico, los tres principales acontecimientos ocurridos recientemente:

- i. La *primera* de las cuestiones a destacar debe ser la publicación en fecha 10 de abril de 2024 del plan específico de medidas correctoras para paliar, respecto de las ZMRT, "los desequilibrios evidenciados en su declaración, así como su calendario de desarrollo"³¹. Recuérdese que este es un requisito indispensable de toda declaración de ZMRT de conformidad con la Ley de Vivienda Estatal.

En dicho plan, la Generalitat prevé una serie de medidas con un horizonte temporal de veinte años al objeto de incrementar el número de viviendas destinadas a alquiler social, para que estas pasen de las 49.700 actuales, aproximadamente, a 256.000 mediante una combinación de (i) la promoción de viviendas de protección oficial en alquiler (se estiman 180.361, lo que representa un 70,4 % del total), (ii) la adquisición de propiedad de inmuebles provenientes de bancos y grandes tenedores o por la delimitación de áreas de tanteo y retracto (se estiman 31.325, un 12,2 % del total), (iii) la adquisición de viviendas provenientes de bancos y grandes tenedores por los mecanismos de cesión, tanteo o expropiación (se estiman 6.852, un 2,7 % del total) y (iv) la movilización del parque existente hacia el alquiler social mediante la red de mediación, el establecimiento de incentivos fiscales y medidas semejantes (se estiman 37.688, un 14,7 % del total).

Además, delimita aquellos municipios que califiquen como ZMRT³² en los que deberá reservarse para la construcción de viviendas de protección pública (i) un mínimo del 50 % del techo que se califique para uso residencial de nueva implantación en suelo urbanizable

delimitado y el 40 % suelo urbano no consolidado (aunque en este segundo supuesto puede reducirse a un 30 % si compromete la viabilidad del proyecto) o (ii) un 30 % del techo que se califique para uso residencial de nueva implantación.

Asimismo, prevé medidas complementarias, como la cesión de suelo público para la promoción delegada de vivienda social, el impulso de la promoción directa de viviendas por el Incasòl, la financiación con los fondos europeos Next Generation de 100 actuaciones para la promoción de más de 4.000 viviendas, la financiación de proyectos a través de Institut Català de Finances así como la bonificación de los tipos de interés aplicable, las ayudas directas a menores de 35 y mayores de 65 para el pago del alquiler, el refuerzo del sistema de garantías públicas del Programa Avalloguer, el impulso de las medidas relativas a la expropiación de las viviendas vacías y la adquisición de otras por medio de los derechos de tanteo y retracto, las ayudas a entidades del tercer sector para asistir a personas en riesgo de exclusión residencial y, por último, la adopción de medidas legislativas tales como la limitación de las viviendas destinadas a alquiler de uso turístico (mediante la aprobación del Decreto Ley 3/2023, de 7 de noviembre, de medidas urgentes sobre el régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico).

- ii. La segunda de las cuestiones a destacar es el inicio del procedimiento para la declaración de nuevos municipios como ZMRT mediante acuerdo de la Secretaria de Vivienda fecha 15 de abril de 2024. Este procedimiento, que siguió los cauces habituales, culminó con la declaración de 131 municipios adicionales³³ como ZMRT mediante al Resolución TER/2048/2024³⁴.

A resultas de esta nueva declaración de ZMRT ya son un total de 231 municipios catalanes³⁵ los declarados como ZMRT. Nótese que el número se aproxima a los 234 municipios declarados como áreas de demanda residencial fuerte y acreditada por la Ley 4/2016 antes citada.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el artículo 18.2.d) *in fine* de la Ley de Vivienda Estatal, para que el régimen de contención de rentas resulte de aplicación en estas nuevas 131 ZMRT, es necesario que el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana apruebe la resolución (en principio trimestral) que recoja la relación de ZMRT declaradas por las diferentes Administraciones competentes. Así pues, hasta que recaiga dicha resolución del ministerio, no serán de aplicación en dichos 131 municipios declarados como ZMRT en virtud de la Resolución TER/2048/2024 las medidas limitativas de la renta introducidas en la LAU.

De esta declaración como ZMRT destaca, además de las cuestiones expresamente incluidas en la resolución (esto es, rebajar el umbral para ser considerado gran tenedor a ser titular de "cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial" y aplicar el índice de precios de referencia a las viviendas que no hubieren tenido vigente un contrato de arrendamiento en los últimos cinco años³⁶), que durante la fase de alegaciones e información pública volvieron a plantearse numerosas alegaciones, tales como la eventual necesidad de articular mecanismos de compensación para los propietarios sujetos al régimen de contención de rentas o las consecuencias negativas que tal régimen de contención de rentas puede tener

en el mercado del alquiler —ambas descartadas de plano por la Administración catalana—. Destaca en particular una alegación que se limitó a manifestar la disconformidad con el hecho de que gran parte del territorio catalán fuera declarado como ZMRT, a lo que la Administración respondió que la Ley de Vivienda Estatal no imponía limitación alguna a tal efecto, sino únicamente el cumplimiento de determinados criterios que, según la Administración, concurren en los 231 municipios declarados como ZMRT. Asimismo, otra alegación solicitó que no se aplicara el índice de precio a las nuevas viviendas que entran en el mercado del alquiler, a lo que la Administración respondió que *“esta sería una dispensa o exención no prevista en las normas y contraria al ordenamiento jurídico”* (lo que tal vez explique el viraje de la Generalitat con ocasión de la declaración de los primeros 140 municipios como ZMRT cuando esta intentó corregir las deficiencias de la Ley de Vivienda Estatal mediante la inclusión ciertas previsiones al efecto —inspiradas en el régimen de la Ley de Contención de Rentas— en la memoria elaborada inicialmente en fecha 15 de junio de 2023³⁷).

- iii. La tercera y última de las cuestiones reseñables es la no convalidación del Decreto Ley 6/2024.

Dicha no convalidación del Decreto Ley 6/2024 tuvo lugar en la sesión de la Diputación Permanente del Parlamento de Cataluña que se llevó a cabo el jueves 23 de mayo de 2024. El motivo que ello se llevara a cabo por la Diputación Permanente no es otro que el hecho de que el Parlamento de Cataluña se hubiera disuelto mediante Decreto 60/2024, de 18 de marzo, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña³⁸ —el Decreto Ley 6/2024 se decretó, por tanto, con el gobierno en funciones— y el plazo para la convalidación venciera antes de la constitución del nuevo parlamento —que, tras las elecciones del 12 de mayo de 2024, tuvo lugar el 10 de junio de 2024—.

Ahora bien, no puede dejar de señalarse que esta no convalidación fue por un estrecho margen, con 8 votos a favor (de los grupos parlamentarios Esquerra Republicana, CUP y En Comú Podem), 9 votos en contra (de los grupos parlamentarios Junts per Catalunya, VOX, Ciutadans y Grupo Mixto —esto es, el Partido Popular—) y 5 abstenciones (del grupo parlamentario del Partit Socialista de Catalunya).

Llama poderosamente la atención en el diario de sesiones el consenso unánime de todos los grupos parlamentarios sobre la existencia de una crisis de vivienda en Cataluña, pero la gran divergencia sobre las medidas a adoptar, pues mientras que unos abogan por la mayor intervención (la Consellera de Territori, en defensa del Decreto Ley 6/2024, el grupo parlamentario de Esquerra Republicana, como grupo que conformaba el gobierno —en funciones— en el momento de la publicación del Decreto Ley 6/2024 o la CUP), otros critican la hiperregulación, apuntando que, en muchas ocasiones, esta se introduce en el ordenamiento jurídico desoyendo al mercado y a los operadores en el sector inmobiliario (como el grupo de Ciutadans o el Partido Popular). Ahora bien, lo que es unánime (o casi, salvo por las CUP) es la crítica al tiempo y forma en el que se decretó el Decreto Ley 6/2024, pues coinciden en tacharlo como una medida electoralista en los tiempos al haberse decretado el 24 de abril y publicado en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* el día antes del inicio de la campaña electoral.

4. Consideraciones finales

¿Qué depara el futuro en el ámbito de la regulación de la vivienda en Cataluña?

Parece claro, por la lectura del diario de sesiones de la sesión relativa al Decreto Ley 6/2024, que hay unanimidad entre la clase política³⁹ en que hay un problema con el acceso a la vivienda y que la solución a ello requiere de la adopción de medidas. Ahora bien, resulta palmario que no hay consenso —por no decir que las propuestas se ubican en las antípodas unas de otras— sobre cómo abordar la solución o qué medidas adoptar.

Así pues, muy probablemente, el futuro normativo dependerá de la aritmética parlamentaria y los diferentes equilibrios de fuerzas —tanto en el Parlamento Catalán como, a nivel estatal, en el Congreso de los Diputados—, que será lo que inclinará la balanza hacia una mayor o menor intervención en el mercado de la vivienda y, en sentido amplio, en el sector inmobiliario-residencial.

De buen seguro, sin embargo, que será una pieza clave y jugará un papel determinante en este laberinto (o rompecabezas) la futura ley de incorporación al Código Civil de Cataluña de la regulación del arrendamiento de bienes, cuyo anteproyecto⁴⁰ incluye una sección entera relativa al arrendamiento de vivienda en la que se regula, en sendas subsecciones, el arrendamiento de vivienda para destinarlo a residencia permanente, el arrendamiento de vivienda para otros usos (indicando en tal caso la residencia permanente del arrendatario o, en su caso, la finalidad temporal) y el arrendamiento de habitaciones —sección que es comúnmente conocida como “la LAU Catalana” — y en el que, a modo de ejemplo, se prevé la libertad de fijación de precios, *“salvo que el contrato quede sujeto a un régimen de contención de rentas”*⁴¹.

Desde la óptica del ciudadano, la del inversor e, incluso, la del profesional del derecho, solo cabe esperar que impere el sentido común, la pausa y reflexión, la visión de Estado y la calidad técnica en la adopción de medidas o aprobación de nueva normativa para asegurar que estas sean acertadas.

Notas

- 1 [BOE-A-2008-3657 Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.](#)
- 2 [BOE-A-2015-6016 Decreto-ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria.](#)
- 3 [BOE-A-2015-9725 Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética.](#)
- 4 Término que debe entenderse según se define en el art. 3.d) de la Ley de Vivienda de Cataluña.
- 5 Relativa al recurso 2501-2016, la cual puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-2547>.
- 6 [BOE-A-2017-522 Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial.](#)
- 7 Recogido en la Ley 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias, y de la Ley 3/2012 (BOE-A-2015-9206 Ley 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012.). Nótese que el concepto de vivienda vacía no está del todo alineado con el previsto en el artículo 3.d) de la Ley de Vivienda de Cataluña, pues la norma tributaria, a diferencia de la de vivienda, no entra a detallar qué se considera causa justificada y, lo que es más importante, no incluye el matiz relativo a que “*la ocupación sin título legítimo no impide que se pueda considerar vacía una vivienda*” que tan polémico ha sido desde su primera introducción en el referido artículo 3.d) por el Decreto Ley 17/2019.
- 8 [BOE-A-2020-2509 Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda.](#)
- 9 Aprobado por Orden GAH/142/2017, de 5 de julio, que puede consultarse en el siguiente enlace: [ORDRE GAH/142/2017, de 5 de juliol, per la qual s'aprova l'índex de referència de preus de lloguer d'habitatges. \(gencat.cat\).](#)
- 10 Relativa al recurso 2577-2020, la cual puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-2835>.
- 11 Véase el art. 86.1 de la Constitución española.
- 12 [BOE-A-2022-4208 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.](#)
- 13 Concretamente, los recursos n.º 3955/2022 (promovido por el grupo parlamentario Popular), n.º 4038/2022 (promovido por el grupo parlamentario VOX) y n.º 8118/2022 (promovido por el grupo parlamentario Popular), promovido por el Presidente del Gobierno.
- 14 No puede descartarse la eventual anulación de algunos preceptos de dicha Ley 1/2022, de 3 de marzo, dado que, aunque se ha subsanado el defecto formal que apuntó el Tribunal Constitucional en la sentencia que anuló los preceptos equivalentes del Decreto Ley 17/2019, este apuntó también que las medidas contenidas en dicho Decreto Ley 17/2019, lejos de ser instrumentales para el ejercicio de la competencia en materia de vivienda por la Comunidad Autónoma de Cataluña, incidian directamente —y con vocación de generalidad— tanto en la vertiente institucional como en la individual del derecho de propiedad sobre la vivienda al concretar el conjunto de facultades que integran tal derecho y, a su vez, al proceder a definir la función social de dicho derecho. Por tanto, un eventual pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional sobre el fondo de la cuestión bien podría dar lugar a la anulación de todos o algunos de los preceptos impugnados en caso de entender que tales medidas infringen el artículo 33 de la Constitución española, como ya apuntó dicho tribunal en la referida sentencia relativa al Decreto Ley 17/2019.
- 15 [BOE-A-2020-11363 Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda.](#)
- 16 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-5807>.
- 17 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-7781>.
- 18 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-17974>.
- 19 [BOE-A-2023-12203 Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.](#)
- 20 Véase el artículo 18.1 de la Ley de Vivienda Estatal.
- 21 De conformidad con el artículo 148.1.3.º de la Constitución española y el artículo 137 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña ([BOE-A-2006-13087 Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.](#))
- 22 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. Ahora bien, téngase en cuenta al consultar dicho artículo que este se publicó tomando como referencia la Resolución TER/2940/2023, de 11 de agosto, por la cual se declaraban como ZMRT diversos municipios de conformidad con la Ley de Vivienda Estatal y tomando como referencia la memoria, así como las memorias de valoración de alegaciones elaboradas conforme a dicha resolución, las cuales fueron posteriormente (y, claro está, con posterioridad a la publicación del citado artículo) enmendadas y reformuladas en aspectos muy sustantivos en vísperas de la resolución del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana recogiendo la relación de ZMRT mediante la Resolución TER/800/2024, de 13 de marzo, por la cual se modifica la Resolución TER/2940/2023
- 23 Esencialmente, el equivalente en la Ley de Contención de Rentas a las actuales ZMRT.
- 24 Y, más concretamente, en los nuevos apartados 6 y 7 del artículo 17 de la LAU ([BOE-A-1994-26003 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.](#)), introducidos por la disposición final primera, apartado tres, de la Ley de Vivienda Estatal.
- 25 Esto es, Abrera, Alella, Amposta, Arenys de Mar, Arenys de Munt, Argentona, Badalona, Badia del Vallès, Balaguer, Banyoles, Barberà del Vallès, Barcelona, Berga, la Bisbal d'Empordà, Blanes, Cabrera de Mar, Cabrils, Caldes de Montbui, Caldes d'Estrac, Calella, Calldetenes, Cambrils, Canet de Mar, la Canonja, Canovelles, Cardedeu, Castellar del Vallès, Castellbisbal, Castelldefels, Cerdanyola del Vallès, Cervelló, Cervera, Corbera de Llobregat, Cornellà

de Llobregat, Cubelles, Esparreguera, Esplugues de Llobregat, Falset, Figueres, les Franqueses del Vallès, la Garriga, Gavà, Girona, Granollers, Guissona, l'Hospitalet de Llobregat, Igualada, la Llagosta, Lleida, Llinars del Vallès, Lloret de Mar, Malgrat de Mar, Manlleu, Manresa el Masnou, Matadepera, Mataró, Molins de Rei, Mollerussa, Mollet del Vallès, Montcada i Reixac, Montgat, Montmeló, Montornès del Vallès, Móra la Nova, Olesa de Montserrat, Olot, Palafròls, Palafrugell, Palamós, Palau-solità i Plegamans, el Papiol, Paret del Vallès, Pineda de Mar, Polinyà, Porqueres, el Prat de Llobregat, Premià de Dalt, Premià de Mar, Puigcerdà, Reus, Ripoll, Ripollet, la Roca del Vallès, Roquetes, Rubí, Sabadell, Salou, Salt, Sant Adrià de Besòs, Sant Andreu de Llavaneres, Sant Boi de Llobregat, Sant Celoni, Sant Climent de Llobregat, Sant Cugat del Vallès, Sant Esteve Sesrovires, Sant Feliu de Guíxols, Sant Feliu de Llobregat, Sant Fost de Campsentelles, Sant Fruitós de Bages, Sant Joan Despí, Sant Just Desvern, Sant Pere de Ribes, Sant Pol de Mar, Sant Quirze del Vallès, Sant Sadurní d'Anoia, Sant Vicenç de Montalt, Sant Vicenç dels Horts, Santa Coloma de Cervelló, Santa Coloma de Farners, Santa Coloma de Gramenet, Santa Margarida de Montbui, Santa Perpètua de Mogoda, Santa Susanna, Sarrià de Ter, la Seu d'Urgell, Sitges, Solsona, Sort, Tarragona, Tàrraga, Teià, Terrassa, Tiana, Tona, Torelló, Torredembarra, Torrelles de Llobregat, Tortosa, Tremp, Vallirana, Valls, el Vendrell, Vic, Viladecans, Vilafranca del Penedès, Vilanova del Camí, Vilanova i la Geltrú, Vilassar de Dalt, i Vilassar de Mar.

26 De conformidad con lo previsto en el art. 3 LAU.

27 Y ello tampoco podía escaparse al legislador estatal (por no decir que ya lo anticipaba —al contar con el precedente de lo sucedido con la Ley de Contención de Rentas—), pues al tiempo de introducir el régimen de contención de rentas en la LAU previó la creación de un grupo de trabajo para la regulación de los contratos de arrendamiento de uso distinto de vivienda mediante una disposición adicional quinta de la Ley de Vivienda Estatal.

28 Para ello, véase 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.

29 Véase el artículo 5 del Decreto Ley 6/2024.

30 Aprobada por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto ([BOE-A-2010-13883 Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo.](#))

31 Véase el artículo 18.4 de la Ley de Vivienda Estatal.

32 Véanse las tablas 2.3.1 y 2.3.2 del Pla específic de mesures de l'article 18.4 de la Llei 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge per a la correcció dels desequilibris detectats en els 140 municipis declarats zona de mercat residencial tensionat a Catalunya segons Resolució TER/800/2024, disponible en el siguiente enlace: [20240410-Pla-Mesures-Llei-estatal-CAT-CA.pdf \(gencat.cat\)](#).

33 Esto es, Aiguafreda, Albinyana, Alcanar, Alcarràs, Alcover, l'Aldea, Almacelles, Alpicat, Altafulla, l'Ametlla de Mar, l'Ametlla del Vallès, l'Ampolla, Anglès, l'Arboç, Arbúcies, Artés, Artesa de Segre, Bagà, Begues, Begur, Bellpuig, Bellver de Cerdanya, Besalú, Bigues i Riells del Fai, la Bisbal del Penedès, les Borges Blanques, Breda, Cadaqués, Calaf, Calafell, Caldes de Malavella, Calonge i Sant Antoni, Canyelles, Cassà de la Selva, Castellet i la Gornal, Castellgalí, Castelló d'Empúries, Castell d'Aro, Platja d'Aro i S'Agaró, Castellterçol, Celrà, Centelles, Creixell, Cunit, Deltebre, Dosrius, l'Escala, l'Esquirol, Folgueroles, Fornells de la Selva, Gelida, Gironella, Hostalric, Linyola, Llançà, Lliçà d'Amunt, Lliçà de Vall, Maçanet de la Selva, Masquefa, Moià, Monistrol de Montserrat, Montblanc, Montbrió del Camp, Mont-roig del Camp, Móra d'Ebre, el Morell, Navàs, Òdena, Olèrdola, Olesa de Bonesvalls, Olivella, Pallejà, la Palma de Cervelló, Pals, Peralada, Piera, la Poble de Montornès, el Pont de Suert, Ponts, Prats de Lluçanès, Puig-reig, la Ràpita, Riells i Viabrea, Riudarenes, Riudoms, Roda de Berà, Roda de Ter, Roses, Sant Antoni de Vilamajor, Sant Cebrià de Vallalta, Sant Esteve de Palautordera, Sant Feliu de Codines, Sant Hipòlit de Voltregà, Sant Jaume dels Domenys, Sant Jaume d'Enveja, Sant Joan de Vilatorrada, Sant Julià de Ramis, Sant Llorenç d'Hortons, Sant Llorenç Savall, Sant Martí Sarroca, Sant Pere de Riudebitlles, Sant Pere de Torelló, Sant Pere de Vilamajor, Sant Pere Pescador, Sant Quirze de Besora, Santa Bàrbara, Santa Coloma de Queralt, Santa Cristina d'Aro, Santa Eulàlia de Ronçana, Santa Maria de Palautordera, Santa Oliva, Santpedor, la Selva del Camp, la Sénia, Sentmenat, Seva, Sils, Súria, Taradell, Torrelles de Foix, Torroella de Montgrí, Tossa de Mar, Ulldecona, Vacarisses, Vallgorguina, Vidreres, Vielha e Mijaran, Viladecavalls, Vilafant, Vilanova del Vallès, Vilobí d'Onyar, Vinyols i els Arcs.

34 Esta puede consultarse en el siguiente enlace: [RESOLUCIÓ TER/2408/2024, d'1 de juliol, per la qual es declara una nova zona de mercat residencial tensionat formada per 131 municipis de Catalunya, d'acord amb la Llei estatal 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge. \(gencat.cat\)](#).

35 Que alcanza a un 90,7 % de la població de Cataluña o, lo que es lo mismo, a 7.172.196 personas. Véase la página 8 de la versión consolidada de la memoria para la declaración de 131 municipios de Cataluña como ZMRT, en su versión consolidada posterior a los trámites de información pública y audiencia.

36 Y que responden a los apartados 7 y 8 de la memoria referida en el numeral 35 inmediatamente anterior.

37 Para más información al respecto 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 y, particularmente, las páginas 168 y 169.

38 Puede consultarse en el siguiente enlace: [DECRET 60/2024, de 18 de març, de convocatòria d'eleccions al Parlamen \(gencat.cat\)](#).

39 Y no solo entre la clase política, pues el sector inmobiliario es el primero en reclamar y proponer soluciones, algo de lo que se han hecho eco, por ejemplo, los grandes operadores en el sector del residencial.

40 A fecha del presente artículo el anteproyecto se encuentra en fase de audiencia e información pública, habiéndose recogido ya alegaciones en este y habiéndose elaborado un texto articulado en fecha 30 de abril de 2024.

41 Véase el artículo 623-61.1 del texto articulado de dicho anteproyecto de ley en su versión de 30 de abril de 2024.

Foro de Actualidad

España

EL NUEVO RÉGIMEN DE INVALIDEZ EN LA PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE SUELO

Héctor Nogués Galdón y Óscar Conesa Caballero

Abogados del Área de Derecho Inmobiliario y Urbanismo de Uría Menéndez (Valencia)

El nuevo régimen de invalidez en la propuesta de reforma de la ley de suelo

A pesar de innumerables avatares, a día de hoy se encuentra presentada en las Cortes una nueva proposición de ley para la reforma de la Ley estatal de Suelo y Rehabilitación Urbana con el objetivo, entre otros, de introducir una serie de reformas que venían siendo reclamadas por la doctrina y por el sector inmobiliario desde hace varias legislaturas. Las medidas incluidas se dirigen principalmente a tratar de corregir los efectos perjudiciales de la aplicación inflexible a los instrumentos de ordenación urbanística del régimen de invalidez previsto para los reglamentos, así como a definir con mayor rigor la legitimación procesal para impugnar tales instrumentos. Todo ello, con el fin de evitar la temida inseguridad jurídica que ha venido cerniéndose sobre los planes urbanísticos en los últimos años, especialmente cuando la impugnación obedece a motivaciones distintas a aquellas que teóricamente pretendía la norma.

PALABRAS CLAVE:

Planeamiento urbanístico, Vicios formales, Nulidad, Anulabilidad, Impugnación

The new disability framework in the land law reform proposal

In spite of its countless amendments, a new bill to reform the State Land and Urban Rehabilitation Law is currently being processed by Parliament that aims, among other things, to introduce reforms that academic opinion and the real estate sector have been demanding for several legislatures now. The measures aim to correct the detrimental effects of strictly applying to urban planning instruments the invalidity regime established for administrative regulations; and to better define who can challenge these instruments and when.

Their ultimate purpose is to avoid the legal uncertainty that has been hanging over urban plans in recent years, especially when they are challenged for reasons other than those hypothetically intended by the applicable regulations..

KEYWORDS:

Urban planning, formal defects, nullity, relative nullity, challenge.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-7-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-7-2024

Nogués Galdón, Héctor; Conesa Caballero, Óscar (2024). El nuevo régimen de invalidez en la propuesta de reforma de la ley de suelo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 121-130 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El pasado mes de mayo la prensa anunciaba la retirada por el Gobierno, ante la falta de los apoyos necesarios para que la reforma fuera aprobada, del proyecto de ley de modificación del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (“LS”), cuyo debate y votación estaba previsto para la sesión plenaria del Congreso de 23 de mayo. Independientemente de las causas que motivaron la oposición de algunas fuerzas políticas a este concreto proyecto de ley, se trata de una reforma que venía ya planteándose desde hacía algunas legislaturas y que ha sido reiterada y ampliamente reclamada por la doctrina y, en general, por el sector inmobiliario.

Debe aclararse que la reforma y sus propósitos esenciales parecen estar lejos de haber sido abandonados de manera definitiva. El Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Vasco registraron de manera conjunta, el 13 de junio, una proposición de ley que replicaba el proyecto anterior con algunos cambios menores, si bien el primero reculó nuevamente retirando su firma de esta iniciativa legislativa a principios de septiembre. En la actualidad, el Gobierno prevé alcanzar un acuerdo al respecto con los presidentes autonómicos en la Conferencia de Presidentes que tendrá lugar en las primeras semanas de diciembre; mientras que, por su parte, el Partido Popular ha manifestado la intención de tramitar su propia iniciativa legislativa a través del Senado.

Siendo cierto que proyecto y proposición de ley contemplan una variedad de medidas que afectan a diferentes ámbitos del régimen del suelo, el grueso de estas se dirigen a solucionar un problema que se viene tratando de abordar desde hace años, cual es el de la adecuada definición de la naturaleza y régimen jurídico de los planes, cuáles deben ser las causas y modos de impugnación y, en definitiva, los efectos de su anulación.

Ciertamente, los instrumentos de ordenación urbanística no han recibido históricamente una categorización jurídica distintiva —adaptada a su naturaleza atípica, compleja y generalmente multidimensional— ni un régimen jurídico específico y acorde con esas circunstancias, que evite los automatismos y severidades propias de su asimilación a las disposiciones de carácter general (reglamentos) y que han generado en demasiadas ocasiones consecuencias desproporcionadamente graves para la ciudadanía y las economías municipales y regionales. En particular, no han recibido un tratamiento propio en relación con las causas de impugnación y los efectos de su declaración

de nulidad e ineficacia, como consecuencia de lo cual han llegado a darse casos extremos, en los que toda la actividad urbanística e inmobiliaria de ciudades enteras se ha quedado paralizada durante años ante la anulación de un plan general por motivos que, aun estando jurídicamente justificados, se referían a una parte geográfica de la ordenación de ese plan o bien podían haber sido objeto de subsanación sin detrimento para el interés general y particular afectados.

La proposición de ley trata de solucionar estas cuestiones y nosotros proponemos en este artículo un breve análisis jurídico, confiados en que estas o similares medidas acabarán aprobándose, pues nos atrevemos a decir que, en sus planteamientos más esenciales y dada su relevancia para aspectos tan relevantes como la vivienda y, en general, la economía, son casi una cuestión de Estado.

2. La naturaleza jurídica de los planes

Se considera generalmente aceptado que los planes urbanísticos se encuadran en la categoría teórica del reglamento, por contraposición a la del acto administrativo —la sentencia del Tribunal Supremo (“STS”) de 27 de mayo de 2020 afirma que constituye un “*axioma incuestionable*”—.

A pesar de haberse señalado la atipicidad o el carácter mixto de los planes urbanísticos —por ejemplo, Alonso Más se pronunció a favor de considerar que solamente las normas urbanísticas del plan merecen tal categoría—, es esta una clasificación binaria que, además, con el actual marco legislativo es difícilmente modulable en cuanto a las distintas consecuencias derivadas de la aplicación de los respectivos regímenes jurídicos. En este sentido, la aplicación rígida del estatuto legal de las disposiciones de carácter general a los planes urbanísticos ha sido criticada por la doctrina de modo prácticamente unánime.

El objeto de este foro no reside en el estudio de las razones que sostienen la naturaleza reglamentaria de estos instrumentos ni los desastrosos efectos que ello puede presentar en determinados supuestos sobre la ordenación urbanística, el tráfico inmobiliario, el derecho a la vivienda o la economía en general. Estas cuestiones han dado lugar a una abundante y diversa jurisprudencia y, asimismo, han sido ampliamente comentadas en el plano doctrinal. A ello dedicamos, de hecho, un artículo en este mismo foro hace exactamente ocho años, sin que, a pesar de la gravedad del asunto, haya cambiado el marco normativo desde entonces.

En lo que aquí interesa, cabe destacar como principales efectos de las declaraciones de nulidad los siguientes: (i) la reviviscencia del planeamiento anterior, naturalmente obsoleto e incapaz de dar respuesta a las necesidades coetáneas del municipio —téngase en cuenta que, de acuerdo con el análisis estadístico efectuado por Ortega Morillo, los planes generales analizados fueron anulados tras una media de 6,7 años de vigencia desde su aprobación definitiva, siendo la antigüedad media de los instrumentos revividos de 24,2 años—; y (ii) la nulidad en cascada de los planes de desarrollo y de los actos de aplicación de los mismos, o los constrictivos regímenes de fuera de ordenación sobrevenida de aquellos edificios consolidados o autorizados por licencias que hubieran alcanzado firmeza.

La exposición de motivos de la propuesta de reforma cuestiona la aludida categorización de los instrumentos de ordenación urbanística, al identificar como primera causa de las anulaciones de planes urbanísticos *“la ausencia, tanto histórica como actual, de una calificación legal expresa que haya tenido y que tenga en cuenta sus peculiaridades, ofreciéndole un régimen jurídico propio, más allá del que clasifica las funciones administrativas en la producción de normas —reglamentos— y en su ejecución —actos—”*.

No obstante, esta idea no se traslada totalmente al articulado, sino que solo puede encontrarse una descripción de algunos de los elementos que integran los instrumentos, manteniendo la vigencia de la dicotomía acto-reglamento en relación con los planes y, además, sin facilitar una definición del todo —los instrumentos de ordenación urbanística— como algo más que la suma de sus partes. En concreto, la redacción que se propone para el apartado 2 del artículo 4 de la LS es la siguiente:

“Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, en los términos que dispongan las normativas autonómicas, podrán contener documentos y determinaciones de naturaleza jurídica diversa que van desde las decisiones estratégicas de ordenación de los ámbitos territoriales correspondientes, con su programación temporal y los planes y programas de obras y actuaciones, hasta las normas de carácter general o particular que resulten aplicables en los ámbitos respectivos. También podrán incluir estudios, memorias e informes de conformidad con su propia legislación”.

De la anterior definición cabe destacar las referencias a los estudios, memorias e informes, que sin duda adoptan un papel fundamental en la formación de los planes y en su tramitación, pero que dudosamente pueden ser tenidos como contenido del plan desde el punto de vista jurídico. Por otro lado, a pesar de la referencia expresa a la programación temporal de los planes, no se introduce en esta reforma ninguna novedad relativa a esta dimensión.

3. La nulidad de los planes y sus instrumentos de desarrollo

3.1. Nuevo régimen de los vicios formales o de procedimiento

Ya se ha adelantado que una de las consecuencias del carácter reglamentario de los instrumentos de ordenación urbanística es su nulidad total en caso de ser dictados sin respetar el procedimiento legalmente establecido, con los efectos ya mencionados.

En este sentido, la proposición de ley apuesta por un régimen específico —solo aplicable en caso de vicios formales, no sustantivos— que establece distintas consecuencias por la omisión de las formalidades exigidas, en función de la entidad de tal omisión. No obstante, es cierto que este régimen se introduce como un conjunto de “especialidades” sobre la regulación del procedimiento administrativo común, a pesar de que no se produce modificación alguna de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“LPAC”)

—desde el punto de vista de la técnica legislativa, quizá habría sido más conveniente modificar la LPAC—.

De acuerdo con la regulación propuesta, la nulidad por vicios formales o de procedimiento solo podría declararse en los siguientes supuestos (artículo 55.2 propuesto):

- a) La aprobación definitiva por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- b) El desconocimiento total y absoluto del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- c) La omisión del trámite de evaluación ambiental conforme a la legislación que resulte aplicable.
- d) La omisión total y absoluta del trámite de información pública y participación que demande, con carácter preceptivo, la legislación de ordenación territorial y urbanística aplicable.
- e) La omisión de trámites de participación de otros órganos u organismos públicos o Administraciones Públicas en relación con los informes que sean preceptivos de conformidad con su normativa reguladora y cuando la subsanación del defecto, de conformidad con lo dispuesto por el apartado 6, sea especialmente compleja por la relevancia e influencia que tengan en el resultado global del instrumento de ordenación. Se entenderá que tienen tal influencia, salvo que el órgano emisor del informe determine lo contrario, el hidrológico, el de costas y los de carreteras y demás infraestructuras de carácter estructurante afectadas, de conformidad con lo que establezca para cada uno de ellos su legislación aplicable.
- f) La falta de memoria o del documento equivalente que demande la legislación de ordenación territorial y urbanística para justificar las decisiones de ordenación adoptadas, o la insuficiencia notoria de la misma, equiparable a su falta.

Parece que, de los anteriores, será el apartado relativo a la omisión de informes el más problemático, puesto que habrá de determinarse en cada caso si el informe omitido tiene un carácter esencial e impregna la totalidad del instrumento de ordenación. Si bien resulta útil la relación de informes que se entienden esenciales, el uso del concepto "*infraestructuras de carácter estructurante*" podría introducir cierta confusión en la aplicación de la norma. Debe resaltarse, en todo caso, la facultad del órgano emisor del informe de aclarar *a posteriori* su carácter relevante o no para la validez global del plan.

Con todo, y a pesar de las anticipadas dificultades teleológicas a la hora de aplicar este concreto precepto (caso de aprobarse), nos parece un avance, pues será mucho más factible evitar los efectos globales de la nulidad de un plan cuando el informe omitido esté claramente circunscrito a unas determinaciones delimitables desde el punto de vista sustancial o geográfico dentro del ámbito total del plan.

Por último, al hilo de esta cuestión, la disposición adicional decimocuarta introduce un mandato dirigido a la creación, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la norma (en su caso), de una plataforma telemática que agilice y concentre la gestión de los informes sectoriales.

3.2. El nuevo régimen de la “nulidad en cascada”

El apartado 3 del nuevo artículo 55 propuesto está encaminado a poner coto al tan criticado efecto de la nulidad en cascada, que tiene lugar cuando la declaración de nulidad de un plan deriva en la nulidad, asimismo, de todos sus instrumentos de desarrollo y actos de aplicación.

Las principales razones esgrimidas por la doctrina en contra de este efecto pueden resumirse, con Alonso Mas, en las siguientes: (i) la inexistencia de una relación jerárquica absoluta entre el planeamiento general y el de desarrollo en nuestro derecho urbanístico actual, (ii) la autonomía de determinado planeamiento de desarrollo frente al plan general —lo que puede verse especialmente en el caso de los planes especiales— y (iii) razones de seguridad jurídica, eficacia administrativa y otros valores conculcados al desatarse los efectos correspondientes sobre las situaciones creadas al amparo del planeamiento vigente.

El propuesto artículo 55.3, con el propósito limitar este efecto, prescribe que la nulidad de un instrumento de planeamiento urbanístico *“solo afectará a los instrumentos de ordenación territorial y urbanística que lo hayan desarrollado y a los actos dictados en su aplicación que no hayan adquirido firmeza, cuando, en ambos casos, adolezcan del vicio determinante de la causa de nulidad de aquél del que se derivan”*.

La propuesta debe tenerse en todo caso como acertada y necesaria. No obstante, como ya señaló González Sanfiel en relación con el previo anteproyecto de ley para la reforma de la LS en esta materia, la falta de concreción de los presupuestos necesarios para extender el vicio invalidante al instrumento de desarrollo o acto de aplicación podría reducir su efectividad, en caso de efectuarse interpretaciones demasiado formalistas.

Se especifica en el apartado 5 de este artículo 55 que, en todo caso, serán nulos de pleno derecho los actos de intervención que se dicten con infracción de la ordenación de las zonas verdes o espacios libres; y se dicta lo que parece ser una medida cautelar de suspensión *ope legis* de las obras en curso, más un mandato para llevar a cabo la revisión de oficio de autorizaciones que hayan podido amparar ese tipo de actuaciones. Suponemos que este precepto tiene su razón de ser en la habitual imprescriptibilidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística en zonas verdes y espacios libres, pero creemos que merece una mejor y más técnica redacción para facilitar su intelección y aplicación —¿se olvidan las intervenciones en suelo no urbanizable protegido?, ¿o los casos de edificación sin licencia en esas áreas?—.

3.3. Extensión del régimen de los actos administrativos: nulidad parcial y anulabilidad

En lo que puede resultar la medida más efectiva para evitar los efectos en ocasiones sobredimensionados del régimen de nulidad de las disposiciones generales, el texto propuesto acoge y regula

expresamente, para los instrumentos de planeamiento urbanístico, otras dos instituciones de indubitable aplicación en el caso de los actos administrativos: la nulidad parcial y la anulabilidad. Así, el apartado 4 del artículo 55 propuesto trata de confinar los efectos de la invalidez en ciertas hipótesis, de acuerdo con el siguiente tenor:

“La declaración de nulidad será parcial, en todo caso, cuando pueda individualizarse respecto de un determinado ámbito territorial o cuando afecte a algunos preceptos o a concretas determinaciones que no tengan relevancia respecto del resto. Tampoco se podrán declarar nulos los contenidos de aquellos instrumentos que respondan a decisiones regladas derivadas de normativa de aplicación preceptiva”.

En todos estos casos subsistirán los actos dictados en aplicación de la parte no afectada por la declaración de nulidad, sean o no firmes, y aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Se positiviza así la doctrina jurisprudencial sentada en las SSTS 318/2020, de 4 de marzo, y 569/2020, de 27 de mayo, en términos muy similares además a los recogidos en esta última: *“es indudable que cuando pueda individualizarse una concreta zona o sector, o unas concretas determinaciones de igual naturaleza, que tenga un grado de individualización tal que sus determinaciones no afecten al resto del territorio planificado, nada impide que pueda limitarse la declaración de nulidad a esa”* (FJ sexto).

En cuanto a los vicios formales no determinantes de nulidad (aquellos no citados en el artículo 55.2), el régimen aplicable será el de la anulabilidad. En este sentido, la Administración competente podrá retrotraer el procedimiento al trámite que corresponda y conservar todos los trámites y actos no afectados por el vicio incurrido. El plazo para la terminación del procedimiento será de un año —prorrogable por seis meses adicionales—, durante el cual se suspenderá la eficacia de las disposiciones afectadas por la causa de anulabilidad.

Esta reforma implicaría un cambio muy significativo respecto del régimen anterior, dado que la aplicación de los principios de conservación y convalidación de los actos a las normas de planeamiento ha sido rechazada jurisprudencialmente (*vid.* STS [Sala 3.ª] 892/2016, de 25 de abril, o la antes citada STS de 27 de mayo de 2020). Por su parte, la doctrina (por ejemplo, Muñoz Guijosa) también había señalado que esta posibilidad tenía un encaje complicado de *lege lata*, incluso por vía jurisprudencial.

Debe advertirse de nuevo que, a diferencia de lo que en este caso proponían algunos autores favorables a esta forma, la propuesta de ley no modifica en este punto la redacción de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (“LJCA”) ni la LPAC, sino que se opera únicamente sobre la LS.

Cabe señalar por último que, de acuerdo con esta redacción y a diferencia de lo dispuesto para la nulidad, paradójicamente podría entenderse que la causa de anulabilidad que afecte solo parcialmente al instrumento podrá implicar su anulación total en los casos en que el procedimiento de subsanación no se tramite en el plazo establecido por la norma, pues no se prevé una “anulabilidad parcial”.

4. Limitaciones a la impugnación de los planes

4.1. Impugnación por vía indirecta

La propuesta de ley incluye la modificación del artículo 64 de la LS, referido al recurso contencioso-administrativo en esta materia, destacándose la limitación del ejercicio de la acción indirecta contra los instrumentos de ordenación urbanística. En este sentido, el apartado 2 del nuevo texto propuesto establece lo siguiente:

“La impugnación con carácter indirecto de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística sólo será posible cuando no haya transcurrido el plazo de cuatro años, contados desde el día siguiente al de la publicación de su acuerdo de aprobación definitiva. El recurso únicamente podrá basarse en los vicios de ilegalidad material en que pudieren incurrir, sin que sea posible aducir los eventuales vicios formales o atinentes al procedimiento, que sólo podrán plantearse mediante el recurso directo regulado por el artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

En primer lugar, se impone un plazo máximo de cuatro años para el ejercicio de la acción indirecta, que empezará a contar desde el día siguiente al de la publicación de su acuerdo de aprobación definitiva del plan. El precepto no se refiere aquí a la publicación de las normas urbanísticas, pero evidentemente deberá darse cumplimiento a la publicidad de los planes.

Por otro lado, se establece que la impugnación indirecta solo procederá por motivos sustantivos, positivizando la doctrina reiterada del Tribunal Supremo al respecto (*vid.* STS [Sala 3.ª] 1109/2022, de 28 de julio, y, más recientemente, STS [Sala 3.ª] 46/2023, de 19 de enero). En consecuencia, los vicios formales solo serán impugnables vía acción directa, resultando de aplicación el plazo de dos meses que establece el artículo 46 de la LJCA.

Por último, conviene señalar una aparente contradicción —que ya existía, además, en el proyecto de ley anterior— entre la exposición de motivos de la proposición de ley y su articulado, al determinar la primera que *“se establece un plazo propio para la impugnación indirecta de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística cuando ésta atienda a motivos estrictamente formales que, de acuerdo con esta ley, no tengan la consideración de sustanciales”*. Procedería corregir o aclarar esta cuestión de cara a ulteriores versiones de la propuesta normativa, dado que, en caso de descartarse la (muy probable) existencia de una contradicción entre los términos de la exposición de motivos y la redacción de este nuevo artículo 64, podría interpretarse que el plazo límite para el ejercicio de la acción indirecta solo resultaría aplicable a las pretensiones dirigidas a declarar la anulabilidad de los instrumentos.

4.2. La acción pública

Un debate habitual en la doctrina urbanística es el uso relativamente habitual de la acción pública en materia de urbanismo con fines espurios y distintos de la mera defensa de la legalidad: se ha padecido y denunciado a menudo que la acción pública ha provocado el acceso al proceso, casi

profesionalmente, a personas que aparentemente pretenden la anulación de un instrumento de ordenación (con frecuencia, con base en vicios formales), pero que realmente persiguen la obtención de un acuerdo económico en contrapartida por desistir de dicho procedimiento. Estos efectos indeseados de la norma llevaron a un sector de la doctrina (señaladamente, Fernández Rodríguez) a sugerir la supresión de la acción pública en materia de urbanismo, teniendo en cuenta, además, la amplitud con que se reconoce la legitimación para impugnar en la LJCA. Precisamente, este es uno de los aspectos clave y más polémicos de la reforma, consecuencia de la tensión entre la seguridad jurídica y el derecho de la ciudadanía a participar en la defensa de los intereses generales en materia tan relevante para la vida como la configuración de la ciudad o la protección del territorio.

La exposición de motivos alude a este problema y afirma que la reforma pretende establecer *"un nuevo marco actualizado de esta institución [la acción pública] que demanda principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, ampliamente afianzados, como son su ejercicio diligente, de buena fe y en defensa de los intereses generales a los que responde"*, afirmación que se traslada a la nueva redacción del artículo 62 de la LS en la forma que pasamos a exponer.

En primer lugar, se somete el ejercicio de la acción pública a dos reglas: (i) *"no podrá ser contrario a la buena fe, constituir un abuso de derecho o pretender el reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada"*, y (ii) no atribuirá la consideración de parte interesada en los procedimientos administrativos o contencioso-administrativos que no hayan sido iniciados a causa del ejercicio de esta acción.

Por otro lado, la impugnación se limitará a los aspectos sustantivos de los planes, salvo que se trate de vicios formales *"que tengan una relevancia e influencia significativas"* sobre el contenido sustantivo; y se establece la prohibición de que el desistimiento tenga como por contrapartida una suma de dinero, prohibición que se extiende a la fase de ejecución de sentencia.

5. Consideraciones finales

La valoración general de la proposición de ley de modificación de la LS es positiva. Es cierto que es una materia de importancia tan relevante que el texto merece una depuración técnica más profunda, pues se trata de una norma llamada a tener una amplia aplicación práctica.

La correcta y razonable delimitación de los efectos de la eventual invalidez de los planes urbanísticos, así como de la acción pública urbanística, producto de las enseñanzas que nos ha ofrecido la experiencia de estos años, y que limite maximalismos y abusos, es uno de los objetivos más importantes a nivel legislativo en esta materia, por sus implicaciones en la vida de los ciudadanos, en el funcionamiento de las ciudades y de la actividad inmobiliaria, en la capacidad de promover vivienda y, en general, en la seguridad jurídica y en la economía. Por este motivo, animamos desde aquí a nuestros representantes parlamentarios para que no abandonen esta iniciativa legislativa y la acometan desde una perspectiva de Estado exenta de partidismos.

Bibliografía

ALONSO MAS, María José (2020). *La nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico por vicios ajenos a su contenido*. Cizur Menor: Aranzadi.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2017). El Contencioso urbanístico y su necesaria reforma. *Revista de Administración Pública*, 203, pp. 137-162.

GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés Manuel (2019), Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. En F. J. VILLAR ROJAS, A. M. GONZÁLEZ SANFIEL, F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *Crisis del planeamiento urbanístico: alternativas*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 111-144.

MUÑOZ GUIJOSA, M.^a Astrid (2022). *El problema de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico: la naturaleza jurídica de los planes de urbanismo*. Cizur Menor: Aranzadi.

NOGUÉS GALDÓN, Héctor (2016). Efectos de las sentencias de anulación de instrumentos de planeamiento urbanístico. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 44, pp. 69-75.

ORTEGA MORILLO, Gabriel (2018). *La nulidad del planeamiento general urbanístico*. Madrid: Sepin.

Foro de Actualidad

España

LA COMPLEJA CUADRATURA DEL CÍRCULO EN EL CASO DEL INDEFINIDO NO FIJO: UN ANÁLISIS DE CONJUNTO EN VISTA DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS

Borja de la Macorra Pérez y Remedios Rodríguez Fernández
Abogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)

La compleja cuadratura del círculo en el caso del indefinido no fijo: un análisis de conjunto en vista de los últimos pronunciamientos

La figura del indefinido no fijo en el ámbito del sector público no es una cuestión en absoluto sencilla, al tener su base en una creación jurisprudencial y no en un instrumento legal. En los últimos meses, la situación en torno al indefinido no fijo se ha visto enormemente agitada como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024, que ha venido a cuestionar los cimientos de esta figura y a poner en entredicho su utilidad de cara a prevenir y sancionar el abuso en la contratación temporal en los términos dispuestos por la normativa comunitaria.

En este foro realizaremos un recorrido por la configuración, características y dilemas que presenta la figura del indefinido no fijo y, en especial, el impacto que la referida sentencia ha tenido en su línea de flotación. A su vez, sintetizaremos las reacciones y debates surgidos como consecuencia de ella y, en suma y sin ánimo de ser exhaustivos, trataremos de ofrecer una visión de conjunto sobre la materia que esperamos que sea de utilidad e interés.

PALABRAS CLAVE:

Contratación laboral en la Administración pública, Temporabilidad, Indefinido no fijo, TJUE, Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

Squaring the circle of non-fixed term contracts: a general analysis based on recent rulings

The concept of “non-fixed term contracts” in the context of public sector employment is not a straightforward matter, as it is based on case law rather than legislation. And things have recently been made worse by the EUCJ ruling of 22 February 2024, which has called into question the foundations of this concept and how useful it is to preventing and penalising the unlawful use of temporary contracts in accordance with EU law.

This article analyses the structure, characteristics and issues of “non-fixed term contracts” and, in particular, how the EUCJ’s ruling has affected their reference threshold. We also summarise the reactions and debates that the ruling has given rise to and provide what we hope is some useful and interesting insight of our own.

KEYWORDS:

Public sector employment, temporary employment, “non-fixed term contract”, EUCJ, framework agreement on fixed-term work.

FECHA DE RECEPCIÓN: 17-7-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 19-7-2024

De La Macorra Pérez, Borja; Rodríguez Fernández, Remedios (2024): La compleja cuadratura del círculo en el caso del indefinido no fijo: un análisis de conjunto en vista de los últimos pronunciamientos. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 131-149 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

En este foro, analizaremos sintéticamente la tan manida controversia suscitada acerca de la figura del indefinido no fijo en el ámbito del sector público.

Y ello por las dificultades que esta institución, de creación jurisprudencial y no legal, sigue presentado pese a su dilatada pervivencia en nuestro acervo jurídico. Así, la delimitación de las características, funcionamiento, régimen y ámbito de afectación de la figura del indefinido no fijo ha venido experimentando un largo recorrido judicial en el que, de manera paulatina, se ha ido vertebrado su estructura jurídica.

Sin embargo y pese a todos los problemas que este tipo de relación laboral ya presentaba, en los últimos meses se ha producido un nuevo golpe de efecto que ha venido a poner en tela de juicio la base de la configuración del indefinido no fijo.

En concreto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el “TJUE”) (Sala Sexta) de 22 de febrero de 2024 (la “STJUE de 22 de febrero”) vino a cuestionar el origen mismo de dicha construcción, planteando que no era el remedio idóneo para sancionar y poner fin al abuso en la contratación temporal en el ámbito del sector público. A este razonamiento “disruptor” le ha seguido una saga de pronunciamientos (tanto en el ámbito comunitario como en el nacional) que auguran una nueva semilla para la controversia, el debate y el peregrinaje judicial en torno a la figura del indefinido no fijo.

Nótese que la cuestión no es baladí, en atención al elevado número de trabajadores temporales (potenciales indefinidos no fijos) que prestan servicios en el sector público. Sirve como dato ejemplificativo la mención que se hacía constar en la exposición de motivos de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, cuando afirmaba que *"la evolución del empleo en el sector público en España viene marcada por el aumento de la tasa de temporalidad, que ha llegado al extremo de que casi un treinta por ciento de los empleados públicos en España tienen o han tenido un vínculo profesional temporal con la Administración Pública"*.

A continuación se abordarán los capítulos más relevantes de la historia inacabada del indefinido no fijo, a la que solamente le podrán seguir unos puntos suspensivos.

2. La figura del indefinido no fijo: naturaleza y régimen jurídico

Como punto de partida, debe indicarse que la figura del indefinido no fijo no encuentra amparo ni regulación legal y, como se ha avanzado, es de creación puramente jurisprudencial.

Ahora bien, para entender el concepto del indefinido no fijo y antes de acudir a los pronunciamientos jurisprudenciales que lo vertebran, cabe tener en consideración determinadas fuentes de carácter legal que permiten centrar el origen de dicha figura.

En primer lugar, debe partirse de la propia Constitución española, que en sus artículos 14 y 103.3 dispone, a los efectos que aquí interesan, lo siguiente: *"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"* y *"la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones"*. En lo que se refiere al artículo 14 de la Constitución española, resulta relevante atender aquí a la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 19 de noviembre de 2015 (rec. 2733/2011) cuando afirma que *"nuestra jurisprudencia reconoce que el art. 14 CE también garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público no funcional, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a él que tengan carácter discriminatorio (SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4; 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 38/2007, de 15 de febrero, FJ 8, y 128/2007, de 4 de junio, FJ 4). Protección que debe entenderse también aplicable a cualesquiera normas y actos que afecten a personal laboral durante la vigencia de la relación laboral que les vincula con la Administración"*.

Por tanto, el acceso al empleo público requiere, desde un prisma netamente constitucional, de la concurrencia de ciertos principios que resultan ajenos en las relaciones con operadores privados.

Tales principios constitucionales han tenido también su traslado al ámbito legislativo. A este respecto, cabe destacar, principalmente, el artículo 55 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (el

“EBEP”), cuando parte de la idea de que *“todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico”* y el artículo 11.3 del EBEP cuando dispone que *“los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”*.

Sobre los anteriores mimbres, que sin lugar a duda despejan toda incógnita posible acerca de que, para poder tener acceso a un empleo público, es preciso superar un proceso que reúna los antes dichos principios, se alzó como principal obstáculo la contratación temporal fraudulenta.

En efecto y como se ha referido en el apartado introductorio, es ciertamente habitual que las Administraciones y entidades del sector público contraten a empleados bajo una relación laboral ordinaria sometida a término y regulada por el artículo 15 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (el “ET”). Tampoco es extraño, lamentablemente, que en un porcentaje relativamente elevado de esas contrataciones se produzcan “desviaciones” por múltiples y variados motivos, entre los que a veces han destacado las limitaciones presupuestarias e incluso la rigidez derivada de la propia aplicación de los principios de acceso al empleo público (y que ha llevado en no pocas ocasiones a la dilatación excesiva en el tiempo de los procesos selectivos).

La redacción del artículo 15 del ET —no exenta de debate— ha ido variando con el paso del tiempo, teniendo a los efectos que aquí interesan la siguiente y actual redacción ante el incumplimiento de las normas en materia de contratación temporal: *“Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”* (con carácter previo a la reforma operada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, el artículo 15.3 del ET establecía que *“se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”*). Por su parte, el artículo 15.5 del ET (también modificado por la referida reforma laboral) prevé actualmente que, para aquellos casos de concatenación de contratos por circunstancias de la producción en un periodo inusualmente largo, el trabajador temporal pasará a ser fijo.

Ante esta tesitura y poniendo en consonancia los principios de acceso al empleo público referidos y las consecuencias del fraude en la contratación temporal previstas en la legislación laboral, se plantea (y se planteó desde un inicio) una incoherencia lógica en la traslación del artículo 15 del ET al ámbito del sector público, sintetizándose esta en las siguientes preguntas: ¿puede un trabajador temporal (fraudulento) ser considerado indefinido fijo por el mero fraude en su contratación y pese a no haber superado el proceso selectivo correspondiente? Es decir, ¿puede ser esta una vía para sortear los principios de acceso al empleo público constitucionalmente recogidos?

Dada la inexistencia de previsión normativa específica, la respuesta jurisprudencial no tardó en llegar. Los primeros pronunciamientos reseñables se enmarcan en una época ciertamente dubitativa en la que, en primer lugar, se llegó a la conclusión de que el incumplimiento de los presupuestos en materia de contratación temporal, salvo supuestos especialmente cualificados, no podía deri-

var en la declaración del empleado como indefinido (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1989, en la que se analizaba el caso de una trabajadora temporal vinculada con su empleador durante aproximadamente cinco años a través de sucesivos contratos), doctrina respaldada y sustentada en posteriores sentencias que vinieron a potenciar la figura de la "interinidad de hecho". En segundo lugar, el Tribunal Supremo, mediante su sentencia de 18 de marzo de 1991 (rec. 1072/1990), afirmó que las Administraciones públicas, por la aplicación pura del principio de legalidad, no podían ser ajenas a la dicción del artículo 15 del ET y a la declaración de fijeza en caso de fraudulencia en la contratación temporal, *"si bien con la salvedad (que resulta obvia) de que la fijeza que pudiese alcanzarse no permite, por supuesto, alterar la naturaleza jurídica de la relación laboral afectada, transformándola en administrativa y produciendo la integración del trabajador en el marco funcional"*.

Tras los anteriores precedentes, el Tribunal Supremo, mediante su sentencia de 7 de octubre de 1996 (rec. 3307/1995), trazó la división entre la figura del indefinido y la del fijo al poner de manifiesto, de una manera un tanto "rupturista", que *"la contratación laboral en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido"*.

En efecto, fue en este momento cuando el Tribunal Supremo comenzó a pergeñar el concepto del trabajador indefinido no fijo, en el sentido de que, si bien el fraude en la contratación temporal debía llevar necesariamente a declarar el contrato temporal como indefinido, no resultaba posible considerarlo como fijo, al no haberse superado los principios de acceso al empleo público.

Finalmente, la doctrina en materia de indefinidos no fijos fue apuntalada y desarrollada por la sentencia de 21 de enero de 1998 del Tribunal Supremo (rec. 317/1997), en la que se asentaron (pese al extenso y razonado voto particular contenido en esta) las siguientes ideas: (i) las irregularidades en materia de contratos temporales en las Administraciones públicas no pueden llevar a declarar la fijeza de la relación laboral en la medida en que ello sería contrario a los principios de acceso al empleo público y demás normativa aplicable, prevaleciendo tal normativa especial e imperativa frente a la infracción de la legislación laboral; (ii) el carácter indefinido de la relación laboral conlleva que no esté sometida a un término definido, pero no a una condición de fijeza; y (iii) pese a lo anterior y en todo caso, lo que es del todo necesario es que la Administración o entidad afectada lleve a cabo el proceso selectivo correspondiente para cubrir la plaza ocupada por el indefinido (no fijo) y, una vez finalizado dicho proceso y si el temporal fraudulento no ha obtenido la plaza concursada, existirá una "causa lícita" para extinguir su relación laboral.

Con posterioridad y como puede observarse de lo anterior, el indefinido no fijo ha ido suscitando una amplia amalgama de problemáticas a las que la jurisprudencia ha tenido que ir dando respuesta. Así, su figura y régimen aplicativo se han ido enriqueciendo con características tales como las siguientes: (i) la indemnización que le corresponde al indefinido no fijo una vez cubierta su plaza y extinguido su contrato es la propia del despido objetivo (veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades); (ii) los derechos del personal indefinido no fijo se encuentran en gran medida equiparados a los del indefinido fijo (remuneración, promoción profesional, etc.); o (iii) el conjunto de entidades a las que puede resultar aplicable la figura del

indefinido no fijo es amplio, lo cual esencialmente dependerá de si a ellas les resultan aplicables los principios de acceso al empleo público (véase el eterno debate con las sociedades mercantiles de capital público, teniendo especial relevancia la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023, rec. 907/2019).

En suma, la evidentemente difícil cuadratura del círculo en el caso del fraude en la contratación temporal en el ámbito del sector público presenta, por su propia configuración de origen, dificultades prácticas evidentes. Sin embargo, el tablero sobre el que con un largo esfuerzo y recorrido judicial se habían asentado sus cimientos hasta la fecha ha sido removido por la STJUE de 22 de febrero de 2024, en la medida en que ha cuestionado su propio centro de gravedad, tal y como se verá a continuación.

3. La STJUE de 22 de febrero de 2024

El día 22 de febrero de 2024, el TJUE se pronunció sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid entre los años 2021 y 2022 en torno a la figura del indefinido no fijo (asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22). Todas ellas en relación con el acomodo que puede tener dicha institución jurídica en el contexto del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada contenido en la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 (el “Acuerdo Marco”).

Los asuntos de los que partía la STJUE de 22 de febrero de 2024 versaban sobre trabajadores temporales (dos de los tres declarados indefinidos no fijos en la instancia), respecto de los cuales el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se planteaba si la solución dada en esos casos mediante la aplicación de dicha figura (con sus características y especialidades) constituía una medida que realmente previniera y sancionara el abuso en la contratación temporal en los términos previstos en el Acuerdo Marco.

Sobre las anteriores bases, lo primero que se planteó el TJUE era si un trabajador indefinido no fijo podía quedar incardinado en el Acuerdo Marco, a lo que respondió afirmativamente en vista de cómo se encontraba definido el concepto de *trabajador temporal* en él. Y ello en la medida en que, pese a que el indefinido no fijo no tiene una fecha de extinción concreta, su duración se encuentra limitada por la producción de un hecho o acontecimiento determinado (esto es, la cobertura de la plaza ocupada a través del proceso selectivo correspondiente).

Ahora bien, esta cuestión, pese a que desde un punto de vista comunitario y del Acuerdo Marco parece nítida, nunca ha resultado tan clara en nuestro ordenamiento interno. En efecto, la concepción del indefinido no fijo, al ser una figura intermedia entre el trabajador temporal y el trabajador indefinido “fijo”, siempre ha planteado dudas en cuanto a si su configuración resultaba más apegada a una u otra. A nuestro juicio, el indefinido no fijo, por su previsión extintiva desde el nacimiento de la relación, de forma evidente se apega más “conceptualmente” a un trabajador temporal (tal y como entiende el TJUE). No obstante, su espíritu y funcionamiento debe necesariamente acercarse al del indefinido fijo, puesto que, de lo contrario, se estaría produciendo una diferencia de trato difícilmente salvable (esta última consideración ha sido la que nuestra jurisprudencia

dencia interna ha ido acogiendo en los últimos tiempos, equiparando los derechos del personal indefinido no fijo con los del personal fijo, salvo en lo relacionado con, evidentemente, la fijeza de su plaza).

Partiendo de las anteriores consideraciones que permiten al TJUE abordar las distintas cuestiones planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, este entra a analizar la adecuación del régimen jurídico del indefinido no fijo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco, que regula las "*medidas destinadas a evitar la utilización abusiva*" de la contratación temporal y que presenta el siguiente tenor literal, cuyo conocimiento resulta del todo necesario para abordar la problemática suscitada:

"1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;*
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;*
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.*

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán «sucesivos»;*
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido".*

Como se observa de su texto, la cláusula 5 del Acuerdo Marco impone a los Estados miembros la necesidad de establecer medidas que prevengan la utilización abusiva de la contratación temporal, así como las condiciones en las que dicha contratación se considerará sucesiva o celebrada por tiempo indefinido. Por consiguiente, el núcleo central de las cuestiones prejudiciales sobre las que se pronuncia el TJUE tiene como base la determinación de si la figura del indefinido no fijo, tal y como está configurada en la actualidad, puede constituir una medida suficiente de prevención del abuso en la temporalidad en el sector público. Al respecto, la STJUE de 22 de febrero de 2024 alcanza las siguientes conclusiones:

- i. La referencia que hace la cláusula 5 del Acuerdo Marco a "*sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada*" no puede ser interpretada de manera restrictiva y resulta aplicable al indefinido no fijo, puesto que, pese a que por la fraudulencia en la contratación temporal la relación laboral haya pasado a ser única (e indefinida), ello no excluye que el trabajador en cuestión haya estado vinculado con la entidad correspon-

diente por contratos temporales sucesivos. Máxime cuando, además, su situación obedece a la falta de convocatoria del proceso selectivo oportuno por parte de la entidad del sector público correspondiente.

- ii. La figura del indefinido no fijo es una figura de creación jurisprudencial, carece de régimen legal y no existe ninguna medida en el ámbito nacional tendente a prevenir el abuso en la utilización de dicha institución jurídica (en concreto, ninguna de las previstas en los apartados *a* a *c* de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco anteriormente transcrita).

Sin perjuicio del extenso razonamiento contenido en la STJUE de 22 de febrero al respecto, merece especial mención la reflexión del TJUE ante la alegación formulada por el Gobierno español y la parte demandada en el asunto C-59/22 de que sí que existía una medida interna tendente a prevenir el abuso en el uso de la figura del indefinido no fijo, en el entendido de que las Administraciones y entidades públicas están obligadas a convocar un proceso selectivo que cubra la posición ocupada de manera “cautelara” por el indefinido no fijo.

Sin embargo, el TJUE considera que dicha medida, pese a existir, no resulta efectiva para prevenir el abuso, dado que, en los casos concretos de los que se derivan las cuestiones prejudiciales, se observa que los plazos para la cobertura de las vacantes no son respetados y que, además y con carácter general, es infrecuente que se cumplan.

Por ello y pese a que el TJUE entiende que la obligatoriedad en la convocatoria de las vacantes podría ser una medida útil, el hecho de que en la práctica tales convocatorias no se produzcan o, en su caso, no se respeten los plazos para ello hace que la medida devenga inefectiva.

- iii. En tercer lugar, resulta especialmente relevante cómo el TJUE llega a la conclusión de que la solución dada por la jurisprudencia española para “desenredar” la situación en la que se encuentra el indefinido no fijo no es la adecuada.

En efecto, conviene recordar que el Tribunal Supremo determinó que, una vez cubierta la posición del indefinido no fijo por el proceso de selección convenientemente realizado, surgiría una “*causa lícita*” para la extinción de dicha relación laboral (sentencia de 21 de enero de 1998 del Tribunal Supremo, rec. 317/1997).

Esa causa lícita (ajena, por tanto, a un escenario de despido improcedente) se concretó por la jurisprudencia en que llevaría aparejada el derecho a la indemnización propia del despido objetivo *ex* artículo 53 del ET (veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades) en una clara asimilación de la extinción del indefinido no fijo a una “*causa objetiva*” de las previstas en el artículo 52 del ET (esta indemnización también ha sido reconocida en la disposición adicional decimoséptima del EBEP).

Pues bien, el TJUE considera que dicho régimen indemnizatorio no constituye una medida que permita sancionar adecuadamente la utilización abusiva de contratos temporales en la

medida en que dicha indemnización *"es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos"*.

Con este argumento, parece que el TJUE vendría a sostener que la indemnización por finalización de contrato prevista para estos casos (que, como decimos, es la correspondiente a un despido objetivo, es decir, basado en una decisión legítima de la entidad correspondiente) sería insuficiente, en tanto en cuanto solo se estaría "compensando" la pérdida de empleo, pero no el daño derivado de una práctica irregular en el uso de la contratación temporal. Es decir, dicha indemnización supuestamente no vendría a distinguir entre uso legítimo o abusivo de la contratación temporal, lo que, a nuestro juicio, podría no ser del todo cierto, en la medida en que la indemnización asociada a la finalización de un contrato temporal no fraudulento (si la hay) sería la de doce días por año de servicio trabajado *ex* artículo 49.1.c) del ET, y no la de veinte días.

Cuestión distinta será, en todo caso, la de valorar si el abono de esta última indemnización es suficiente o no para disuadir a las Administraciones y entidades públicas del uso irregular de la contratación temporal, debate que se abordará más adelante.

- iv. En cuarto lugar, el TJUE analiza las previsiones contenidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado del año 2018 y la disposición adicional decimoséptima del EBEP, cuando afirman (tomando el texto del EBEP) que *"las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas"*. Frente a estas, el TJUE considera que tampoco constituyen una medida suficiente para prevenir el abuso en la contratación temporal, en la medida en que el grado de inconcreción de tales normas, unido a la ausencia de precedentes (al menos por parte del órgano remitente de las cuestiones prejudiciales) conlleva que carezcan necesariamente de utilidad efectiva y disuasoria.
- v. En quinto lugar, el TJUE se pronuncia sobre los procesos de consolidación del empleo temporal en los que son incluidos los indefinidos no fijos (junto con los trabajadores temporales del sector público) y considera que tampoco constituyen una medida que encaje en la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

Y ello en el entendimiento de que, además de que esta medida no sanciona adecuadamente el abuso en la contratación, tampoco crea un criterio diferenciador entre trabajadores temporales (cuyo vínculo resulta lícito) y los indefinidos no fijos.

Partiendo de las anteriores consideraciones y respuestas dadas por el TJUE y que ponen en jaque la estructura jurídica del indefinido no fijo hasta el momento conocida y demás medidas asociadas para evitar el fraude, este se ve en la tesitura de hacer frente a dos nuevas cuestiones que golpean de lleno en su línea de flotación. En concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid plantea si, a falta de medidas adecuadas para prevenir los abusos en la contratación temporal y de indefinidos no fijos, la cláusula 5 del Acuerdo Marco podría llegar a interpretarse en el sentido de que la solución debe ser que los trabajadores temporales fraudulentos sean recalificados como empleados indefinidos fijos, y ello con

independencia de la aplicación de los principios de acceso al empleo público consagrados, entre otros, en los artículos 14 y 103 de la Constitución española.

Es en este contexto donde el TJUE plantea que la conversión de indefinidos no fijos en indefinidos fijos podría ser una medida que podría paliar los efectos del abuso en la contratación temporal y sancionar adecuadamente tal infracción, dejando, no obstante, en manos de los órganos jurisdiccionales nacionales la fijación de cuál debe ser el criterio a seguir.

En esta tesitura, la solución planteada por el TJUE, incitada por la cuestión prejudicial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, siembra una nueva posibilidad mediante la que sortear la estricta aplicación de los principios de acceso al empleo público y volver al punto de origen.

Ahora bien, sin perjuicio del final más en formato “titular” que deja la STJUE de 22 de febrero, lo cierto es que lo que se evidencia a todas luces de esta, tras un sesudo razonamiento (pese a que presenta alguna que otra sombra), es que la solución jurisprudencial del indefinido no fijo, con su configuración actual, no supone un mecanismo real y efectivo que permita disuadir la contratación temporal abusiva, ya sea por su *causa* (indefinido sometido a término) como por su *efecto* (indemnización propia del despido objetivo en caso de no superación del proceso selectivo convocado al efecto).

En efecto, ciertamente la solución asentada en nuestra jurisprudencia es razonable y trata de cuadrar el círculo mediante un esquema que aúna todos los interrogantes que presenta la cuestión. No obstante, tampoco puede obviarse que, en vista de la STJUE de 22 de febrero, se antoja como indefectiblemente insuficiente en vista del motivo por el que se origina y que no es otro que la comisión de un fraude en la contratación del empleado.

Sea como fuere, la STJUE de 22 de febrero no ha sido por el momento el capítulo final de esta historia (hasta la fecha) inacabada, tal y como se verá a continuación.

4. Las pronunciamientos posteriores a la STJUE de 22 de febrero de 2024

Hasta hoy, varios Juzgados de lo Social (e incluso algunos Tribunales Superiores de Justicia) se han pronunciado en relación con la STJUE de 22 de febrero: unos han reconocido la condición de indefinidos (fijos) a los trabajadores demandantes, y otros han denegado tal calificación, lo que pone de manifiesto una patente falta de consenso en cómo ha de aplicarse la referida sentencia por nuestros tribunales. En concreto:

- i. La madrugadora y pionera sentencia del Juzgado de lo Social n.º 26 de Madrid de 23 de febrero de 2024 (núm. 66/2024) ha optado por declarar la fijeza de un trabajador de Telemadrid que, tras encadenar diversos contratos temporales, llevaba prestando servicios para esta empresa con un contrato de obra y servicio durante más de cinco años, y ello

sobre la base de, supuestamente, estar *“obligado por la preeminencia del Derecho de la Unión Europea sobre el art. 103 de la Constitución Española”*, en aplicación de la STJUE de 22 de febrero.

- ii. Por su parte, la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 14 de Sevilla de 27 de febrero de 2024 (núm. 51/2024) se pronuncia sobre el caso de una trabajadora de la Junta de Andalucía que acumula una serie de contratos temporales, el último de los cuales se prolonga durante catorce años y acaba extinguiéndose por cobertura reglamentaria de la plaza. La sentencia, en aplicación de la doctrina IMIDRA y su interpretación por parte del Tribunal Supremo (sentencia de 28 de junio de 2021, rec. 3263/2019), considera que se ha producido un uso abusivo en la contratación temporal al haberse superado con creces el plazo de referencia de tres años aplicable a estos supuestos.

Y, citando la STJUE de 22 de febrero (y ciertamente en un tono de reproche), concluye que el legislador nacional no ha *“cumplido”* su tarea de establecer en todo este tiempo una medida adecuada al Acuerdo Marco y que tuviese en cuenta los sucesivos pronunciamientos que el TJUE ha ido dictando en la materia, por lo que, *“a falta de otra medida adecuada en el Derecho interno”*, procede a declarar la fijeza de la relación laboral de la actora.

- iii. Bajo un criterio divergente de los anteriores, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de marzo de 2024 (rec. 775/2022), tras haberse reconocido la relación como indefinida no fija en instancia, entiende que no procede declarar la fijeza de un trabajador interino por vacante que trabajaba para el ayuntamiento de Sevilla bajo esta modalidad contractual desde 2013. Y ello sobre la base de que, entre otras cuestiones, el Derecho de la Unión no prevalece sobre la Constitución española (aquí plantea una *“crítica”* interesante a la STJUE de 22 de febrero al señalar que esta *“resuelve diversas cuestiones prejudiciales que eluden lo que el TC tiene reiteradamente dicho sobre el acceso a todo empleo público”*).
- iv. En línea con la resolución precedente, también han sido emitidas las *“esperadas”* sentencias de 10 de abril de 2024 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. 753/2021, rec. 797/2021 y rec. 830/2021), todas ellas dictadas en Pleno y con votos particulares de varios magistrados. Y decimos *“esperadas”* porque han sido dictadas por el órgano judicial que, recordemos, planteó las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la STJUE de 22 de febrero.

Si bien la realidad es que no se ha alcanzado una postura unánime entre los magistrados (los que han incluido votos particulares abogan con determinación por la declaración de fijeza), el referido Tribunal Superior de Justicia finalmente ha rechazado declarar fijos a tres trabajadores vinculados a diferentes Administraciones públicas sobre la base de, esencialmente, dos argumentos.

Por un lado, y como muy acertadamente apunta, el TJUE ha entendido que *“la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede ser la medida”*, esto es, dicha conversión se erige como una posibilidad, no como una imposición sin alternativas. Y, por otro lado, y como se viene reiterando a lo largo de este análisis, la sentencia pone de manifiesto

que la admisión de fijeza “*ha de hacerse respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de nuestra Constitución*”, dado que, “*de lo contrario se podría hacer de mejor derecho a quien obtiene la fijeza por esta vía frente al que accede a tal situación mediante los procesos de selección correspondientes*”.

Es decir, el propio tribunal es consciente del insalvable obstáculo de que el acceso a esa situación de fijeza ha de hacerse necesariamente respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los citados preceptos, sin que sea posible para ello recurrir a una vía alternativa.

- v. También el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se ha pronunciado sobre la cuestión en su sentencia de 22 de abril de 2024 (rec. 229/2024), reconociendo la fijeza de una trabajadora del departamento de educación del Gobierno vasco que venía arrastrando un contrato de interinidad desde septiembre de 2009, y ello (nuevamente) en aplicación de la sentencia del TJUE de 22 de febrero. En concreto, justifica su fallo sobre la base de que, supuestamente, “*los principios de acceso a la Administración por la vía del art. 103 CE pueden ser obviados desde la perspectiva de las garantías de un trabajo estable y permanente y la interpretación que se realiza de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada*”.

La sentencia incluye un voto particular de una magistrada que, a fin de preservar la “seguridad jurídica”, considera que antes de resolver el recurso habría sido conveniente esperar al resultado de la cuestión prejudicial que el Tribunal Supremo, en aquel momento, había anunciado que iba a plantear ante el TJUE, atendiendo a la incertidumbre jurídica suscitada a raíz de la STJUE de 22 de febrero.

- vi. Por último, la más reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de mayo de 2024 (rec. 643/2023), que, en una postura coherente y sin apartarse del criterio seguido en las ya citadas resoluciones del mismo tribunal, desestima la pretensión de fijeza del actor, señalando nuevamente que no existe amparo legal para tal reconocimiento.

En suma, aunque en vista de las citadas resoluciones a día de hoy aún no existiría un criterio unánime por parte de nuestros tribunales (ni siquiera por parte del “artífice” de las cuestiones prejudiciales planteadas), parece que estos (con alguna excepción) se van inclinando por una interpretación restrictiva de la STJUE de 22 de febrero y decantándose por denegar la conversión del indefinido no fijo en fijo en la medida en que dicho reconocimiento vendría a contravenir los principios constitucionales de igualdad, mérito, publicidad y capacidad.

Ahora bien, ante las contradicciones y debates existentes en instancias inferiores, cabe inevitablemente plantearse lo siguiente: ¿Qué tendrá que decir (o qué ha hecho) el Tribunal Supremo al respecto? Veámoslo.

5. Las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo

Tras la STJUE de 22 de febrero y las subsiguientes resoluciones dictadas en el ámbito nacional, la respuesta a la nuevamente agitada situación del indefinido no fijo por parte del Tribunal Supremo no se ha hecho esperar. En concreto y mediante el auto de 30 de mayo de 2024, el Alto Tribunal, aprovechando la primera oportunidad que se le ha planteado, ha decidido suscitar nuevas cuestiones prejudiciales al TJUE que permitan centrar y clarificar en mayor medida cuál es su posición en relación con el régimen del indefinido no fijo.

El Tribunal Supremo considera que la solución dada por la STJUE de 22 de febrero ha generado, en suma, un gran número de interrogantes que han suscitado una enorme disparidad de criterios en todas las instancias, tal y como ya se ha visto.

De hecho, muy acertadamente apunta que, como anticipábamos, el propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid que planteó las cuestiones prejudiciales, al resolver los litigios principales, consideró que la STJUE de 22 de febrero de 2024, en su razonamiento, no estaba "obligando" a la declaración de fijeza de los temporales fraudulentos en el sector público, sino que simplemente razonaba que constituía una medida que "permitía" colmar las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

En consecuencia, el Tribunal Supremo, reconociendo que la STJUE de 22 de febrero le suscita dudas y abordando el problema desde la raíz (dado que lo contrario llevará, inevitablemente, a una nueva situación caótica en torno a los indefinidos no fijos), plantea al TJUE si es conforme a la cláusula 5 del Acuerdo Marco la doctrina de que (i) solamente se concede la fijeza a quienes han superado los principios de acceso al empleo público; y (ii) por el contrario, se otorga la condición de indefinidos no fijos a quienes, pese a haber sido contratados fraudulentamente, no han superado los procesos correspondientes. Asimismo y de manera subsidiaria, también plantea si el reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral podría llegar a considerarse como una medida adecuada conforme a la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

En primer lugar y a juicio del Tribunal Supremo, la figura del indefinido no fijo presenta las debidas cautelas y garantías, dado que, en apretada síntesis, *"la declaración de que una persona debe ser considerada como indefinido no fijo en el Derecho español: a) Defiende su derecho a seguir trabajando (pese a que accedió solo para un periodo temporal); b) Reclama del empleador la convocatoria de la plaza; c) Asigna una indemnización equivalente a la del despido por problemas empresariales en caso de no superar las pruebas convocadas; d) Descarta que pueda invocarse un término final para extinguir el contrato; e) Extiende al indefinido no fijo todos los derechos del personal fijo"*. Por su parte, refiere otras sentencias del TJUE (3 de junio de 2021, C-726/19, 14 de septiembre 2016, C-197/2015 y C-184/2015) en las que, de manera implícita, se habría venido a avalar el indefinido no fijo como una medida válida para prevenir el abuso en la contratación temporal, si bien puntualizando que será preciso comprobar, caso por caso y atendiendo a las circunstancias

concurrentes, que la consecución de sucesivos contratos temporales obedece a la necesidad real de atender necesidades provisionales y no a un uso abusivo enmascarado.

En consecuencia, en respuesta a los argumentos dados por la STJUE de 22 de febrero, en primer lugar el Tribunal Supremo realiza un recorrido por los principios de acceso al empleo público y su aplicación en el marco del empleo en el sector público, junto con una también acertada referencia a la aplicabilidad del principio de libre circulación de trabajadores entre Estados miembros en el acceso a las convocatorias para acceso a empleos fijos en el ámbito público.

En relación con el principio de libre circulación, el Alto Tribunal, sobre la base del Tratado de Funcionamiento y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sostiene que el derecho a la libre circulación, la igualdad ante la ley y la no discriminación por razón de nacionalidad se podrían ver infringidos (sin perjuicio de las excepciones normativamente previstas) si se privara a ciudadanos de otros Estados miembros de la posibilidad de acceder al empleo público a través de convocatorias abiertas. Por consiguiente, la conversión automática de los indefinidos no fijos en fijos no solamente sería una cuestión interna, sino que trascendería necesariamente del ámbito nacional y podría afectar a todos los ciudadanos europeos en la medida en que les impediría eventualmente optar a ser empleados públicos fijos (cuestión de importancia capital para que el TJUE tenga en consideración el alcance de la problemática del indefinido no fijo, que va más allá de ser meramente "local").

Tras lo anterior, el Tribunal Supremo acaba llegando a la conclusión de que la figura del indefinido no fijo constituye una respuesta a los abusos de temporalidad en el sector público, colmando así las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

Y ello en la medida en que (i) la contratación irregular temporal pasa a convertirse en indefinida no fija desde su fecha de inicio, desplegando así el efecto jurídico de mantener la vigencia del vínculo contractual hasta que la plaza queda definitivamente cubierta; (ii) en ese preciso momento se produce la extinción de la relación laboral, que lleva aparejada el pago de la indemnización de veinte días por año de servicio (indemnización que, en cambio y como muy bien apunta, no está prevista para el caso de que la contratación hubiese sido lícita); y (iii) mientras el vínculo contractual está vigente, los derechos reconocidos a un indefinido no fijo son los mismos que disfruta un indefinido (llegándose incluso a reconocer una consecuencia más "severa", como es la declaración de nulidad en aquellos supuestos en los que el cese de un trabajador se produce una vez que tiene reconocida la condición de indefinido no fijo sobre la base de la llegada de un término temporal que realmente es inexistente —y ello sin perjuicio de que dicha afirmación presenta algunas dudas en cuanto a su aplicación práctica, en la medida en que, en caso de que se produjera la extinción del indefinido no fijo por la llegada a un término temporal "inexistente", se debería estar como norma general ante un cese "acausal" y un escenario de improcedencia, pero no de nulidad—).

Dicho lo anterior y a lo largo de su razonamiento, el Tribunal Supremo hace especial hincapié en que la relación laboral del indefinido no fijo causada por el fraude en la contratación origina el derecho del trabajador, en caso de que el contrato se extinga por la cobertura de la plaza, a ser compensado con la indemnización propia del despido objetivo (lo que no sucedería, como decíamos, en el caso de un trabajador con un contrato temporal lícito). Por consiguiente, estima que se

trata de una medida efectiva y real que trata de evitar (y al mismo tiempo sanciona) el abuso en la contratación temporal.

No obstante, sí que plantea que quizás esta indemnización podría llegar a considerarse insuficiente, y una alternativa que potenciaría la sanción por la contratación temporal fraudulenta podría ser la de la fijación de la indemnización por despido improcedente (lo que, a nuestro juicio y como se abordará más adelante, podría ser la solución “menos mala” o más equilibrada para poner fin a la problemática existente). Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo también plantea sus dudas al TJUE.

Ahora bien, sea como fuere, lo que sí que pone de manifiesto el Tribunal Supremo es que (i) discrepa con las consideraciones realizadas por la STJUE de 22 de febrero; y (ii) contrariamente a lo afirmado por el TJUE, sí que considera que la figura del indefinido no fijo y el resto de medidas previstas en el ordenamiento jurídico español cumplen con las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Máxime cuando, a su juicio y como bien afirmó el TJUE, dicha cláusula no establece ni exige que el abuso en la contratación temporal deba llevar, inexorablemente, a la fijeza de la relación laboral, sino que únicamente requiere a los Estados miembros que establezcan e incorporen las medidas que estimen oportunas para evitar dicho abuso, dándoles, a su vez, carta de libertad para ello. Es más, el Tribunal Supremo sostiene que la recalificación de los indefinidos no fijos a indefinidos fijos causaría un “inegable perjuicio” al resto de posibles aspirantes al empleo público, a los que se les negaría la posibilidad de presentarse a procesos selectivos de cuya convocatoria quedaría eximida la Administración o entidad correspondiente.

Finalmente y a modo de “réplica” de la STJUE de 22 de febrero, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre las normas de estabilización y consolidación del empleo público. Contrariamente a lo sostenido por el TJUE, el Alto Tribunal considera que:

- i. La disposición adicional decimoséptima del EBEP establece un mecanismo y régimen de responsabilidades para el caso de darse el abuso en la contratación temporal. Si bien el Tribunal Supremo no discute de manera enérgica las “taras” que a dicho sistema encontraba el TJUE (ambigüedad, falta de precisión y concreción), afirma que este es proporcionado, eficaz y disuasorio.
- ii. Respecto de los procesos convocados en materia de estabilización y consolidación del empleo público, confirma que estos están abiertos a otros sujetos distintos de los indefinidos no fijos. Ahora bien, también puntualiza que (i) en las normas de estabilización del empleo público se prevén mecanismos que favorecen la adquisición de la plaza a los indefinidos no fijos (por ejemplo, con medidas de valoración de la experiencia en el cuerpo, escala o categoría equivalente); y (ii) que hacerlo de otra manera (por ejemplo, solamente permitiendo a los indefinidos no fijos presentarse) supondría una ruptura con los principios de acceso al empleo público, al no garantizar un proceso selectivo en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Pues bien, si con este “choque” de criterios entre el Tribunal Supremo y el TJUE el debate se encontraba servido (existiendo, además, opiniones para todos los gustos), el siguiente capítulo de esta trama cada vez más enrevesada no se haría esperar.

6. La STJUE de 13 de junio de 2024

En efecto, pese a que el auto de 30 de mayo de 2024 del Tribunal Supremo podría ser sin duda un final con puntos suspensivos perfecto para las reflexiones y cuestiones que aquí se plasman, el día 13 de junio de 2024 se emitió la sentencia del TJUE (la "STJUE de 13 de junio") en los asuntos acumulados C331/22 y C332/22, que vino a responder a varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 17 de Barcelona en el año 2022.

Empezando por las últimas cuestiones prejudiciales analizadas por la STJUE de 13 de junio (y por su trascendencia), el TJUE se pronuncia sobre si la conversión de los empleados fraudulentamente contratados temporalmente en trabajadores con contratos indefinidos que "*son idénticos o equiparables a los que vinculan a los funcionarios de carrera con la Administración*" es una medida adecuada para prevenir y sancionar los abusos en la contratación temporal en el sector público.

A este respecto y partiendo de que la tantas veces citada cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone tal conversión como necesaria y de que los Estados miembros tienen libertad para establecer las medidas apropiadas, el TJUE sienta tres premisas que son especialmente relevantes (a la par que algo confusas):

- i. Si el juzgado remitente de las cuestiones prejudiciales entiende que en el ordenamiento jurídico no hay medidas "efectivas" para evitar ni sancionar la utilización abusiva de la contratación temporal, la conversión de contratos de duración determinada en indefinidos fijos "*puede*" ser una medida adecuada.
- ii. Si, ante ello, el juzgado remitente considera que la doctrina del Tribunal Supremo se opone a tal conversión, entonces deberá inaplicar esa jurisprudencia si es incompatible con el Acuerdo Marco.
- iii. La conversión puede ser una medida adecuada para sancionar de manera efectiva la contratación temporal fraudulenta, siempre que "*no implique una interpretación contra legem del Derecho nacional*".

Una primera lectura puede llevar a entender que la interpretación *contra legem* del Derecho nacional excluye la posibilidad en España de convertir a los indefinidos no fijos en fijos (y quienes suscriben el presente trabajo verdaderamente creen que esa es la solución que da el TJUE). Ahora bien, las anteriores precisiones realizadas por el TJUE resultan preocupantes, en la medida en que abren la espita a un sistema de reinos de taifas en nada aconsejable en el campo del indefinido no fijo.

De su lectura surgen varias preguntas de un modo cuasiautomático: ¿qué son medidas "efectivas" para evitar el abuso en la contratación y qué grado de libertad en su determinación tiene cada juzgador?, ¿en qué términos puede "inaplicarse" la doctrina del Tribunal Supremo?, ¿en todos o solo en lo que se refiere a la conversión?, ¿qué se entiende por Derecho nacional?, ¿el artículo 15 del ET, el 55 del EBEP, la Constitución española o todos ellos?

Las posibles respuestas (en modo alguno binarias o simples) dejan ver un claro “camino de migas de pan” (el de los hermanos Grimm) a la más absoluta inseguridad jurídica y a un retorno al punto de partida.

No sería extraño que los distintos órganos judiciales que conozcan de asuntos relativos a indefinidos no fijos planteen ahora que la figura del indefinido no fijo no es una medida “efectiva” y que la doctrina del Tribunal Supremo debe ser inaplicada (como algunos ya han comenzado a hacer). Quizá la gran mayoría decida no convertir indefinidos no fijos a fijos, pero podrían determinar el necesario abono de la indemnización propia del despido improcedente u otro tipo de “respuestas adicionales y novedosas” (como la planteada por el propio juzgado remitente de las cuestiones prejudiciales). Todo ello en detrimento del esquema que, con tanto esfuerzo, había ido perfilando la jurisprudencia.

Es más, al resolver las cuestiones prejudiciales previas planteadas y en el estudio de las “medidas” vertebradas por la jurisprudencia española para dar cauce a la situación del indefinido no fijo (obligación de la entidad correspondiente de convocar el correspondiente proceso selectivo y abono de la indemnización por despido objetivo), el TJUE considera que:

- i. La obligación de convocatoria del proceso selectivo correspondiente no es una medida en sí misma, en el entendimiento de que esta es independiente del abuso en la contratación temporal en el empleo público. Máxime cuando tales procesos se abren a cualquier candidato (con independencia de que sea o no indefinido no fijo).
- ii. En relación con la referida indemnización como mecanismo compensatorio del indefinido no fijo que no obtiene finalmente la plaza (reconocida en la disposición adicional decimoséptima del EBEP), el TJUE entiende que no permite la reparación “*proporcionada y efectiva en las situaciones de abuso que superen una determina duración en años, ni la reparación adecuada e íntegra de los daños derivados de tales abusos*”. En consecuencia, estima que esta medida no “*parece constituir, por sí sola, una medida proporcionada y suficientemente efectiva*”.

En suma, podría decirse que la STJUE de 13 de junio da “una de cal y otra de arena”, estableciendo la previsión de que la conversión del indefinido no fijo en fijo no debe suponer una “*interpretación contra legem del Derecho nacional*” (pese a las dificultades interpretativas que ello conlleva), pero al mismo tiempo estima insuficientes las medidas fijadas por el Tribunal Supremo y arenga a los órganos jurisdiccionales a valorar medidas alternativas.

Por ello y aunque la STJUE de 13 de junio permite entrever cuál será la solución que se dará a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo en el mes de mayo de 2024, se requerirá sin duda de una mayor precisión que ajuste los dislates que a buen seguro emergerán a resultas de estos capítulos sin un final definitivo.

7. Conclusión

En vista de todo lo que se ha expuesto, puede afirmarse con rotundidad que nos encontramos ante una innegable realidad: la problemática derivada de la utilización fraudulenta de la contratación temporal por parte de la Administración pública sigue siendo una cuestión por resolver. Adicionalmente, varias conclusiones pueden extraerse:

- i. A juicio del TJUE y de manera contraria al criterio del Tribunal Supremo, la solución de la figura del empleado indefinido no fijo (y sus características afines) ante una situación de contratación temporal abusiva se revela insuficiente a la luz del Acuerdo Marco (y, en especial, de su cláusula 5).
- ii. Pese a las dudas surgidas a resultas de la STJUE de 22 de febrero, tras la STJUE de 13 de junio parece haberse encauzado la cuestión de que los indefinidos no fijos no podrían ser automáticamente convertidos en indefinidos fijos. Y ello en la medida en que, lo contrario sería una interpretación contra *legem* del Derecho nacional (y especialmente, de los artículos 14 y 103 de la Constitución española).

Ello tiene toda lógica, dado que una solución contraria abocaría a una indudable infracción de los principios de acceso al empleo público, constitucionalmente protegidos y que evitan, de manera totalmente necesaria, la intervención de la arbitrariedad en la configuración de la masa de empleo público.

Ahora bien, se espera con cierto anhelo una mayor precisión por parte del TJUE y que avale de una manera más clara dicha postura. Tal oportunidad probablemente llegará cuando se analicen las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo en el pasado mes de mayo.

- iii. A juicio del TJUE, las medidas actualmente existentes en el ordenamiento jurídico interno no son suficientes para prevenir el abuso en la contratación temporal y es necesario dar una vuelta más a esta problemática con el fin último de, si se permite, seguir tratando de cuadrar el círculo.

A nuestro modo de ver, dado que la alternativa de la conversión de los trabajadores “temporales fraudulentos” a “indefinidos ordinarios” no parece encontrar amparo bajo nuestro ordenamiento jurídico por contravenir los principios constitucionales de acceso al empleo público, quizás una posible solución a implementar pasaría por ofrecer una indemnización superior a los veinte días por año de servicio prestado (que, sin perjuicio de lo indicado por el TJUE, sí que distingue a los indefinidos no fijos de los trabajadores con un vínculo temporal lícito y podría seguir manteniéndose como una medida “adecuada”).

Esta solución intermedia (todavía más que el propio indefinido no fijo) que ha sido esbozada por el propio Tribunal Supremo en las cuestiones prejudiciales planteadas podría encontrar cierta lógica en la traslación de la ilicitud de la contratación (el comienzo) a la extinción de la misma (el final), lo que podría llevar a la aplicación de la indemnización propia del despido improcedente,

sancionando, de una manera todavía más “disuasoria”, las “irregularidades” del sector público en la contratación temporal como si del sector privado se tratase.

Nótese que, en el ámbito puro del derecho laboral privado, el temporal fraudulento, cuyo contrato se extingue y reclama en la jurisdicción social que su condición era realmente indefinida, encuentra como remedio normativo la indemnización por despido improcedente. Y ello obedece a que la extinción ha sido ilícita, por ser verdaderamente un trabajador indefinido cuya extinción, por tanto, no obedece a una causa.

Es cierto que, de manera muy simplificada, la figura del “despido objetivo” se acomoda a una “extinción causal” y un despido improcedente a una “extinción acausal” y, por ello, la extinción del contrato del indefinido no fijo parecería encontrar encaje en el primer escenario (la causa es la cobertura de la plaza). No obstante, desde otra perspectiva podría también razonarse que, en puridad, dicha extinción podría considerarse acausal en la medida en que el indefinido no fijo nunca debiera haberlo sido. Es decir, el indefinido no fijo tendría que ser inexistente y todo lo que rodea a su existencia y consecuencias goza de un halo de “acausalidad” e “ilicitud” que quizá podrían llevar al reconocimiento de la improcedencia.

¿Será esta medida la que finalmente se implemente por nuestros tribunales? ¿U optarán finalmente por mantener el *statu quo* o por aplicar alguna otra solución imaginativa dentro de los límites ya preestablecidos? Una respuesta ansiada que no obtendremos hasta el próximo capítulo.

España

EL *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: PRÁCTICA RECIENTE

Linda Guerra Henríquez y Sara Aquilué Borau

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

El *dies a quo* del plazo de prescripción en los procedimientos civiles de reclamación de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia

*El presente artículo analiza las distintas posturas de la práctica judicial reciente sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción en las reclamaciones de daños derivadas de infracciones del derecho de la competencia.*

PALABRAS CLAVE:

Derecho de la competencia, Derecho de daños, Prescripción, Aplicación privada.

Limitation periods in private damages claims arising from competition law infringements

This article analysis the different positions of recent judicial practice on the initial date of the statute of limitation period in private damages claims arising from competition law infringements

KEYWORDS:

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

FECHA DE RECEPCIÓN: 17-7-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 19-7-2024

Guerra Henríquez, Linda; Aquilué Borau, Sada: (2024): El dies a quo del plazo de prescripción en los procedimientos civiles de reclamación de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 65, pp. 150-165 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Las acciones de reclamación por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia han invadido en los últimos años los Juzgados Mercantiles y las secciones especializadas de las Audiencias Provinciales españolas. Resulta, sin embargo, que nuestros tribunales siguen, en ocasiones, criterios que no son siempre coincidentes en relación con la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción.

Veremos, por tanto, que no existe un criterio unánime entre nuestros Tribunales en relación a cuándo se entienden cumplidos los requisitos que impone el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el "TJUE") para el inicio del cómputo del plazo de prescripción en demandas de daños. En el caso de este tipo de acciones, encontramos, por un lado, la posición de Juzgados y Tribunales nacionales que exigen la firmeza en vía jurisdiccional de la resolución administrativa que declara la infracción del derecho de la competencia para el inicio del cómputo del plazo de prescripción. Por otro lado, cada vez son más los Juzgados y Tribunales que entienden que el plazo de prescripción ha de empezar a contarse desde la publicación de la resolución sancionadora, sin que el derecho nacional o europeo exijan esperar a su firmeza. Este es el criterio al que alude la reciente sentencia del TJUE de 18 de abril de 2024 en el asunto C-605/2021 —Heureka Group a.s. v. Google LLC (la "STJUE de 18 de abril de 2024")—.

En este punto, la disparidad de opiniones de los Juzgados y Tribunales nos lleva a plantearnos dos cuestiones: (i) ¿son distintos los criterios para la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción en las acciones derivadas de una resolución de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia ("CNMC") y en las acciones derivadas de una decisión de la Comisión Europea?; y (ii) ¿cómo encaja la postergación del *dies a quo* del plazo de prescripción al momento de la firmeza de la resolución sancionadora con la naturaleza única de este tipo de acciones de daños? Dedicaremos estas páginas a tratar de responder —o al menos arrojar algo de luz— sobre las cuestiones planteadas, siempre bajo el prisma de la normativa española y europea, de la jurisprudencia emanada del TJUE y de la práctica judicial nacional.

2. El *dies a quo* del plazo de prescripción en los procedimientos de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia en la jurisprudencia del TJUE

2.1. El derecho aplicable y su aplicación *ratione temporis*

El punto de partida son los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el "TFUE"), que prohíben cualquier conducta que distorsione el "*juego de la competencia dentro del mercado interior*". En lo que aquí interesa, estas disposiciones producen efectos directos en las relaciones entre particulares, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia —*vid.* STJUE de 13 de julio de 2006, C-295/04, Manfredi *et al.*— la plena efectividad de estos artículos exige que los perjudicados por un ilícito anticoncurrencial puedan solicitar la reparación del daño causado.

Por otro lado, nuestro derecho ha experimentado una reforma relevante tras la publicación de la Directiva 2014/104/UE (la "Directiva de Daños"), que fue traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico por el Real Decreto Ley 9/2017, de 27 de mayo (el "Real Decreto Ley"), que entró en vigor el 28 de mayo de 2017.

Con anterioridad al régimen específico de la Directiva, las acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust* se regían (y, como veremos, todavía se rigen en aquellas infracciones que han sido objeto de sanción con anterioridad a la finalización del plazo de transposición de la Directiva) por las disposiciones generales del Código Civil relativas a responsabilidad extracontractual. Esto es: se trata de acciones basadas en el artículo 1902 del Código Civil, con un plazo de prescripción de un año recogido en el artículo 1968.2, y cuyo *dies a quo* viene determinado, además, por el artículo 1969 de la misma norma.

Por otro lado, el artículo 1973 del Código Civil permite interrumpir el plazo de prescripción con la mera reclamación extrajudicial del perjudicado, sin ningún requisito de forma adicional, posibilidad que no ha variado con el nuevo régimen introducido por la Directiva.

El artículo 10 de la Directiva de Daños —traspuesto a nuestro ordenamiento como artículo 74 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la "LDC")— extiende el plazo de prescripción de las acciones de daños de un año (previsto en el artículo 1968.2 del Código Civil) a cinco años. Además, establece que el *dies a quo* comenzará en el momento en el que "*hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de las siguientes circunstancias: a) La conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) el perjuicio ocasionado por la citada infracción; y c) la identidad del infractor*".

Por tanto, la regla para determinar el inicio del *dies a quo* no varía la *ratio* del artículo 1969 del Código Civil, que ya establecía que “*el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*”. O de la regla del artículo 1968 del Código Civil, que dispone que el *dies a quo* del plazo de prescripción en acciones de responsabilidad extracontractual ha de empezar a contar “*desde que lo supo el agraviado*”.

Además, el apartado 4 del artículo 74 añade que “*se interrumpirá el plazo cuando se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias sobre la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados*”. Sin embargo, a día de hoy, todavía no existen ejemplos en nuestra práctica litigadora en los que se haya dado uso a esta posibilidad de interrupción del plazo de prescripción por inicio de un procedimiento extrajudicial destinado a resarcir el daño causado por un ilícito concurrencial.

Finalmente, el artículo 22 de la Directiva de Daños establece la prohibición de aplicar *ratione temporis* de forma retroactiva las disposiciones sustantivas de la norma.

2.2. La sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022 dictada en el asunto C-267/20 (Volvo / DAF): elementos que determinan la consolidación del *dies a quo*

Originariamente surgía la duda de a qué reclamaciones por daños derivados de un ilícito anticoncurrencial se aplicaría *ratione temporis* el régimen de prescripción del Código Civil, y a cuáles se aplicaría el régimen específico para acciones de daños incorporado a nuestro ordenamiento por la Directiva de Daños y el Real Decreto Ley. Esta pregunta ya ha sido solventada por el TJUE en la STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, Volvo/DAF (la “STJUE de 22 de junio de 2022”). Además, esa resolución ya desarrolló los requisitos necesarios para el comienzo del cómputo del *dies a quo* en acciones de daños.

Primero, la STJUE de 22 de junio de 2022 aclara que las disposiciones sobre prescripción tienen naturaleza sustantiva. En consecuencia, el régimen de prescripción de la Directiva comienza a aplicarse a partir del 27 de diciembre de 2016, fecha en que finalizó el plazo de trasposición de la norma europea.

Excepcionalmente, la STJUE de 22 de junio de 2022 declara que el régimen de prescripción de la Directiva se aplicará a reclamaciones basadas en infracciones cometidas y sancionadas antes de su entrada en vigor, siempre y cuando el plazo para ejercitar estas acciones no hubiese prescrito el 27 de diciembre de 2016 (fecha de finalización del plazo de trasposición) de acuerdo con el derecho nacional previo.

Segundo, la STJUE de 22 de junio de 2022 presenta los requisitos que deben cumplirse para determinar cuál es el *dies a quo* del plazo de prescripción. En concreto, establece que el inicio del cómputo del plazo de prescripción no puede situarse en un momento anterior a que “*haya cesado la infracción y de que la persona perjudicada tenga conocimiento o haya podido razonablemente te-*

ner conocimiento de la información indispensable para ejercitar su acción por daños" (vid. apartado 56 STJUE de 22 de junio de 2022).

A continuación, en sus apartados 59 y 60, el TJUE clarifica a qué se refiere con "información indispensable" o con "elementos indispensables", con cuyo conocimiento ha de comenzar a computarse el plazo de prescripción. En concreto, entiende que los perjudicados deben conocer de cuatro elementos indispensables: (i) la comisión de una infracción del derecho de la competencia; (ii) la identidad del infractor; (iii) la existencia de un perjuicio; y (iv) la relación causal entre infracción y perjuicio.

Como consecuencia de lo anterior, la STJUE de 22 de junio de 2022 considera que el *dies a quo* del plazo de prescripción en el caso de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, relativa al expediente AT 39824 Fabricantes de Camiones (la "Decisión de Camiones") debe fijarse en la fecha en la que se publicó el resumen de la Decisión, el 6 de abril de 2017, en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. En ese sentido, dado que esta fecha fue posterior a aquella en la que la Directiva debió haber sido transpuesta (esto es, el 27 de diciembre de 2016), el Tribunal de Justicia declara que resulta aplicable a ese caso el plazo de prescripción de cinco años establecido en la Directiva.

El criterio de la STJUE de 22 de junio de 2022 ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 14 de junio de 2023, dictadas también en relación con la Decisión de Camiones (las "Sentencias de junio de 2023").

Como vemos, el Tribunal de Justicia ha proporcionado las herramientas necesarias para definir el *dies a quo* del plazo de prescripción en el caso de las acciones ejercitadas con base en la Decisión de Camiones. Sin embargo, como veremos en el apartado (3), lo cierto es que, al trasladar las conclusiones de la STJUE de 22 de junio de 2022 a la determinación del inicio del cómputo del plazo de prescripción en otras infracciones, los Juzgados y Tribunales han utilizado criterios dispares alrededor de esta cuestión.

Finalmente, el TJUE ha reiterado el criterio expresado en la STJUE de 22 de junio de 2022 relativo a la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción cuando ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre otras infracciones de derecho de la competencia. Por ejemplo, el auto del TJUE de 6 de marzo de 2023, C-198/22 y C-199/22, (Deutsche Bank AG) (el "Auto de 6 de marzo de 2023"), resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Barcelona en el seno de la litigación privada derivada de las decisiones sancionadoras que la Comisión Europea adoptó en el Asunto AT.39914 (el denominado *Asunto Euríbor*). En esta resolución, el TJUE, con base en la STJUE de 22 de junio de 2022, establece que el plazo de prescripción empezó a correr el 30 de junio de 2017, con la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (el "DOUE") del resumen de la Decisión sancionadora, por lo que resulta aplicable el plazo de 5 años de la Directiva de Daños. Y, además, aclara que la conclusión de la STJUE de 22 de junio de 2022 "no queda desvirtuada por el hecho de QJ e IP [los demandantes en ese caso] sean consumidores".

2.3. La firmeza judicial de la resolución sancionadora no constituye un requisito *sine qua non* para que empiece a computar el plazo de prescripción: la sentencia del TJUE de 18 de abril de 2024 dictada en el asunto C-605/21 Heureka Group

Casi dos años después de la publicación de la STJUE de 22 de junio de 2022, el Tribunal de Justicia ha dictado recientemente la STJUE de 18 de abril de 2024. En esta resolución, el TJUE confirma que no es necesario esperar a la firmeza de una decisión sancionadora para que empiece a computar el plazo de prescripción de las acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia. De esta manera, el TJUE añade un elemento clarificador adicional a la hora de determinar el *dies a quo* en las reclamaciones derivadas de ilícitos concurrenciales ejercitadas ante nuestros Tribunales en casos de infracciones sobre las que todavía no se han pronunciado el TJUE ni el Tribunal Supremo.

En concreto, la STJUE de 18 de abril de 2024 resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Municipal de Praga en el marco de una reclamación de daños ejercitada por la empresa de servicios de comparación de precios *online* contra Google Shopping, con base en la decisión de la Comisión Europea de 27 de junio de 2017, que sanciona a Google Shopping por abuso de su posición de dominio al dotar a su propio buscador de precios de un lugar preferente en detrimento de otros buscadores, como el de la demandante.

En este caso, la novedad reside en que, en el momento en el que Heureka interpuso su demanda, la decisión sancionadora todavía no era firme, ya que Google Shopping la había recurrido ante el Tribunal General. En el procedimiento nacional, Google Shopping alegó que la acción estaba prescrita de acuerdo con la normativa de prescripción checa previa a la trasposición de la Directiva de Daños, que preveía un plazo de prescripción de tres años "*a partir del día en el que el perjudicado tuviera o hubiera podido tener conocimiento de un perjuicio parcial y de quién era la persona obligada a repararlo*". Es aquí cuando el Tribunal Municipal de Praga decide preguntar al TJUE para resolver la controversia conforme al derecho europeo.

De esta forma, el Tribunal de Justicia resuelve en la STJUE de 18 de abril de 2024, primero (como ya hizo en la STJUE de 22 de junio de 2022), que la determinación de si la acción había expirado en el momento de transposición de la Directiva de Daños debe hacerse conforme a la normativa nacional anterior a dicha transposición. Eso sí, recuerda que la ley nacional anterior a la trasposición debe respetar el principio de efectividad del artículo 101 TFUE. De esta forma, concreta que el *dies a quo* establecido en el derecho nacional no puede ser anterior (i) a la finalización de la conducta infractora y (ii) al momento en el que el perjudicado haya podido tener acceso a cierta "*información indispensable*", necesaria para poder ejercitar su acción de daños. Como ya hizo en la STJUE de 22 de junio de 2022, el Tribunal de Justicia identifica en el caso de Heureka esta "*información indispensable*" con la posibilidad razonable para el perjudicado de conocer "*la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, la existencia de un perjuicio, el nexo de causalidad entre el perjuicio y la infracción y la identidad del autor de esta*".

Si bien en el caso de la STJUE de 22 de junio de 2022 el Tribunal de Justicia estableció que la normativa española de prescripción cumplía las exigencias del principio de efectividad, en el caso de

la STJUE de 18 de abril de 2024 establece que la normativa checa previa a la Directiva de Daños —que no exige la finalización de la conducta infractora para el inicio del cómputo del plazo de prescripción— vulnera el principio de efectividad europeo. Por tanto, pasa a determinar cuál ha de ser el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de daños ejercitada por Heureka conforme al principio de efectividad.

Así, bajo el prisma no solo de la STJUE de 22 de junio de 2022, sino también del Auto de 6 de marzo de 2023, el Tribunal de Justicia concluye que, en principio, el momento en el que el perjudicado pudo tener conocimiento de la información indispensable para reclamar coincidirá con la publicación del resumen de la resolución sancionadora en la que se fundamenta la reclamación. Además, precisa que es posible que el perjudicado tenga acceso a esta información “*incluso mucho antes de la publicación del resumen de una decisión*”, si bien corresponderá a la infractora probar este conocimiento.

Como hemos adelantado, la novedad de la STJUE de 18 de abril de 2024 reside en que la decisión que sanciona a Google Shopping no era firme cuando Heureka interpuso la demanda por daños. Esto lleva a que el Tribunal de Justicia, por primera vez, confirme de manera expresa que independientemente de su firmeza, el resumen de la Decisión ya facilitaba toda la información indispensable para que la demandante pudiera ejercitar su reclamación.

Así, el TJUE argumenta que es perfectamente posible en el ordenamiento europeo que un perjudicado ejercite una acción de daños con base en una decisión sancionadora que todavía no es firme, por lo que situar el *dies a quo* en la publicación de la decisión (o de su resumen), y no en su firmeza judicial no es contrario al principio de efectividad.

En conclusión, la STJUE de 18 de abril de 2024 confirma la idea que ya dejaba intuir la STJUE de 22 de junio de 2022: el inicio del cómputo del plazo de prescripción viene determinado por la disponibilidad de la información indispensable para el ejercicio de la acción, y no por la firmeza de la resolución sancionadora que proporciona esta información al perjudicado. Estudiaremos, a continuación, la influencia que ha tenido la STJUE de 18 de abril de 2014 sobre la práctica española.

3. Examen de las cuestiones planteadas a la luz de la práctica judicial nacional

Hasta ahora, hemos analizado la normativa nacional previa y posterior a la Directiva de Daños. También nos hemos detenido en el estudio de las resoluciones del TJUE que la interpretan y la aplicación del régimen de prescripción transitorio. Sin embargo, de cara a entender los razonamientos de los distintos Juzgados y Audiencias en relación con la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción en acciones de daños se hace necesario examinar la práctica judicial previa y posterior a la transposición de la Directiva y a la vorágine de las acciones de daños en nuestro país y a la Directiva.

3.1. La jurisprudencia nacional previa a la Directiva de Daños: la STS de 4 de septiembre de 2013

Como hemos adelantado, la normativa nacional aplicable antes de la transposición de la Directiva de Daños a las reclamaciones por daños derivadas de ilícitos concurrenciales en nuestro país era la general de las acciones de responsabilidad extracontractual de los artículos 1902, 1968 y 1969 del Código Civil. Sobre la interpretación del plazo de prescripción con base en esta normativa se pronunció el Tribunal Supremo (Sala 1.^a) en su sentencia núm. 528/2013, de 4 de septiembre, en el seno de la litigación derivada del cártel del azúcar (la “STS de 4 de septiembre de 2013”), que ha servido (y sigue sirviendo) como piedra angular de referencia para litigación de daños en nuestro país tras más de una década de su dictado.

De esta forma, en la STS de 4 de septiembre de 2013, nuestro Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción en el marco de una acción de responsabilidad extracontractual derivada de un ilícito anticoncurrencial. Se trataba de una acción de seguimiento ejercitada sobre la base de una resolución de la antigua Comisión Nacional de la Competencia (la “CNC”), que sancionaba a determinadas azucareras por abuso de posición dominante.

En concreto, la STS de 4 de septiembre de 2013 interpreta el último inciso del artículo 1968.2 del Código Civil, que establece que el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual se iniciará desde el momento en que “*lo supo el agraviado*”. El Tribunal Supremo entiende que este momento se produce cuando el perjudicado “*estaba en condiciones de conocer el alcance del perjuicio causado y determinarlo, para poder reclamar a la demandada su indemnización*”. Así, la Sala 1.^a razona que el perjudicado por el ilícito concurrencial pudo conocer el perjuicio en los términos del artículo 1968.2 del Código Civil tras el acceso a determinada información que le fue facilitada por la infractora, sin que la resolución administrativa de la CNC que declaró la infracción fuera firme en vía jurisdiccional. La resolución sancionadora del cártel del azúcar no fue firme hasta el 10 de junio de 2015, cuando la Sala 3.^a del Tribunal Supremo publicó la sentencia núm. 2688/2012, que conllevaba la firmeza de la resolución. Por tanto, el Tribunal Supremo concluyó en el asunto del cártel del azúcar que el inicio del cómputo del plazo de prescripción no depende de la firmeza jurisdiccional.

De esta forma, en realidad, las conclusiones a las que llegó nuestro Tribunal Supremo en 2013 se encuentran alineadas con las del TJUE en la recentísima sentencia del asunto Heureka, de 18 de abril de 2024: lo relevante para determinar el *dies a quo* es qué información tuvo el agraviado a su disposición, y no, en principio, la firmeza de la resolución administrativa.

3.2. Diferencias en la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción en las acciones derivadas de una resolución de la CNMC y en las acciones derivadas de una decisión de la Comisión Europea

Llegados a este punto, del análisis que hemos hecho hasta ahora parece extraerse que el *dies a quo* de las acciones de daños ejercitadas ante los Tribunales españoles ha de situarse en la publicación de la resolución administrativa sancionadora, que, de acuerdo con el TJUE y nuestro

Tribunal Supremo, es el momento en el que los perjudicados tienen a su alcance, en principio, los elementos indispensables para ejercitar su reclamación frente a la infractora.

3.2.1. ARGUMENTOS A FAVOR DE SITUAR EL *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA EMITIDA POR LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA NACIONAL

Muchos Juzgados y Audiencias, mientras que en reclamaciones basadas en decisiones de la Comisión Europea (como son los casos de *Camiones* o del *Euríbor*) han situado de forma más o menos unánime el inicio del cómputo del plazo de prescripción en la publicación de la decisión sancionadora, han exigido, a su vez, la firmeza en vía jurisdiccional de las resoluciones dictadas por la autoridad nacional (la CNMC) para dar por iniciado el plazo de prescripción.

Este es el caso, por ejemplo, del asunto de *Fabricantes de Automóviles*. En ese caso, la CNMC sancionó a varios fabricantes de vehículos mediante Resolución de la CNMC de 15 de julio de 2015, que se publicó enteramente, junto con su nota de prensa, en la página web de la CNMC el 18 de julio de 2015. Por tanto, de acuerdo con el criterio del TS y del TJUE examinado hasta ahora, el *dies a quo* del plazo de prescripción se situaría en la publicación de la Resolución, y al ser la sanción anterior a la Directiva de Daños, se aplicaría el artículo 1968.2 del Código Civil, por lo que la acción de daños derivada de la Resolución de la CNMC habría prescrito en julio de 2016.

Sin embargo, la Resolución no alcanzó firmeza hasta la segunda mitad de 2021, cuando se publicaron las sentencias desestimatorias de los recursos de casación. En consecuencia, si tomamos la firmeza jurisdiccional de la Resolución como *dies a quo*, la acción en el asunto de *Fabricantes de Automóviles* ni siquiera habría nacido cuando se terminó el plazo de transposición de la Directiva de Daños en diciembre de 2016, por lo que plazo aplicable de prescripción sería el de cinco años del artículo 10 de la Directiva (artículo 74 LDC).

En este contexto, resulta que los perjudicados, en su gran mayoría, no interrumpieron la prescripción *ex* artículo 1973 del Código Civil durante el año siguiente a la publicación de la Resolución y no empezaron a interponer demandas hasta principios del año 2022. Muchos Juzgados y Audiencias Provinciales han considerado que estas acciones no han prescrito.

Es el caso, por ejemplo, de la Sección 32.^ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que en su sentencia de 7 de noviembre de 2023 desestimó la excepción de prescripción planteada por la demandada. De acuerdo con el criterio de la Audiencia, el *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones de daños en el caso de *Fabricantes de Automóviles* dependerá de la firmeza de la Resolución, momento que será distinto para cada sancionada.

Los argumentos que da la Sección 32.^ª para retrasar el *dies a quo* a la firmeza de la Resolución son los siguientes: en primer lugar, razona que, según la STJUE de 22 de junio de 2022 “no pueden empezar a correr antes de que hubiese cesado la infracción y de que la persona perjudicada tuviera conocimiento o hubiera podido tener conocimiento de la información indispensable para su ejercicio”. Por ello, entiende que, dado que en los recursos planteados por las codemandadas se cuestionó incluso “que se hubiera cometido la conducta que se consideró infractora”, hasta que no se zanjó

la vía jurisdiccional no habría podido entenderse que el perjudicado tuviera un conocimiento del contenido de la infracción, dotado de seguridad jurídica.

En segundo lugar, la Audiencia entiende que, para los perjudicados de esa conducta (en su mayoría consumidores), demandar antes implicaba “*el riesgo de automático de fracaso de las demandas emprendidas*” en caso de revocación de la resolución administrativa, con la consecuente condena en costas. Y, en este contexto, recuerda que la prescripción supone una restricción de derechos que debe ser mirada con criterio restrictivo, inclinándose por lo que sería, a su juicio, la solución más favorable al principio *pro actione*, que pasa por postergar el *dies a quo* del plazo de prescripción a la firmeza de la resolución administrativa.

La sentencia de 7 de noviembre de 2023 de la Sección 32.^a de la Audiencia Provincial de Madrid es anterior a la publicación de la STJUE de 18 de abril de 2024. Sin embargo, Juzgados madrileños ya se han pronunciado sobre la prescripción en el marco de la litigación derivada de la Resolución de la CNMC de 15 de julio de 2015 tras la publicación de la Sentencia Heureka. Es el caso, por ejemplo, de los Juzgados de lo Mercantil núms. 5, 17 y 18 de Madrid, que han mantenido su criterio desestimatorio de la prescripción con base en que los razonamientos del TJUE que le llevan a no exigir la firmeza de la resolución para el inicio del cómputo del plazo de prescripción no serían aplicables al caso de las resoluciones nacionales.

Ello con base en que, a su juicio, el artículo 16.1 del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TFUE establece la prohibición de que los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien en contra de acuerdos, decisiones o prácticas de las entidades europeas. Por tanto, a su juicio, los jueces nacionales no podrían pronunciarse en contra de lo establecido en una decisión de la Comisión Europea no firme, pero ese efecto vinculante no se desprendería, según dicen, de las resoluciones de la CNMC que declaran una infracción de derecho de la competencia cuando todavía no son firmes en vía jurisdiccional.

Ese razonamiento es el que parece seguir, por otro lado, la sentencia núm. 340/2023 dictada por la Sección 32.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 11 de junio de 2024.

3.2.2. ARGUMENTOS A FAVOR DE SITUAR EL *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LA PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA EMITIDA POR LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA NACIONAL

Frente a la posición que exige la firmeza de la resolución sancionadora nacional para el inicio del plazo de prescripción en acciones de daños, encontramos cada vez más Juzgados y Tribunales que han decidido situar el *dies a quo* en la publicación de la resolución sancionadora de la CNMC.

En el asunto de *Fabricantes de Automóviles*, recientemente la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Alicante, en su sentencia núm. 276/2024, de 23 de mayo, ha estimado la excepción de prescripción opuesta por la demandada al considerar que el *dies a quo* debe fijarse en la fecha de publicación de la Resolución de la CNMC.

En esencia, la Audiencia entiende que, conforme a la STJUE de 22 de junio de 2022, los perjudicados pudieron tener acceso a la información indispensable para reclamar exigida por el Tribunal de Justicia en el momento de la publicación de la Resolución de la CNMC en junio de 2015. Y ello porque, en primer lugar, la Resolución y su nota de prensa contenían todos los elementos de la infracción: la identificación de los infractores, los hechos sancionados y la sanción, por lo que los perjudicados estaban en condiciones de ejercitar su acción por daños en este momento. En segundo lugar, considera que, aunque las resoluciones de la CNMC no se publican, a diferencia de las de la Comisión Europea, en un boletín oficial, el contenido de las publicaciones en la web de la CNMC está reglado y se adecúa a los requisitos materiales que la STJUE exige para que nazca la acción de daños. Adicionalmente, valora que la prensa generalista se habría hecho eco de forma muy profusa de esa publicación y de la sanción. Es más: existieron perjudicados que ejercitaron sus reclamaciones cuando la Resolución de la CNMC todavía no era firme.

En tercer lugar, entiende que ni en los recursos interpuestos ante la Audiencia Nacional ni ante el Tribunal Supremo las entidades sancionadas por la Resolución de la CNMC discutieron, como regla general, el relato fáctico o los hechos apreciados durante el desarrollo del expediente sancionador, sino únicamente su calificación jurídica, por lo que los recursos contencioso-administrativos no tuvieron por objeto la negación de los hechos, por lo que esos recursos no pueden entenderse como óbices para que los potenciales perjudicados iniciasen sus reclamaciones judiciales o extrajudiciales.

En cuarto lugar, considera que situar el *dies a quo* del plazo de prescripción en la publicación de la Resolución ni el plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2 del Código Civil serían contrarios al principio de efectividad. En este sentido, la STJUE de 22 de junio de 2022 exige que "*se respeten tanto el principio de equivalencia como el principio de efectividad*", lo que quiere decir que el legislador y los jueces nacionales no pueden situar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de daños en un momento que haga al potencial perjudicado "*prácticamente imposible o excesivamente difícil*" ejercitar su reclamación. Sin embargo, como ya hemos adelantado, el artículo 1973 del Código Civil permite a los potenciales perjudicados interrumpir sin demasiada dificultad el plazo de prescripción, lo que permite iniciar actuaciones para hacer valer sus derechos tan pronto como la autoridad de la competencia dicte y haga pública su decisión, sin coste para ellos.

Además, a diferencia de lo concluido por el Tribunal de Justicia en la STJUE de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17, Cogeco, respecto del derecho portugués, la STJUE de 22 de junio de 2022 analizó el plazo de prescripción de un año del artículo 1902 del Código Civil, y concluyó que este plazo de un año es válido y conforme al principio de efectividad.

Por último, como decimos, el Tribunal de Justicia ha confirmado este criterio en la STJUE de 18 de abril de 2024, en la que, como se ha visto, ha establecido que, con independencia del hecho de que la decisión sancionadora sea o no firme, a partir de la publicación de su resumen puede considerarse razonablemente que el perjudicado dispone de toda la información necesaria para ejercitar su acción de daños en un plazo razonable. Por tanto, exigir esta firmeza a una resolución dictada por la autoridad nacional de la competencia, que también surte efectos ejecutivos desde su publicación, iría en contra de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En aplicación de esta doctrina, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, en la sentencia núm. 584/2022 de 21 de mayo de 2024, dictada en un procedimiento de reclamación de daños derivado del asunto *Industrias Lácteas* que se verá en el apartado siguiente, al apreciar la prescripción en este tipo de acciones, confirma que la conclusión del TJUE en la sentencia de 18 de abril de 2024 es aplicable a las demandas de daños formuladas tras la constatación de una infracción de competencia por el derecho nacional: *"por último, las mismas razones en las que se basa la Sentencia Heureka Group para interpretar que el artículo 102 TFUE y el principio de efectividad del Derecho de la UE no exigen esperar a la firmeza de una decisión de la Comisión para ejercitar la acción de daños, son extrapolables al presente asunto en el que la existencia de una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE está acreditada en una resolución de la autoridad nacional de la competencia. En el apartado 73 de la Sentencia Heureka Group, el Tribunal de Justicia alude a la presunción de legalidad y la fuerza ejecutiva de la que gozan los actos de las instituciones de la UE [...] Al igual que las decisiones de la Comisión se presumen legales, válidas y eficaces mientras no sean anuladas y gozan de fuerza ejecutiva mientras no se suspenda su ejecución, las resoluciones sancionadoras de la CNMC se presumen válidas y producen efectos desde la fecha en que se dictan (artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Son también inmediatamente ejecutivas (artículos 38 y 90.3 de la Ley 39/2015). Por todo ello, desde la publicación de la Resolución de la CNMC en el año 2015, cualquier potencial perjudicado por las conductas sancionadas podía basarse en la constatación de la existencia de infracción realizada por la Autoridad de Defensa de la Competencia en la Resolución para ejercitar la acción de daños, con independencia de que la Resolución estuviera recurrida en vía judicial por las empresas sancionadas o dicho de otra manera, se hallaba en plena aptitud para litigar"*.

3.3. Encaje de la postergación del *dies a quo* del plazo de prescripción al momento de la firmeza de la resolución sancionadora en las acciones ejercitadas con carácter previo a esa firmeza judicial

En casos en los que los demandantes han ejercitado demandas de daños sin esperar a la firmeza de la resolución sancionadora de la CNMC, los Juzgados han confirmado de forma unánime la aplicación de este criterio: el inicio del cómputo del plazo de prescripción se produce con la publicación de la nota de prensa que informa sobre todos los elementos de hecho y de derecho para que el perjudicado pueda ejercitar su reclamación y que, a su vez, publica el texto íntegro de la decisión sancionadora.

Ese criterio, en lo que aquí respecta, no parece que deba ser diferente para casos en los que se ejerciten acciones tras la firmeza de la resolución sancionadora. Las acciones *follow on* (o "de seguimiento") y *stand alone* (o "autónomas"), conceptos a los que comúnmente se refiere la doctrina para distinguir a las que se interponen tras una resolución sancionadora firme (las primeras) y las que no (las segundas), no tienen, a nuestro juicio, una naturaleza distinta, sino que son la misma acción de responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios del artículo 1902 del Código Civil. Ni siquiera el nuevo régimen introducido por la Directiva de Daños las establece como acciones separadas. La única diferencia radica en la prueba: mientras que la acción *follow on* (i. e., tras la firmeza judicial de la resolución sancionadora) parte de unos hechos probados, constitutivos de un ilícito anticoncurrencial y que han venido determinados de forma definitiva por una resolución firme de la autoridad de competencia, el demandante que ejercite una acción

stand alone (i. e., sin firmeza judicial de la resolución) deberá probar los hechos que alega, y que estos hechos constituyan una infracción del derecho de la competencia que le haya producido un concreto daño.

De esta forma, un demandante puede iniciar una acción cuando no exista una resolución administrativa sancionadora, o esta no haya adquirido firmeza por estar recurrida en vía contencioso-administrativa, o no exista siquiera un expediente de la autoridad de la competencia que investigue una infracción. Y, de acuerdo con la doctrina examinada del TJUE, el *dies a quo* de esta acción se producirá cuando *"haya cesado la infracción y de que la persona perjudicada tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de la información indispensable para ejercitar su acción por daños"* (vid. apartado 56 STJUE de 22 de junio de 2022).

De hecho, la LDC actual derogó el requisito de la prejudicialidad en vía contencioso-administrativa para el ejercicio de pretensiones indemnizatorias —incluida en el artículo 13.2 de la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia—. Así, con la regulación anterior a 2007, los perjudicados por un ilícito anticoncurrencial solo podían ejercitar acciones *follow on*, ya que la firmeza de la resolución sancionadora era un requisito de procedibilidad de la acción de daños. En concreto, el artículo 13 de la antigua LDC establecía que *"la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional"*.

Sin embargo, ahora, la LDC prevé expresamente la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de las acciones de responsabilidad civil derivadas de los ilícitos anticoncurrenciales en aplicación directa de los artículos 1 y 2 de la LDC y 101 y 102 del TFUE sin esperar al pronunciamiento previo de una autoridad administrativa. Con la regulación posterior a 2007, ya no es necesario que una autoridad de la competencia haya sancionado a una empresa para poder hacer tal reclamación o, incluso, que haya incoado un expediente contra ella.

Resulta interesante traer a colación en este punto las sentencias dictadas en los últimos meses en el asunto *Industrias Lácteas*. En ese caso, la CNMC sancionó a determinadas empresas del sector lácteo mediante resolución de 26 de febrero de 2015, que posteriormente fue anulada por la Audiencia Nacional por un defecto formal, y sustituida por una nueva resolución de 11 de julio de 2019, que a día de hoy no es firme en fase jurisdiccional y que, a su vez, en algunos casos, ha sido de nuevo anulada parcialmente por la Audiencia Nacional. Potenciales perjudicados por esa conducta interpusieron sus acciones de daños sin esperar a la firmeza de la resolución de 11 de julio de 2019.

Sin embargo, todos los Juzgados que han tenido ocasión de pronunciarse en esos casos, han considerado que la acción de daños está prescrita, porque sitúan el *dies a quo* del plazo de prescripción en el 3 de marzo de 2015, fecha de publicación de la resolución sancionadora de 26 de febrero de 2015. Entienden los Juzgados de lo Mercantil núms. 3, 10, 11 y 12 de Barcelona, núm. 1 de Oviedo y núm. 1 de Toledo que los perjudicados tuvieron a su disposición todos los requisitos necesarios para reclamar con la primera resolución, ya que la resolución de 2019 se limitó a reducir la sanción impuesta, versando sobre los mismos hechos, conductas y empresas que la primera.

En concreto, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo razona en su sentencia núm. 40/2024, de 21 de marzo, que *"no puede obviarse que todos los elementos necesarios para el ejercicio de la acción estaban al alcance de los perjudicados desde la publicación de la Resolución del año 2015, de idéntica forma que lo estuvieron en el año 2019, de manera que cuando se decide no esperar a su firmeza no hay razón para no tomar en consideración la fecha de la primera como dies a quo del plazo de prescripción"*.

El razonamiento anterior nos lleva a pensar que, en algunos casos, los Juzgados estarían haciendo una diferenciación entre el *dies a quo* de las acciones ejercitadas antes de la firmeza de la resolución sancionadora y aquellas ejercitadas después. Sin embargo, como hemos dicho, nuestro ordenamiento jurídico las configura como una misma acción, por lo que parecería razonable que en los próximos tiempos las distintas Audiencias Provinciales estableciesen criterios uniformadores que aboguen por la seguridad jurídica en estos casos, que es, precisamente, el objeto de la institución de la prescripción. No parece compatible con ese principio que un potencial demandado pueda verse expuesto a una demanda por un plazo mayor al que razonablemente cabría esperar de acuerdo con los principios generales (primero cuando la resolución no sea firme y después por un nuevo plazo cuando lo sea).

Ese es el criterio que esgrime, por ejemplo, la sentencia núm. 228/2024, de 25 de julio, del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Barcelona: *"No tiene sentido ni procesal ni material que las indicaciones de esas rutas para reclamar el daño acaben convirtiéndose en acciones autónomas sometidas a plazos y requisitos distintos, del mismo modo, no tiene sentido hablar de acciones de naturaleza distinta [...]. Se trata de una única acción de naturaleza extracontractual que, atendiendo al criterio jurisprudencial sobre esta materia, se sometería al plazo de un año"* (en el mismo sentido se pronuncian las sentencias números 227/2024 y 229/2024, de 25 de julio, dictadas por el mismo Juzgado).

4. Conclusión

Hemos examinado los criterios no siempre coincidentes de nuestros Juzgados y Tribunales, que se enfrentan a la laboriosa tarea de aunar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, expresada esencialmente en la STJUE de 22 de junio de 2022 y en la STJUE de 28 de abril de 2024, con la normativa y la jurisprudencia nacionales relativas al inicio del cómputo del plazo de prescripción en asuntos de daños. Y ello sin olvidar el reiterado principio de efectividad, que exige que los potenciales perjudicados tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y reclamar el daño sufrido.

Hemos visto que, en ocasiones, existen opiniones diferentes en relación con la determinación del *dies a quo* en las acciones de daños, dependiendo de si la infracción la ha apreciado una decisión de la Comisión Europea o de la autoridad de la competencia española.

Sin embargo, el criterio que exige esperar a la firmeza de una resolución de la CNMC para que dé inicio del cómputo del plazo de prescripción supondría, a nuestro juicio, fabricar una ficción en la que no existe una única acción por daños, sino dos: una consecutiva (*follow on*) y una inde-

pendiente (*stand alone*), con criterios distintos para la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción (*quod non*).

Con todo, la respuesta debería, en nuestra opinión, ser más sencilla: lo verdaderamente relevante y coherente con la seguridad jurídica debería ser cuándo el perjudicado tuvo conocimiento de los elementos esenciales de hecho y de derecho para reclamar establecidos por el TJUE y el TS que se han explicado a lo largo de este trabajo o, lo que es lo mismo, cuando ostentó "aptitud plena para litigar" y no de si la resolución sancionadora emana de la Comisión Europea, o de la CNMC, y tampoco de si se trata de lo que doctrinalmente se ha denominado acción *follow on* o acción *stand alone*, cuya distinción viene únicamente determinada por la carga de la prueba de la infracción que se exige al demandante, pero no deberían tener diferente naturaleza a efectos del cómputo del plazo de prescripción.

Bibliografía

MARTÍ MIRAVALLS, Jaume (2023). Prescripción de las acciones de daños por infracción del derecho de la competencia. En *De iure mercatus. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez Cano. T. I.* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1157-1187.

ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo (2024). La cara B de la prescripción (y su dies a quo) en el «cártel de coches». *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, vol. 2024, Las Rozas (Madrid).

Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006. C-295/04. Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA (C-296/04) y Nicolò Tricarico (C-297/04) y Pasqualina Murgolo (C-298/04) contra Assitalia SpA. Petición de decisión prejudicial: Giudice di pace di Bitonto - Italia.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2022. AB Volvo y DAF TRUCKS NV contra RM. Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de León.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de abril de 2024. C-605/2021. Heureka Group a.s. contra Google LLC. Petición de decisión prejudicial planteada por el M stský soud v Praze.

Auto del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2023. C-198/22 y C-199/22. Deutsche Bank AG. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Barcelona.

Portugal

NÓTULA A RESPEITO DO DIREITO APLICÁVEL AO CONTRATO DE SUPRIMENTO

David Sequeira Dinis y Luís Bertolo Rosa

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

Nótula a respeito do direito aplicável ao contrato de suprimento

O problema da determinação do direito aplicável ao contrato de suprimento não tem merecido, tanto quanto é do nosso conhecimento, qualquer atenção por parte da doutrina ou da jurisprudência portuguesas. No entanto esta questão reveste crescente relevância prática, na medida em que é cada vez mais frequente as sociedades portuguesas terem pessoas singulares ou coletivas estrangeiras como sócias, caso em que as relações entre umas e outras deixam de relevar apenas do foro interno português e passam a revestir uma feição internacional. Pretendemos, com esta nótula, contribuir para colmatar esta lacuna, dilucidando brevemente a questão.

PALAVRAS-CHAVE:

Contrato de Suprimento, Sociedades Comerciais, Socios, Direito Internacional Privado, Obrigações Contratuais em matéria Civil e Comercial.

Law applicable to the supply contracts

The complexity of determining which law applies to supply contracts has not, to our knowledge, been sufficiently addressed by Portuguese academic opinion or case law. But this is now an extremely important issue in practice, as it is increasingly more common for shareholders of Portuguese companies to be foreign individuals or legal persons, which means that their interactions are no longer just subject to Portuguese law and take on an international dimension. This articles tries to fill this gap by briefly clarifying the issue.

KEYWORDS:

Supply contracts, commercial companies, shareholders, private international law, contractual obligations in civil and commercial matters.

FECHA DE RECEPCIÓN: 4-9-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-9-2024

Dinis, David Sequeira; Rosa, Luís Bertolo (2024). Nótula a Respeito do Direito aplicável ao Contrato de Suprimento. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 166-170 (ISSN: 1578-956X).

O contrato de suprimento encontra-se regulado nos artigos 243.º a 245.º do Código das Sociedades Comerciais. Na sua configuração típica, que, aliás, deu origem à figura, o contrato de suprimento consiste num mútuo concedido por um sócio (ou equiparado) à sociedade em que participa, ficando o crédito do sócio mutuante sobre a sociedade mutuária a ter "*caráter de permanência*" (v.g., prazo ou duração superior a um ano)¹.

Suponha-se, para efeitos de raciocínio, que um pessoa singular ou coletiva holandesa concede um empréstimo de prazo superior a um ano à sociedade por quotas portuguesa da qual é sócia. Coloca-se de imediato o problema de saber se o órgão de aplicação do direito português deve recorrer ao Regulamento Roma I² para determinar a lei aplicável a este contrato ou se, pelo contrário, deve aplicar o regime do contrato de suprimento previsto na lei portuguesa, por ser esta a lei pessoal da sociedade.

Como é sabido, as normas constantes dos regulamentos adotados pela União Europeia gozam de prevalência sobre as normas nacionais (cfr. artigo 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa), o que significa que o Regulamento Roma I prefere às normas de direito internacional privado portuguesas e que estas últimas só cobram efeito em relação às matérias que não caíam no âmbito de aplicação do Regulamento Roma I ou dos demais instrumentos europeus.

O Regulamento Roma I é aplicável "*às obrigações contratuais em matéria civil e comercial que impliquem um conflito de leis*" (cfr. artigo 1.º, n.º 1, 1.º parágrafo, do Regulamento Roma I). Ora, o contrato de suprimento é um negócio jurídico bilateral (*i.e.*, um contrato), celebrado entre dois particulares (a sociedade e o sócio), do qual emergem obrigações de natureza civil ou comercial. Por conseguinte, o contrato de suprimento cumpre o primeiro requisito de que depende a aplicação do Regulamento Roma I.

No entanto, o Regulamento Roma I não é aplicável às matérias enumeradas no número 2 do artigo 1.º, cuja alínea f) exclui expressamente do âmbito de aplicação deste diploma "*as questões reguladas pelo direito das sociedades e pelo direito aplicável a outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, tais como a constituição, através de registo ou por outro meio, a capacidade jurídica, o funcionamento interno e a dissolução de sociedades e de outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, bem como a responsabilidade pessoal dos sócios e dos titulares dos órgãos que agem nessa qualidade relativamente às obrigações da sociedade ou entidade*".

Deste modo, tudo está em saber se o contrato de suprimento (ou, em termos mais gerais, a figura dos suprimentos) deve ser considerado como "*uma questão regulada pelo direito das sociedades*" para efeitos da alínea f) do número 2 do artigo 1.º do Regulamento Roma I.

Conforme entendimento pacífico, os conceitos-quadro vertidos no Regulamento Roma I devem ser interpretados de forma *autónoma e supranacional*, ou seja, independente do ordenamento

jurídico nacional do intérprete³. Tanto vale por dizer que o conceito de “*questões reguladas pelo direito das sociedades*” utilizado no Regulamento Roma I não é sinónimo de toda e qualquer questão regulada pelo direito das sociedades português.

Ora, o Tribunal de Justiça da União Europeia já esclareceu por duas vezes que a norma em apreço deve ser interpretada no sentido de abranger apenas “*aspetos orgânicos*” da vida das sociedades⁴. Este entendimento é respaldado pelo Relatório Giuliano-Lagarde, o qual, a propósito da norma correspondente da Convenção de Roma de 1980, precisava que “*a mesma visa todos os atos de natureza complexa (contratuais, administrativos, registrais) necessários à constituição de uma sociedade ou à regulação do seu funcionamento interno ou da sua dissolução, ou seja, atos que pertencem à esfera do direito das sociedades*”, acrescentando que “*funcionamento interno designa, por exemplo, a convocação de assembleias, o direito de voto, o quórum necessário, a nomeação de membros dos órgãos da sociedade, etc.*”⁵.

Pois bem, o regime jurídico do contrato de suprimento (e dos suprimentos em geral) não se refere a *aspetos orgânicos* da sociedade ou ao respetivo *funcionamento interno*, nem, em geral, a qualquer uma das matérias identificadas no texto da norma em apreço (v.g., constituição, capacidade jurídica, dissolução, responsabilidade pessoal dos sócios e titulares de órgãos sociais pelas obrigações da sociedade). Reporta-se, antes, às relações jurídicas de natureza patrimonial que os sócios estabelecem com a sociedade à *margem* dos instrumentos próprios do direito das sociedades, que são as entradas de capital, as prestações acessórias e as prestações suplementares.

A matéria do contrato de suprimento (ou, em geral, dos suprimentos) não deve, por isso, ser considerada uma “*questão regulada pelo direito das sociedades*” para efeitos da alínea f) do número 2 do artigo 1.º do Regulamento Roma I, o que significa que este Regulamento é plenamente aplicável a esta matéria.

A conclusão alcançada no parágrafo anterior não causa surpresa. A generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus *desconhece* a figura dos suprimentos e trata os créditos emergentes de empréstimos concedidos por sócios em pé de igualdade com os emergentes de empréstimos concedidos por terceiros⁶, como acontecia em Portugal até à entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais. Por conseguinte, a questão do regime jurídico dos empréstimos concedidos pelos sócios (e dos créditos por eles detidos) não é considerada, por regra, como uma matéria *do foro* do direito das sociedades, objeto de tratamento *específico e diferenciado*. Ao invés, na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus é considerada matéria do foro contratual ou obrigacional, aplicando-se-lhe inequivocamente as normas de conflitos do Regulamento Roma I.

Considerando que, como acabámos de referir, o Regulamento Roma I é aplicável ao contrato de suprimento, perguntar-se-á se as normas dos artigos 243.º a 245.º do Código das Sociedades Comerciais poderão ser consideradas *normas de aplicação imediata*, caso em que seriam aplicáveis sempre que Portugal fosse o país do foro (cfr. artigo 9.º, n.º 1, do Regulamento Roma I).

Em nosso entender, a resposta não pode deixar de ser negativa. O regime dos suprimentos não reveste uma importância tal que deva ser “*considerado fundamental por [Portugal] para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica*”.

Aliás, se o fosse, mal se compreenderia que o legislador não tivesse consagrado o instituto para todas as sociedades comerciais, em vez de o ter feito apenas para as sociedades por quotas.

Não sendo as disposições dos artigos 243.^o a 245.^o do Código das Sociedades Comerciais qualificáveis como normas de aplicação imediata, segue-se que a determinação do direito aplicável ao contrato de suprimento (*rectius*, aos contratos que, no ordenamento jurídico português, seriam qualificados como suprimentos) deve ser feita nos termos das normas de conflitos gerais do Regulamento Roma I.

As partes podem, por isso, escolher livremente o direito aplicável ao contrato (cfr. artigo 3.^o, n.^o 1, do Regulamento) e, se a escolha recair sobre um direito estrangeiro, nem o direito português nem o regime dos suprimentos nele previsto serão aplicáveis.

Poder-se-ia objetar que esta solução permitiria ao sócio e à sociedade iludir facilmente o regime dos suprimentos, através da escolha de uma lei estrangeira para regular o seu contrato. Cumpre afastar este receio. O Regulamento Roma I limita os efeitos da escolha do direito aplicável quando estão em causa situações puramente domésticas. Neste tipo de casos, a escolha de uma lei estrangeira tem o valor de *referência material*: as normas da lei escolhida consideram-se incorporadas como cláusulas do contrato, mas apenas dentro dos limites traçados pelas normas imperativas do direito aplicável⁷. O número 3 do artigo 3.^o do Regulamento di-lo expressamente: "*caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse outro país não derogáveis por acordo*". Por conseguinte, se tanto o sócio mutuante como a sociedade mutuária tiverem nacionalidade portuguesa e residência habitual em Portugal, as normas dos artigos 243.^o a 245.^o do Código das Sociedades Comerciais, porque imperativas, aplicar-se-ão sempre ao contrato de mútuo por eles celebrado, ainda que as partes tenham escolhido uma lei estrangeira para regulá-lo.

Na ausência de escolha das partes, o contrato será regulado pela lei da residência habitual do contraente que deva efectuar a prestação característica (cfr. artigo 4.^o, n.^o 2, do Regulamento Roma I). No caso do mútuo, a prestação característica consiste no *desembolso* do empréstimo⁸. Logo, o direito aplicável a um mútuo concedido por um sócio (mutuante) a uma sociedade portuguesa (mutuária) será a lei do país onde o sócio tiver a sua residência habitual. Se o sócio tiver residência habitual num país estrangeiro, aplicar-se-á a lei deste país e não a lei portuguesa, o que significa que o regime jurídico do contrato de suprimento previsto nos artigos 243.^o e 245.^o do Código das Sociedades Comerciais não será aplicável.

Para concluir estes breves apontamentos, cumpre-nos lembrar que a solução preconizada nos parágrafos anteriores consiste apenas em submeter o contrato de suprimento ao jogo normal das regras de conflitos vigentes em quase todos os Estados-Membros da União Europeia. Esta é, por isso, a solução que melhor promove a harmonia jurídica internacional, o que constitui, por si só, um motivo adicional para o seu acolhimento.

Notas

- 1 Adicionalmente, ficam sujeitas ao regime do contrato de suprimento as obrigações da sociedade para com os sócios (ou equiparados) que possuam caráter de permanência, ainda que não tenham origem contratual (p.ex., a obrigação de entregar ao sócio os lucros distribuídos) ou o respetivo crédito tenha sido adquirido por um sócio a um terceiro (p.ex., a obrigação de reembolsar o empréstimo concedido por um banco, que cedeu o crédito correspondente a um sócio). Excetua-se os casos em que o caráter de permanência do crédito for alheio à qualidade de sócio do respetivo titular.
- 2 Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.
- 3 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia de 14-10-1976 (C-29/76, *Eurocontrol*). Na doutrina, MAGNUS, Ulrich e MANKOWSKY, Peter (ed.) (2017). *Rome I Regulation*. Otto Schimdt, Köln, pp. 34-35.
- 4 Cfr. acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia de 08-05-2019 (C-25/18, *Kerr*) e de 03-10-2019 (C-272/18, *Verein für Konsumenteninformation*).
- 5 Cfr. Relatório Giuliano-Lagarde, anotação ao artigo 1.º, ponto 6, da Convenção de Roma. Tradução nossa.
- 6 Segundo Alexandre Mota Pinto, apenas os ordenamentos jurídicos português, grego, alemão, eslovaco e esloveno regulam de forma diferenciada os créditos dos sócios sobre as sociedades em que participam. Cfr., do autor, a obra *Do Contrato de Suprimento - O Financiamento da Sociedade entre Capital Próprio e Capital Alheio*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 241-243.
- 7 MAGNUS, Ulrich e MANKOWSKY, Peter (ed.) (2017), *ob. cit.*, p. 228.
- 8 MAGNUS, Ulrich e MANKOWSKY, Peter (ed.) (2017), *ob. cit.*, p. 363.

Foro de Actualidad

Latinoamérica

REÚSO DE LAS AGUAS GRISES EN CHILE. CONTENIDOS DE INTERÉS DE SU REGULACIÓN Y RETOS PARA UNA EFECTIVA IMPLEMENTACIÓN

Sergio Jaque

Asociado del Grupo de Recursos Hídricos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Chile)

Reúso de las aguas grises en Chile. Contenidos de interés de su regulación y retos para una efectiva implementación

El presente foro aborda los principales contenidos de la regulación relativa al reúso de las aguas grises en Chile, tras la reciente dictación del reglamento que detalla los requisitos y condiciones para el desarrollo de este tipo de proyectos, tras varios años de haberse publicado la respectiva ley. A su vez, se expondrán los retos socioculturales, económicos y regulatorios que se vislumbran para una efectiva implementación de la mencionada regulación, los cuales deberán ser debidamente abordados por las autoridades con competencias en la materia.

PALABRAS CLAVE:

Recursos hídricos, Aguas grises, Depuración, Reutilización de aguas.

Reusing grey water in Chile. Interesting aspects of its regulation and challenges of implementing it effectively

This article explores the main aspects of the regulation on reusing grey water in Chile some years after the regulation on the requirements and conditions to develop projects in this field was enacted. We also analyse the sociocultural, economic and regulatory challenges of implementing the regulation effectively, which the competent authorities themselves will also have to do.

KEYWORDS:

Water resources, grey water, purification, water reuse.

FECHA DE RECEPCIÓN: 25-6-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 27-6-2024

Jaque, Sergio (2024). Reúso de las aguas grises en Chile. Contenidos de interés de su regulación y retos para una efectiva implementación. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 171-179 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 15 de febrero de 2018, se publicó en el *Diario Oficial* la Ley N.º 21.075, que regula la recolección, reutilización y disposición de las aguas grises. Este proyecto de ley se tramitó durante casi cuatro años y se basó en consideraciones importantes, como la prolongada sequía y escasez hídrica que afecta a gran parte de Chile y el uso intensivo del agua en ciertas actividades productivas. Además, se mencionó la pérdida de este recurso vital debido a la contaminación, la ineficiencia en su uso y la falta de inversión en riego.

Dentro de este marco, se destacó la relevancia de las políticas públicas destinadas a favorecer la captación y acumulación de aguas, especialmente a través de mecanismos de reutilización. Las aguas grises, provenientes de baños, duchas, lavaderos y otros, pueden ser recuperadas mediante sistemas de limpieza y depuración de mediana complejidad. Estas aguas reutilizadas pueden utilizarse para llenar inodoros, riego o limpieza de exteriores.

La Ley estableció definiciones clave relacionadas con su objeto de regulación. Por ejemplo, se entiende por *aguas residuales* aquellas que se descargan después de haber sido utilizadas en un proceso o producidas por este, sin tener valor inmediato para dicho proceso. Las *aguas grises* son aquellas "*aguas servidas domésticas residuales provenientes de las tinas de baño, duchas, lavaderos, lavatorios y otros, excluyendo las aguas negras*". Por su parte, las *aguas negras* son aquellas "*aguas residuales que contienen excretas*" y, finalmente, las *aguas servidas domésticas* se definen como las "*aguas residuales que contienen los desechos de una edificación, compuestas por aguas grises y aguas negras*".

La reutilización de las aguas grises ofrece varios beneficios, como ser una fuente alternativa de suministro en zonas con escasez hídrica, tener estabilidad en el flujo debido al consumo de la población e industrias, y presentar menores costos en comparación con otras alternativas, como la desalinización. Además, al aplicar tratamientos adecuados, se pueden destinar a diversos usos, reservando el agua de mejor calidad para fines domésticos.

Una prevención relevante es que la Ley regula solo una parte de las aguas servidas residuales generadas en entornos domésticos. Esta categoría incluye las aguas provenientes de tinas de baño, duchas, lavaderos y lavatorios, excluyendo las aguas negras que contienen excretas. Sin embargo, esta regulación se aplica únicamente si estas aguas grises se separan de las aguas negras mediante redes independientes. Además, se debe prevenir que la Ley no aborda la recolección, tratamiento

y disposición de las aguas servidas que se evacúan al alcantarillado, sin que en Chile exista a la fecha un marco legal específico que regule la reutilización de estas aguas servidas.

Recientemente, y como se verá a continuación, se publicó en el *Diario Oficial* el Decreto Supremo del Ministerio de Salud N.º 40/2024 "Reglamento sobre condiciones sanitarias básicas para la reutilización de aguas grises" ("Reglamento"), que permite conocer los requisitos y condiciones para el desarrollo de proyectos de reutilización de aguas grises.

2. Contenidos de interés de la Ley y el Reglamento

Una primera cuestión que se debe tomar en consideración es que la Ley determinó que un reglamento deberá establecer el destino que podrá darse a las aguas grises tratadas, definiendo los requisitos a los que se someterán los sistemas de reutilización de aguas grises ("SRAG") para cada uso autorizado, así como las calidades específicas del efluente tratado y las exigencias de control de su funcionamiento.

También se contempló la posibilidad de que el Reglamento estableciera las protecciones y señaléticas asociadas a los espacios destinados al tratamiento de las aguas grises y a los sitios o artefactos donde estas se utilicen, advirtiendo su condición.

El Reglamento encomendado al Ministerio de Salud cumple importantes funciones asociadas a la operatividad de los SRAG y a los usos y calidades que correspondan. Lamentablemente, el Reglamento fue publicado recién en mayo de 2024 tras más de seis años desde la publicación de la Ley, razón por la cual la Ley no ha sido puesta en ejecución (de acuerdo con una disposición transitoria este comenzará a aplicarse recién en noviembre de 2024), con la consecuente ineficiencia en el aprovechamiento de los recursos hídricos.

Si bien la Ley no lo menciona explícitamente, es importante destacar que esta tiene un carácter voluntario en dos aspectos. El primero de ellos es que los propietarios de inmuebles existentes antes de la publicación de la Ley no están obligados a adaptar sus instalaciones sanitarias para recolectar, tratar y reutilizar aguas grises. La normativa se aplica únicamente a aquellos que deseen implementar sistemas de reutilización de aguas grises después de la publicación de la Ley y la emisión de las regulaciones correspondientes. El segundo es que, hasta la fecha de publicación de la Ley, no existían edificaciones que deban contar obligatoriamente con sistemas de tratamiento de aguas grises, ya sea debido a su tamaño o al potencial de reutilización de estas aguas.

En relación con el alcance de la Ley, el artículo 1.º establece que esta regula los sistemas de reutilización de aguas grises, aplicándose tanto en áreas urbanas como rurales. Los inmuebles ubicados en estas áreas pueden contribuir con aguas grises para su tratamiento y posterior uso.

La Ley distingue tres tipos de sistemas de reutilización de aguas grises:

- i. Sistemas de reutilización de aguas grises domiciliarios, que son los que aprovechan las aguas grises dentro del inmueble donde se generan y las tratan para los fines autorizados.

- ii. Sistemas de reutilización de aguas grises domiciliarios colectivos, en los que se aprovechan y tratan las aguas grises producidas en un edificio o conjunto de edificaciones, como un condominio o comunidad.
- iii. Sistemas de interés público, que benefician áreas verdes, parques o centros deportivos públicos. Deben estar admitidos por el instrumento de planificación territorial y, en su caso, por el proyecto de urbanización. Además, la Ley considera como sistemas de interés público aquellos que recolectan, tratan y reutilizan aguas grises generadas por establecimientos educacionales públicos o que se destinan al riego u otros fines que benefician a dichos establecimientos. También se incluyen aquellos sistemas calificados como tales por el órgano administrativo competente, destinados a la protección, preservación y conservación de áreas protegidas o que contribuyan a la sustentabilidad ambiental. Estos sistemas pueden ser de propiedad o administración municipal, del Servicio de Vivienda y Urbanización u otro órgano estatal. La Ley permite licitaciones públicas para la recolección, tratamiento y reutilización de aguas grises.

En resumen, la Ley regula las aguas grises provenientes de inmuebles individuales, grupos de inmuebles (como edificios o condominios) o sistemas más amplios de carácter público. El artículo 7.º de la Ley establece que las aguas grises pueden tratarse y reutilizarse dentro del inmueble del aportante o descargarse en redes de sistemas domiciliarios colectivos o de interés público. En todos los casos, las aguas grises deben separarse de las aguas negras para su tratamiento y reutilización.

Por su parte, el Reglamento establece las condiciones sanitarias que deberán cumplir los SRAG, así como los requisitos y antecedentes que se deberán acompañar a las solicitudes de aprobación de los correspondientes proyectos.

Según el mismo artículo 7.º, los Sistemas de Recolección de Aguas Grises deben mantener una conexión operativa con un servicio de recolección de aguas servidas o un sistema particular de estas aguas. Esto permitiría la evacuación en caso de fallas, emergencias u otras situaciones en las que no se requiera reutilizar el agua. Sin embargo, la Ley, en su artículo 2.º, letra l), solo establece la obligatoriedad para los concesionarios de servicios sanitarios de recolección de aguas servidas de prestar estos servicios dentro de su territorio operacional para el evento de que se trate de un sistema de interés público, pero no así respecto de los demás sistemas ya enunciados.

El Reglamento reitera la obligatoriedad de la conexión operativa mencionada, para permitir la evacuación de aguas grises en caso de fallas, emergencias u otras situaciones que cita a modo de ejemplo, entre las cuales destacan las labores de limpieza de la infraestructura, superación del tiempo máximo de almacenamiento, etc.

Es relevante destacar que los SRAG requieren la aprobación por parte de la autoridad sanitaria regional ("SEREMI de Salud") para su funcionamiento. Para obtener dicha aprobación, el interesado debe presentar una solicitud de aprobación del proyecto siguiendo las menciones establecidas en el artículo 3.º de la Ley.

Una vez presentada la solicitud, la SEREMI de Salud competente emitirá una resolución. Si se autoriza el SRAG, se considerarán varios aspectos importantes. Estos incluyen el plazo de la autorización, que según el artículo 7.º del Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Salud Pública N.º 725/1967 (que aprueba el Código Sanitario) será de un mínimo de tres años. También se identificarán los fines a los que se podrán destinar las aguas grises tratadas, junto con los estándares que deben cumplirse según esos mismos fines.

Sobre este punto, el Reglamento estableció una dualidad de autorizaciones para que un SRAG pueda funcionar: en primer lugar, la autorización del correspondiente proyecto y luego, una vez construido, la autorización de funcionamiento, detallando los contenidos que deben contener las correspondientes solicitudes según cada tipo de sistema. Cabe señalar que, en zonas rurales, basta con las mencionadas autorizaciones de la SEREMI de Salud, mientras que en zonas urbanas —cuestión que no regula la Ley— se deberá contar, además, con la aprobación de los respectivos proyectos, por parte de las concesionarias de servicios sanitarios, conforme a las instrucciones que entregue la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

La Ley definió en su artículo 8.º los destinos o usos que se le pueden dar a las aguas grises de la siguiente manera: *"El reglamento establecerá el destino que podrá darse a las aguas grises tratadas, los que podrán ser: 1.- Urbanos. En esta categoría se incluyen el riego de jardines o descarga de aparatos sanitarios. 2.- Recreativos. Esta categoría incluye el riego de áreas verdes públicas, campos deportivos u otros con libre acceso al público. 3.- Ornamentales. En esta categoría se incluyen las áreas verdes y jardines ornamentales sin acceso al público. 4.- Industriales. Incluye el uso en todo tipo de procesos industriales no destinados a productos alimenticios y fines de refrigeración no evaporativos. 5.- Ambientales. Incluye el riego de especies reforestadas, la mantención de humedales y todo otro uso que contribuya a la conservación y sustentabilidad ambiental"*.

A varios años de dictada la Ley y encontrándose aún pendiente su Reglamento, se publicó en el *Diario Oficial* la Ley N.º 21.623/2023 que *"Modifica la Ley N.º 21.075, que regula la recolección, reutilización y disposición de aguas grises, para fomentar la reutilización de aguas grises tratadas en la agricultura"*, la cual en su artículo único incorporó un sexto uso: *"6. Silvoagropecuarios. Incluye el riego de cultivos agrícolas, salvo los prohibidos en el artículo 9. Considera, entre otros, el riego de especies arbóreas o arbustivas frutales, cereales, cultivos industriales, viveros, cultivos de plantas leñosas, cultivos ornamentales, cultivos de flores, praderas o empastadas y producción de semillas"*.

Esta incorporación es de sumo valor, dado que se había excluido una parte importante de los usos que habitualmente se le dan a las aguas grises y que han demostrado buenos resultados en otros países, cuestión que ya había sido advertida por la doctrina nacional y que, además, en la práctica ya se estaban dando en el país (p. ej., en proyectos de riego de alfalfa).

Luego, en el artículo 9.º la Ley establece una serie de prohibiciones: *"Se prohíbe la reutilización de aguas grises tratadas para los siguientes usos: 1.- Consumo humano y en general servicios de provisión de agua potable, así como riego de frutas y hortalizas que crecen a ras de suelo y suelen ser consumidas crudas por las personas, o que sirvan de alimento a animales que pueden transmitir afecciones a la salud humana. 2.- Procesos productivos de la industria alimenticia. 3.- Uso en establecimientos de salud en general. 4.- Cultivo acuícola de moluscos filtradores. 5.- Uso en piletas, piscinas y balnearios. 6.- Uso en torres de refrigeración y condensadores evaporativos. 7.- Uso en"*

fuentes o piletas ornamentales en que exista riesgo de contacto del agua con las personas. 8.- Cualquier otro uso que la autoridad sanitaria considere riesgoso para la salud".

La Ley limitó los usos originalmente contemplados en el proyecto de ley. En particular, en lo que respecta a los usos urbanos, se eliminó la mención a la limpieza de calles e inmuebles, la lucha contra incendios y el lavado industrial de vehículos, sin que exista una razón declarada al respecto. Además, en el caso de los usos agrícolas, se excluyeron de la lista de posibles aplicaciones para las aguas grises, estableciendo una prohibición general para el *"riego de frutas y hortalizas que crecen a ras de suelo y suelen ser consumidas crudas por las personas, o que sirvan de alimento a animales que pueden transmitir afecciones a la salud humana"*.

Una de las razones por las cuales resultaba necesario que se dictara el Reglamento, y que por lo demás significó que no se pudieran concretar proyectos de reutilización de aguas grises durante varios años y hasta la actualidad, era que el Reglamento debía hacerse cargo de definir las calidades de las aguas grises tratadas según cada uso, cuestión que tras su dictación se aborda en el título IV, en los artículos 33 y siguientes, para lo cual se tomó en consideración el potencial nivel de riesgo de exposición de las personas a las aguas grises tratadas. De esta manera, se estableció que los SRAG a utilizar en cada caso deben ser acordes al origen y calidad de las aguas, y a la calidad que deban alcanzar según el uso previsto.

Al efecto, se fijaron cuatro tablas, asociadas a los usos urbanos, recreativos, ornamentales y silvoagropecuarios, incluyendo ciertos parámetros, sus unidades y límites máximos. Para los usos industriales y ambientales se estableció que la Autoridad Sanitaria fijará, a través de la aprobación del proyecto y la autorización de funcionamiento, las condiciones que deberá cumplir el sistema de reutilización, de manera que las aguas grises y su calidad no pongan en riesgo la salud de los trabajadores, del público y del entorno, según sean las características de cada proyecto.

Otra cuestión de interés, surgida durante la tramitación de la Ley, fue que diversos actores plantearon una observación relevante: el uso de suelo destinado a fines habitacionales o áreas verdes no permitía la instalación de plantas de tratamiento. Esta limitación ponía en riesgo la eficacia de la ley. Sin embargo, se resolvió este problema al incluir el siguiente texto en el artículo 2.º, letra m):

"Las plantas de tratamiento de aguas grises se considerarán como uso de suelo para efectos de su emplazamiento, siempre y cuando se respeten las condiciones establecidas por la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC)".

Esta inclusión busca abordar la problemática relacionada con el uso del suelo al delegar en la OGUC la responsabilidad de establecer las condiciones que deben cumplirse al construir plantas de tratamiento de aguas grises.

Por otro lado, el artículo 14 de la Ley establece que la OGUC determinará qué edificaciones deben contar obligatoriamente con SRAG. El objetivo es asegurar una utilización eficiente de los recursos hídricos en dichos proyectos, considerando factores como la ubicación geográfica, el déficit de recursos hídricos, la carga de ocupación y el uso potencial del agua.

Es importante destacar que esta norma constituye una excepción a la voluntariedad de la Ley. Además, según el artículo transitorio, no se podrán exceptuar de esta obligación a las unidades no habitacionales de cinco mil metros cuadrados o más.

Sobre este punto, el Decreto Supremo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo N.º 10/2020 que "Modifica Decreto Supremo N.º 47, de vivienda y urbanismo, de 1992, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, en lo relativo a establecer los trámites y requisitos de los permisos de loteo y edificación que incorporen sistemas de reutilización de aguas grises", definió que deberán contar con sistemas de reutilización de aguas grises las edificaciones cuya superficie edificada sea igual o superior a 5000 metros cuadrados, sin importar su destino y emplazamiento, exceptuando aquellas destinadas a vivienda, en las cuales su implementación será optativa, agregando otro tipo de edificaciones que les resultará obligatorio, como aquellas destinadas a hospedajes y servicios, educación, y comercio, distinguiendo entre cargas de ocupación según las regiones del país. A su vez se contemplan las edificaciones destinadas a terminales de transporte de pasajeros terrestre, ferroviario, portuario y aeroportuario cuya sala de espera tenga una carga de ocupación superior a 500 personas, sin importar su ubicación ni región donde se emplacen. Esta normativa entrará en vigencia a los 180 días de que entre en vigencia el Reglamento.

En otro orden de ideas, es necesario destacar que, una vez que las aguas residuales son liberadas desde las edificaciones hacia las redes de alcantarillado, las empresas concesionarias de servicios públicos sanitarios las recogen para su posterior tratamiento y disposición. Por estas acciones, cobran una tarifa a los usuarios de dichos servicios.

La instalación de sistemas de recolección y tratamiento de aguas grises tiene como objetivo reducir la cantidad de aguas residuales que se vierten en las redes de alcantarillado. Como resultado, la tarifa por el servicio de recolección, tratamiento y disposición debe ajustarse. Si la tarifa se mantuviera sin cambios, parte del cobro carecería de justificación, lo que podría considerarse un enriquecimiento sin causa o ilícito.

El legislador previó esta situación y, en el artículo 13 de la Ley, ordenó incorporar lo siguiente al inciso segundo del artículo 6.º del Decreto con Fuerza de Ley N.º 70/1988 del Ministerio de Obras Públicas, que regula las tarifas de los servicios sanitarios: *"Deberá considerarse el menor costo que exista en cada etapa producto de la recolección, tratamiento y disposición separada de las aguas grises, para lo cual los procesos de fijación de tarifas deberán determinar un factor de descuento que dé cuenta del menor uso de las redes y sistemas de recolección"*.

Al respecto, es destacable que los decretos que fijan fórmulas tarifarias de los servicios de producción y distribución de agua potable y recolección y disposición de aguas servidas estén contemplando dichos factores de descuento, con fórmulas que le permiten a un desarrollador de un proyecto conocer los tiempos de amortización de las inversiones necesarias para llevarlos a cabo.

Finalmente, es dable indicar que el Reglamento regula *in extenso* y detalladamente el diseño de los sistemas (estanques, tuberías, conexión con red de alcantarillado, etc.) y su operación (personal, manuales, capacitaciones, limpieza, etc.), monitoreo y control, y la procedencia de sumarios sanitarios en caso de infracciones.

3. Retos asociados a la implementación de la legislación de aguas grises

Expuestas las principales cuestiones de interés de la Ley, su Reglamento y otras normativas relacionadas, corresponde explicitar los principales retos que se advierten para la efectiva implementación de esta nueva regulación.

Una primera cuestión dice relación con el reto que representará que la ciudadanía acepte la utilización de las aguas grises, principalmente en usos agrícolas y silvoagropecuarios, dado que existe una natural y comprensible resistencia por el origen de estas aguas, por más de que existan la tecnología y los tratamientos que logran la calidad de agua potable, incluso de las aguas servidas, existiendo además evidencia de que el reúso es seguro. Como solución, será necesario realizar campañas educativas y de sensibilización, en que se representen las ventajas de la utilización de este tipo de agua, junto con la explicación de su nivel de riesgo, pudiendo recurrir a la experiencia comparada.

Por otro lado, se advierte un desafío de carácter económico, dado que los proyectos y edificaciones que decidan implementar el reúso de aguas grises deberán construir redes propias de recolección, impulsión y plantas de tratamiento (según corresponda) diferentes a las de las aguas servidas con que ya cuenta cada inmueble. Se deberán evaluar, como políticas públicas, la implementación de planes piloto para determinar los reales costos de la puesta en marcha de los SRAG y el otorgamiento de posibles subsidios.

También se ha indicado como reto o desafío que los diferentes órganos de la Administración del Estado que se relacionan con la implementación de la Ley, como lo son aquellos con competencias sanitarias, urbanísticas y ambientales, deberán actuar coordinada y colaborativamente para la adecuada implementación de la nueva legislación, dado que proyectos de esta envergadura (principalmente los sistemas de interés público) requerirán necesariamente integrar cuestiones de dicha índole.

Las autoridades, además, deberán enfrentar el desafío de modificar cuerpos normativos que se relacionan directamente con la nueva legislación, para llenar vacíos o dificultades interpretativas que ya se están enunciando. Así, por ejemplo, se ha levantado la interrogante sobre si las calidades de las aguas exigidas en el reglamento constituyen una nueva norma de emisión o si el pronunciamiento de la autoridad sanitaria constituirá un permiso ambiental sectorial mixto que haga necesaria la modificación del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Desde el punto de vista ambiental, el desafío principal consiste en prever y anticiparse a los posibles impactos ambientales que puede significar el reúso de aguas grises, de manera tal que el agua sea tratada adecuadamente según el uso final, sin afectar al medio ambiente ni tampoco a la salud de la población.

Urbanísticamente y una vez que entren en vigor las adecuaciones a la OGUC, constituirá un reto el hecho de que los titulares de proyectos de infraestructura que obligatoriamente deban contar

con SRAG efectivamente los ejecuten de acuerdo con la nueva normativa, y que las autoridades a cargo de autorizar su construcción y recepción definitiva efectivamente hagan cumplir la nueva normativa, sin que se pueda alegar desconocimiento de ella.

Integrar adecuada y oportunamente todas las variables y normativas expuestas, sin duda, constituye el principal reto para que en Chile se puedan utilizar efectivamente las aguas grises tratadas, aprovechando todos los beneficios que esto conlleva, tras años de prolongada sequía, escasez hídrica y derroche y mal uso del agua.

Unión Europea

EL REGLAMENTO DE IA: EL PRIMER PASO DEL CAMINO HACIA UNA REGULACIÓN COMPLETA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Salvador Espinosa de los Monteros Pérez-Brotóns
y Gonzalo Sanz Setién

Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

El Reglamento de IA: el primer paso del camino hacia una regulación completa de la inteligencia artificial

En medio de la vertiginosa digitalización que caracteriza a la Cuarta Revolución Industrial, las autoridades europeas han sido pioneras en la regulación de la inteligencia artificial con la aprobación de un nuevo Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en este ámbito para la Unión Europea.

El presente artículo analiza los aspectos esenciales del Reglamento que tendrán un impacto significativo en la regulación de la inteligencia artificial en otras jurisdicciones, como en Estados Unidos o en China. El Reglamento de inteligencia artificial busca alcanzar un delicado equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y el apoyo a la innovación. Esta nueva normativa define los conceptos clave de la materia, establece un sistema de control basado en el riesgo e impone una serie de requisitos y obligaciones sobre los sistemas de inteligencia artificial y sus operadores, además de fijar un concreto régimen sancionador.

PALABRAS CLAVE:

Inteligencia artificial, Enfoque basado en el riesgo, Seguridad, Innovación, Derechos fundamentales.

EA AI Act: a first step towards full regulation

In the midst of the meteoric rise of digitalisation that epitomises the Fourth Industrial Revolution, European authorities are leading the way when it comes to regulating AI by adopting a new piece of legislation that provides the harmonised rules in this area for the European Union.

This article analyses the main aspects of the EU AI Act, which will affect how AI is regulated in other jurisdictions, such as the United States and China. The Act seeks to strike a delicate balance between protecting fundamental rights and fostering innovation. This new piece of legislation defines the key concepts in the field, establishes a risk-based control system and imposes a series of requirements and obligations on AI systems and their operators; it also includes specific penalties.

KEYWORDS:

Artificial Intelligence (AI), Risk-Based Approach, Security, Innovation, Fundamental Rights.

FECHA DE RECEPCIÓN: 3-6-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23-6-2024

Espinosa de los Monteros Pérez-Brotóns, Salvador; Sanz Setién, Gonzalo (2024). El Reglamento de IA: el primer paso del camino hacia una regulación completa de la inteligencia artificial. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 180-196 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Después de un largo proceso de negociaciones, el Consejo de la Unión Europea (el “Consejo de la UE”) y el Parlamento Europeo (el “Parlamento”) alcanzaron el 9 de diciembre de 2023 un histórico acuerdo sobre una propuesta normativa en materia de inteligencia artificial (“IA”). Meses más tarde, el 13 de marzo de 2024, el Parlamento aprobó, en primera lectura, la propuesta de “Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión” y, el 21 de mayo de 2024, el Consejo dio definitivamente luz verde a la primera norma global sobre IA mediante la aprobación del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (publicado en el DOUE de 12 de julio de 2024 —el “Reglamento”—).

El Reglamento se enmarca en el contexto de la “Estrategia Europea de IA”, mediante la que las instituciones europeas aspiran a convertir a la Unión Europea (“UE” o “Unión”) en un centro de excelencia mundial en materia de IA, siendo la primera norma jurídica de calado sobre la materia, tal y como ya logró la UE en otros ámbitos, como la protección de datos.

Como abordaremos más adelante, el Reglamento busca compaginar el fomento de la inversión y la protección de los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de derecho, para lo que ha adoptado un enfoque basado en el riesgo, que pretende limitar las obligaciones aplicables a aquellos sistemas de IA que presenten un riesgo bajo.

1.1. Antecedentes en la normativa europea

La rápida evolución de la IA en los últimos años ha puesto de manifiesto la necesidad de dotar a esta tecnología de un marco jurídico propio. A tal efecto, la UE ha venido otorgando a la IA un papel político primordial, a través de un enfoque que garantice una IA segura y fiable, centrada en el ser humano y que respete los valores europeos, establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

El debate a nivel europeo sobre la materia comenzó ya en febrero de 2017, cuando el Parlamento instó a la Comisión Europea (la “Comisión”) a evaluar el impacto de la IA y preparar una estrategia europea para regular esta tecnología. Asimismo, como prueba de la gran importancia que otorga a la IA, el Parlamento continuó con su actividad en este campo, y adoptó durante los años 2020 y 2021 una serie de resoluciones en las que instaba de nuevo a la Comisión a establecer un marco jurídico de principios éticos para el desarrollo, despliegue y uso de la IA, la robótica y las nuevas tecnologías.

En la misma línea, el Consejo Europeo ha insistido también en la necesidad de adoptar normas comunes sobre IA. Baste resaltar a estos efectos sus Conclusiones de 19 de octubre 2017 y 11 de febrero de 2019, así como particularmente las del 9 de junio de 2020, en las que pedía a la Comisión que presentase propuestas concretas para garantizar que la IA se usara de un modo proporcionado y que minimizara sus riesgos.

En vista de estas solicitudes, la Comisión adoptó en abril de 2019 el primer instrumento de *soft law* sobre IA con la publicación de las *Directrices éticas para una IA fiable*, en las que ya ponía el foco en la necesidad del respeto a los derechos fundamentales. Posteriormente, puso en marcha el proceso legislativo mediante la publicación, en febrero de 2020, del *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial*, y el comienzo, en esa misma fecha, de una consulta pública sobre la materia. Además, en abril de 2021, la Comisión publicó una evaluación de impacto, en la que identificó algunos de los principales problemas a abordar en relación con los sistemas de IA, tales como su opacidad, complejidad, comportamiento autónomo, etc.

Como puede verse, estas primeras aproximaciones reflejan ya las preocupaciones clave de las instituciones europeas, que se centran en garantizar la fiabilidad de los sistemas de IA y minimizar el riesgo de vulneración de derechos fundamentales. De hecho, los resultados de la consulta pública antes mencionada fueron precisamente la base del primer borrador del Reglamento.

1.2. La IA en otras jurisdicciones

Sin perjuicio del liderazgo normativo que la UE ha tratado de ejercer en materia de IA, otras jurisdicciones no se han mostrado ajenas a esta tecnología y han venido ofreciendo respuestas de distinto calado e intensidad normativa. Por citar algunos ejemplos:

- i. Estados Unidos partió de un enfoque liberal, más permisivo con el desarrollo de estos sistemas, para después aumentar su intervención. Así, en octubre de 2023, la Casa Blanca publicó un compendio de principios para orientar el diseño, uso e implementación de

sistemas automatizados, con el objetivo de proteger los derechos de sus ciudadanos en la era de la IA. En la misma línea, el presidente Joe Biden promulgó en esas mismas fechas una orden ejecutiva que establecía, por primera vez, obligaciones sobre los sistemas de IA, buscando proteger la intimidad de sus ciudadanos y fomentar la competencia en este mercado.

- ii. China ha sido, desde 2017, pionera en la creación de una estrategia nacional de IA, que se ha centrado en fomentar el desarrollo del país como un *hub* tecnológico en materia de inteligencia artificial. En particular, el Gobierno del país asiático se ha mostrado muy receptivo a las preocupaciones de la industria, buscando así tomar la delantera en la carrera por el desarrollo de *large language models*. A nivel normativo, este enfoque se ha plasmado en una ley general reguladora de la IA y en un reglamento sobre la gestión de los servicios de IA generativa que, pese a ser instrumentos novedosos, adoptan un enfoque poco restrictivo.
- iii. En cuanto a Reino Unido, el Gobierno ha optado por un enfoque basado en principios normativos más que en nuevas obligaciones de *compliance*. Así, su estrategia se ha centrado en promover la innovación, regulando la IA a través de leyes existentes, y en promover un marco general que pueda ser interpretado y aplicado por los reguladores sectoriales.
- iv. A nivel internacional cabe resaltar, entre otras, las iniciativas adoptadas por la OCDE (a través de la adopción de sus *Principios no vinculantes sobre la IA* en 2019 y que se ha actualizado en mayo de 2024), la UNESCO (que aprobó en noviembre de 2021 la *Recomendación sobre la ética de la IA*, adoptada por los 193 Estados miembros), el G7 (que publicó los *Principios rectores internacionales del proceso de Hiroshima para un sistema avanzado de IA*) y el Consejo de Europa (que adoptó el primer tratado internacional sobre IA, denominado *Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y derechos humanos, democracia y Estado de derecho*).

2. Objetivos y ámbito de aplicación

2.1. Objetivos

Como hemos adelantado en la sección anterior, el enfoque europeo en materia de IA se ha centrado en un objetivo principal: garantizar un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad, los derechos fundamentales, la democracia, el Estado de derecho y el medio ambiente.

Naturalmente, esta aproximación ha regido los pasos de las instituciones europeas con respecto al Reglamento, que, conforme a las palabras de la propia Comisión, tiene como objetivos específicos: (i) garantizar que la IA se use en el mercado europeo de forma fiable y segura; (ii) mejorar la gobernanza y la aplicación efectiva de la normativa vigente en materia de derechos fundamentales; (iii) facilitar el desarrollo de un mercado único de IA; y (iv) garantizar la seguridad jurídica, para impulsar la inversión e innovación en IA.

2.1.1. SEGURIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Como resulta evidente, y resalta el Reglamento ya en sus considerandos, los sistemas de IA presentan importantes implicaciones éticas y de seguridad, lo que hace especialmente relevante su solidez técnica y fiabilidad. A modo de ejemplo, el propio Reglamento cita algunos casos de usos “preocupantes” de los sistemas de IA, como pueden ser los sistemas de *social scoring*, sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real en espacios públicos, bases de datos de reconocimiento facial, sistemas para la supervisión y detección de comportamientos prohibidos durante exámenes, etc.

Por ello, el objetivo a este respecto del Reglamento es garantizar que los sistemas de IA sean resilientes en caso de dificultades y frente a intentos de alterar su funcionamiento, así como que tengan capacidad para impedir usos ilícitos por terceros y minimizar daños potenciales.

En definitiva, el Reglamento muestra la plena conciencia que tienen las instituciones europeas acerca de la posibilidad de que un mal uso de estos sistemas tenga consecuencias muy perjudiciales a nivel social, buscando ofrecer soluciones y mecanismos de gobernanza y de protección *ex ante* para intentar que estas posibles externalidades negativas queden todo lo minimizadas que sea posible.

2.1.2. INVERSIÓN

Pese a su preocupación por los riesgos, el Reglamento demuestra también que la UE es consciente del alto potencial de los sistemas de IA, que ofrecen grandes oportunidades para el desarrollo económico y social. De este modo, la norma busca alcanzar un complicado equilibrio entre seguridad e inversión, que permita, por un lado, garantizar el respeto a los derechos fundamentales y la minimización de riesgos y, por otro, fomentar la creación de riqueza y el desarrollo tecnológico.

Así, el Reglamento prohíbe, con algún matiz, la imposición de restricciones al desarrollo, la comercialización y la utilización de sistemas de IA, creando un mercado único y homogéneo para este tipo de tecnologías. Gracias a ello, los sistemas de IA podrán circular por toda la UE sin restricciones y desplegarse con facilidad en sectores muy diversos.

Con esta misma idea, algunos de los Estados miembros de la UE han ido adelantándose a la aprobación definitiva del Reglamento. Por poner un ejemplo cercano, a finales de 2023 España aprobó el Real Decreto 817/2023, que establecía un entorno controlado de pruebas (o *sandbox*) para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento. De este modo, nuestro país creaba un marco normativo que permitía que los potenciales afectados por el Reglamento fuesen adaptándose de un modo más sencillo y progresivo a la nueva normativa, sin que la regulación impactase de un modo tan intenso en su actividad de producción.

2.1.3. ENFOQUE BASADO EN RIESGOS

Como es bien sabido, conciliar seguridad e inversión no siempre es fácil, pues a menudo la imposición de obligaciones excesivamente onerosas puede dificultar o ralentizar la apuesta por el desarrollo de este tipo de tecnologías en aquellos territorios que optan por enfoques normativos más estrictos.

Para intentar alcanzar este objetivo, la apuesta de la UE ha sido optar por un enfoque basado en riesgos: a mayor riesgo, mayor número de obligaciones. Así, el Reglamento adapta el tipo y contenido de sus normas a la intensidad y alcance de los riesgos que presentan los sistemas de IA sobre los que se aplica. Para ello, establece los siguientes niveles de riesgo:



Se trata, en definitiva, de buscar un marco jurídico sólido, pero flexible (sin imponer obligaciones cuando no se crea que es estrictamente necesario) y, sobre todo, que pueda resistir el paso del tiempo. Aunque, lógicamente, aún es pronto para saber si la UE ha acertado en este último punto, que es clave en una tecnología con potencial de desarrollo exponencial, no cabe duda de que resultará particularmente relevante al evaluar el éxito del Reglamento en un futuro.

2.2. Ámbito de aplicación

Una vez explicado el origen de la norma, así como los principales objetivos que persigue, el siguiente paso para entender el Reglamento es aclarar su ámbito de aplicación, tanto objetivo como subjetivo. A tal efecto, en esta sección abordaremos primero la definición de sistemas de IA que plantea el Reglamento, para después analizar quiénes son los sujetos obligados por la norma.

2.2.1. SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿QUÉ ES LA IA?

Aunque pueda parecer una pregunta sencilla, el intenso debate al respecto protagonizado por las instituciones europeas demuestra la gran cantidad de matices y dificultades que entraña la definición de IA. Finalmente, el legislador europeo ha optado por una definición amplia y tecnológicamente neutra, que sigue de forma prácticamente idéntica la usada por la OCDE, precisamente con el fin de *"facilitar la convergencia a escala internacional y una amplia aceptación"*. Concretamente, se entiende por *"sistema de IA"*, a efectos del Reglamento:

"Un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos o virtuales".

Como se puede observar, la definición pretende distinguir estos sistemas de los sistemas de *software* o programación tradicionales, excluyendo así aquellos sistemas que ejecutan automáticamente operaciones a partir de instrucciones específicas. La clave para el legislador europeo se halla aquí en la capacidad de inferencia, que se construye a través del aprendizaje automático y que trasciende de un mero tratamiento básico de datos. Además, naturalmente, incluye la referencia a que los sistemas de IA son sistemas *"basados en una máquina"*, en el sentido de que se ejecutan en y por una máquina.

2.2.2. SUJETOS OBLIGADOS: REGLAMENTO DE PRODUCTO

La gran importancia que desde los medios de comunicación se le da habitualmente a tecnologías como la IA hace que a menudo se generen expectativas sobre su regulación. No obstante, debe aclararse que el Reglamento es una norma *"de producto"*, que pretende establecer una serie de requisitos y obligaciones para aquellas empresas que introduzcan en el mercado europeo, pongan en servicio, importen, distribuyan, fabriquen y desplieguen sistemas de IA. Por consiguiente, el impacto del Reglamento en el día a día de las personas físicas será bastante limitado, sin perjuicio de su capacidad de hacer valer los derechos que el Reglamento les otorga y de poder beneficiarse de mayores garantías de fiabilidad y seguridad al usar sistemas de IA.

Por otra parte, y debido al fenómeno mundial de la deslocalización empresarial, el Reglamento opta por un enfoque territorial muy amplio, que pretende abarcar todos los sistemas de IA que afecten (de forma directa o indirecta) a personas que se hallen en el territorio de la UE. De este modo, y sin ánimo de entrar en un detalle exhaustivo que excede del ámbito de este artículo, se puede afirmar que la norma impone obligaciones sobre:

- i. Proveedores que introduzcan en la UE o pongan en servicio sistemas de IA o modelos de IA de uso general, con independencia de si están establecidos o ubicados en la UE. A tal efecto, el Reglamento considera *proveedores* a las personas, autoridades u otros órganos (a) que desarrollen sistemas de IA o modelos de IA de uso general; (b) para los que un

tercero desarrolle un sistema de IA o un modelo de IA de uso general y lo introduzca en el mercado; o (c) que pongan en servicio un sistema de IA con su propio nombre o marca.

- ii. Responsables del despliegue, si están establecidos o ubicados en la UE o si los *outputs* del sistema se utilizan en la UE, y entendiéndose por tal a personas, autoridades u otros órganos que usen un sistema de IA bajo su propia autoridad (excepto si el uso se produce en el marco de una actividad no profesional).
- iii. Importadores y distribuidores en la UE de sistemas de IA.
- iv. Fabricantes de otros productos que introduzcan o pongan en servicio en la UE un sistema de IA junto con su propio producto y con su propio nombre o marca.

Como excepción, el Reglamento excluye de su ámbito de aplicación, entre otros, los sistemas y modelos de IA (i) en el ámbito militar, de defensa o seguridad nacional (con independencia de la entidad que lleve a cabo dichas actividades); (ii) desarrollados específicamente y puestos en servicio únicamente con fines de investigación y desarrollo científicos; y (iii) divulgados con arreglo a licencias libres y de código abierto (excepto si se trata de sistemas de alto riesgo, prohibidos o que estén destinados a interactuar directamente con personas físicas).

3. Prácticas de IA prohibidas

Tal y como hemos mencionado en la sección 2.1.3, el legislador europeo considera que algunos sistemas de IA presentan riesgos inaceptables para los derechos fundamentales y los valores de la UE, y en consecuencia establece una “lista negra” de sistemas de IA “prohibidos”, que se ha ido ampliando respecto a la propuesta inicial de la Comisión.

Así, no se permite la introducción en el mercado o el uso de sistemas de IA que:

- i. Se sirvan de técnicas subliminales o deliberadamente manipuladoras o engañosas para alterar el comportamiento de las personas.
- ii. Exploten vulnerabilidades derivadas de la edad, la discapacidad o la situación social o económica.
- iii. Clasifiquen a individuos o grupos basándose en su comportamiento social o características personales (*i. e., social scoring*).
- iv. Evalúen el riesgo de que una persona cometa delitos penales basándose únicamente en la elaboración de perfiles o en rasgos y características de su personalidad.
- v. Creen o amplíen bases de datos de reconocimiento facial a través de la búsqueda no selectiva en internet o en grabaciones de circuitos cerrados de televisión.

- vi. Reconozcan las emociones de una persona en lugares de trabajo o centros educativos, salvo por motivos médicos o de seguridad.
- vii. Infieran, con sistemas de categorización biométrica, la raza, las opiniones políticas, la afiliación sindical, las creencias religiosas o filosóficas, la vida sexual o la orientación sexual de las personas (excepto el etiquetado o filtrado de datos biométricos con fines policiales).
- viii. Utilicen la identificación biométrica remota en tiempo real en espacios públicos (con excepciones, como la búsqueda de víctimas o sospechosos de secuestro o explotación sexual).

En general, el Reglamento considera que estas prácticas son perjudiciales y generan en la ciudadanía sentimientos de vigilancia masiva, además de que pueden resultar discriminatorias. No obstante, el listado no es un *numerus clausus*, ya que la Comisión deberá llevar a cabo una evaluación sobre la necesidad de modificar la lista de prácticas prohibidas una vez al año. De este modo, se intenta garantizar que la norma no quede desactualizada debido a los rápidos avances tecnológicos.

4. Sistemas de IA de alto riesgo

El siguiente escalón en la pirámide de riesgos establecida por el Reglamento es el referido a los sistemas de IA de alto riesgo. A continuación abordamos su clasificación y obligaciones.

4.1. Clasificación

El Reglamento considera como de alto riesgo a aquellos sistemas de IA que presentan riesgos significativos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales. Se trata, por tanto, de sistemas que ofrecen riesgos relevantes, pero no tan grandes como para merecer su prohibición.

A este respecto, cabe mencionar que el legislador europeo ha querido diferenciar los sistemas de IA de alto riesgo en sentido estricto de aquellos productos que encajan en la definición, pero —por el tipo de producto o el sector— se hallan ya regulados por normativa europea armonizada (*e. g.*, productos sanitarios, equipos radioeléctricos). Para estos últimos, el Reglamento establece obligaciones adicionales más ligeras, entendiendo que la salud y la seguridad de los usuarios quedan suficientemente protegidas por la propia normativa específica.

En relación con el resto de sistemas de alto riesgo, el Reglamento identifica una serie de familias de sistemas de IA que pueden causar un perjuicio relevante para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales, que listamos a continuación:

- i. Identificación biométrica y reconocimiento de emociones, en la medida en que su uso no esté prohibido.
- ii. Gestión de infraestructuras críticas (*e. g.*, gestión del tráfico, gas, agua o electricidad).

- iii. Educación y formación profesional (*e. g.*, acceso o admisión a centros educativos, detección de comportamientos prohibidos durante los exámenes).
- iv. Selección de personal y relaciones laborales (*e. g.*, contratación de personal, evaluación del rendimiento de los trabajadores).
- v. Gestión del acceso a servicios esenciales, públicos y privados (*e. g.*, clasificación de llamadas de emergencia, contratación de seguros de vida y salud).
- vi. Actividades de las fuerzas y cuerpos de seguridad (*e. g.*, evaluación del riesgo de que una persona sea víctima o cometa un delito, valoración de pruebas y sospechosos).
- vii. Migración, asilo y gestión del control fronterizo (*e. g.*, polígrafos, examen de visados, solicitudes de asilo o permisos de residencia).
- viii. Administración de justicia y procesos democráticos (*e. g.*, procesos electorales, referéndums o asistencia a los jueces en la investigación e interpretación de la ley y de los hechos).

Sin perjuicio de lo anterior, el hecho de que un sistema se encuadre dentro de estas familias no implicará necesariamente su consideración como de alto riesgo, pues el artículo 6.3 del Reglamento establece un filtro adicional que permite excluir de las obligaciones correspondientes a aquellos sistemas incluidos en el listado que no planteen un riesgo significativo para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales. Así, se limitan las obligaciones de aquellos sistemas utilizados principalmente para tareas procedimentales o preparatorias. En todo caso, un sistema de IA siempre se considerará de alto riesgo si elabora perfiles de personas físicas.

4.2. Requisitos y obligaciones

De conformidad con los artículos 8 y siguientes del Reglamento, el hecho de que un sistema de IA sea considerado como de alto riesgo implica, fundamentalmente, que al menos deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- i. Que el sistema de IA conserve la documentación técnica que demuestre el cumplimiento de los requisitos pertinentes y proporcione a las autoridades competentes la información necesaria para evaluar su conformidad.
- ii. Que el sistema de IA tenga implantado un sistema de gestión de riesgos, que deberá mantenerse actualizado y medirá los riesgos previsibles del sistema y las medidas diseñadas para hacerles frente.
- iii. Que el sistema de IA permita la llevanza de un registro automático de eventos a lo largo del ciclo de vida del producto que garantice una adecuada trazabilidad.
- iv. Que el sistema de IA se diseñe y se desarrolle para que cuente con un nivel de transparencia suficiente para que los responsables del despliegue interpreten y usen correctamente su información de salida.

- v. Que el sistema de IA se diseñe y se desarrolle de tal forma que pueda ser vigilado de manera efectiva por personas físicas.
- vi. Que el sistema de IA se diseñe y se desarrolle de modo que alcance un nivel adecuado de precisión, solidez, ciberseguridad y funcionamiento uniforme durante todo su ciclo de vida.
- vii. Que, en caso de que el sistema de IA utilice técnicas de entrenamiento con datos, se diseñe sobre la base de unas prácticas de gobernanza y de gestión de los datos de entrenamiento, validación y prueba que evite que el producto incurra en sesgos.

No obstante, como veremos a continuación, este listado no comprende todas las consecuencias de que un sistema sea considerado como de alto riesgo. Y es que el Reglamento reconoce que en la puesta en marcha, comercialización y funcionamiento de los sistemas de IA de alto riesgo hay numerosos actores implicados y, por ello, establece obligaciones detalladas y exhaustivas para toda la cadena de valor de la IA. Estas obligaciones, que abordan un amplio abanico de medidas de gobernanza e intervenciones técnicas, deben (i) aplicarse durante las fases de diseño y desarrollo (conformidad *ex ante*) y (ii) supervisarse y mantenerse durante todo el ciclo de vida del producto (supervisión *ex post*).

Así, por un lado, los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo deberán fundamentalmente:

- i. velar por que los sistemas de IA de alto riesgo cumplan con los requisitos mencionados previamente;
- ii. contar con un sistema de gestión de calidad documentado y mantenido en el tiempo;
- iii. conservar la documentación técnica y archivos de registro generados automáticamente;
- iv. llevar a cabo una vigilancia tras la comercialización y adoptar las medidas correctoras necesarias para garantizar la conformidad del producto;
- v. colocar el marcado CE en los sistemas de IA de alto riesgo;
- vi. colaborar con las autoridades nacionales competentes; y
- vii. cerciorarse de que los sistemas de IA de alto riesgo superen las evaluaciones de conformidad y elaborar una declaración UE de conformidad.

Por otro, los importadores y distribuidores de sistemas de IA de alto riesgo:

- i. comprobarán que el sistema de IA ha superado la evaluación de conformidad correspondiente;
- ii. custodiarán la documentación técnica;

- iii. se asegurarán de que el sistema lleve el marcado CE exigido y vaya acompañado de la declaración UE de conformidad y de las instrucciones de uso; y
- iv. colaborarán con las autoridades nacionales competentes en lo que resulte menester.

Por último, los responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo:

- i. adoptarán las medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar el uso de los sistemas de IA de alto riesgo con arreglo a sus instrucciones de uso;
- ii. encomendarán la supervisión humana a personas físicas que tengan la competencia, formación y autoridad necesarias;
- iii. conservarán los archivos de registro que los sistemas de IA de alto riesgo generen automáticamente;
- iv. informarán a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados antes de poner en servicio o utilizar un sistema de IA de alto riesgo en un lugar de trabajo; y
- v. colaborarán con las autoridades nacionales competentes.
- vi. Adicionalmente, en caso de ser entidades públicas o de utilizar sistemas de IA para realizar calificaciones crediticias o evaluar los riesgos de contratar seguros de vida y salud, los responsables del despliegue llevarán a cabo una evaluación del impacto de dichos sistemas en los derechos fundamentales.

5. Obligaciones de transparencia

Continuando con los escalones inferiores de la pirámide, se encuentra un tipo de sistema de IA que a menudo genera preocupaciones entre el público general: aquel que plantea riesgos específicos de suplantación de identidad o engaño. Se está hablando, en este caso, de sistemas que interactúan con personas físicas (*e. g.*, *chatbots*), o que generan o manipulan contenidos de imagen, audio o vídeo (*e. g.*, sistemas de generación automática de contenido, *deep fakes*, etc.).

En estos casos, y con independencia de que se les impongan obligaciones adicionales si entrasen en la categoría de sistemas de alto riesgo (conforme a lo visto en el apartado 4.1), el Reglamento se limita a imponerles obligaciones de información y transparencia. Dichas obligaciones, que varían ligeramente en función de la finalidad del sistema (*i. e.*, si está destinado a interactuar directamente con personas físicas, si generan contenido de texto, etc.), esencialmente implican que los proveedores y/o responsables del despliegue deberán informar a los usuarios o consumidores de que están interactuando con una máquina o de que la información o contenido que están viendo ha sido generado de forma artificial.

6. Sistemas de IA de riesgo mínimo y códigos de conducta

Finalmente, cerrando la pirámide, destacan todos aquellos sistemas de IA que no encajan en ninguno de los supuestos anteriores y que se consideran “de riesgo mínimo”. Algunos ejemplos son los filtros de *spam*, los sistemas automatizados de recomendación, etc.

Para estos casos, que el Reglamento entiende que presentan un riesgo muy limitado, no se imponen obligaciones de ningún tipo, sino que únicamente se incentiva la adhesión a, y suscripción voluntarias de, códigos de conducta y buenas prácticas, con el objetivo de alentar a los proveedores de este tipo de sistemas a cumplir de forma voluntaria con altos estándares de seguridad y fiabilidad. A tal efecto, el Reglamento prevé la elaboración de códigos de conducta, a los que habrá que sumar los que elaboren las autoridades comunitarias y nacionales en materia de alfabetización sobre IA, destinados todos ellos a las personas encargadas del desarrollo, el manejo y el uso de esta tecnología.

7. Modelos de IA de uso general

7.1. Clasificación

El Reglamento complementa su enfoque basado en riesgos con normas específicas para los modelos de IA de uso general, que define como aquellos modelos de IA “*que presentan un grado considerable de generalidad, que son capaces de realizar de manera competente una gran variedad de tareas distintas y que tienen la capacidad para integrarse con posterioridad en otros sistemas o aplicaciones*”. Como se puede apreciar, el Reglamento opta así por una definición poco específica, pero centrada en la generalidad y versatilidad que caracterizan a los modelos de IA de uso general.

Esta regulación, incluida en respuesta al auge de los modelos fundacionales, como son los *large language models*, pretende abordar las especificidades de un tipo de modelos con capacidades de gran impacto, en particular en aquellos casos en que pueden llegar a presentar un riesgo sistémico. Así, por ejemplo, el Reglamento refleja su preocupación por el riesgo de que estos modelos generen accidentes graves, perturbaciones en sectores críticos, consecuencias graves para la salud y la seguridad, efectos negativos sobre los procesos democráticos y la seguridad pública y económica, o contenidos ilícitos, falsos o discriminatorios que se puedan difundir con facilidad.

No obstante, considerando que la definición de sistemas de IA de uso general es amplia, el Reglamento establece un umbral de operaciones que activa la presunción de que un modelo tiene capacidades de gran impacto y presenta un riesgo sistémico. Dicho umbral, que deberá irse actualizando, está basado en la cantidad de cálculo utilizado para su entrenamiento, e inicialmente se ha fijado en un FLOP superior a 10^{25} (a efectos comparativos, el entrenamiento de Chat GPT 3 requirió un total de $3 \cdot 10^{23}$ FLOP). En caso de contar con capacidades de gran impacto, el proveedor del modelo deberá notificarlo a la Comisión en un plazo de dos semanas desde que

tenga conocimiento de dicha circunstancia. En todo caso, la presunción antes referida podrá ser desvirtuada a instancia del proveedor, que deberá demostrar que el modelo tiene características específicas que impiden que sea clasificado como un modelo con riesgo sistémico.

7.2. Obligaciones

Del mismo modo que para el resto de sistemas de IA, el Reglamento sigue un enfoque basado en el riesgo, que distingue entre obligaciones genéricas —aplicables a todos los proveedores de modelos de IA de uso general— y obligaciones específicas para los proveedores de modelos de IA de uso general que presenten un riesgo sistémico.

Entre las primeras, destacan:

- i. elaboración y mantenimiento de documentación técnica;
- ii. puesta a disposición de información y documentación para aquellos proveedores que tengan la intención de integrar el modelo de uso general en sus sistemas de IA;
- iii. cumplimiento de la legislación de la Unión en materia de derechos de autor durante el entrenamiento de estos sistemas (*e. g.*, aplicación del marco normativo relativo a la minería de datos); y
- iv. puesta a disposición del público de resúmenes del contenido utilizado para su entrenamiento.

Por otro lado, los proveedores de modelos de uso general con riesgo sistémico, deberán además, entre otras:

- i. evaluar los modelos de IA de conformidad con protocolos y herramientas normalizados que reflejen el estado de la técnica;
- ii. identificar y reducir los riesgos sistémicos que puedan derivarse del desarrollo, la introducción en el mercado o el uso de los modelos de IA de uso general con riesgo sistémico;
- iii. presentar información adicional sobre sus estrategias de evaluación y sus resultados, descripción de medidas adoptadas para la alineación y puesta a punto de los modelos, y descripción detallada de la arquitectura del sistema utilizado;
- iv. vigilar, documentar y comunicar a la oficina de IA y, en su caso, a las autoridades nacionales competentes, la información pertinente sobre incidentes graves y las posibles medidas correctoras para resolverlos; y
- v. velar por que se establezca un nivel adecuado de ciberseguridad para el modelo y la infraestructura física del modelo.

8. Otros

8.1. Apoyo a la innovación

El Reglamento, además de fomentar la seguridad y fiabilidad de los sistemas de IA, busca también impulsar y apoyar la innovación en el mercado de la Unión. Para ello, impone a las autoridades nacionales la obligación de establecer espacios controlados de pruebas (o *sandboxes* regulatorios) para el desarrollo y experimentación de sistemas de IA en entornos regulatorios controlados.

Los *sandboxes* buscan ofrecer un entorno seguro para la experimentación, en el cual desarrollar, entrenar, probar y validar sistemas de IA durante un periodo limitado de tiempo antes de su introducción en el mercado. Para facilitar su puesta en marcha, se prevé expresamente que la Comisión pueda proporcionar soporte técnico, asesoramiento y herramientas para la implementación y operación de estos espacios, asegurando que se cumpla la normativa pertinente y ofreciendo seguridad jurídica a los proveedores que participen en ellos.

Asimismo, y en aras de una mayor flexibilidad, se prevé también que los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo puedan realizar pruebas en condiciones reales fuera de los *sandboxes*, siempre que cumplan con ciertas condiciones fijadas en el Reglamento y con el “plan de prueba en condiciones reales” que deberá detallar la Comisión mediante un acto de ejecución.

8.2. Gobernanza

Para mejorar la gobernanza a escala de la Unión en materia de IA, el Reglamento prevé la creación de:

- i. Una oficina de IA, que tendrá como objetivo reforzar la experiencia y las capacidades de la UE en el ámbito de la IA.
- ii. Un comité europeo de IA (el “Comité”), compuesto por un representante de cada Estado miembro, que contará con la participación del Supervisor Europeo de Protección de Datos como observador. El Comité proporcionará asesoramiento y asistencia a la Comisión y a los Estados miembros para facilitar la aplicación coherente y eficaz del Reglamento.
- iii. Un foro consultivo, compuesto por miembros de la industria, *start-ups*, pymes, la sociedad civil y el mundo académico, que buscará facilitar la compartición de conocimientos técnicos y asesorar al Comité y a la Comisión en materia de IA.
- iv. Un grupo de expertos científicos independientes que asesorarán a la oficina de IA en distintos ámbitos de carácter técnico, como por ejemplo en la alerta de posibles riesgos sistémicos planteados por modelos de IA de uso general.

Por otro lado, a nivel nacional se insta a los Estados miembros a designar (al menos) una autoridad notificante y una autoridad de vigilancia del mercado. Dichos organismos podrán proporcionar orientaciones, asesoramiento y supervisión sobre la aplicación del Reglamento.

8.3. Vigilancia del mercado

De conformidad con la normativa de la Unión en materia de vigilancia del mercado y conformidad de los productos, el Reglamento (i) incluye directrices para la vigilancia posterior a la comercialización, el intercambio de información sobre incidentes graves y la vigilancia del mercado en la UE de los sistemas de IA; y (ii) otorga a las autoridades nacionales de vigilancia del mercado la potestad para exigir la subsanación de incumplimientos y, eventualmente, prohibir la comercialización o exigir la retirada del mercado de los sistemas de IA afectados.

8.4. Régimen sancionador

Continuando con la línea mantenida en normativas anteriores, como el Reglamento General de Protección de Datos, el Reglamento establece un estricto régimen sancionador de límites máximos e insta a los Estados miembros a fijar el régimen de sanciones a nivel nacional (dentro de los límites establecido por el Reglamento), incluyendo penas pecuniarias que podrán alcanzar hasta:

- i. el mayor de entre 35 millones de euros o el 7 % del volumen de negocios anual total mundial de la empresa, en caso de incumplimiento del régimen de conductas prohibidas;
- ii. el mayor de entre 15 millones de euros o el 3 % del volumen de negocios anual total mundial de la empresa, en caso de incumplimiento de otras disposiciones relacionadas con operadores u organismos notificados, o en caso de infracciones de la normativa sobre modelos de IA de uso general; o
- iii. el mayor de entre 7,5 millones de euros o el 1 % del volumen de negocios anual total mundial de la empresa, en caso de suministro de información inexacta, incompleta o engañosa a los organismos notificados o a las autoridades nacionales competentes.

8.5. Entrada en vigor

Pese a que el Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, no será aplicable de forma general hasta que transcurran veinticuatro meses desde su entrada en vigor. Asimismo, y teniendo en cuenta su gran calado en el sector, prevé un régimen progresivo para su aplicabilidad, conforme al cual:

- i. Los capítulos I (Disposiciones Generales) y II (Prácticas de Inteligencia Artificial Prohibidas) serán aplicables a los seis meses de la entrada en vigor del Reglamento.
- ii. La sección 4 del capítulo III (Autoridades Notificantes y Organismos Notificados), el capítulo V (Modelos de Uso General), el capítulo VII (Gobernanza), el capítulo XII (Sanciones) y el artículo 78 (Confidencialidad en la Vigilancia del Mercado) serán aplicables a los doce meses de la entrada en vigor del Reglamento, a excepción del artículo 101 (Multas a Proveedores de Modelos de IA de Uso General).

- iii. Por último, el apartado 1 del artículo 6 (Sistemas de IA de Alto Riesgo Sujetos a Normativa Europea Armonizada) y las obligaciones correspondientes serán aplicables a los treinta y seis meses desde la entrada en vigor del Reglamento.

9. Conclusiones

La aprobación del Reglamento por la Unión supone un primer paso de gigante en la construcción de un marco regulatorio armonizado en Europa para el desarrollo, uso y comercialización de los sistemas de IA. Con esta norma, que es completamente pionera en cuanto al detalle y nivel de regulación que presenta, las instituciones europeas han tomado la delantera regulatoria a nivel mundial, como ya hicieron en casos anteriores.

No obstante, su éxito (que todavía es incierto) dependerá de la medida en que logre combinar sus dos objetivos principales: garantizar una IA segura y confiable, al tiempo que consiga fomentar la inversión y el desarrollo tecnológico en la Unión. Todavía no es posible apreciar en qué medida el Reglamento ha alcanzado estos objetivos, si bien sí se puede destacar lo evidente: estamos ante una norma muy detallada y exhaustiva que, pese a su enfoque basado en riesgos, tiende a primar la seguridad sobre la innovación. Es por ello por lo que existen ya quienes cuestionan tal nivel de detalle en el Reglamento, esgrimiendo que quizás los pormenores podrían haberse aclarado en actos de ejecución para evitar un excesivo formalismo y/o rigidez. En todo caso, solo la propia experiencia práctica determinará si el compendio de requisitos y obligaciones impuestos son realmente necesarios y razonables, o si las instituciones deben adoptar un enfoque más tolerante al riesgo.

Sea como sea, no cabe duda de que esta norma marcará un antes y un después en el desarrollo del derecho sobre los sistemas de IA, que esperamos con indudable interés.

Foro de Actualidad

Unión Europea

SENTENCIAS RELEVANTES Y RECIENTES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE DERECHO DE CONSUMO

Miguel Ángel Cepero Aránguez y Julia Ramírez Simón

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

Sentencias relevantes y recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derecho de consumo

La protección de los consumidores y usuarios constituye uno de los objetivos fundamentales de la Unión Europea. Muestra de ello es la relevante jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de derecho de consumo, en la que se aprecia una creciente tendencia hacia la protección del consumidor en el marco de sus relaciones contractuales con los profesionales o empresarios. El objeto de este artículo es hacer un breve repaso de algunos de los pronunciamientos más relevantes dictados por el Tribunal de Justicia en los dos últimos años.

PALABRAS CLAVE:

Derecho de consumo, Protección consumidores y usuarios, Cláusulas abusivas.

Important recent EUCJ consumer law rulings

Consumer protection is a fundamental objective of the EU, as the EUCJ case law in the field of consumer law shows by moving towards a more consumer protection-based approach in contractual relations between consumers and professionals and businesspersons. This article briefly reviews some of the most important EUCJ judgments in the past two years.

KEYWORDS:

Consumer law, consumer protection, unfair terms.

FECHA DE RECEPCIÓN: 24-7-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 29-7-2024

Cepero Aránguez, Miguel Ángel; Ramírez Simón, Julia (2024). Sentencias relevantes y recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derecho de consumo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 197-207 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

A día de hoy es indudable el relevante papel que desempeña el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE” o el “Tribunal de Justicia”), tanto en España como en el resto de Estados miembros, en la interpretación y la aplicación del derecho de consumo y en la protección normativa del consumidor o usuario. Buena muestra de ello es que de las más de quinientas cuestiones prejudiciales remitidas en el año 2023 —treinta y dos de las cuales fueron formuladas por jueces o tribunales españoles—, cincuenta y dos de ellas versan sobre protección de consumidores¹.

Entre las múltiples resoluciones dictadas por el TJUE en el último año, destacan las dos recientes sentencias que dan respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo en dos materias de gran relevancia. Nos referimos, por un lado, a la Sentencia de 4 de julio de 2024 (Caixabank y otros, asunto C-450/22), sobre el control de transparencia material de las denominadas cláusulas suelo en el marco de una acción colectiva ejercitada frente a 101 entidades financieras; y, por otro, a la Sentencia de 25 de abril de 2024 (Banco Santander, asunto C-561/21), sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos derivados de la formalización de un préstamo hipotecario pagados en virtud de una cláusula declarada nula por abusiva (y que ya ha sido aplicada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de junio de 2024, Roj: STS 3076/2024). Se trata de dos materias bien conocidas sobre las que ya se han pronunciado voces más autorizadas que las nuestras, por lo que no serán objeto del presente artículo².

El objeto de este artículo es, en cambio, poner el foco en otras sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en los últimos años que, pese a su relevancia práctica para la aplicación del derecho de consumo en España, no han gozado de la misma atención que las referidas anteriormente³. Se va a dividir la exposición de estas resoluciones en distintas materias: control judicial de oficio del carácter abusivo de las cláusulas contractuales; control de transparencia y criterios de validez de condiciones generales en contratos suscritos entre un abogado y un consumidor; régimen de imposición de costas en procedimientos en los que intervienen consumidores; y el derecho de desistimiento del consumidor.

La importancia de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre derecho de consumo no es una novedad porque, desde hace más de diez años, se puede observar un número creciente de resoluciones del TJUE en esa materia, que, en el caso de España, ha motivado importantes modificaciones legislativas para adaptar el régimen normativo nacional a las postulados del TJUE (como, por ejemplo, las numerosas reformas de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —la “LEC”—) y ha dado lugar a jurisprudencia nacional relevante sobre derecho de consumo (particularmente, del régimen normativo de cláusulas abusivas).

La importancia del derecho de consumo y de la doctrina del TJUE en este ámbito no se detendrá en el futuro. Así se podrá ver con el repaso final que se hará a las cuestiones prejudiciales en esa materia pendientes de resolución.

2. Control judicial de oficio de la abusividad de las cláusulas incorporadas en contratos con consumidores (sentencias de 29 de febrero, 9 de abril y 11 de abril de 2024)

Una de las cuestiones sobre las que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en numerosas resoluciones ha sido el deber del juez de examinar de oficio la abusividad de las cláusulas incorporadas en contratos suscritos con consumidores tan pronto tenga los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello⁴. Desde su conocida Sentencia de 14 de marzo de 2013 (Aziz, asunto C-415/11)⁵, el TJUE ha promulgado numerosas sentencias sobre esta cuestión, muchas de las cuales han motivado cambios legislativos relevantes a los que se refiere la primera sentencia que comentaremos aquí.

En 2024, a raíz de peticiones de decisión prejudicial planteadas por dos órganos judiciales españoles, el Tribunal de Justicia ha dictado dos nuevas sentencias sobre el alcance y contornos de ese control judicial de oficio de las cláusulas abusivas.

La primera de ellas es la Sentencia de 29 de febrero de 2024, que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de León (Investcapital, asunto C-724/22) en el marco de un proceso de ejecución que dimanaba de un procedimiento monitorio anterior⁶. Este juzgado preguntó al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de la Directiva 93/13⁷ con una normativa nacional (la LEC) que no permite al juez que conoce de la ejecución del decreto que pone fin al procedimiento monitorio por no atender el requerimiento de pago realizar un control de oficio (o a instancia del consumidor) del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas insertas en un contrato con consumidores, cuando ese control ya ha sido realizado por un juez en la fase del proceso monitorio, pero el juez que conoce de la ejecución tiene motivos para pensar que ese primer control fue incompleto.

Para el Tribunal de Justicia, el principio de efectividad está garantizado si el sistema procesal nacional establece, en el procedimiento monitorio o en el procedimiento de ejecución posterior, el control de oficio del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos objeto de dicho procedimiento. Por ello, el hecho de que en el sistema español dicho control se prevea únicamente en el proceso monitorio no constituye en sí mismo una violación de este principio.

Sobre esta base, el TJUE concluye que el control por el juez del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas del contrato que sirva de base para el requerimiento de pago será conforme con la Directiva 93/13 si se dan los siguientes requisitos: (i) que se informe al consumidor de la existencia de ese control de oficio y de las consecuencias que conlleva su falta de actuación respecto a la pre-

clusión del derecho a invocar la abusividad de las referidas cláusulas en una fase o procedimiento posterior; y (ii) que la resolución adoptada por el juez que realiza el control de oficio esté “suficientemente motivada”, de manera que permita al órgano jurisdiccional que conozca del recurso o del procedimiento posterior identificar las cláusulas o partes ya examinadas y las razones por las que el primer juez descartó su abusividad.

Si se cumplen esos requisitos se podrá impedir el control de oficio o la facultad del consumidor de alegar la potencial abusividad de una cláusula en un procedimiento posterior. Si no se cumplen esos requisitos, seguirá aplicando el deber judicial del examen de oficio de las cláusulas abusivas y, a su vez, el consumidor mantendrá la facultad de alegar su carácter abusivo en fase de ejecución.

De esta forma, el criterio que determina si es posible o no hacer un nuevo examen (de oficio o a instancia del consumidor) del contenido contractual a la luz del régimen normativo de cláusulas abusivas es que la fundamentación que proporcione el juez que ha examinado el carácter abusivo de las cláusulas en el proceso monitorio debe permitir advertir las cláusulas o partes de cláusulas analizadas bajo ese prisma normativo y, además, debe contener sucintamente las razones por las que se consideró que dichas cláusulas no eran abusivas.

Precisamente, las exigencias del control judicial de oficio de las cláusulas abusivas han vuelto a provocar nuevas reformas de la LEC mediante el Real Decreto-ley 6/2023. En el marco de la ejecución de títulos extrajudiciales (arts. 551, 552 y 561 LEC), se ha ampliado el contenido del auto despachando ejecución, que ahora debe recoger un pronunciamiento expreso sobre la inexistencia de abusividad de las cláusulas que sirven de fundamento a la ejecución y que determinan la cantidad exigible, y se regula de forma expresa el control de oficio por parte del juez encargado de la ejecución de las cláusulas potencialmente abusivas insertas en el título ejecutivo. Asimismo, se prevé expresamente que el pronunciamiento sobre la abusividad o no de las cláusulas tendrá eficacia de cosa juzgada. Por otro lado, se ha modificado también el proceso monitorio en el sentido de que el juez, tras examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas insertas en la documentación de la que se derive la petición de monitorio, puede realizar una propuesta de requerimiento de pago por el importe que resulte de excluir de la cantidad reclamada la cuantía derivada de la aplicación de la cláusula abusiva.

La segunda resolución sobre el alcance y contornos del control judicial de oficio de las cláusulas abusivas es la Sentencia de 11 de abril de 2024 (Air Europa Líneas Aéreas, asunto C-173/23), en la que el Tribunal de Justicia ha analizado si la obligación del juez de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales opera en el marco de un litigio entre profesionales. Esta cuestión la plantea el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca en el ámbito de un proceso iniciado por una sociedad mercantil cesionaria de un crédito por la acción de daños y perjuicios de un consumidor por un retraso en el transporte de su equipaje con ocasión de un vuelo frente a una compañía aerolínea. En ese contexto, el TJUE recuerda que el hecho de que ese litigio se sustancie entre dos profesionales no impide la aplicación de la Directiva 93/13, ya que esto no depende de la identidad de las partes del proceso judicial, sino de la calidad de las partes en el contrato⁸. Por ello, la sociedad cesionaria está facultada para hacer valer el carácter abusivo de la cláusula de prohibición de cesión de crédito que se incorporaba en el contrato suscrito entre el consumidor y la compañía área⁹.

Al margen de ello, el Tribunal de Justicia resuelve que, en un procedimiento entre profesionales, el juez no está obligado a examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del contrato suscrito con un consumidor, siempre que se disponga de la posibilidad efectiva de invocar ante ese juez el carácter eventualmente abusivo de la cláusula en cuestión (principio de efectividad) y, en virtud de la normativa nacional, el juez no esté facultado ni obligado a apreciar de oficio si una cláusula contractual es contraria a las normas nacionales de orden público (principio de equivalencia). Por tanto, en España, cabría el control judicial de oficio de cláusulas abusivas suscritas por consumidores en un litigio entre profesionales porque es una materia que afecta a normas de orden público.

Asimismo, el TJUE también se ha pronunciado recientemente sobre el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales de otros Estados miembros. Es el caso de la Sentencia de 9 de abril de 2024 (Profi Credit Polska, asunto C-582/21), en la que el Tribunal de Justicia comienza estableciendo que no puede entenderse que el consumidor pueda servirse del procedimiento de revisión de sentencias firmes, que permite la reapertura del procedimiento en el que se haya dictado resolución firme basada en una disposición declarada inconstitucional o incompatible con la norma superior, para solicitar la revisión de una sentencia (firme) que haya aplicado una disposición de derecho nacional (o haya seguido una interpretación de ella) que el Tribunal de Justicia haya declarado con posterioridad incompatible con el derecho de la Unión.

Ahora bien, desde la perspectiva del control judicial de oficio de las cláusulas abusivas, el Tribunal de Justicia deja abierta la puerta a que, si el procedimiento relativo a un contrato celebrado con un consumidor finaliza mediante sentencia firme dictada en rebeldía, sin que el juez haya examinado la abusividad de las cláusulas insertas en dicho contrato, no cabrá emplear la vía del recurso extraordinario para solicitar la reapertura del procedimiento, pero el consumidor podrá hacer valer la abusividad de las cláusulas *"en un procedimiento de ejecución de dicha sentencia dictada en rebeldía o en un procedimiento ulterior distinto"*. Por tanto, en esos casos no opera necesariamente la fuerza de cosa juzgada respecto de la abusividad de las cláusulas y podría caber un juicio posterior de validez de las estipulaciones que deje sin efectos prácticos a la sentencia firme (al menos en lo que afecte a dichas cláusulas).

3. Criterios de transparencia de una cláusula de honorarios en un contrato de prestación de servicios jurídicos. La sentencia de 12 de enero de 2023

Gran parte de las resoluciones del TJUE se han dictado en relación con contratos suscritos por un consumidor y una entidad financiera, debido al alto nivel de litigiosidad que ha existido (y todavía existe) en ese ámbito. Pero, lógicamente, las disposiciones europeas sobre derecho de consumo son igualmente aplicables a otros contratos suscritos con consumidores en que el profesional o empresario opera en un sector económico distinto de actividad.

Un ejemplo de ello es la Sentencia de 12 de enero de 2023 (D.V., asunto C-395/21), en la que el TJUE dio respuesta a las cuestiones prejudiciales formuladas por el Tribunal Supremo de lo Civil

y Penal de Lituania sobre la transparencia y abusividad de la cláusula de fijación de honorarios por referencia a una tarifa por hora, que se incorporaba en un contrato de prestación de servicios jurídicos suscrito entre un abogado y un consumidor.

En este contexto, el propio Tribunal de Justicia reconoce que la naturaleza de los servicios jurídicos implica que *“es a menudo difícil, incluso imposible, para el profesional prever, desde la celebración del contrato, el número exacto de horas necesarias para prestar tales servicios y, en consecuencia, el coste total efectivo de estos”*, y no puede exigirse al profesional que informe al consumidor sobre las consecuencias económicas finales del contrato cuando dependan de acontecimientos futuros, imprevisibles e independientes de la voluntad de ese profesional. Pero sí sería exigible que se faciliten *“indicaciones”* que permitan al consumidor medio apreciar el coste total aproximado de los servicios, como podrían ser una estimación del número previsible o mínimo de horas necesarias para prestar los servicios jurídicos acordados, o que el profesional se comprometa al envío, a intervalos razonables, de facturas o informes periódicos que indiquen el número de horas de trabajo realizadas.

Como se puede ver, la relevancia de esta sentencia es doble. Por un lado, contiene pronunciamientos que pueden ser extrapolables a cualquier contrato en el que el precio se fije por referencia a una tarifa horaria. Y, por otro, el TJUE acude a elementos de información postcontractual, como son facturas o informes periódicos de las horas registradas, para evaluar el carácter transparente de una cláusula, cuando, en principio, el Tribunal de Justicia ha declarado en numerosas ocasiones que la información recibida antes de contratar tiene una importancia fundamental para examinar la transparencia de una estipulación¹⁰.

Nuestro legislador ha tomado conciencia de la importancia que el control judicial de las cláusulas abusivas puede tener en el marco de un contrato suscrito entre un abogado y un consumidor. Por ello, con el Real Decreto Ley 6/2023¹¹, se han modificado los artículos 34 y 35 de la LEC, relativos a los procedimientos de juras de cuentas de los honorarios del abogado y los derechos del procurador, para incluir una previsión sobre el control de oficio por parte del juez de la potencial abusividad de las cláusulas que constituyan el fundamento de la petición del abono de los honorarios o determinen la cantidad exigible.

4. El régimen de imposición de costas en procedimientos en los que sean parte un consumidor y un empresario. La sentencia de 13 de julio de 2023

Otro de los temas sobre los que el Tribunal de Justicia ha dictado varias sentencias son las consecuencias que el principio de efectividad de la Directiva 93/13 tiene sobre el régimen legal de imposición de las costas en un procedimiento entre un consumidor y un profesional.

Una nueva muestra de ello es la Sentencia de 13 de julio de 2023 (Cajasur Banco, asunto C-35/22), que trae causa de dos cuestiones prejudiciales interpuestas por la Audiencia Provincial de Málaga. El Tribunal de Justicia, tras reformular las cuestiones planteadas por el órgano judicial remitente,

concluye que se respeta el principio de efectividad de la Directiva 93/13 si la normativa nacional no impone al profesional las costas del procedimiento judicial instado frente por el consumidor para hacer valer los derechos que le confiere la Directiva en caso de que el profesional se allane antes de contestar la demanda, siempre y cuando el juez *“pueda tener en cuenta la existencia de una jurisprudencia nacional que declarara abusivas cláusulas análogas y la actitud del referido profesional para concluir que este ha actuado de mala fe”*.

Se trata de un nuevo ejemplo de que, en materia de imposición de costas (y siguiendo la estela de la Sentencia de 16 de junio de 2020, en los asuntos Caixabank y BBVA, C-224/19 y C-259/19), el Tribunal de Justicia modula el régimen legal aplicable (en este caso, el art. 395 LEC) hasta el punto de crear, en la práctica, un régimen específico en pleitos con consumidores.

El citado precepto prevé que, en caso de que el demandado se allane a la demanda, no habrá condena en costas, salvo que exista mala fe del demandado porque se le hubiera dirigido previamente un requerimiento fehaciente y justificado de pago o se hubiera iniciado un procedimiento de mediación o conciliación contra él.

El TJUE va más allá de lo exigido en este precepto (un previo requerimiento de pago) y considera que la no imposición de las costas al profesional demandado vulnera el principio de efectividad cuando, pese al allanamiento y a la ausencia de una reclamación previa por parte del consumidor, existe una jurisprudencia nacional reiterada sobre la abusividad de las cláusulas cuya nulidad se pida en la demanda. Según el TJUE, ante esa situación, *“cabe igualmente esperar de las entidades bancarias que tomen la iniciativa de ponerse en contacto con sus clientes cuyos contratos contengan tales cláusulas, antes de que estos presenten demanda, para anular los efectos de esas cláusulas”*. Por el contrario, no tomar esta *“iniciativa”* y esperar a que el consumidor, en su caso, interponga una demanda para después allanarse, constituiría para el TJUE *“indicios serios de mala fe de dichas entidades”*, que favorecería la persistencia de los efectos de las cláusulas abusivas porque no incita a los profesionales a deducir de forma voluntaria las consecuencias de la jurisprudencia relativa a dichas cláusulas.

Con esta resolución, el Tribunal de Justicia hace recaer sobre los predisponentes una carga que no es exigida por la Directiva 93/13 —que se limita a establecer en su artículo 6 que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores— ni en la práctica se ha venido exigiendo en ningún ordenamiento. Más bien, el TJUE impone una especie de penalización (la condena en costas) a aquellos profesionales que no tengan un comportamiento activo en la eliminación de los efectos de las cláusulas abusivas, aun cuando el consumidor no haya formulado una reclamación previa.

Esta resolución del TJUE ya ha sido aplicada por el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 565/2024, de 25 de abril (Roj: STS 2040/2024), en la que, en un litigio sobre la nulidad de una cláusula de gastos derivados de la formalización de un préstamo hipotecario, el Alto Tribunal ha concluido que, en la medida en que la entidad prestamista no tomó la iniciativa de reparar el daño causado al consumidor como consecuencia de la aplicación de la cláusula de gastos aun existiendo jurisprudencia consolidada que declara su abusividad (en palabras del Tribunal Supremo, como mínimo, desde las sentencias de 23 de enero de 2019), el hecho de haber esperado a la interposición de la demanda para pagar las cantidades reclamadas extrajudicialmente y el posterior allanamiento antes de que finalizara el plazo para contestar no le exime de la condena en costas.

5. El derecho de desistimiento. Las sentencias de 17 de mayo y de 5 de octubre de 2023

El TJUE también se ha pronunciado sobre materias relevantes distintas al régimen de las cláusulas abusivas. Así sucede con el derecho de desistimiento, sobre el que han versado las Sentencias de 17 de mayo de 2023 (DC, asunto C-97/22) y de 5 de octubre de 2023 (Verein für Konsumenteninformation, asunto C-565/22).

En ambas resoluciones, el Tribunal de Justicia reitera que la protección del consumidor pasa por garantizar que sea correctamente informado antes de la suscripción de un contrato sobre la existencia de un derecho a desistir del contrato celebrado fuera del establecimiento o a distancia.

En la primera sentencia, el Tribunal de Justicia resuelve que si el comerciante no proporciona al consumidor, antes de que este quede obligado por el contrato celebrado fuera del establecimiento, la información sobre el derecho de desistimiento prevista en el artículo 6.1 h) o j) de la Directiva 2011/83¹² —transpuesto en el artículo 97 j) y l) del TRLCU¹³— (a saber, la existencia del derecho de desistimiento, las condiciones, plazos y procedimientos para su ejercicio, así como el hecho de que deba abonar al comerciante los gastos razonables en los que haya incurrido por el servicio prestado hasta el desistimiento), ese consumidor no asumirá ningún coste por los servicios prestados de forma total o parcial durante el período de desistimiento, sin que pueda entenderse que esto suponga una contravención de la prohibición del enriquecimiento sin causa. Es decir, durante ese periodo, la prestación de los servicios será gratuita para el consumidor.

Asimismo, el Tribunal de Justicia recuerda que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Directiva 2011/83, la omisión de facilitar la información relativa al derecho de desistimiento conlleva una prórroga de doce meses del plazo de desistimiento inicial, a contar desde la finalización de este.

Por otro lado, en su Sentencia de 5 de octubre de 2023, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el derecho de desistimiento en contratos celebrados a distancia en los que hay un período de prueba gratuito seguido de un período de pago prorrogable de forma automática (salvo resolución o desistimiento del consumidor). En concreto, el Tribunal Supremo austríaco plantea al TJUE si el derecho de desistimiento previsto en el artículo 9 de la Directiva 2011/83 debe interpretarse en el sentido de que el consumidor dispone de la posibilidad de desistir por una sola vez o si, por el contrario, dispone de tal derecho también tras finalizar el período inicial gratuito o cualquiera de las prórrogas posteriores.

El Tribunal de Justicia responde que, en contratos de estas características, el derecho de desistimiento del consumidor *"se garantiza una sola vez"*, siempre y cuando antes de la celebración del contrato se haya informado al consumidor *"de manera clara, comprensible y expresa"* de que la prestación de servicios pasará a ser remunerada tras finalizar el período inicial gratuito.

No obstante, si no se le hubiera facilitado esa información, el TJUE determina que el consumidor podría disponer de un nuevo derecho de desistimiento al finalizar el período gratuito, puesto

que podría entenderse que la diferencia entre la información realmente facilitada sobre las condiciones contractuales antes de la suscripción del contrato y las condiciones realmente aplicables tras finalizar el período gratuito sería tan esencial como para reconocerse un nuevo derecho de desistimiento transcurrido el período de prueba gratuito.

6. Reflexiones finales

Las sentencias hasta aquí comentadas son solo una muestra de la importancia del derecho de consumo en la actualidad y, muy en particular, de la tendencia del Tribunal de Justicia a proteger los derechos e intereses de los consumidores en todas las fases de la contratación, desde la información facilitada antes de su suscripción, pasando por su contenido y terminando con su ejecución.

Como se ha visto, en gran parte de esas resoluciones, el TJUE ha adoptado la solución más favorable para la posición contractual del consumidor, aun cuando ello haya supuesto seguir una interpretación de las normas aplicables que no resulta directamente de su contenido.

También se observa que los jueces españoles son cada vez más proclives a formular peticiones de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia. Están en su derecho de hacerlo (aunque no obligación, con la salvedad del Tribunal Supremo o del órgano judicial que conozca de la última instancia). No obstante, sí nos parece discutible que algunas peticiones se empleen para combatir abierta y directamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso en relación con materias o cláusulas sobre las que el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado y el Tribunal Supremo se limita a aplicar sus postulados.

En todo caso, el TJUE seguirá dictando resoluciones en materia de derecho de consumo. De hecho, ya estamos a la espera de varias de ellas, como revelan los siguientes asuntos en materia civil y de consumo que figuran actualmente pendientes: (i) en relación con la cláusula de comisión de apertura incorporada en un contrato de préstamo hipotecario, el asunto Caja Rural de Navarra, C-699/23, cuyas cuestiones prejudiciales han sido planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Donostia-San Sebastián; y el asunto Justa, C-39/24, elevado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Ceuta; (ii) el asunto C-300/23, Kutxabank, relativo a la cláusula del índice de referencia IRPH (sobre la que ya se ha pronunciado el TJUE en numerosas ocasiones), que ha planteado el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de San Sebastián; (iii) los asuntos C-6/24 y C-231/24, Abanca Corporación Bancaria, relativos a cuestiones prejudiciales sobre la facultad de vencimiento anticipado de préstamos personales, planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña; (iv) el asunto C-230/24, Banco Santander, también planteado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, en esta ocasión en relación con la compatibilidad del principio de equivalencia con la prescripción de la acción de restitución derivada de la nulidad de cláusulas abusivas; o (v) el asunto C-443/24, Cajasur Banco, que plantea la Audiencia Provincial de Málaga¹⁴, sobre la compatibilidad con la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la nueva redacción del artículo 487.1 de la LEC, que, en el caso de que exista doctrina jurisprudencial sobre la cuestión planteada y la sentencia recurrida se oponga a esa jurisprudencia, prevé la facultad del Tribunal Supremo de dictar auto que casa la sentencia y devuelve el asunto al tribunal de procedencia para que dicte nueva resolución de acuerdo con la jurisprudencia del

Tribunal Supremo, lo que, según el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, podría ser contrario a la Directiva 93/13 porque no se distingue si la jurisprudencia nacional pudiera ser o no contraria a la doctrina del TJUE.

Se deberá seguir de cerca ya no solo el sentido de estas futuras resoluciones del Tribunal de Justicia, sino el eventual modo en que pasarán a determinar la interpretación y la aplicación del derecho de consumo en el futuro.

Notas

- 1 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2024). *Informe anual 2023. Estadísticas judiciales del Tribunal de Justicia*, pp. 1-40. Recuperado de https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-06/es_ra_2023_cour_statistiques_web_bats.pdf.
- 2 Sobre la Sentencia de 25 de abril de 2024 pueden consultarse, entre otras, las siguientes publicaciones: DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2024). Sobre la prueba de la cognoscibilidad razonable de los consumidores. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacendederecho.org/sobre-la-prueba-de-la-cognoscibilidad-razonable-de-los-consumidores>; PANTALEÓN PRIETO, F. (2024) My Last Bow. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacendederecho.org/my-last-bow>; o MARIN LÓPEZ, M. J. (2024). Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024 no exigen que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios se inicie con la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, 50, pp. 51-187. Recuperado de <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3491/2865>.
- Sobre la Sentencia de 4 de julio de 2024 puede consultarse: ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2024). El juez nacional es un Hércules para el TJUE. *Derecho Mercantil BlogSpot*. Recuperado de <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2024/07/el-juez-nacional-es-un-hercules-para-el.html>; o TAPIA HERMIDA, A. J. (2024) Acción colectiva. Cláusulas suelo. Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2024 (Asunto C-450/22) CaixaBank y otros. Control de la transparencia en acciones colectivas. *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida*. Recuperado de <https://ajtapia.com/2024/07/accion-colectiva-clausulas-suelo-sentencia-del-tjue-de-4-de-julio-de-2024-asunto-c-450-22-caixabank-y-otros-control-de-la-transparencia-en-acciones-colectivas/>.
- 3 Por ese motivo, tampoco nos centraremos en otras sentencias recientes de este Tribunal, tales como la Sentencia de 13 de julio de 2023 (Banco Santander, asunto C-265/22) —en la que el TJUE se ha pronunciado una vez más sobre la transparencia y no abusividad de las cláusulas IRPH— o la Sentencia de 16 de marzo de 2023 (CaixaBank, asunto C-565/21) sobre la validez de la comisión de apertura. Ni tampoco en la Sentencia de 11 de enero de 2024 (Nárokuj, asunto C-755/22) sobre las consecuencias en el derecho checo del incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor, que no son trasladables al derecho español porque, en este, se contienen unas consecuencias normativas diferentes al amparo de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (la “Directiva 2008/48”).
- 4 Un análisis de esta cuestión se puede ver en CEPERO ARÁNGUEZ, M. A. ÁNGUEZ, M. A. y ADELL TRONCHO, B. (2023). Panorama actual y contornos del control de oficio de las cláusulas abusivas con los principios procesales nacionales. En RUBIO ESCOBAR, P.; GARCÍA-VILLARRUBIA, M.; PASTOR RUIZ, F.; GOMÉZ ZAMORA, L. J. ; ORTEGA BURGOS, E.; GONZÁLEZ TORROBA, P.; CODES CALATRAVA, A.; y SÁNCHEZ BARROSO, B., *Mercados Regulados 2023*. Madrid: Tirant lo Blanch, pp. 13-34 (TOL9.739.106).
- 5 A pesar de que existen pronunciamientos anteriores —por ejemplo, las Sentencia de 4 de junio de 2009 (Pannon GSM, asunto C-243/08) o Sentencia de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito, asunto C-618/10)—, la Sentencia del caso Aziz constituye un punto de inflexión en la jurisprudencia del TJUE sobre el control de oficio de la abusividad de las cláusulas contractuales.
- 6 Debe recordarse que el proceso monitorio ya fue objeto de modificación por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a efectos de que el juez nacional pudiera controlar de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales a la luz de la Directiva 93/13.
- 7 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (la “Directiva 93/13”).
- 8 Esta cuestión ya había sido confirmada por el TJUE en la Sentencia de 18 de noviembre de 2020 (DelayFix, asunto C-519/19).
- 9 En este sentido, el TJUE ha declarado en su Sentencia de 29 de febrero de 2024 (Eventmedia Soluciones, asunto C-11/23) que las cláusulas de prohibición de cesión de créditos incorporadas en contratos de transporte son contrarias al derecho de la Unión (ex artículo 15 del Reglamento núm. 261/2004 (CE) núm. 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) núm. 295/91), puesto que de lo contrario se estaría limitando la libertad de los consumidores de elegir la manera más eficaz de ejercitar su derecho a ser indemnizado por los daños que le ocasione la cancelación de un vuelo.
- 10 Así lo ha establecido, entre otras, en sus Sentencias de 3 de septiembre de 2020, Profi Credit Polska, asunto C-84/19; de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, asunto C-452/2018; o de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, asunto C-125/2018.
- 11 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 (el “Real Decreto-ley 6/2023”).
- 12 Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE (la “Directiva 2011/83”).
- 13 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (“TRLUCU”).
- 14 Cuestión prejudicial planteada mediante el Auto de 11 de junio de 2024 (Roj: AAP MA 1/2024).

Unión Europea

CINCO CUESTIONES TRANSVERSALES DEL NUEVO PAQUETE DE PBC/FT

Manuel Vélez y Xavier Codina

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

Cinco cuestiones transversales del nuevo paquete de PBC/FT

El trabajo analiza algunas cuestiones relevantes del nuevo marco regulatorio de la Unión Europea para la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Destaca la armonización de las normativas entre los Estados miembros, la continuidad del enfoque basado en el riesgo, la ampliación de la definición de entidades financieras para incluir las sociedades de cartera, la figura del cliente como objeto de la diligencia debida y la creación de la figura del compliance manager.

PALABRAS CLAVE:

Cumplimiento normativo; Prevención del blanqueo; Novedades paquete PBC

Five cross-cutting issues of the new AML/CFT package

This article analyses some of the important aspects of the new EU regulatory framework on money laundering and terrorist financing. We highlight that the regulations in the Member States have been aligned; that the risk-based approach continues to apply; that the definition of financial entities has been widened to include holding companies; that the client is the focus of the due diligence measures; and that the figure of compliance manager has been created.

KEYWORDS:

Compliance; money laundering prevention; AML package updates.

FECHA DE RECEPCIÓN: 5-9-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-9-2024

Vélez, Manuel; Codina, Xavier (2024): Cinco cuestiones transversales del nuevo Paquete de PBC/FT. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 208-217 ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Desde que el pasado 16 junio de 2024 se publicaron las normas centrales del nuevo paquete normativo de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo ("PBC/FT"), han sido muchas las publicaciones centradas en ofrecer una descripción de las novedades más relevantes que presenta la nueva normativa. El objetivo de este trabajo es profundizar de manera selectiva en una serie de cuestiones que afectan a todos los sujetos obligados, con independencia de su sector de actividad, y que pudieran haber pasado desapercibidas en esos trabajos más descriptivos.

A continuación se recoge una selección de cuestiones que, según nuestra experiencia, interesa aclarar por su capacidad para ocasionar problemas prácticos si no se aplican de manera adecuada. En dicha selección nos hemos centrado en el Reglamento PBC¹ y en el Reglamento AMLA². No se examinan ni la Directiva PBC³ ni el Reglamento de Información de los proveedores de servicios de pago⁴.

2. Cuestiones transversales del nuevo paquete

2.1. Armonización normativa y orgánica

La principal consecuencia del nuevo paquete normativo es que el centro de gravedad se desplaza hacia la Unión Europea. No solo se ha producido una centralización de la normativa de PBC/FT, sino que también se ha dado un primer paso hacia la centralización orgánica a través de la creación de la Autoridad Europea en la materia, con sede en Frankfurt ("AMEA").

El objetivo declarado del nuevo paquete es la armonización de las normas de PBC/FT con el fin de reducir la fragmentación existente entre las normativas aplicadas por los Estados miembros. La vigente Directiva 2015/849 no había logrado alcanzar plenamente ese objetivo, existiendo divergencias nacionales en este ámbito (lo que, según la Comisión, generaba fisuras en el mercado interior). De ahí que el legislador de la Unión haya aprobado por primera vez en esta materia un reglamento, con una expresa vocación armonizadora⁵. La armonización no es plena en la medida en que los Estados podrán introducir nuevas normas, siempre que los riesgos nacionales lo justifiquen (su libertad está, pues, expresamente constreñida a un análisis técnico de riesgos).

La armonización regulatoria se alcanza a través de normas detalladas, o granulares como las denomina la Propuesta de la Comisión, que se aprueban siguiendo la metodología multinivel existente en otros ámbitos del derecho de la Unión (a su vez basada en el Informe *Lamfalussy* que inspiró la regulación de los servicios financieros)⁶. En el nuevo paquete de PBC/FT se distinguen los siguientes niveles:

- i. En el nivel 1 se encuentran los actos legislativos de la Unión adoptados por el Parlamento y el Consejo a propuesta de la Comisión y que establecen el marco regulatorio y fijan los poderes de desarrollo. Este es el nivel compuesto por el Reglamento PBC, el Reglamento

AMLA, la Directiva PBC y el Reglamento de Información de los proveedores de servicios de pago.

- ii. En el nivel 2 la Comisión adopta los desarrollos técnicos y de detalle mediante habilitaciones normativas existentes en el nivel 1. En el caso del nuevo paquete pueden distinguirse varios bloques.

Primero, los clásicos actos no legislativos de delegación que aprueba la Comisión para completar la regulación en algún punto. Por ejemplo, la identificación de los terceros países con deficiencias estratégicas, con deficiencias de cumplimiento o que plantean una amenaza específica (arts. 29, 30 y 31 del Reglamento), identificar nuevos supuestos de mayor riesgo (art. 34), la posibilidad de fijar un umbral de titularidad real inferior en casos específicos (art. 52) o fijar los criterios esenciales del régimen sancionador que deben adoptar los Estados (art. 68).

En segundo lugar, la Comisión aprobará normas técnicas (*technical standards*) necesarias en distintas áreas. Estas normas técnicas pueden ser de regulación (*regulatory technical standards* o *RTS*) o de ejecución (*implementing technical standards* o *ITS*), según sea su finalidad. Por ejemplo, se adoptarán RTS relativas a las obligaciones de diligencia debida con respecto al cliente o requisitos mínimos de las políticas (arts. 19 y 28 del Reglamento PBC), los procedimientos y los controles a nivel de grupo (arts. 16 y 17 Reglamento PBC). Por su parte, se adoptarán ITS con una plantilla común para las comunicaciones por indicio o el suministro de registros de operaciones por parte de las entidades de crédito y financieras a las autoridades (art. 69 del Reglamento PBC).

Tanto las RTS como las ITS las adopta la Comisión a propuesta de la AMLA, que se encargará de redactar los proyectos de normas técnicas. Los proyectos solo pueden alterarse por la Comisión "*en circunstancias muy limitadas y extraordinarias*" (considerando 14 del Reglamento AMLA).

Las RTS adoptan la forma de acto delegado de la Comisión con arreglo al art. 290 del TFUE y seguirán el procedimiento establecido en el art. 49 del Reglamento AMLA. Por su parte, las ITS adoptan la forma de actos de ejecución con arreglo al art. 291 TFUE y seguirán el procedimiento del art. 53 del Reglamento AMLA.

- iii. En el nivel 3 se encuentran los instrumentos que facilitan la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión bajo la forma de comités o similares (su función es la convergencia de las prácticas supervisoras), además de publicar guías y comunicaciones a efectos de facilitar criterios interpretativos.

En el caso del nuevo paquete, el mayor nodo de cooperación entre autoridades será sin duda la AMLA. Esta autoridad, junto con las autoridades nacionales, constituirán conjuntamente "*un sistema de supervisión*" en la materia (considerando 16 del Reglamento AMLA) y un mecanismo de apoyo y coordinación (considerando 42). Se prevé en la norma incluso un mecanismo de conciliación entre autoridades nacionales cuando surjan entre ellas divergencias en la aplicación de la norma (considerando 34).

Con la finalidad de que las autoridades nacionales lleven a cabo un trabajo homogéneo, la AMLA tiene la tarea de desarrollar una metodología de supervisión armonizada (considerando 10 del Reglamento AMLA).

Esta autoridad también se centrará en aumentar la convergencia interpretativa de la norma a través de directrices, recomendaciones⁷ y dictámenes⁸ con el fin de garantizar que, cuando la supervisión se mantenga dentro del ámbito nacional, se apliquen, en principio, las mismas prácticas y normas de supervisión a todas las entidades comparables.

En sus respectivos ámbitos sectoriales también tienen un impacto en la materia otras autoridades como la EBA o la ESMA.

Desde un punto de vista del control que los Estados ejercen sobre el ejercicio armonizador, la Comisión estará asistida por el Comité sobre la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (art. 86 del Reglamento PBC)⁹.

- iv. El nivel 4 lo componen las tareas de control de la Comisión de la transposición y cumplimiento de la norma. En el caso del nuevo paquete PBC/FT, las necesidades de transposición se han visto reducidas considerablemente al pasar a ser un reglamento la piedra angular del régimen, y no una directiva como hasta ahora. También ha disminuido el margen de discrecionalidad de los Estados para adoptar criterios interpretativos sobre cuestiones sustantivas (competencia que recae ahora íntegramente sobre la Unión).

A la hora de controlar el cumplimiento de la norma adquiere una importancia significativa la posibilidad de la AMLA de supervisar directamente algunas entidades. Enseguida comentamos esta novedad.

La puesta en marcha de estos niveles regulatorios ofrecerá al operador, en cada uno de los ámbitos de las obligaciones de PBC/FT, un conjunto de normas europeas muy detalladas. Arrojará —esperamos— mayor seguridad jurídica. A su vez, provocará un aumento de la relevancia de las sentencias del Tribunal de Justicia, intérprete último del derecho de la Unión.

Esta armonización normativa se completa con la mayor centralización orgánica provocada por la creación de la AMLA. Como se ha visto, esta Autoridad tendrá un papel determinante en los niveles 2, 3 y 4 de regulación.

Sus competencias se sintetizan en el considerando 5 Reglamento AMLA: supervisión directa de un determinado número de entidades obligadas seleccionadas del sector financiero, incluidos los proveedores de servicios de criptoactivos; seguimiento, análisis e intercambio de información en relación con los riesgos en la materia; coordinación y control de los supervisores de PBC/FT; y coordinación y apoyo de las UIF nacionales (en España, el SEPBLAC).

Destaca el papel de supervisor directo de determinadas entidades. Se trata de aquellas entidades de crédito y financieras con actividad transfronteriza en al menos seis Estados y

que cumplan ciertos criterios de perfil de riesgo de blanqueo de capitales (cada tres años se revisará la lista). También podrá ser supervisada directamente cualquier entidad que incumpla gravemente los requisitos aplicables sin que su supervisor nacional tome medidas suficientes al respecto (en estos casos será la Comisión la que apruebe la transferencia de supervisión a petición de AMLA o de los supervisores financieros).

Las actuaciones de inspección en relación con esas entidades, que el paquete normativo denomina “*entidades obligadas seleccionadas*”, comenzará a partir de 2028.

En relación con esas entidades obligadas seleccionadas, la AMLA goza de potestades de inspección y sanción. Las sanciones serán de carácter pecuniario y serán objeto de publicación. Todas estas decisiones de la AMLA serán recurribles en anulación ante el Tribunal General de la Unión Europea, si bien se prevé un procedimiento de recurso previo ante el Comité Administrativo de Revisión de la AMLA.

2.2. Renovación de la apuesta por el enfoque basado en riesgo

La siguiente cuestión a destacar es que el legislador europeo renueva su apuesta por el enfoque basado en riesgo. De hecho, el objetivo armonizador del Reglamento PBC pretende reducir la fragmentación existente entre países europeos a la hora de aplicar ese enfoque. La exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento de la Comisión afirmó expresamente que el borrador seguía el actual planteamiento basado en el riesgo, si bien “*lo profundiza y lo mejora con vistas a aportar mayor eficacia y coherencia transfronteriza en la aplicación de los requisitos de LBC/LFT*”¹⁰.

El enfoque basado en riesgo se recoge ya en la primera recomendación de las Recomendaciones del GAFI¹¹. Los destinatarios de ese mandato son tanto los Estados que se encargan de diseñar y aplicar normas PBC/FT como los sujetos obligados identificados por la norma.

En relación con estos últimos queda claro que este enfoque no ofrece libertad para entender cuándo aplicar o no la normativa de PBC/FT, pero sí otorga un grado de discreción a los operadores para establecer distintas medidas en función del riesgo identificado con la finalidad de que puedan asignar los recursos necesarios de manera efectiva.

Como señala GAFI, este enfoque no se basa en una exigencia de “cero fallos”, sino todo lo contrario: habrá ocasiones en las que una institución tome todas las medidas razonables para identificar y mitigar el riesgo, pero aun así no logre impedir la materialización de ese riesgo¹².

En cierta medida el enfoque basado en riesgo es una manifestación del principio de proporcionalidad: la carga normativa que pesa sobre el operador será más intensa cuando se enfrente a situaciones de mayor riesgo. Y, al contrario, no puede exigírsele una obligación de alta intensidad cuando el riesgo presente sea menor. Ello se refleja a la perfección en el considerado 29 del Reglamento PBC, que afirma que “*de acuerdo con el enfoque basado en el riesgo del presente Reglamento, esas políticas, procedimientos y controles deben ser proporcionados a la naturaleza de la actividad, incluidos sus riesgos y su complejidad, y al tamaño de la entidad obligada, y responder a los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que afronte la entidad*”.

Este enfoque proporciona a los sujetos obligados cierta flexibilidad (término expresamente utilizado en el considerando 53 del Reglamento PBC). Por ejemplo, a la hora de diseñar la política de seguimiento continuo (considerandos 69, 72 y 78 del Reglamento). Ahora bien, como recuerda el considerando 52, este enfoque “no constituye una opción excesivamente permisiva para las entidades obligadas. Implica tomar decisiones basadas en pruebas para centrarse mejor en los riesgos”.

En definitiva, el legislador europeo renueva su apuesta por el enfoque basado en riesgo aunque la armonización descrita en el apartado anterior tenga un efecto reductor en la libertad del operador en el diseño de sus procedimientos. La adecuada autoevaluación de los riesgos seguirá siendo la premisa fundamental para acreditar la correcta aplicación de este enfoque.

2.3. Las sociedades *holding* como nuevos sujetos obligados

El nuevo paquete se refiere con carácter expreso a una figura que no estaba presente en la norma con anterioridad: las sociedades *holding* o, como las denomina la versión española, las sociedades de cartera. alguna de estas sociedades —no todas— pasa a ser considerada como sujeto obligado.

El Reglamento PBC no define qué entiende por sociedad de cartera. Ahora bien, de manera algo dispersa sí recoge su clasificación, que gira en torno a dos variables: el carácter de sociedad financiera o no y el carácter mixto o no de la actividad que lleva a cabo. Siguiendo esos criterios, el Reglamento PBC distingue los siguientes tipos de sociedades de cartera, que no siempre define¹³:

- i. Las sociedades financieras de cartera (*financial holding company*). El Reglamento PBC no las define, aunque las pasa a incluir dentro del concepto de entidad financiera y, por tanto, son sujetos obligados. Se trata de entidades cuyas filiales son, exclusiva o principalmente, entidades o entidades financieras y que no son una sociedad financiera mixta de cartera. Las filiales de una entidad financiera son principalmente entidades financieras cuando al menos una de ellas es una entidad y cuando más del 50 % del capital, los activos consolidados, los ingresos, la dotación de personal u otros indicadores de la entidad financiera considerados pertinentes por la autoridad competente está asociado a filiales que son entidades o entidades financieras¹⁴.
- ii. Las sociedades mixtas de cartera financiera (*financial mixed activity holding company*). El Reglamento PBC sí las define y las pasa a incluir dentro del concepto de entidad financiera y, por tanto, son sujetos obligados. Se trata de una empresa, distinta de una sociedad financiera de cartera o de una sociedad financiera mixta de cartera, que no sea filial de otra empresa y cuyas filiales incluyan al menos una entidad de crédito o una entidad financiera¹⁵.
- iii. Las sociedades financieras mixtas de cartera (*mixed financial holding company*). El Reglamento PBC no las define, aunque las pasa a incluir dentro del concepto de entidad financiera y, por tanto, son sujetos obligados. Si se atiende a otros ámbitos del ordenamiento, este tipo de entidad es una empresa matriz que no sea una entidad regulada y que, junto con sus filiales, de las cuales por lo menos una sea una entidad regulada que tenga su domicilio social en la Unión, y otras entidades, constituya un conglomerado financiero¹⁶. Para

considerarse como tal, deben cumplirse los requisitos cumulativos establecidos en el art. 2(14)(b) de la Directiva 2002/87/CE para aquellos casos en que la empresa que encabeza el grupo no sea una entidad regulada¹⁷.

- iv. Las sociedades mixtas de cartera no financieras (*non-financial mixed activity holding companies*). El Reglamento PBC sí las define y las pasa a incluir como sujetos obligados. Se trata de toda empresa, distinta de una sociedad financiera de cartera o de una sociedad financiera mixta de cartera, que no sea filial de otra empresa y cuyas filiales incluyan al menos una entidad obligada que no sea ni entidad de crédito ni entidad financiera¹⁸.

En vista de todo lo anterior, la novedad del Reglamento PBC es doble. Por un lado, la ampliación del concepto de entidad financiera, en línea con otras normas europeas del ámbito financiero¹⁹, para incluir las entidades recogidas en los romanillos (i) a (iii) anteriores. Este es un objetivo declarado por el considerando 10, que indica que *“cuando entre las filiales de una sociedad mixta de cartera se cuente al menos una entidad de crédito o una entidad financiera, la propia sociedad de cartera también debe considerarse una entidad financiera”*. Dando cumplimiento a ese mandato, el artículo 2.1.6 del Reglamento PBC añade al concepto de entidad financiera a esos tres supuestos.

Por otro lado, el Reglamento PBC pasa a incluir en su ámbito de aplicación a las sociedades de cartera mixtas en los términos expresados en el considerando 10: *“las sociedades de cartera que lleven a cabo actividades mixtas y tengan al menos una filial que sea una entidad obligada deben incluirse como entidades obligadas”*. Ese mandato se concreta en el art. 3.3(m) del Reglamento PBC, que pasa a incluir como sujeto obligado a las sociedades mixtas de cartera no financieras.

Al hilo de esta cuestión, y de la decisión de incluir como sujetos obligados las sociedades de cartera, surgen nuevas dudas, sobre todo relacionadas con la dimensión transfronteriza de muchas de estas sociedades de cartera. Algunas de estas cuestiones son resueltas en el Reglamento, otras deberán ser objeto de un análisis pausado.

2.4. El cliente como sujeto central de la diligencia debida

Una de las cuestiones que más interés ha generado es la que se refiere al alcance subjetivo de la diligencia debida. En particular, si la diligencia debida se realiza solo al cliente o también a otros intervinientes de la relación de negocios.

La premisa pacífica es que el cliente constituye la espina dorsal del sistema de PBC/FT de cualquier sujeto obligado. Más allá de cuestiones anecdóticas (el concepto de cliente se repite hasta en 428 ocasiones en el Reglamento PBC) resulta que esa figura recorre cada una de las obligaciones que la norma impone al sujeto. Por ejemplo, las características del cliente resultan pieza esencial ya en el momento de realizar la autoevaluación de riesgos.

El Reglamento PBC se refiere de manera constante a la *“diligencia debida con respecto al cliente”*, se habla de *“identificación del cliente”*, de *“comprobación de la identidad del cliente”* o de revisar *“periódicamente la información obtenida de sus clientes”* (por ejemplo, considerandos 51, 52, 54, 65, 67 o 69). De hecho, las medidas de diligencia a incluir en el manual de procedimientos se

refieren al cliente (art. 9.2.iii del Reglamento) y la obligación de diligencia debida se predica del cliente (art. 19 del Reglamento).

En esa misma línea, el art. 2.1(19) define el concepto de relación de negocios sobre la base de la relación entre el profesional y su cliente ("*relación empresarial, profesional o comercial vinculada a la actividad profesional de una entidad obligada, que se establece entre una entidad obligada y un cliente, también en ausencia de un contrato escrito, y que se espera que tenga, en el momento de establecerse el contacto, carácter repetitivo o duradero, o que lo adquiera posteriormente*").

Una manifestación interesante de esta idea se encuentra en las relaciones del operador con sujetos que, a su vez, son los que mantienen la relación con el cliente. El Reglamento PBC menciona las relaciones de servicios de iniciación de pagos. Aunque estos se autorizan por el cliente del comerciante, el operador que presta estos servicios aplicará medidas de diligencia con respecto al comerciante, que será su cliente a efectos de la norma (considerando 62 del Reglamento). También se considera clave la relación con cliente a la hora de determinar la exclusión de las relaciones intragrupo, a las que no se aplica el Reglamento porque "*no se efectúan frente a clientes*" (considerando 11 del reglamento PBC).

Por tanto, la regla general prevista en la norma es que será el cliente la figura respecto de la que debe desplegarse la diligencia debida. La norma prevé algunas excepciones a lo anterior, que, por su propia naturaleza de excepción, deben ser interpretadas restrictivamente. Es lo que el Reglamento PBC denomina "situaciones específicas", y que vienen determinadas por el legislador europeo, si bien de manera no exhaustiva (considerando 60). Ese listado se recoge en el artículo 19.6 del Reglamento, que obliga a considerar clientes a las personas siguientes:

- A. A los proveedores de bienes en caso de comerciantes de piedras y metales preciosos, bienes de gran valor y bienes culturales.
- B. A las dos partes de la operación en caso de los notarios, abogados y otros profesionales del derecho independientes que actúen como intermediarios en una operación y en la medida en que sean el único notario o abogado u otro profesional del derecho independiente que actúa como intermediario en dicha operación.
- C. A las dos partes de la operación en el caso de los agentes inmobiliarios.
- D. Al comerciante, en el caso de servicios de iniciación de pagos prestados por un proveedor de servicios de iniciación de pagos.
- E. En relación con los proveedores de servicios de financiación participativa y con los intermediarios de financiación participativa, tanto a la persona física o jurídica que busca financiación como a la que la proporciona en la plataforma de financiación participativa.

En definitiva, es evidente la apuesta del Reglamento PBC por identificar al cliente como figura esencial de las obligaciones de diligencia debida, solo matizada en casos excepcionales. Todo lo anterior conduce a que se deba abandonar, pues, la ambigüedad presente en la Ley 10/2010, que

en algunos de sus artículos acompaña la referencia a los clientes con otra referida a las personas que intervienen en la operación.

2.5. La figura del *compliance manager*

En el ámbito de las medidas de control interno, la principal novedad del Reglamento PBC consiste en la definición de los conceptos del “director de cumplimiento normativo” (*compliance manager*) y del “responsable de cumplimiento normativo” (*compliance officer*). Ambas figuras ya habían sido objeto de las “Directrices sobre políticas y procedimientos en relación con la gestión del cumplimiento y sobre el papel del responsable del cumplimiento de la PBC/FT con arreglo al artículo 8 y al capítulo VI de la Directiva (UE) 2015/849”, publicadas por la EBA el 14 de junio de 2022. El Reglamento PBC extiende estas figuras a todos los sujetos obligados y no únicamente a las entidades financieras vinculadas por las Directrices de la EBA.

En síntesis, el artículo 11 del Reglamento PBC plantea esa dualidad de cargos internos, en atención a las siguientes funciones asignadas a cada uno de ellos. El director de cumplimiento normativo habrá de ser un miembro del “*órgano de dirección en su función de gestión*” del sujeto obligado. La terminología empleada en este caso por el Reglamento PBC trata de adaptarse a las distintas realidades societarias existentes en el ámbito de la UE mediante la fórmula de no referirse a una figura orgánica concreta (como pudiera ser, por ejemplo, en nuestra terminología española, los conceptos de órganos de administración o dirección). De este modo, la noción de “*órgano de dirección en su función de gestión*” hace referencia al órgano de dirección responsable de la gestión cotidiana de la entidad obligada, lo que permite interpretar que la persona designada como *compliance manager* no necesariamente ha de pertenecer a los órganos de administración en sentido estricto de las sociedades españolas. Cabría también entender incluido en ese ámbito de responsable de la gestión cotidiana a órganos directivos, como pueda ser una Dirección General de una entidad.

El director de cumplimiento normativo o *compliance manager* tiene el deber de velar por que las políticas, procedimientos y controles internos del sujeto obligado sean coherentes con la exposición al riesgo del sujeto obligado y que se apliquen. Le corresponde también velar por que se asignen suficientes recursos humanos y materiales a ese fin; y es el responsable de recibir información sobre deficiencias importantes o deficiencias materiales en las referidas políticas, procedimientos y controles.

La función del responsable de cumplimiento normativo o *compliance officer* es más semejante a la de la figura del representante ante el SEPBLAC presente en la normativa nacional española en vigor. Este responsable ha de ser nombrado por el órgano de dirección en su función de gestión y recaer sobre una persona con un rango jerárquico suficientemente alto para su desempeño. Le corresponde la puesta en práctica diaria de las políticas, procedimientos y controles en materia de PBC; y cumple la función de punto de contacto con las autoridades competentes, siendo en este sentido responsable de comunicar las operaciones sospechosas a la correspondiente Unidad de Inteligencia Financiera.

Notas

- 1 Reglamento (UE) 2024/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.
- 2 Reglamento (UE) 2024/1620 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, por el que se crea la Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo y se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010, (UE) n.º 1094/2010 y (UE) n.º 1095/2010 (DO L, 2024/1620).
- 3 Directiva (UE) 2024/1640 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, relativa a los mecanismos que deben establecer los Estados miembros a efectos de la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, y se modifica y se deroga la Directiva (UE) 2015/849.
- 4 Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/849.
- 5 Véanse como ejemplos los considerandos 26, 52, 65, 75, 93, 102, 111, 114, 135 del Reglamento PBC.
- 6 LAMFALUSSY, A. (dir.) (2001), *Final report of the Committee of wise men on the regulation of European securities markets*. Esta metodología se revisó mediante la Comunicación de la Comisión - Revisión del proceso Lamfalussy Mayor convergencia en la supervisión, 20.11.2007, COM/2007/0727 final.
- 7 Recomendaciones no solo a las autoridades nacionales, sino también a los operadores. Por ejemplo, las que puede dirigir a las entidades financieras y de crédito de la Unión con el fin de informarlas de sus puntos de vista sobre las deficiencias de las entidades clientes de terceros países (art. 38 del Reglamento PBC). Esas recomendaciones suponen que la entidad financiera deba adoptar las medidas adecuadas para mitigar riesgos, lo que puede llegar a exigir abstenerse de entablar relación comercial con la entidad cliente.
- 8 Por ejemplo, para resolver desacuerdos entre supervisores en situaciones transfronterizas tanto en caso de supervisores financieros (art. 33 del Reglamento AMLA) como no financieros (art. 38 del Reglamento AMLA).
- 9 Ese Comité se estableció en el artículo 34 del Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y se rige por el Reglamento (UE) n.º 182/2011.
- 10 Propuesta de la Comisión de Reglamento, 20.7.2021, COM(2021) 420 final.
- 11 FATF (2012-2023), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*.
- 12 FATF (2014), *Guidance for a risk-based approach the banking sector*, ap. 10.
- 13 La clasificación coincide con la ya establecida en otros ámbitos de la regulación financiera. Véase art. 119 y siguientes de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión.
- 14 Art. 4.1(20) del Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito.
- 15 Art. 2.1(10) del Reglamento PBC.
- 16 Art. 4.1(21) del Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito, que se remite al art. 2(15) de la Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero.
- 17 Esos requisitos son: i) que las actividades del grupo o subgrupo se desarrollen principalmente en el sector financiero en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la presente Directiva; ii) que al menos una de las entidades del grupo o subgrupo pertenezca al sector de seguros y al menos otra pertenezca al sector bancario o de los servicios de inversión; y iii) que tanto las actividades consolidadas o agregadas de las entidades del grupo incluidas en el sector de seguros como las de las entidades del grupo incluidas en los sectores bancario y de los servicios de inversión sean significativas en el sentido del artículo 3, apartados 2 o 3, de la presente Directiva.
- 18 Art. 2.1(13) y del art. 3.3(m) del Reglamento PBC.
- 19 Véase, Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito, en la modificación incorporada por el Reglamento (UE) 2019/2033 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, relativo a los requisitos prudenciales de las empresas de servicios de inversión, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010, (UE) n.º 575/2013, (UE) n.º 600/2014 y (UE) n.º 806/2014.

Internacional

DIRECTRICES ACTUALIZADAS DE LA IBA SOBRE CONFLICTOS DE INTERESES EN ARBITRAJE INTERNACIONAL

Santiago Romero

Abogado del Área de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Colombia)

Directrices actualizadas de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional

Este foro aborda la actualización del 2024 a las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. Se enfoca en la importancia de la imparcialidad y la independencia en el arbitraje, y cómo estas actualizaciones buscan ayudar a las partes, árbitros, abogados e instituciones a manejar estas cuestiones. Las actualizaciones incluyen ajustes y aclaraciones a las Normas Generales y a las Listas Roja, Naranja y Verde, especialmente en lo que respecta a revelaciones de los árbitros, financiación de terceros, expertos, árbitros no abogados y redes sociales.

PALABRAS CLAVE:

Directrices de la International Bar Association, Arbitraje internacional, Disputas transnacionales.

Update to the IBA guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration

This article examines the 2024 update to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. It focuses on the importance of fairness and independence in arbitration, and how these updates aim to help parties, arbitrators, counsel and institutions manage these issues. The updates adjust and clarify the General Rules and the Red, Orange and Green Lists, especially regarding arbitrator disclosures, third-party funding, experts, non-lawyer arbitrators and social media.

KEYWORDS:

International bar association guidelines, international arbitration, transnational disputes.

FECHA DE RECEPCIÓN: 23-6-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 26-6-2024

Romero, Santiago (2024). Directrices actualizadas de la IBA sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 218-224 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La International Bar Association (“IBA”) es la principal organización internacional de profesionales del derecho en el mundo. A través de su Comité de Arbitraje, la IBA estudia las leyes, prácticas y procedimientos relacionados con el arbitraje y las disputas transnacionales. Las conferencias, publicaciones y proyectos del Comité buscan compartir información sobre el arbitraje internacional, promover su uso y mejorar su eficacia.

Una de las publicaciones con mayor difusión del Comité de Arbitraje es el documento que contiene las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (las “Directrices”), publicadas en 2004 y actualizadas por primera vez en 2014. Las Directrices son uno de los instrumentos más importantes de *soft law* en arbitraje internacional. Son consultadas por árbitros, abogados, partes y centros de arbitraje para identificar potenciales conflictos de intereses y cumplir con el deber de revelación consagrado en la mayoría de las leyes y reglamentos de arbitraje.

En 2022 el Comité de Arbitraje de la IBA realizó una encuesta entre profesionales dedicados al arbitraje internacional en la que confirmó que las Directrices continuaban siendo una herramienta útil y eficaz, pero que existían áreas en las que podían ser mejoradas o actualizadas. Algunas de las áreas de mejora identificadas por la IBA en 2022 fueron las siguientes: revelaciones de los árbitros, financiación de terceros, expertos o peritos, árbitros no abogados y redes sociales.

En consecuencia, el Comité de Arbitraje de la IBA designó un grupo de trabajo para elaborar una versión actualizada de las Directrices, las cuales se publicaron en febrero de 2024 y finalmente fueron aprobadas por el Consejo de la IBA el 25 de mayo de 2024.

Las Directrices están divididas en dos secciones. La primera contiene las normas generales sobre imparcialidad, independencia y sobre la obligación de revelar potenciales conflictos de intereses (las “Normas Generales”). Así mismo, para promover una mayor coherencia y evitar recusaciones, renunciaciones o sustituciones innecesarias de árbitros, las Directrices contienen situaciones específicas con el objetivo de ilustrar las Normas Generales. En consecuencia, la segunda sección se refiere a la aplicación práctica de las Normas Generales.

Para la segunda sección, las Directrices adoptaron un sistema de semáforo (verde, naranja y rojo) para elaborar listas no exhaustivas de situaciones específicas que usualmente ocurren en el curso de un proceso arbitral (las “Listas de Aplicación”). En las situaciones incluidas en la Lista Roja se entiende que existe conflicto de intereses. Por su parte, en las de la Lista Verde se entiende que no existe conflicto de intereses ni apariencia de conflicto. Las situaciones de la Lista Naranja pueden, dependiendo de los hechos del caso concreto, suscitar una duda a los ojos de las partes sobre la existencia de un conflicto de intereses.

No obstante, es importante aclarar que las Listas de Aplicación no pueden cubrir todas las situaciones y, en todos los casos, las Normas Generales deben controlar el resultado, es decir, las Normas Generales rigen sobre las Listas de Aplicación.

La actualización de 2024 comprende ajustes a ambas secciones, como se expone a continuación.

2. Actualizaciones principales

2.1. Actualización a la Norma General 1

La Norma General 1 se refiere al principio general según el cual el árbitro debe ser imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar su designación y, además, permanecer así a lo largo del procedimiento arbitral.

La nota explicativa de la Norma General 1 fue actualizada en la versión de 2024 para esclarecer que la obligación consagrada en el principio general no se extiende al periodo de tiempo durante el cual el laudo puede ser impugnado ante los tribunales u organismos pertinentes. En el mismo sentido, la actualización de 2024 aclara que, en el evento en que la controversia se someta al mismo tribunal arbitral tras una anulación u otra intervención jurisdiccional, es necesaria una nueva ronda de revelación y de revisión de potenciales conflictos de intereses.

2.2. Actualización a la Norma General 2

La Norma General 2 hace referencia a los conflictos de intereses. Los ajustes en la versión de 2024 refuerzan el estándar objetivo que deben utilizar los árbitros para evaluar los hechos y circunstancias relevantes al momento de decidir si aceptan o continúan con una designación.

La actualización aclara que un árbitro debe rechazar un nombramiento o negarse a continuar como árbitro si existe un conflicto de intereses objetivo, salvo que se renuncie a dicho conflicto en los términos que se analizan más adelante. Así mismo, distingue entre las circunstancias descritas en la Lista Roja Irrenunciable, en las que el árbitro debería rechazar el nombramiento o no continuar como árbitro, y las circunstancias de la Lista Roja Renunciable, en las que el árbitro podría optar por hacer una revelación.

2.3. Actualización a la Norma General 3

La Norma General 3 aborda las revelaciones del árbitro. Las tres actualizaciones principales a esta Norma General, en su mayoría contenidas en la nota explicativa de la versión de 2014, son las siguientes: (i) se esclareció que el árbitro debe tener en cuenta todos los hechos y circunstancias que estén en su conocimiento (sin perjuicio del deber de investigación del árbitro contenido en la Norma General 7); (ii) se incluyó que, en el evento en que el árbitro deba hacer una revelación que esté protegida por el secreto profesional o similares, el árbitro debe rechazar el nombramiento o renunciar; y (iii) se señaló que el hecho de que un árbitro no revele determinados hechos

y circunstancias que, a los ojos de las partes, pueden suscitar dudas sobre su imparcialidad o independencia no significa necesariamente que exista un conflicto de intereses o que deba ser descalificado.

2.4. Actualización a la Norma General 4

La Norma General 4 se ocupa de la renuncia de las partes. Esta norma solo ha tenido una actualización sustancial en 2024, relativa a que se considerará que una parte ha tenido conocimiento de cualquier hecho o circunstancia que pueda constituir un posible conflicto de intereses si una investigación razonable lo hubiera descubierto.

2.5. Actualización a la Norma General 6

La Norma General 6 aborda las relaciones de los árbitros. La actualización establece que, para analizar la relevancia de los hechos o circunstancias en un posible conflicto de intereses, se puede considerar que una entidad jurídica o persona natural tiene la misma identidad de una parte del procedimiento arbitral cuando dicha parte ejerza una influencia controlante. Así mismo, que se considera que los árbitros llevan la identidad no solo de su firma, sino también de su empleador (que incluye los casos en los que el árbitro no trabaja para una firma, sino para una compañía).

Las actualizaciones a la nota explicativa de la norma indican: (i) los intereses, control o influencia que podrían tener en el arbitraje terceros financiadores o aseguradoras, los cuales pueden ser relevantes en el análisis de si se debería considerar que una parte lleva la identidad de tales entidades; (ii) que el control de una persona sobre otra involucra tanto a personas jurídicas como naturales; y (iii) que no necesariamente debe considerarse que existe un control o interés directo entre las organizaciones de un Estado, pues su organización usualmente implica una separación de personería jurídica. Adicionalmente, en cuanto a los Estados, la actualización a la nota explicativa específica que, considerando que las relaciones entre sus entidades varían, no es adecuada una regla general, sino que el análisis sobre si es apropiada o no una aceptación, revelación o renuncia debe ser caso por caso.

2.6. Actualización a la Norma General 7

La Norma General 7 se refiere al deber de las partes y del árbitro de informar e informarse sobre la identidad y relaciones de los actores en el arbitraje. En consonancia con la actualización a la Norma General 6, la versión de 2024 incluye la obligación de las partes de informar a la otra parte, al árbitro, al tribunal arbitral, al centro de arbitraje y a la autoridad nominadora si existe una relación entre el árbitro y cualquier persona (natural o jurídica) sobre la cual una parte tenga una influencia controlante.

2.7. Actualizaciones a la Lista Roja

La Lista Roja está dividida entre la Lista Renunciable y la Lista Irrenunciable. La Lista Roja Renunciable incluye situaciones en las que, conociendo las partes la existencia del conflicto de intereses,

pueden expresar su voluntad de, a pesar de ello, aceptar la designación del árbitro y/o permitir que permanezca como tal a lo largo del procedimiento arbitral. Por el contrario, la Lista Roja Irrenunciable refiere a situaciones en las que no es posible aceptar la circunstancia generadora del conflicto de intereses ni sanearla.

La actualización de 2024 no incluyó ni eliminó situaciones de la Lista Roja. En general, se hicieron ajustes a las situaciones existentes en consonancia con las actualizaciones a las Normas Generales.

2.8. Actualizaciones a la Lista Naranja

En la versión de 2024 de las Directrices, se agregaron a la Lista Naranja las siguientes situaciones relacionadas con expertos, redes sociales, entre otras (traducciones del autor):

"El árbitro actúa actualmente, o ha actuado en los últimos tres años, como experto de una de las partes, o de una filial de una de las partes en un asunto no relacionado" (International Bar Association, 2024).

"En los últimos tres años, el árbitro ha sido nombrado experto en más de tres ocasiones por el mismo abogado o la misma firma de abogados" (International Bar Association, 2024).

"El árbitro ha sido designado, en los últimos tres años, para asistir a simulacros de juicios o a la preparación de audiencias en más de tres ocasiones por el mismo abogado o la misma firma de abogados" (International Bar Association, 2024).

"Un árbitro y el abogado de una de las partes actualmente actúan juntos como árbitros en otro arbitraje" (International Bar Association, 2024).

"Un árbitro y su(s) compañero(s) árbitro(s) actúan actualmente juntos como árbitros en otro arbitraje" (International Bar Association, 2024).

"El árbitro instruye a un experto que comparece en el procedimiento arbitral en otro asunto en el que el árbitro actúa como abogado" (International Bar Association, 2024).

"El árbitro ha defendido públicamente una postura sobre el caso, ya sea en un artículo o discurso publicado, a través de redes sociales o plataformas de redes profesionales en línea, o de otra forma" (International Bar Association, 2024).

"El árbitro ocupa un puesto ejecutivo u otra posición de toma de decisiones en la institución administradora o autoridad nominadora con respecto a la disputa y en esa posición ha participado en decisiones con respecto al arbitraje" (International Bar Association, 2024).

En los últimos dos casos, la actualización agregó únicamente los apartes resaltados.

2.9. Actualizaciones a la Lista Verde

Finalmente, la Lista Verde solo contó con la siguiente inclusión en relación con los expertos:

"El árbitro, actuando como árbitro en otro asunto, escuchó el testimonio de un experto que aparece en el procedimiento actual" (International Bar Association, 2024).

3. Consideraciones finales

Las propias Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, en sus ediciones 2004, 2014 y 2024, reconocen que estas no prevalecen sobre la ley nacional aplicable ni sobre las reglas de arbitraje, códigos de conducta u otros instrumentos vinculantes que las partes hubieren elegido. No obstante, las Directrices buscan ayudar e ilustrar a las partes, árbitros, abogados, instituciones arbitrales y tribunales estatales a tratar con las cuestiones de imparcialidad e independencia que pueden presentarse en el curso de un procedimiento arbitral.

La reciente actualización de las Directrices le reafirma a la comunidad arbitral la importancia de la imparcialidad e independencia para lograr tener arbitrajes transparentes y cómo estos conceptos evolucionan con el paso del tiempo. En consecuencia, son bien recibidos todos los esfuerzos que se realicen para actualizar y robustecer estas cuestiones con la seriedad e importancia que ameritan.

Bibliografía

ACERIS LAW (17 de marzo de 2024). *2024 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*. <https://www.acerislaw.com/2024-iba-guidelines-on-conflicts-of-interest-in-international-arbitration/>.

CAPALTI, C.; GIORGIA, B. (7 de mayo de 2024). The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest: A Call to Action for Parties and Counsel? *Kluwer Arbitration Blog*. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/05/07/the-revised-iba-guidelines-on-conflicts-of-interest-a-call-to-action-for-parties-and-counsel/>.

CIAR GLOBAL (8 de marzo de 2024). Nuevas Reglas IBA Sobre Conflictos De Interés Incluyen Los Posibles Peligros Del Discurso Social. *CIAR Global*. <https://ciarglobal.com/nuevas-reglas-iba-sobre-conflictos-de-interes-incluyen-los-posibles-peligros-del-discurso-social/>.

FISHER, T. (5 de marzo de 2024). IBA committee releases updated conflict guidelines. *Global Arbitration Review*. <https://globalarbitrationreview.com/article/iba-committee-releases-updated-conflict-guidelines>.

HERBERT SMITH FREEHILLS (14 de marzo de 2024). *IBA publishes updated guidelines on conflicts of interest in arbitration*. <https://www.herbertsmithfreehills.com/notes/arbitration/2024-03/iba-publishes-updated-guidelines-on-conflicts-of-interest-in-arbitration>.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (2014). *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014*. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=59C60328-61F3-4FOA-9A92-78F4F67C1C50>.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (2024). *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*. <https://www.ibanet.org/document?id=Guidelines-on-Conflicts-of-Interest-in-International-Arbitration-2024>.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (2024). *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (compare 2014 and 2024 versions)*. <https://www.ibanet.org/document?id=Guidelines-on-Conflicts-of-Interest-in-International-Arbitration-comparison-2014-2024>.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (2024). *IBA guides and reports*. <https://www.ibanet.org/resources>.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (2024). *Arbitration Committee*. <https://www.ibanet.org/unit/Dispute+Resolution+Section/committee/Arbitration+Committee/3010>.

Foro de Actualidad

Internacional

EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS SANCIONES INTERNACIONALES Y LA DIRECTIVA (UE) 2024/1226, DE 24 DE ABRIL

Patricia Leandro Vieira da Costa y Alberto Schoch Aparicio
Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

El delito de incumplimiento de las sanciones internacionales y la Directiva (UE) 2024/1226, de 24 de abril

La Directiva (UE) 2024/1226, de 24 de abril, impone a los Estados miembros la obligación de tipificar como delito las vulneraciones de las sanciones internacionales (o medidas restrictivas) de la UE. En este artículo analizamos brevemente algunas de las repercusiones que tendrá esta Directiva en la normativa penal española.

PALABRAS CLAVE:

Sanciones internacionales, Medidas restrictivas.

The criminal offence of breaching international sanctions and directive 2024/1226

Directive (EU) 2024/1226 of 24 April imposes on Member States the obligation to criminalise violations of EU international sanctions (or restrictive measures). This article briefly analyses how this directive will affect Spanish criminal law.

KEYWORDS:

International sanctions, restrictive measures.

FECHA DE RECEPCIÓN: 29-7-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-7-2024

Leandro Vieira da Costa, Patricia; Schoch Aparicio, Alberto (2024). El delito de incumplimiento de las sanciones internacionales y la Directiva (UE) 2024/1226, de 24 de abril. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 225-235 (ISSN: 1578-956X).

1. ¿Qué son las sanciones internacionales de la UE?

No es fácil definir de manera breve y directa qué son las sanciones internacionales (técnicamente denominadas *medidas restrictivas*) de la Unión Europea ("UE"). Tantas son las normas que las regulan y tan variopintos son sus objetivos que una definición mínimamente comprensible exige necesariamente explicaciones, categorizaciones y ejemplos¹.

Las podemos definir como instrumentos jurídicos que permiten la realización de los objetivos de la política exterior y de seguridad común ("PESC") de la UE. La acción exterior de la UE *"se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional"* (art. 21.1 del Tratado de la Unión Europea).

Los distintos regímenes de sanciones internacionales son, lógicamente, igual de variados que los principios y objetivos de la política exterior de la UE. En efecto, se han implementado más de 36 regímenes específicos de medidas restrictivas de la UE².

A grandes rasgos, las sanciones internacionales son medidas de carácter financiero, comercial o que limitan el paso de determinadas personas en el territorio de la UE. Estas medidas son adoptadas a la vista de la situación de un país concreto, respecto del que se identifiquen conductas reprochables desde el punto de vista de los principios y objetivos de la política exterior de la UE. Otras medidas se han adoptado con el fin de hacer frente a acciones que, de manera general (sin estar vinculadas a un país específico), amenazan los principios y objetivos de la política exterior y de seguridad común de la UE, como el terrorismo o los ciberataques.

Algunos de estos regímenes tienen su origen en sanciones internacionales previamente impuestas por la Organización de Naciones Unidas ("ONU"). Estas sanciones internacionales han sido incorporadas al ordenamiento jurídico de la UE precisamente porque se ajustan a los principios y objetivos de su acción exterior (por ejemplo, el régimen de sanciones relativo a Irak). Otros regímenes de sanciones internacionales han sido impuestos por la UE de manera autónoma (por ejemplo, los regímenes relativos a las acciones rusas que amenazan la integridad territorial de Ucrania).

Sin ánimo de ser exhaustivos (ni mucho menos), destacamos a continuación algunas de las muy variadas medidas restrictivas impuestas en el marco de la acción exterior de la UE:

- i. La congelación de activos y la prohibición de poner fondos y recursos económicos a disposición directa o indirecta de determinadas personas o entidades designadas. Las personas designadas son las afectadas por las medidas restrictivas, por tener relación con alguna conducta o situación que se considera reprochable desde la perspectiva de los principios y objetivos de la política exterior y de seguridad común de la UE.
- ii. Las prohibiciones de viajar, que restringen la admisión a la UE de las personas designadas.
- iii. Medidas financieras generales encaminadas a debilitar la economía de ciertos países, tales como prohibiciones de prestar servicios de mensajería financiera (SWIFT) o de invertir en empresas de determinados sectores de la economía de algunos países, entre otras muchas.
- iv. Prohibiciones de exportar, vender o transferir a algunos países (o a personas de estos países) armas y materiales relacionados, bienes y tecnología de doble uso, equipamientos que puedan ser utilizados para la represión interna, bienes relacionados con la industria aeronáutica o espacial, productos de lujo, maquinaria, bienes y tecnología relacionados con la navegación marítima, bienes destinados al refinado de petróleo o a la licuefacción del gas natural, productos, tecnología o *softwares* destinados a la vigilancia y a la interceptación de comunicaciones, entre otros.
- v. Prohibiciones de importar, adquirir o transferir bienes que permitan a determinados países incrementar sus fuentes de ingreso o su tejido industrial; o bienes determinados, como cemento, diamantes, oro, hierro, acero, minerales, productos de caucho, productos de madera, entre muchos otros.
- vi. Prohibiciones de prestar servicios de contabilidad, auditoría, consultoría fiscal y empresarial, servicios de ingeniería y de arquitectura, servicios legales, entre otros, a entidades de ciertos países.
- vii. Medidas restrictivas relacionadas con el tráfico aéreo (por ejemplo, prohibiciones de que aeronaves operadas por determinados países puedan aterrizar en el territorio de la UE), con el transporte de mercancías por carretera (por ejemplo, prohibiciones de que empresas de transporte de algunos países transporten mercancías por las carreteras de la UE) y con la navegación marítima.

¿Quiénes son los operadores que deben cumplir con las medidas restrictivas que afecten a terceros Estados y personas designadas? Como regla general, (i) todos los operadores (públicos o privados, nacionales de algún Estado miembro de la UE o de terceros Estados) que realicen actividades en el territorio de la UE³, en relación con operaciones realizadas total o parcialmente en la UE; y (ii) todas las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales de un Estado miembro o constituidas o registradas con arreglo al derecho de un Estado miembro, ya se encuentren dentro o fuera del territorio de la UE. Por tanto, dos son los criterios que, como regla general, determinan

la aplicación de las medidas restrictivas de la UE: el territorio de la UE y la nacionalidad (o lugar de constitución o registro) del operador obligado.

Las sanciones internacionales adoptan la forma de reglamentos del Consejo (previa adopción de la correspondiente decisión del Consejo), directamente aplicables en todos los Estados miembros. No obstante, su aplicación y cumplimiento están descentralizados: las autoridades de los Estados miembros se encargan de supervisar que los operadores respeten las prohibiciones, conceder excepciones, establecer medidas sancionadoras por las vulneraciones de las sanciones internacionales, investigarlas y enjuiciarlas.

La fragmentación y complejidad de la regulación de las sanciones internacionales de la UE es innegable, y además se encuentra en constante evolución⁴. Por otra parte, es obvio que esta regulación supone importantes obstáculos en las relaciones comerciales y la necesidad de adopción de costosas y exigentes medidas de diligencia debida por los operadores públicos y privados de la UE o que operen en la UE. En este contexto, no es de extrañar que el nivel de control de su cumplimiento o de *enforcement* por parte de los Estados miembros se haya considerado, como regla general, muy bajo⁵.

La escasa persecución de las vulneraciones de las medidas restrictivas de la UE, unida a la desigual legislación nacional de los Estados miembros al respecto, ha motivado la Directiva (UE) 2024/1226 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, relativa a la definición de los delitos y las sanciones por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2018/1673 (la "Directiva"). La Directiva establece normas mínimas entre los Estados miembros para la definición de los delitos y de las penas a imponer por la vulneración de las sanciones internacionales de la UE.

Pero antes de entrar en el detalle en la Directiva, veamos la actual (y fragmentaria) respuesta penal española en esta materia.

2. Relevancia penal actual en España del incumplimiento de las medidas restrictivas de la UE

2.1. El delito de contrabando

Del amplio abanico de medidas restrictivas de la UE, el incumplimiento de aquellas referidas a prohibiciones de importar, exportar o transferir determinados bienes (o realizar operaciones sujetas a control, en el caso del material de defensa o de doble uso) actualmente podrán ser constitutivas de delito de contrabando en España.

En particular, el incumplimiento de medidas restrictivas relativas a la importación o exportación de bienes podría tener encaje en el delito de contrabando consistente en importar o exportar mercancías *"sujetas a medida de política comercial sin cumplir las disposiciones vigentes aplicables; o cuando la operación estuviera sujeta a una previa autorización administrativa y ésta fuese obtenida"*

bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos, o bien de cualquier otro modo ilícito". Como regla general, para que esta conducta sea constitutiva de delito, es necesario que el valor de los bienes sea igual o superior a 150.000 euros (art. 2.1.d de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando —"LORC"—)⁶.

En relación con el material de defensa, productos y tecnologías de doble uso, se tipifica como delito de contrabando importar, exportar, introducir, expedir o realizar cualquier otra operación sujeta al control previsto en la normativa correspondiente, sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007⁷, o habiéndola obtenido, bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos, o bien de cualquier otro modo ilícito. En este caso, y como regla general, el valor de los bienes debe ser igual o superior a 50.000 euros para que esta conducta sea constitutiva de delito⁸ (art. 2.2.c LORC).

El delito de contrabando puede cometerse tanto de manera dolosa como por imprudencia grave (art. 2.5 LORC). Este delito también puede generar responsabilidad penal de la persona jurídica cuando (a) sea cometido por un representante o empleado de la entidad, en su beneficio; y (b) la entidad careciera, en el momento de los hechos, de un programa para la prevención de delitos eficaz, conforme a los requisitos del art. 31 bis del Código Penal (el "CP") (art. 2.6 LORC).

2.2. ¿Otros posibles delitos?

Existen otros dos grupos de delitos en los que el incumplimiento de sanciones internacionales puede llegar a tener cierta relevancia, a la hora de analizar la eventual concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo: (i) el delito de blanqueo de capitales; y (ii) el delito de cooperación con organizaciones terroristas o criminales. No obstante, en ambos casos, el mero incumplimiento de sanciones internacionales no es suficiente para que puedan considerarse cometidos estos delitos.

Algunas sanciones internacionales imponen la obligación de congelar o bloquear fondos, activos financieros o recursos económicos de personas físicas o jurídicas, entidades o grupos designados (esto es, personas que figuren en las listas de medidas restrictivas de la UE).

En España, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (la "Ley 10/2010") establece algunas obligaciones a los sujetos obligados (y no a todas las personas que operen en el territorio español o que tengan nacionalidad española) relacionadas con las sanciones internacionales. En concreto, tipifica como infracción muy grave o grave el incumplimiento las citadas obligaciones de congelar o bloquear fondos de personas listadas.

Nos podríamos preguntar si el mero incumplimiento de estas obligaciones puede, además, ser constitutiva del delito de blanqueo de capitales (art. 301 CP). Comete el delito de blanqueo de capitales el que adquiera, posea, utilice o convierta bienes con origen en una actividad delictiva, o

realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos.

El elemento esencial de este delito es que los bienes objeto de blanqueo tengan su origen en una actividad delictiva. Este elemento, que constituye la piedra angular del delito de blanqueo de capitales, es ajeno al eventual incumplimiento de obligaciones de congelar o bloquear fondos de personas listadas. El mero hecho de que una persona o entidad figure en las listas de las medidas restrictivas de la UE (lo que puede generar la obligación de congelar o bloquear sus fondos, conforme a la Ley 10/2010) no implica necesariamente que esté vinculada a una actividad delictiva. Y es que la inclusión en las listas de personas designadas es una decisión política, adoptada por unanimidad por los Estados miembros en el seno del Consejo, que no tiene por qué guardar relación con actividad delictiva alguna.

También nos podríamos preguntar si el eventual incumplimiento de medidas restrictivas relacionadas con grupos terroristas o criminales puede implicar la comisión del delito de colaboración con organizaciones terroristas (art. 577.1 CP) o criminales (art. 570 bis CP).

De nuevo, este eventual incumplimiento no será suficiente para que pueda considerarse cometido este delito, desde un punto de vista objetivo. Será necesario identificar un acto de colaboración con las actividades de estos grupos, que no necesariamente se derivará del mero incumplimiento de sanciones internacionales.

3. La Directiva

En relación con la fragmentación existente entre los Estados miembros en materia de sanciones internacionales, el Comité Económico y Social Europeo señaló en su Dictamen de 25 de mayo de 2023 que *"las legislaciones nacionales difieren en cuanto a las definiciones y el alcance de las vulneraciones y las medidas sancionadoras a que pueden dar lugar. Existen también diferencias en las capacidades administrativas para realizar investigaciones. Además, las autoridades nacionales disponen de un amplio margen de apreciación para decidir si procede o no conceder una excepción por razones humanitarias"*. En consecuencia, *"la situación actual permite que los particulares y las empresas que se propongan eludir la normativa puedan 'elegir' y al mismo tiempo impide el establecimiento de unas condiciones de competencia equitativas para los operadores de la UE"*.

Por esta razón, mediante la Decisión (UE) 2022/2332 del Consejo, de 28 de noviembre de 2022, las vulneraciones de las medidas restrictivas de la UE pasaron a considerarse "delitos europeos" (en el sentido del art. 83.1, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Este es el origen de la Directiva, que impone a los Estados miembros la obligación de tipificar como delito, a más tardar el 20 de mayo de 2025, estas vulneraciones.

3.1. Las conductas típicas

Los Estados miembros deberán tipificar como delito prácticamente cualquier vulneración dolosa (esto es, intencionada) de las sanciones internacionales de la UE.

En resumen, las conductas típicas serían las siguientes, siempre y cuando impliquen la vulneración de sanciones internacionales: (a) la puesta de fondos o recursos económicos a disposición, directa o indirecta, de personas designadas, o en su beneficio; (b) la no inmovilización de fondos o recursos económicos cuya propiedad, tenencia o control corresponda a una persona designada; (c) permitir que personas designadas entren o transiten en el territorio de la UE; (d) la realización o mantenimiento de operaciones con un tercer Estado o con organismos de un tercer Estado, entidades u organismos que, directa o indirectamente, sean propiedad o estén bajo el control de un tercer Estado o de organismos de un tercer Estado, con vulneración de las sanciones internacionales; (e) el comercio, la importación, la exportación, la venta, la compra, la transferencia, el tránsito o el transporte de bienes, así como la prestación de servicios de corretaje, asistencia técnica u otros servicios relacionados con dichos bienes; (f) la prestación de servicios financieros o la realización de actividades financieras; (g) la prestación de servicios distintos de los financieros (como los servicios de asesoramiento jurídico, confianza, relaciones públicas, contabilidad, auditoría, teneduría de libros, consultoría tributaria, consultoría empresarial y de gestión, consultoría informática, radiodifusión, arquitectura e ingeniería); (h) la elusión de una medida restrictiva; y (i) la vulneración o incumplimiento de las condiciones establecidas en autorizaciones concedidas por las autoridades competentes para llevar a cabo actividades que, a falta de dicha autorización, supongan la infracción de una prohibición o restricción que constituya una medida restrictiva de la UE.

En lo que respecta a las conductas de elusión de una medida restrictiva (letra h del párrafo anterior), estas pueden adoptar las siguientes formas: (i) utilizar o transferir a un tercero fondos o recursos económicos que directa o indirectamente sean propiedad o estén en posesión o bajo el control de una persona designada y deban ser inmovilizados, para ocultar dichos fondos o recursos (o disponer de otro modo de ellos); (ii) proporcionar información falsa o engañosa a fin de ocultar el hecho de que una persona designada es propietaria o beneficiaria última de fondos o recursos que deban ser inmovilizados; (iii) incumplir, por parte de una persona designada, la obligación de informar a las autoridades administrativas competentes de los fondos o recursos dentro del territorio de la UE que le pertenezcan o estén en su posesión o bajo su control; e (iv) incumplir la obligación de proporcionar a las autoridades información sobre fondos o recursos inmovilizados o la información de que se disponga sobre los fondos o recursos que se encuentren en el territorio de los Estados miembros y cuya propiedad, tenencia o control corresponda a personas designadas, cuando dicha información se obtuviese durante el ejercicio de una función profesional. Por tanto, las conductas de elusión que deberán ser constitutivas de delito conforme a la Directiva se refieren a personas designadas (pero no a sanciones internacionales sectoriales, no referidas a personas designadas concretas).

Asimismo, los Estados miembros deberán tipificar como delito la comisión imprudente (por imprudencia grave) de las conductas de comercio, importación, exportación, venta, compra, transferencia, tránsito o transporte de bienes, así como la prestación de servicios de corretaje, asistencia técnica u otros servicios relacionados con dichos bienes, cuando se refieran a productos incluidos en la Lista Común Militar de la UE o a productos de doble uso enumerados en los anexos I y IV del Reglamento (UE) 2021/821 (siempre y cuando estas conductas supongan la vulneración de medidas restrictivas).

En España, estas conductas imprudentes ya se encuentran tipificadas como delito de contrabando en la LORC. No obstante, los actuales umbrales cuantitativos previstos en la LORC (citados *supra*) deberían eliminarse (o modificarse) con la transposición de la Directiva⁹.

3.2. La responsabilidad penal de la persona jurídica

Como era previsible, la Directiva también impone a los Estados miembros el establecimiento de la eventual responsabilidad penal de la persona jurídica por estos delitos cuando sean cometidos, en su beneficio, por representantes, directivos o empleados de una entidad.

A estos efectos, en el sistema español de responsabilidad penal de la persona jurídica, basado en el principio de autorresponsabilidad, cobran especial relevancia los programas para la prevención de delitos. Estos programas permiten la eventual exención de la responsabilidad penal del ente corporativo si en la fecha de los hechos la entidad había adoptado un programa para la prevención de delitos eficaz, que cumpla con los requisitos del art. 31 bis CP.

Así, con la transposición de la Directiva, será muy recomendable que las entidades (nacionales o extranjeras) que operen en España (y en otros Estados miembros) actualicen sus programas para la prevención de delitos, con el fin de incluir en su mapa de riesgos los nuevos delitos relacionados con sanciones internacionales, así como los controles aplicables para evitar la materialización de este riesgo. Aunque la ausencia de un programa para la prevención de delitos eficaz no implica en sí misma ninguna infracción legal¹⁰, su adopción puede permitir la eventual exención de responsabilidad penal de la entidad, en el caso hipotético de que algún representante o empleado cometa, en su beneficio, un delito de los que pueden generar responsabilidad penal de la entidad, como será el caso de los nuevos delitos de vulneración de sanciones internacionales.

Entre los controles cuya adopción será muy recomendable, uno de los más habituales es el *screening* de clientes y contrapartes —y de sus beneficiarios últimos—, con el fin de asegurar que no sean personas u organismos designados; o no pertenezcan a sectores de la economía de determinados países afectados por las sanciones internacionales. Este *screening* deberá nutrirse de información pública actualizada sobre las listas de personas y organismos designados por la UE. Este control se encuentra con la dificultad no menor de que, con frecuencia, no estarán en estas listas personas controladas indirectamente por personas designadas. Por ello, además del *screening* sobre las listas publicadas, también será recomendable un *screening* sobre *adverse media* o noticias adversas que puedan encontrarse sobre determinada persona o entidad.

En todo caso, no podemos perder de vista que la Directiva, como regla general, exige a los Estados miembros que tipifiquen como delitos *dolosos* las vulneraciones de las sanciones internacionales. Solo se exige la modalidad imprudente en relación con el comercio de productos militares o de doble uso. Por tanto, en el caso de que se tipificara únicamente la modalidad dolosa de estos nuevos delitos, si el sujeto obligado por las sanciones internacionales no conociera el carácter de persona u organismo designado de su cliente o contraparte, no podrá considerarse que actuó con dolo (sino, a lo sumo, de manera imprudente), de modo que no podría responder penalmente.

Veremos cómo el legislador español transpone la Directiva. A pesar de su literalidad, nuestro legislador podría optar por tipificar igualmente la modalidad imprudente de estos nuevos delitos, en su conjunto. De hecho, esta opción sería más coherente con el actual delito de contrabando, que sí prevé la modalidad imprudente. En todo caso, la elevada complejidad de la materia, así como los continuos cambios normativos, parecen aconsejar que, como regla general, las vulneraciones imprudentes queden extramuros del derecho penal, que como *ultima ratio* solo debería entrar en juego en el caso de las conductas especialmente graves e intencionadas. La excepción sería la vulneración de sanciones internacionales relacionadas con los productos militares y de doble uso, por el riesgo intrínseco que suponen para la vida, la democracia y los derechos fundamentales. Sea como fuere, la imprudencia penalmente relevante en este ámbito solo debería ser, conforme al principio de *ultima ratio*, la imprudencia *grave* y no la imprudencia leve.

Por último, no podemos dejar de mencionar que la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de sancionar a las personas jurídicas responsables con multas proporcionales a la gravedad de la conducta y a sus circunstancias financieras. Así, para la mayor parte de los nuevos delitos de vulneración de sanciones internacionales, se prevé que la multa máxima no pueda ser inferior (i) al 5 % del volumen de negocios mundial total de la persona jurídica, bien en el ejercicio económico anterior a aquel en el que se cometió el delito, bien en el ejercicio económico anterior a la decisión de imponer la multa; o (ii) a un importe equivalente a 40 millones de euros. Si el legislador español optara por la multa proporcional al volumen de negocios (mundial) de la persona jurídica, su introducción sería novedosa en nuestro sistema penal, dado que las multas proporcionales actuales se aplican en proporción al beneficio obtenido, al perjuicio causado, al valor del objeto o a la cantidad defraudada.

3.3. Las dudas se trasladarán al ámbito penal

Muchas son las dudas que se plantean actualmente en relación con la interpretación y aplicación práctica de las sanciones internacionales. Típicamente, se plantean dudas relativas al ámbito de aplicación de las sanciones internacionales en operaciones concretas, que pueden tener un vínculo más o menos intenso con el territorio de la UE o con algún sujeto nacional de un Estado miembro. Por ejemplo, ¿se aplican las medidas restrictivas de la UE en las operaciones realizadas por filiales extranjeras de una entidad de un Estado miembro, realizadas al 100 % en el extranjero? Este es un supuesto que ha sido objeto de extenso debate. No obstante, el último paquete de sanciones contra Rusia intenta aclarar esta cuestión (Reglamento 2024/1745, de 24 de junio de 2024) al señalar que *"si los operadores de la Unión pueden ejercer y ejercen de manera efectiva una influencia decisiva en el comportamiento de personas jurídicas, entidades u organismos establecidos fuera de la Unión, pueden incurrir en responsabilidades por las acciones de tales personas jurídicas, entidades u organismos que socaven las medidas restrictivas, y deben utilizar su influencia para evitar que se emprendan tales acciones"*.

En la medida en que este debate se trasladará al ámbito penal, su mera existencia podría permitir negar la existencia del delito. Y es que las garantías del derecho penal, como los principios de presunción de inocencia y de *in dubio pro reo*, deberían descartar en estos casos la comisión del delito.

4. Conclusiones

Las sanciones internacionales de la UE están para quedarse. Y próximamente será constitutiva de delito prácticamente cualquier vulneración (dolosa) de ellas, con la tipificación de nuevos delitos de “vulneración de sanciones internacionales”. Serán constitutivas de delito, en definitiva, conductas que no podían incluirse en el actualmente vigente delito de contrabando.

Veremos cómo el legislador español transpone la Directiva, especialmente en lo que respecta a su eventual modalidad imprudente (más allá de los materiales de defensa y de doble uso). En todo caso, no cabe duda de que será sumamente recomendable que los operadores españoles o extranjeros que actúen en los Estados miembros adopten las pertinentes medidas de diligencia debida y actualicen sus programas para la prevención de delitos, con el fin de evitar vulneraciones de las sanciones internacionales de la UE. Y ello teniendo en cuenta que el objetivo principal de la Directiva es incrementar el *enforcement* de las sanciones internacionales en los Estados miembros.

Notas

- 1 Muy aclaratorio y recomendable es el siguiente artículo doctrinal, que propone una clasificación de las distintas medidas restrictivas de la UE: CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier (2023). Clasificación y ámbito de aplicación de las medidas restrictivas adoptadas por la UE: los cimientos de un régimen en construcción. En M. REBOLLO PUIG; A. HUERGO LORA; J. GUILLÉN CARAMÉS; y T. CANO CAMPOS (Directores). *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2023*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 631-656.
- 2 De acuerdo con el *EU sanctions tracker* o rastreador de sanciones de la UE, que permite obtener información sobre las listas de personas, grupos y entidades sujetos a sanciones financieras o prohibiciones de viajar de la UE: <https://data.europa.eu/apps/eusanctionstracker/> (último acceso: 13 de julio de 2024). Los regímenes de medidas restrictivas de la UE citados en esta herramienta se refieren a los siguientes países: Afganistán, Bielorrusia, Burundi, República Centro Africana, República Democrática del Congo, Guatemala, Haití, Irán, Irak, Libia, Mali, Moldavia, Myanmar/Birmania, Nicaragua, Somalia, Sudán del Sur, Sudán, República Árabe Siria, Túnez, Turquía, Ucrania, Venezuela, Guinea, Guinea-Bisáu, República Popular Democrática de Corea, Rusia, Yemen y Zimbabue. También existen regímenes referidos a organizaciones terroristas como Al-Qaeda, Hamás y la Yihad Palestina. Asimismo, se han establecido los siguientes regímenes de sanciones por temas transversales (y no asociados a un país concreto): armas químicas, ciberataques, derechos humanos y grupos terroristas. El citado rastreador no incluye regímenes de sanciones que carecen de listas de personas designadas (como algunas sanciones sectoriales aplicadas a Rusia) o que no contienen listas activas de personas designadas (como el régimen de sanciones de Líbano).
- 3 Incluido su espacio aéreo y las aeronaves o buques que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado miembro.
- 4 Mientras escribíamos estas líneas, el 24 de junio de 2024 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la Decisión (PESC) 2024/1744 del Consejo, por la que se modifica la Decisión 2014/512/PESC relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania, así como el Reglamento (UE) 2024/1745 del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (UE) 833/2014. Se trata del decimocuarto paquete de sanciones de la UE contra Rusia, en relación con la guerra contra Ucrania, la cual supone una flagrante violación de la Carta de las Naciones Unidas.
- 5 Véase “Prosecution of sanctions (restrictive measures) violations in national jurisdictions: a comparative analysis”, elaborado en La Haya en diciembre de 2021 por la European Network of contact points in respect of persons responsible for genocide, crimes against humanity and war crimes, de la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust). Recuperado de <https://www.eurojust.europa.eu/publication/expert-report-prosecution-sanctions-restrictive-measures-violations-national-jurisdictions>.
- 6 En el caso de que se realice una pluralidad de acciones u omisiones constitutivas del delito de contrabando de los apartados 1 y 2 del art. 2 de la LORC, en las que el valor de los bienes aisladamente considerados no alcance lo límites cuantitativos previstos en estos apartados, se tendrá en cuenta el valor acumulado de los bienes (art. 2.4 LORC). Asimismo, cuando el contrabando se realice a través de una organización, no se aplica ningún límite cuantitativo mínimo relativo al valor de las mercancías (art. 2.3.a LORC).
- 7 Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso.
- 8 Sin perjuicio de la eventual acumulación del valor de los bienes citada anteriormente, si se produce una pluralidad de acciones (art. 2.4. LORC) o del supuesto en el que el contrabando se realice a través de una organización (art. 2.3 a LORC).
- 9 La Directiva permite a los Estados miembros excluir la relevancia penal de las conductas referidas a fondos, recursos económicos, bienes, servicios, transacciones o actividades cuyo valor sea inferior a 10.000 euros.
- 10 No obstante, el reciente Reglamento (UE) 2024/1745, de 24 de junio de 2024, impone en su art. 12 *octies ter* la obligación a las personas físicas y jurídicas que vendan, suministren, transfieran o exporten artículos comunes de alta prioridad enumerados en el anexo XL del citado reglamento, de (i) adoptar las medidas adecuadas para detectar y evaluar los riesgos de exportación a Rusia y de exportación con fines de utilización en Rusia de tales productos o tecnología, garantizando que esas evaluaciones de riesgos se documenten y se mantengan actualizadas, y (ii) ejecutar las políticas, los controles y los procedimientos adecuados para mitigar y gestionar de manera efectiva los riesgos de exportación a Rusia y de exportación con fines de utilización en Rusia de tales productos o tecnología. Esta obligación se aplicará a partir del 26 de diciembre de 2024.

Derechos Humanos

MENORES EXTRANJEROS QUE LLEGAN A ESPAÑA ACOMPAÑADOS POR PERSONAS DISTINTAS A SUS PROGENITORES: MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y ESPECIAL ATENCIÓN A LA GUARDA DE HECHO

José María Blanco Saralegui, Belén Adell Troncho y Julia Ramírez Simón

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

Menores extranjeros que llegan a España acompañados por personas distintas a sus progenitores: medidas de protección y especial atención a la guarda de hecho

Ante la llegada a España de menores acompañados de un adulto que no es su progenitor, la medida de protección más habitual hasta la fecha ha sido la separación automática del menor y de la persona acompañante. Frente a esta tendencia, en el presente artículo se analizarán, a partir de un caso real, medidas alternativas a la separación automática que se pueden adoptar para garantizar la protección de los menores.

PALABRAS CLAVE:

Menores extranjeros, Menores separados, Desamparo, Interés superior del menor, Guarda de hecho, Tutela.

Foreign minors arriving in Spain with someone who is not their parent: protective measures and de facto custody

When minors arrive in Spain with an adult who is not their parent, they are typically separated from each other to protect the minor. This article analyses, based on a real case, other measures to separation that still give minors the protection they need in these situations.

KEYWORDS:

Foreign minors, separated minors, abandonment, best interests of the child, de facto guardianship, guardianship.

FECHA DE RECEPCIÓN: 23-7-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 27-7-2024

Blanco Saralegui, José María; Adell Troncho, Belén; Ramírez Simón, Julia (2024). Menores extranjeros que llegan a España acompañados por personas distintas a sus progenitores: medidas de protección y especial atención a la guarda de hecho. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, pp. 236-246 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Los menores que llegan a España pueden hacerlo acompañados de su progenitor o tutor legal, no acompañados o acompañados de un adulto que no es su progenitor o tutor legal (son los que denominaremos en este artículo “menores separados”).

Los dos primeros casos son objeto de una detallada regulación por nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, la tercera categoría no ha sido objeto de ninguna regulación específica, lo que ha supuesto la aplicación de decisiones diferentes, e incluso contradictorias, por parte de las autoridades competentes —administrativas y judiciales— en relación con las medidas de protección de estos niños.

Históricamente, la medida más común ha sido la separación automática del menor y de la persona adulta que lo acompaña —normalmente mujer—, puesto que se ha venido entendiendo que el hecho de que estos menores llegaran acompañados de una persona que no era su progenitor biológico o su tutor legal constituía un indicador de trata del menor o también de la propia mujer que lo acompaña. De ahí que fuera habitual la declaración de la situación de desamparo del menor, la separación de este y de la persona adulta y la consiguiente asunción de la tutela del menor por parte de la Administración autonómica competente.

En los últimos años, sin embargo, se han ido adoptado otras medidas diferentes. En ocasiones, y con apoyo de Fiscalía, Policía Nacional y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSM), se han mantenido juntos, cautelarmente, al menor y a la persona adulta con quien llega a España y han sido derivados a centros de acogida en el marco del Programa de Atención Humanitaria del MISSM para analizar los vínculos de apego y afectivos. En otras ocasiones, los servicios de protección de menores han acordado el desamparo provisional con medidas cautelares que permitan la no separación, mientras el menor y la persona adulta permanecen en algún centro o recurso donde se puede trabajar en análisis de los vínculos de apego y afectivos (a la vez que se garantiza la seguridad del menor).

En este contexto, y ante la explicada ausencia de normativa específica que regule el caso de los menores separados, deben destacarse determinadas resoluciones judiciales que van más allá del análisis de los vínculos de apego y evitan de forma legal y duradera la separación del menor. En concreto, son resoluciones judiciales en las que se ha acordado reconocer la guarda de hecho de la persona adulta sobre el niño separado, reconociendo que el menor no está en una situación de desamparo, sino que está debidamente atendido y cuidado, de tal forma que no estaría justificada la separación por parte de las autoridades de protección de menores. Para ello, ha sido fundamental un trabajo previo especializado en infancia en movilidad que analice la situación de llegada del menor y del adulto, el vínculo afectivo que los une, las posibilidades de cuidado del adulto, así como acreditar la identidad de ambos, la existencia o no de progenitores y el proyecto migratorio subyacente. En definitiva, un análisis de todas las circunstancias que rodean al menor para buscar la mejor alternativa posible a medio plazo.

En concreto, analizaremos el caso de Dña. AY y su hermano menor de edad, BC, que llegaron a España a comienzos del año 2022. En este caso, como se verá, tras un proceso de observación y en el marco de un plan de actuación integral, se promovió una solicitud de reconocimiento de guarda de hecho de AY en favor de BC.

No obstante, antes de entrar en el estudio del caso descrito, se analizarán el marco normativo existente, los problemas que plantea y las posibles soluciones para garantizar la protección del interés superior de los menores separados, soluciones que han sido adoptadas ya por nuestros tribunales con resultados positivos tanto para el menor como para la adulta.

2. Marco jurídico aplicable: instrumentos normativos, principios aplicables e instituciones de la legislación civil en materia de infancia

2.1. Los instrumentos establecidos en la legislación de protección de menores

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que regula la protección jurídica de los menores y modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LOPJM"), que complementa al Código Civil ("CC") en lo relativo a la guarda y el acogimiento de los menores, establece las siguientes medidas de protección:

- i. *Actuaciones de atención inmediata*: Los poderes públicos deben atender de forma urgente al menor que lo necesite, y la entidad pública competente puede asumir su guarda provisional mediante una resolución administrativa, sin que sea preciso que antes se declare su desamparo.
- ii. *Situación de riesgo*: Situación en la que el menor se ve afectado negativamente en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, requiriéndose la intervención de la Adminis-

tración (normalmente a través de los servicios municipales) para garantizar sus derechos, pero sin que se llegue a la gravedad que justificaría su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley. Esta medida es compatible con que el menor siga, por tanto, en el entorno familiar.

- iii. *Declaración de desamparo*: Cuando la entidad pública compruebe una situación de desprotección grave del menor deberá declarar su desamparo, asumir su tutela por ministerio de la ley y adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda.

Sin embargo, ninguno de estos instrumentos han sido pensados para responder a la realidad de los menores separados. Por un lado, la declaración de desamparo (que conlleva la separación) exige una situación de desprotección grave del niño, que no se da si la persona acompañante le proporciona el cuidado y el afecto adecuados. Por otro lado, a pesar de que la situación de riesgo gestionada por los servicios sociales municipales podría ser una medida más acorde con la realidad de los niños (permite verificar cuáles son las circunstancias concretas del caso, el vínculo entre el niño y la persona adulta, y determinar el interés superior del menor), no tiene en cuenta que en el caso de los menores separados nos encontramos ante una "infancia en movilidad", donde la estancia en los municipios de llegada suele ser solo temporal, a la espera de poder continuar viaje a destino (lo que puede dificultar el trabajo de los servicios municipales e impedir que la declaración de una situación de riesgo tuviera todos sus efectos). Tampoco el marco legal del riesgo se ajusta a las necesidades y perfiles de estas familias transnacionales.

2.2. La medida de separación automática del niño separado respecto de la persona adulta que lo acompaña

La separación del menor del adulto que lo acompaña no tiene base legal en ninguna norma general. Surge de la interpretación del Dictamen 2/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre menores extranjeros acompañados sin filiación acreditada ("*Dictamen 2/2012*") y del Dictamen 5/2014 de la misma Fiscalía, sobre menores extranjeros en situación irregular con personas sin parentesco demostrado y/o en riesgo de ser víctimas ("*Dictamen 5/2014*"), que señalan la conveniencia de apartar al niño del adulto que no es su padre o madre, aunque no dicen claramente que esta medida sea preferible a otras menos perjudiciales.

De hecho, el Dictamen 5/2014 aclara que la separación del niño del adulto "*no es una medida obligatoria, ya que la separación del niño es en principio una medida extrema y excepcional; solo debe adoptarse cuando las circunstancias del caso indiquen un riesgo 'inminente'*".

Por otra parte, la posible separación del niño también se prevé en el Protocolo Marco sobre actuaciones con menores extranjeros no acompañados, de 22 de julio de 2014, aprobado por el Ministro de Justicia, la Ministra de Empleo y Seguridad Social, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Fiscal General del Estado, el Secretario de Estado de Seguridad y el Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Ahora bien, según el Protocolo Marco, la separación del niño del adulto solo se acordará cuando se detecte una situación de riesgo, sin que deba aplicarse de forma automática.

2.3. Principios que deben modular la aplicación de las medidas de protección previstas en la legislación, especialmente la separación automática

La adopción de cualquier medida de protección respecto a los menores separados debe realizarse de conformidad con los siguientes principios:

- i. *El principio del interés superior del niño.* Es la base de la normativa de protección de menores. Está consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (la "CDN") y el artículo 2 de la LOPJM. Asimismo, el artículo 12 de la CDN establece la obligación de los Estados de garantizar que el menor pueda opinar en cualquier tipo de procedimiento que afecte a sus intereses y que estas opiniones deban tenerse en cuenta.

La importancia de este principio ha sido consagrada jurisprudencialmente. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") en su sentencia de 14 de enero de 2021, C441/2019 (ECLI:EU:C:2021:9), consagra el interés superior del menor al determinar que *"en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o por instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial"*.

También la CDN se ha pronunciado en su Observación General N.º 14 (2013) sobre la importancia de atender la situación concreta a la que se enfrenta el menor cuando señala que *"la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño [...]"*, incluyendo entre dichas circunstancias el *"contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores"*.

- ii. *El derecho al respeto por la vida privada y familiar.* Está consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("CEDH"), además de las referencias del artículo 16 de la CDN.

De acuerdo con la Observación General N.º 14 (2013), la familia constituye la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en particular de los niños. Ahora bien, tal y como se desprende del artículo 5 de la CDN y de la jurisprudencia, el término *familia* debe interpretarse en un sentido amplio, más allá de los padres biológicos del menor. Así lo ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") en su sentencia Znamenskaya c. Rusia, o el TJUE en su sentencia de 26 de marzo de 2019 (asunto C-129/18), que aceptó que un menor bajo la tutela de un ciudadano de la Unión Europea en régimen kafala (una figura de tutela propia de la legislación de Argelia) tenía derecho a residir en la Unión Europea para mantener la unidad familiar. Y así lo establecen también las Directrices 2021 de ACNUR que en el apartado 4.3.1. abogan por un concepto amplio de familia: *"el término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio de acuerdo con las costumbres locales y, dependiendo del contexto, puede incluir a los miembros de la familia ampliada o a otras personas de la comunidad con las que vive el niño o niña"*.

- iii. Por último, el *principio de proporcionalidad* exige que las medidas restrictivas de derechos cumplan siempre con un triple test: (i) el principio de adecuación, según el cual la medida debe ser susceptible de cumplir con el fin perseguido; (ii) el principio de necesidad, que exige que no exista otra medida alternativa menos gravosa que sea capaz de cumplir con el fin perseguido; y (iii) el principio de proporcionalidad en sentido estricto, según el cual los perjuicios causados no pueden ser mayores que los beneficios conseguidos. En aplicación de este principio, deberá adoptarse la medida menos gravosa que permita conseguir el fin pretendido.

2.4. Instituciones de la legislación civil en materia de infancia: guarda de hecho y tutela

En nuestro ordenamiento nos encontramos con dos instituciones en materia de infancia que han sido utilizadas por nuestros jueces ante casos de infancia separada:

- i. La *guarda de hecho* (artículos 250 y 263 y ss. del CC) es una medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica respecto de un menor o persona con discapacidad que ejerce *de facto* una persona, que voluntariamente asume las labores de atención y cuidado del menor de edad sin ser titular de la patria potestad o de la tutela.

Se caracteriza por carecer quien ejerce la guarda de hecho de facultades de representación del menor, por lo que necesita autorización judicial para la toma de decisiones que le afecten directamente, con la consiguiente inseguridad que ello genera entre la adulta y el menor.

El reconocimiento judicial de la guarda de hecho disminuye el riesgo de una eventual declaración de la situación de desamparo del menor. A estos efectos, destaca el carácter garantista de la legislación andaluza, que, en su artículo 94.3 de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía establece que "*Las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en una situación de guarda de hecho no serán declarados en desamparo si se constata que se les presta la adecuada atención y no concurren circunstancias que requieran la adopción de medidas de protección. En estos casos la Entidad Pública lo pondrá en conocimiento del juzgado correspondiente a los efectos previstos en el artículo 237 del Código Civil*".

- ii. La *tutela* (artículos 172 y ss. y 200 y ss. del CC) es una medida de protección del menor en situación de desamparo, según la cual el tutor, que debe actuar siempre de acuerdo con el interés del menor, con su personalidad y respetando sus derechos, representa al menor solo en aquellos casos en los que no pueda actuar por sí solo y necesite asistencia. A los efectos que aquí interesan, se destaca lo siguiente:
 - A. Las administraciones autonómicas asumen la tutela de los menores desamparados en su territorio por ministerio de la ley (artículos 172.1 y 222.1 del CC).

- B. No obstante, si existiesen personas que, por sus relaciones con el menor u otras circunstancias, pudiesen asumir la tutela en interés del menor, se promoverá el nombramiento de ese tutor (artículos 172.4 y 222.2 del CC).
- C. El juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de este, considere más idóneo (artículos 214 y 215 del CC).

La regulación del Código Civil aboga por que la tutela recaiga en una persona cercana al menor (si puede asumirla), actuando el Estado como garante del cumplimiento de las funciones de tutela y del respeto de los derechos del menor.

Con este marco normativo sobre la mesa, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Montilla (Córdoba), mediante una resolución pionera en España, resolvió el caso de un menor llegado a España acompañado de una mujer adulta —su hermana— que solicitaba el reconocimiento de la guarda de hecho de su hermano con el fin de evitar su separación (el “Caso Montilla”).

3. El caso Montilla

En el marco del cambio de tendencia en las medidas de protección adoptadas en casos de menores que llegan acompañados de personas distintas a sus progenitores y tutores legales se encuentra el caso de AY y BC, que constituye un ejemplo de cómo se puede garantizar la protección y el bienestar del menor mediante la adopción de una medida alternativa a su separación automática de la persona adulta que lo acompaña. También es un ejemplo de cómo dotar de representación legal a estos niños y niñas, una vez que se acuerda la no separación cautelar.

3.1. Antecedentes fácticos y la importancia de la prueba que acredite el vínculo afectivo positivo entre el menor y el adulto no progenitor que lo acompaña

AY y su hermano menor de edad, BC, ambos africanos, llegaron a España a comienzos del año 2022. Tras permanecer en una asociación durante siete meses, AY y BC fueron trasladados al Centro Ödos de la Fundación Emet.

El Centro Ödos, ubicado en Montilla (Córdoba), forma parte del Programa Ödos, dirigido a proteger los derechos de las mujeres, niños y niñas en movilidad. La intervención especializada de este centro permite analizar y comprobar las circunstancias concretas de cada caso e impulsar las medidas de protección del menor que correspondan (reagrupación familiar, continuidad con la persona adulta que acompaña al menor o desamparo).

En el marco de esta labor desarrollada por el Centro Ödos, se diseñó e implementó un plan de atención integral en las áreas jurídica, social, educativa y sanitaria para AY y BC. De acuerdo con dicho plan, ambos se empadronaron en la ciudad de Montilla, obtuvieron las tarjetas sanitarias del sistema sanitario andaluz y se escolarizó a BC. Además, ambos recibieron clases de español

e informática y atención psicológica individualizada. Tanto AY como BC habían manifestado en numerosas ocasiones su deseo de permanecer juntos en España.

A la vista del vínculo afectivo existente entre ambos y con el fin de garantizar la protección del menor, en abril de 2023 se promovió una solicitud de reconocimiento de guarda de hecho de AY para con su hermano BC.

En casos como el presente, es de extrema relevancia aportar a autos todas las circunstancias fácticas del caso tendentes a acreditar que la guarda de hecho en favor de AY es la medida más beneficiosa para el menor. Algunos ejemplos son la aportación de informes psicosociales de educadores y personal del centro, informes del colegio o del instituto del menor, documentos acreditativos del empadronamiento del menor, o la aportación de documentos que puedan acreditar la vinculación familiar (progenitores, hermanos, tíos, familiares lejanos, etc.).

3.2. Expediente de jurisdicción voluntaria para el reconocimiento de la guarda de hecho

En el Caso Montilla se optó por promover un expediente de jurisdicción voluntaria para el reconocimiento de la guarda de hecho del menor en favor de su hermana adulta, solicitando la intervención del Ministerio Fiscal (de acuerdo con el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como del artículo 45 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria —LJV—).

Pese a que, de conformidad con el artículo 43 de la LJV, no era preceptiva la intervención de abogado y procurador, en este caso se optó por la intervención de ambos.

En cuanto a la legitimación, de conformidad con los artículos 14 y 45 de la LJV, el expediente se inicia de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o por solicitud formulada por persona legitimada. En este caso, esa persona era AY, la hermana del menor de edad y su responsable *de facto*.

Por último, la competencia y jurisdicción recayó en el Juzgado de Primera Instancia de Montilla, lugar donde residía el menor en el momento en el que se promovió el expediente (artículo 43.1 de la LJV).

3.3. Resolución del caso por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm.1 de Montilla: el auto núm. 86/2023, de 27 de junio, que concede la guarda de hecho a la hermana del menor

A la vista de los antecedentes de hecho y de la prueba aportada al procedimiento, así como de la comparecencia en el acto de la vista de todos los interesados, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Montilla consideró que en el presente caso quedaban acreditados dos hechos fundamentales: *"por un lado, que [...] ha cuidado de su hermano [...] desde que su madre tuviera que abandonarlos en busca de recursos con que alimentarlos. Que ha estado presente y ha tomado las mejores decisiones posibles para [...], protegiéndolo de la violencia y llevándose lo consigo, mientras hacía todo lo necesario por alimentarlo y educarlo"*. Y, además, *"que [...] es la mejor*

persona posible [...] por su vínculo familiar y por ser la única persona que ha antepuesto su interés personal al interés de su hermano". De esta forma, concluye que "todo ello determina que deba ser reconocido como guardadora de hecho de su hermano y que deban atribuírsele las funciones tutelares naturales derivadas de aquella guarda, exigiéndole tan sólo la autorización judicial para los supuestos previstos en el artículo 287 del Código Civil".

Este es uno de los elementos más destacables de esta importante resolución. En ella, el Juzgado, con el fin de superar las limitaciones propias de la figura del guardador de hecho (*vid.* apto. 2.1), atribuye a la guardadora las funciones propias de la tutela, precisando de autorización judicial únicamente para los actos establecidos en el artículo 287 del Código Civil.

Así, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Montilla, con las instituciones que tenía a su alcance, dicta una trascendente resolución que pone de relieve la importancia de escuchar al menor, analizar su caso concreto y las circunstancias que le rodean, así como el vínculo que le une con el adulto que le acompaña.

El caso de los hermanos AY y BC no es el único que ha resuelto este Juzgado. En otro caso, en el que se solicitó el reconocimiento de la guarda de hecho de una mujer en favor de una menor, el Juzgado alcanzó la misma conclusión por auto núm. 3/2024, de 13 de febrero. Además, en este caso, como la menor y la adulta tenían intención de salir de España, el juez estableció como medida de control la necesidad de información al Juzgado cuando se fuera a iniciar la salida del territorio nacional.

Como en el caso anterior, para la resolución de la medida solicitada también fueron de especial relevancia todos los elementos fácticos que consiguieron acreditar que la guarda de hecho era la mejor alternativa para la menor (sobre todo, informes de profesionales de distintos ámbitos).

4. Conclusión

La ausencia de una normativa específica que regule las concretas medidas que se deben aplicar ante la llegada a España de menores acompañados por personas que no son sus progenitores ni ostentan su tutela abre la puerta a la inseguridad jurídica y a que, en ocasiones, las medidas adoptadas no sean las más beneficiosas para los intereses del menor.

Por un lado, la separación automática del menor y la persona que lo acompaña, sin analizar elementos como el vínculo afectivo existente entre ambos o las circunstancias particulares que rodean su trayecto migratorio, puede conducir a consecuencias traumáticas para el menor.

Por otro lado, el Caso Montilla demuestra que, partiendo de un análisis exhaustivo del caso concreto, pueden adoptarse medidas alternativas, como la guarda de hecho o la tutela en favor de la persona acompañante, de manera que se dé preferencia al vínculo existente entre ambos.

En todo caso, las medidas alternativas existentes deben ser graduadas y ajustadas a las necesidades del menor en cada caso concreto. En este sentido, habrá ocasiones en las que la protección del menor haga recomendable la atribución de la guarda de hecho a la persona acompañante con el

fin de evitar la separación, pero sin otorgar las facultades propias de la figura de la tutela, para lo cual podría ser recomendable necesitar la preceptiva autorización judicial.

En otras ocasiones, en cambio, podrá entenderse que no existe riesgo alguno en otorgar las funciones propias de la tutela del menor a la persona adulta que lo acompañe, pudiendo establecerse medidas puntuales de control, como la necesidad de información periódica o la comunicación de las decisiones relativas a la salida del territorio nacional.

Por último, habrá otros casos en los que lo procedente sea agilizar las reagrupaciones familiares con los progenitores del menor o pudiera ser que, efectivamente, lo recomendable sea la separación del menor del adulto que lo acompaña porque se detectan situaciones de peligro para la integridad física del primero (e incluso de la adulta que lo acompaña).

El abanico existente es, por tanto, muy amplio, de ahí la importancia del análisis individualizado del caso. Ello requiere, como no puede ser de otra forma, de la dedicación de recursos materiales y humanos especializados. También requiere de tiempo y dedicación, porque son casos muy delicados y muy complejos.

Sin embargo, la resolución del Caso Montilla es esperanzadora y ha demostrado que existen vías alternativas adaptadas a la situación del menor que pueden evitar una separación traumática, a la vez que garantizan la protección del niño frente a los posibles peligros a los que podría verse expuesto.

Bibliografía

ACNUR (2021). Directrices del ACNUR para evaluar y determinar el interés superior del niño (2021 Best Interest Procedure Guidelines: Assessing and determining the best interest of the child). Recuperado de <https://www.refworld.org/docid/5c18d7254.html>.

Dictamen 2/2012 sobre tratamiento a dar a menores extranjeros acompañados cuya filiación no resulte acreditada, de la Fiscalía General del Estado. Recuperado de <https://www.parainmigrantes.info/wp-content/uploads/2012/03/20120302000260.pdf>.

Dictamen 5/2014 sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente al territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y/o en riesgo de victimización, acordado el 11 de diciembre de 2014 por la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado. Recuperado de <https://www.fiscal.es/documents/20142/157164/DICTAMEN+5-2014+sobre+protecci%C3%B3n+de+menores+extranjeros+que+acceden+irregularmente+al+territorio+en+compa%C3%B1a+de+personas+sin+v%C3%ADnculo+acreditado+de+parentesco+y-o+en+riesgo+de+victimizaci%C3%B3n.pdf/f77fdb3f-3e6f-d150-1669-efb1a4c5a619?version=1.1>.

LAMAS DE MESA, J; GÓMEZ MELÉ, E. y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, E. (2022). Medidas de protección para menores extranjeros que llegan a España (menores acompañados sin sus progenitores): viabilidad jurídica de alternativas a la separación automática. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 220-234. Recuperado de <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8207/documento/ajum60art.pdf?id=13185&forceDownload=true>.

NACIONES UNIDAS (2013). Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Comité de los Derechos del Niño CRC/C/GC/14. Recuperado de https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

Nota interior "Menores de edad extranjeros ucranianos en situación de riesgo activo", de 8 de junio de 2022, dirigida a los fiscales delegados provinciales.

Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con menores extranjeros no acompañados, acordado el 22 de julio de 2014 por el Ministro de Justicia, la Ministra de Empleo y Seguridad Social, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Fiscal General del Estado, el Secretario de Estado de Seguridad y el Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2014/10/16/pdfs/BOE-A-2014-10515.pdf>.



Directrices
para las
colaboraciones

Directrices para las colaboraciones

Con objeto de facilitar la labor de la Redacción, se ruega a nuestros colaboradores que se ajusten a las siguientes líneas de orientación en la presentación de sus artículos.

Los autores entregarán el original en la fecha designada por la Dirección de la REVISTA. Con objeto de que se puedan corregir las posibles erratas, se les enviará una prueba de maquetación.

La Dirección de la REVISTA introducirá, si lo estima conveniente, las modificaciones que sean necesarias para mantener los criterios de uniformidad y calidad que requiere la publicación, e informará de ello a los autores.

Los originales deberán ser inéditos y estar referidos a los contenidos propios de la REVISTA, sin ningún tipo de premaquetación o paginación.

Si un autor presentara en su trabajo cuadros, gráficos o imágenes no elaborados por él, será de su responsabilidad la obtención de los pertinentes permisos de sus legítimos propietarios para poder publicarlos.

1. Características

1.1. Características de los artículos

- Contenido analítico (no meramente descriptivo). Se evitarán en lo posible debates excesivamente teóricos.
- Extensión: entre 15 y 20 folios.
- Se podrán incluir (aunque no es necesario) notas al pie de página, limitadas en número y, sobre todo, en extensión.
- Todos los artículos deberán encabezarse, debajo del título y el autor, con un breve resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).

1.2. Características de los foros

- Contenido menos analítico y más descriptivo, pero se puede efectuar un análisis somero de alguna cuestión especialmente relevante. Debe hacerse un brevísimo resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).
- Extensión entre 5 y 10 folios.
- No se pueden incluir notas al pie.

1.3. Características de las crónicas de legislación y jurisprudencia

- Deben limitarse a una enumeración de las normas o decisiones judiciales más relevantes, con un breve resumen de su contenido.
- Extensión de no más de 9 páginas por cada sección (incluyendo tanto la parte de España como la de Portugal).

2. Normas de estilo

2.1. Formato

- Letra Times New Roman, 12 puntos
- Interlineado 1,5 líneas
- Sin sangrías ni espaciados

2.2. Títulos, epígrafes y subepígrafes

- El título de la colaboración se escribirá en mayúsculas y negrita.
- En los originales, se escribirán los títulos de epígrafes en mayúsculas y negrita; los títulos de subepígrafes, en minúsculas y negrita.
- La numeración de epígrafes y subepígrafes se hará según el siguiente modelo:

1. EPÍGRAFE

1.1. Subepígrafe

(Se evitarán terceros niveles)

2.3. Utilización de cursivas, negritas y subrayados en el texto principal

- Se evitarán las negritas y los subrayados en el texto principal; se utilizará la cursiva para resaltar.
- Las citas textuales irán siempre entrecomilladas y en letra cursiva. La identificación de la fuente ha de hacerse de forma inequívoca por medio del sistema de autor, fecha y página (estilo de cita APA), con arreglo a los siguientes ejemplos:

Como afirmó en su día Menéndez (1978: 353), *“la existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima”*.

Ya lo dijo la doctrina: *“La existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima”* (Menéndez, 1978: 353).

- Se recuerda que todo aquello que sea cita literal de normas de legislación y de documentos jurisprudenciales también debe entrecomillarse y escribirse en letra cursiva.

2.4. Citas doctrinales

En los artículos y foros se debe incluir una bibliografía final ordenada por apellidos de los autores que recoja única y exclusivamente las obras que se han citado en el cuerpo de la contribución (no deben aparecer otras referencias adicionales). Si no se ha citado bibliografía en el texto del artículo o del foro, no se incluirá ese apartado final. En caso de que se citen varias obras del mismo autor, se seguirá un orden cronológico de aparición. Cuando la obra sea anónima, se alfabeticará por la primera palabra del título.

Las **citas bibliográficas seguirán el sistema internacional APA** y se harán de acuerdo con los siguientes modelos:

LIBROS:

APELLIDOS, nombre (año). *Título del libro en cursiva*. Ciudad: editorial (edición). Ejemplo: URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo (2000). *Derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons (27.^a ed. revisada en colaboración con María Luisa Aparicio).

ARTÍCULOS DE REVISTA:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo sin comillas. *Nombre de la revista en cursiva*, número, páginas. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1984). Escisión de sociedad anónima y obligaciones convertibles. *Revista de Derecho Mercantil*, 172-173, pp. 227-269.

COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título de la colaboración sin comillas. En inicial y APELLIDOS (mención de responsabilidad), *Título de la obra colectiva en cursiva*. Ciudad: editorial, [volumen], páginas

que ocupa la colaboración. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1994). Calificación jurídica del crédito de descuento documentado en póliza. En A. POLO DÍEZ (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*. Madrid: La Ley, vol. II, pp. 1797-1812.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo o colaboración sin comillas. *Título de la publicación electrónica en cursiva*, número, [páginas]. Recuperado de <página web>,. Ejemplo: PAZ-ARES, Cándido (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, pp. 1-61. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf.

Oficinas URÍA MENÉNDEZ

ESPAÑA

BARCELONA
Av. Diagonal, 514
08006 Barcelona, Spain
barcelona@uria.com
+34 93 416 51 00

BILBAO
Torre Iberdrola Planta 21
Plaza Euskadi, 5
48009 Bilbao, Spain
bilbao@uria.com
+34 94 479 49 20

MADRID
C/ Príncipe de Vergara, 187
Plaza de Rodrigo Uría
C/ Suero de Quiñones, 42
28002 Madrid, Spain
madrid@uria.com
+34 915 860 400

VALENCIA
C/ Colón, 28
46004 Valencia, Spain
valencia@uria.com
+34 96 352 91 91

PORTUGAL

LISBOA
Praça Marquês de Pombal, 12
1250-162 Lisboa, Portugal
lisboa@uria.com
+351 21 030 86 00

OPORTO
Bom Sucesso Trade Center
4150-146 Porto, Portugal
porto@uria.com
+35 1 22 030 86 00

EUROPA

BRUSELAS
Espace Meeûs
Square de Meeûs 40
1000 Brussels, Belgium
bruxelles@uria.com
+32 (0) 2 639 64 64

LONDRES
125 Old Broad Street
17th floor
EC2N 1AR London, United Kingdom
london@uria.com
+44 (0)20 7260 1800

LATINOAMÉRICA

BOGOTÁ
Carrera 9 # 74-08
Bogotá, Colombia
bogota@uria.com
+571 326 8600

LIMA
Av. Santa Cruz No. 888 Piso 4
15074 Miraflores, Lima, Peru
peru@uria.com
+511 513-7200

SANTIAGO DE CHILE
El Golf 40, Piso 20
Santiago, Chile
chile@uria.com
+56 22 364 37 00

ESTADOS UNIDOS

NUEVA YORK
277 Park Avenue
New York, NY 10172
newyork@uria.com
+1 212 593 13 00

URÍA
MENÉNDEZ
www.uria.com