66

Diciembre 2024

Actualidad Jurídica Uría Menéndez

Tribuna Abierta

El Estado de Derecho como elemento fundamental de la identidad común europea
Rosario Silva de Lapuerta

Artículos

Información selectiva y deber de confidencialidad en el derecho de sociedades
Cándido Paz-Ares

Compromisos y condiciones en control de concentraciones: claves sobre su uso por la CNMC bajo el actual Consejo
Barbara Montanari

O conceito de domínio e a aplicação das taxas de imposto agravadas em sede de IMI e IMT
António Castro Caldas e André de Gândara Gomes

Nuevas tendencias en el sector inmobiliario: *senior living* – problemática contractual
Juan Antonio Pérez Rivarés[*] y Rafael García-Perrote Martínez[**]

Mas allá de la modificación del artículo 2014 del Código Civil y sus implicancias en el sistema registral peruano
Luis Eduardo Aliaga Blanco

Foro de Actualidad

España
Latinoamérica
Unión Europea
Internacional
Derechos Humanos

URÍA MENÉNDEZ

COMITÉ EDITORIAL
Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
Antonio Manuel Morales Moreno, *Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Fernando Rodríguez Artigas, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Pantaleón Prieto, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Vicente Cuñat Edo, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Gómez Pomar, *Catedrático de Derecho Civil de la Universitat 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
José Manuel Ciria: Confetti (serie "Memoria Abstracta") 2009.

Indexada en las bases de datos de Latindex

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

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

Edición, diseño, producción y distribución: CeGe Global

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

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

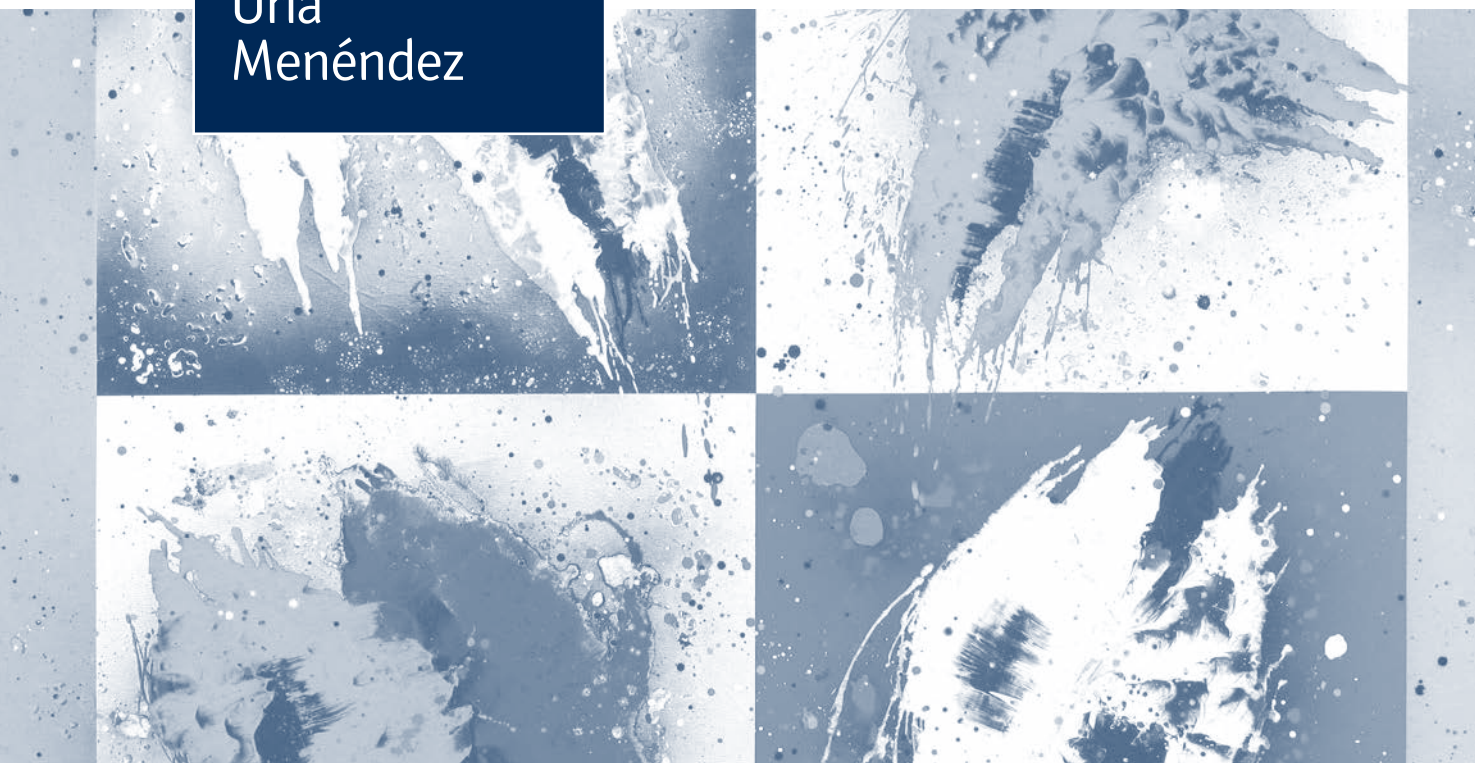
CeGe Global, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Actualidad Jurídica, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

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

Actualidad Jurídica Uría Menéndez

66

Diciembre 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

7 Tribuna Abierta

9 El Estado de Derecho como elemento fundamental de la identidad común europea
Rosario Silva de Lapuerta

23 Artículos

25 Información selectiva y deber de confidencialidad en el derecho de sociedades
Cándido Paz-Ares

74 Compromisos y condiciones en control de concentraciones: claves sobre su uso por la CNMC bajo el actual Consejo
Barbara Montanari

104 O conceito de domínio e a aplicação das taxas de imposto agravadas em sede de IMI e IMT
António Castro Caldas e André de Gândara Gomes

121 Nuevas tendencias en el sector inmobiliario: *senior living* – problemática contractual
*Juan Antonio Pérez Rivarés** y *Rafael García-Perrote Martínez***

138 Mas allá de la modificación del artículo 2014 del Código Civil y sus implicancias en el sistema registral peruano
Luis Eduardo Aliaga Blanco

155 Foro de Actualidad

España

157 El reparto entre Administraciones de las competencias sobre los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre: novedades en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
Antonio Lidón de Miguel

166 Límites entre la publicidad de productos sanitarios y la de centros y servicios sanitarios
Montiano Monteagudo Monedero y Gonzalo Mesalles Garau

173 El Tribunal Supremo establece que la exclusión de la caducidad es aplicable a los procedimientos iniciados a instancia del interesado y a los procedimientos iniciados de oficio
Patricia Pareja Pérez, Val Del Valle Aguiar

186 Los límites al derecho de marcas: el caso "ZARA"
Marc Calvo Carmona y Francisco Javier García Pérez

193 Novedades introducidas en la normativa societaria por la Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres
Carla Alonso Cogollos

204 El Tribunal Constitucional anula la obligación de ofrecer un alquiler social a los ocupantes de vivienda sin título habilitante en Cataluña
Carlota Bescós Puyuelo, Javier Carvajal Cervera y Carlos Cervera Yñesta

229 El permiso de cuidados por enfermedad y el permiso por fuerza mayor: interpretación jurisprudencial y cuestiones pendientes tras la reforma de 2023
Elena Velar Rojo

244 El conflicto entre la primacía del derecho de la Unión y la confianza legítima. Reflexiones críticas sobre la STS 1143/2024, de 26 de junio de 2024 (rec. 7664/2022)
Gloria Marín Benítez y Jorge Ruiz de Angulo Imedio

Latinoamérica

251 El cobro de patentes por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas en Chile: causales de exención de pago y extinción
María Gabriela Barros Sepúlveda

Unión Europea

265 Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en asunto Google Shopping: un caso sobre un motor de búsqueda que se transformó en un motor de cambio en la aplicación de las prohibiciones de abuso de posición de dominio
Isaque Leite Mendes

273 El caso Illumina/GRAIL: ¿un viaje a ninguna parte?
Violeta Marinas Serra

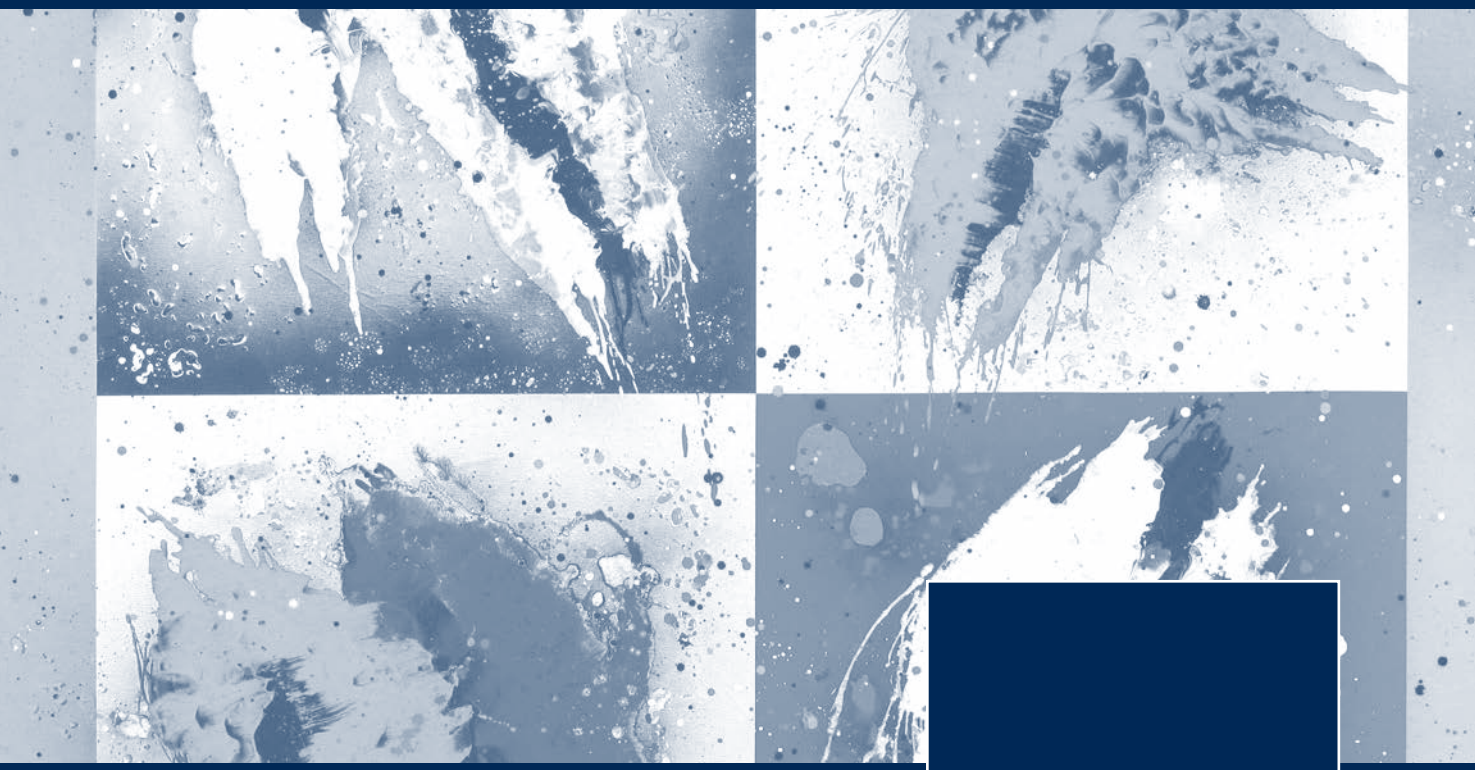
Internacional

280 Regímenes tributarios especiales para impatriados: una comparación con Italia y Portugal a la luz de los cambios introducidos en 2024
Alberto Artamendi Gutiérrez y Reyes Nieto Arévalo

Derechos Humanos

302 Derechos humanos y litigación climática: la sentencia del TEDH en el asunto *Verein Klimaseniorinnen Schweiz c. Suiza*
Iñigo Ormaeche Lendínez y Diego Sánchez Borjas

317 Directrices para las colaboraciones



Tribuna Abierta

Tribuna Abierta

EL ESTADO DE DERECHO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA IDENTIDAD COMÚN EUROPEA

Rosario Silva de Lapuerta

Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Estado de Derecho como elemento fundamental de la identidad común europea

El valor Estado de Derecho define la identidad misma de la Unión como Comunidad de Derecho y se concretiza en una obligación jurídicamente vinculante para los Estados miembros. Su respeto constituye una condición para el ingreso, como Estado miembro, en la Unión y para poder disfrutar de todos los derechos derivados de los Tratados. La Unión cuenta con los mecanismos necesarios para garantizar su respeto: el procedimiento del artículo 7 TUE, el recurso de incumplimiento, las medidas cautelares, la cuestión prejudicial y el mecanismo de condicionalidad.

PALABRAS CLAVE:
Estado de Derecho, Unión Europea, Estados miembros de la Unión Europea, Seguridad Jurídica.

The rule of law as a fundamental element of the common european identity

The rule of law defines the very essence of the European Union as a community of law and is embodied as a legally binding obligation for Member States. Complying with this obligation is a condition for joining the EU as a Member State and benefiting from the rights in the EU treaties. The EU has the necessary mechanisms in place to ensure that this obligation is complied with: the Article 7 TEU procedure, infringement proceedings, interim measures, preliminary rulings, and the conditionality mechanism.

KEYWORDS:
Rule of law, European Union, EU Member States, legal certainty.

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-11-2024

Silva de Lapuerta, Rosario (2024). El Estado de Derecho como elemento fundamental de la identidad común europea. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 9-22 (ISSN: 1578-956X).

1. Principios y valores de la Unión Europea

La Unión Europea, como Comunidad de Derecho, se basa en una serie de valores y principios que, por un lado, son comunes a los Estados miembros y, por otro, son también propios de la Unión.

Es cierto que en los Tratados constitutivos de la Comunidades Europeas no existía una referencia explícita a los valores y principios en los que estas se sustentaban. El objetivo primordial era el mantenimiento de la paz. Como dice Jean Monnet en sus *Memorias*, era necesario empezar por el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico, primero para el carbón y el acero, después en otros ámbitos, para poder avanzar hacia una Federación Europea indispensable para el mantenimiento de la paz.

En diciembre de 1973, en la Declaración de Copenhague, se establecieron por primera vez los elementos fundamentales de la identidad europea: democracia representativa, Estado de Derecho, justicia social y respeto de los derechos humanos.

Pero fue en el Tratado de Maastricht, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1992, cuando los autores de los Tratados decidieron mencionar textualmente algunos de los principios básicos que la Unión debía respetar. Así, el artículo F del TUE establecía que la Unión estaba obligada a respetar la identidad nacional de sus Estados miembros, siempre que sus sistemas de gobierno se basen en los principios democráticos y que respetará los derechos fundamentales.

Este artículo fue modificado por el Tratado de Ámsterdam declarando que la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros. Esta reformulación significó un cambio importante, dado que la Unión no solo estaba vinculada por los principios establecidos, sino que su constitución descansaba sobre ellos.

En la actualidad y desde el Tratado de Lisboa, el artículo 2 TUE estipula que la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres.

Estos valores definen la identidad misma de la Unión Europea como ordenamiento jurídico con características específicas, al proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, estar dotado de primacía sobre los Derechos de los Estados miembros y gozar de efecto directo toda una serie de sus disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos.

Estas características han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros entre sí, los cuales están comprometidos en un proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa.

2. Estado de Derecho

2.1. Contenido

Como acabamos de decir, entre los valores sobre los que se fundamenta la Unión y que se encuentran recogidos en el artículo 2 TUE, está el Estado de Derecho.

El concepto de Estado de Derecho emana, en primer lugar, de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, para incorporarse después en los Tratados. Sin embargo, el carácter autónomo del Derecho de la Unión, independiente de los Derechos nacionales de los Estados miembros y del Derecho internacional, exige, como ha reconocido el Tribunal en el Dictamen 2/13, de 14 de octubre de 2014, relativo a la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (ECLI:EU-:C:2014:2303), que este Derecho se interprete en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión, lo que ha llevado al Tribunal de Justicia a desarrollar el valor del Estado de Derecho de manera autónoma y a calificarlo, en la Sentencia de 16 de febrero de 2022, Polonia/Parlamento y Consejo, C-157/21 (ECLI:EU:C:2022:98), como valor común de la Unión y de los Estados miembros que forma parte de los propios fundamentos de la Unión y de su ordenamiento jurídico.

Al principio, las referencias al Estado de Derecho en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se centraron más en la propia Unión que en los Estados miembros. Así, en la Sentencia de 23 de abril de 1986, Les Verts, 294/83 (ECLI:EU:C:1986:166), el Tribunal afirmó que la CEE es una Comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus Instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la Carta constitucional fundamental que constituye el Tratado.

Esta afirmación del Tribunal significa, por un lado, que la acción de los Estados miembros y de las Instituciones se ejerce en el respeto de la jerarquía normativa en cuya cima se encuentra la Carta constitucional que son los Tratados y, por otro lado, que su acción se encuentra sometida al control jurisdiccional.

El Tribunal ha incluido, dentro del valor Estado de Derecho, principios jurídicos universales como la separación de poderes, la seguridad jurídica, la igualdad ante la Ley, el principio de legalidad, el control judicial y, sobre todo, la independencia judicial vinculada al derecho a una tutela judicial efectiva.

En cuanto al principio de separación de poderes y en relación con las propias Instituciones de la Unión, el Tribunal ha afirmado que este principio rige las relaciones entre las diferentes Instituciones y caracteriza el funcionamiento de la Unión como Unión de Derecho, estando consagrado en el artículo 13, apartado 2,TUE, en virtud del cual cada Institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos.

En relación con los Estados miembros, el Tribunal lo califica como principio que caracteriza el funcionamiento de un Estado de Derecho, habiéndose centrado en la necesidad de garantizar la independencia de los tribunales frente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Es cierto que ninguna norma del Derecho de la Unión impone a los Estados miembros un modelo constitucional concreto que regule las relaciones entre los diferentes poderes del Estado, especialmente por lo que se refiere a la definición y a la delimitación de sus competencias; sin embargo, los Estados miembros deben respetar las exigencias derivadas del Derecho de la Unión y, en especial, las relativas a la independencia de los órganos jurisdiccionales que se derivan de los artículos 2 y 19 TUE y 47 de la Carta.

A este respecto, como afirma el Tribunal de Justicia por ejemplo en la Sentencia de 19 de noviembre de 2019, AK, C-585/18 (ECLI:EU:C:2019:982), resulta importante que los jueces se encuentren protegidos frente a intervenciones o a presiones externas que puedan amenazar su independencia. Las reglas aplicables al estatuto de los jueces y al ejercicio de sus funciones jurisdiccionales deben permitir excluir no solo cualquier influencia directa en forma de instrucciones, sino también las formas de influencia más indirecta que pudieran orientar las decisiones de los jueces de que se trate y evitar, de este modo, una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de esos jueces que pudiera menoscabar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho.

Esta necesaria independencia de los tribunales frente a las injerencias de otros poderes del Estado ha sido examinada por el Tribunal de Justicia en relación, por ejemplo, con los procedimientos de nombramiento de los jueces, con los procedimientos que rigen la adscripción de los jueces en comisión de servicios, las normas relativas al régimen disciplinario, las que rigen la edad de jubilación y la eventual prórroga del ejercicio de la función judicial una vez alcanzada dicha edad, así como las relativas a la composición de determinados órganos jurisdiccionales. En todos estos asuntos el Tribunal insiste en que es necesario asegurarse de que las condiciones materiales y las normas de procedimiento que rigen la adopción de este tipo de decisiones impiden que se susciten dudas legítimas en el ánimo de los justiciables por lo que se refiere a la impermeabilidad de los jueces frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con relación a los intereses en litigio.

En relación con el principio de seguridad jurídica, el Tribunal de Justicia considera que exige, por una parte, que las normas de Derecho sean claras y precisas y, por otra, que su aplicación sea previsible para los justiciables, en especial cuando puedan tener consecuencias desfavorables. Dicho principio exige, en concreto, que una normativa permita a los interesados conocer el alcance de las obligaciones que les impone y que estos puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia.

En cuanto al principio de igualdad ante la Ley, viene específicamente recogido como derecho fundamental en el artículo 20 de la Carta, mientras que el artículo 21 del mismo texto legal establece el principio de no discriminación. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad es abundantísima, habiendo reconocido que el principio de igualdad de trato, que exige que situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que situaciones diferentes no sean

tratadas de manera igual, salvo que tal trato esté objetivamente justificado, constituye un principio general de Derecho de la Unión.

Además, el Tribunal ha reconocido que la igualdad ante la Ley, consagrada en el artículo 20 de la Carta no prevé ninguna limitación expresa de su ámbito de aplicación y, por tanto, se aplica a todas las situaciones regidas por el Derecho de la Unión y a todas las personas cuya situación entre dentro del ámbito del Derecho de la Unión, con independencia de su origen.

Una manifestación específica del principio de igualdad es la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, consagrada en el artículo 4, 2 TUE. Ahora bien, como ha reconocido el Tribunal en la Sentencia de 21 de diciembre de 2021, Euro Box Promotion, C-357/19 (ECLI:EU:C:2021:1034), la Unión solo puede respetar la igualdad si los Estados miembros, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, se ven en la imposibilidad de hacer prevalecer una medida unilateral de cualquier tipo frente al ordenamiento jurídico de la Unión.

En cuanto al principio de legalidad, el Tribunal lo aborda a través de diferentes aspectos. Por un lado, el Tribunal lo examina en relación con la posibilidad de impugnar la validez de los diferentes tipos de normas, elemento este que se puede también analizar a la luz del control jurisdiccional al que, a continuación, nos referiremos y a la presunción de validez. Así, en la Sentencia de13 de febrero de 1979, Granaría, C-101/78 (ECLI:EU:C:1979:38), el Tribunal afirma que del sistema normativo y jurisprudencial instituido por el Tratado se desprende que, si bien es cierto que, para los sujetos de Derecho, el respeto del principio de legalidad comunitario implica la posibilidad de impugnar en vía judicial la validez de los Reglamentos, no lo es menos que dicho principio implica igualmente para todos los sujetos de Derecho comunitario la obligación de reconocer plena eficacia a los Reglamentos mientras su invalidez no haya sido declarada por un órgano jurisdiccional competente.

El Tribunal también identifica principio de legalidad y aplicación efectiva del Derecho. Así, en el Auto de 27 de noviembre de 2017, Comisión/Polonia, C-441/17R (ECLI:EU:C:2017:877), el Tribunal declara que el hecho de hacer respetar por un Estado miembro las medidas provisionales adoptadas por el juez que conoce de las medidas provisionales, previendo la imposición de una multa coercitiva en caso de incumplimiento de estas, tiene por objeto garantizar la aplicación efectiva del Derecho de la Unión, la cual es inherente al valor del Estado de Derecho, consagrado en el artículo 2 TUE y en el que se basa la Unión Europea.

Por último, el Tribunal aborda el principio de legalidad en relación con la exigencia de una base legal. Así, el Tribunal considera que las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de la actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, han de tener un fundamento legal y estar justificadas por las causas previstas en la Ley y, en consecuencia, debe existir una protección contra las intervenciones que sean arbitrarias o desproporcionadas. Igualmente, el imperativo de seguridad jurídica exige que todo acto destinado a producir efectos jurídicos reciba su fuerza obligatoria de una disposición de Derecho de la Unión que debe indicarse como base legal.

En cuanto al control judicial, como el Tribunal lo ha declarado en la Sentencia de 25 de julio de 2018, LM, C-216/18PPU (ECLI:EU:C:2018:586), la existencia misma de un control judicial efectivo para garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión es inherente a un Estado de Derecho. En

este sentido, para garantizar la preservación de las características específicas y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, los Tratados han creado un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación y la aplicación del Derecho de la Unión.

Este sistema jurisdiccional se caracteriza por su descentralización, siendo jueces de la Unión tanto el Tribunal de Justicia como los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros. Utilizando las palabras del Tribunal en su Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, sobre un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes (ECLI:EU:C:2011:123), incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables.

Por último, como elemento integrante del Estado de Derecho, el Tribunal incluye el respeto de la tutela judicial efectiva vinculada a la independencia judicial.

El Tribunal ha declarado que la exigencia de independencia e imparcialidad de los jueces está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho fundamental a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguardia de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho.

El Tribunal de Justicia examina el respeto de la independencia de los jueces y tribunales a la luz de los artículos 19, 1 TUE y 47 de la Carta, y considera que todo Estado miembro debe, en virtud del primero de estos artículos, asegurar que las instancias que forman parte, como órganos jurisdiccionales, de su sistema de vías de recurso en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión satisfacen las exigencias de una tutela judicial efectiva y, por tanto, deben garantizar su independencia.

En cuanto al artículo 47 de la Carta, el Tribunal ha declarado que se deduce de su propio enunciado que el derecho fundamental a un recurso efectivo que este artículo consagra implica, en particular, el derecho de cualquier persona a que su causa sea oída de forma equitativa por un tribunal imparcial e independiente.

Además, el Tribunal ha reconocido que ambos artículos gozan de efecto directo y son suficientes por sí solos para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal.

Pero la independencia judicial no solo es un elemento esencial de la tutela judicial efectiva, también lo es para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial establecido en el mecanismo de remisión prejudicial, previsto en el artículo 267 TFUE, dado que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal mecanismo únicamente puede ser activado por un órgano que, con competencia para aplicar el Derecho de la Unión, sea independiente. Igualmente, la independencia judicial resulta esencial en el marco de las medidas adoptadas en el ámbito de la cooperación judicial civil y penal, dado que estas medidas descansan en la confianza mutua de los Estados miembros respecto de los sistemas judiciales respectivos y se basan en la premisa de

que los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros responden a las exigencias de una tutela judicial efectiva, entre las que se encuentra, muy especialmente, la independencia judicial.

2.2. Características

Analizado el contenido del valor Estado de Derecho desarrollado por el Tribunal de Justicia, vamos a examinar cuáles son sus características.

En primer lugar, el valor Estado de Derecho es un valor común a todos los Estados miembros. Como el Tribunal de Justicia ha afirmado en la Sentencia de 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16 (ECLI:EU:C:2018:158), el Derecho de la Unión se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con los demás Estados miembros y reconoce que estos comparten con él una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión.

Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica.

Estos valores compartidos fundamentan tanto el principio de reconocimiento mutuo como el principio de confianza mutua que tienen una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permiten la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores.

En segundo lugar, el valor Estado de Derecho no es, como ha reconocido el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 16 de febrero de 2022, Hungría/Parlamento y Consejo, C-156/21 (ECLI:EU-:C:2022:97), una simple declaración de intenciones de carácter político o una mera orientación, sino que es un valor que forma parte de la identidad misma de la Unión, como ordenamiento jurídico común, y que se concretiza en una obligación jurídicamente vinculante para los Estados miembros. En definitiva, es una obligación de resultado que se deriva directamente de los compromisos contraídos por los Estados miembros frente a los demás Estados miembros y respecto de la Unión.

En tercer lugar, el respeto del valor Estado de Derecho constituye una condición para el ingreso, como Estado miembro, en la Unión, dado que, conforme al artículo 49 TUE, cualquier Estado europeo que respete los valores mencionados en el artículo 2 TUE y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como Estado miembro.

En cuarto y último lugar, el respeto del valor Estado de Derecho constituye un requisito para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados. Como el Tribunal ha declarado en la Sentencia de 20 de abril de 2021, Repubblika, C-896/19 (ECLI:EU:C:2021:311), no es suficiente que un Estado miembro respete los valores del artículo 2 TUE en el momento de la adhesión, es necesario también que continúe respetándolos durante todo el tiempo de su permanencia dentro de la Unión. Por tanto, un Estado miembro no puede modificar su legislación de modo que dé lugar a una reducción de la protección del valor Estado de Derecho, debiendo velar por evitar, en relación con este valor, cualquier regresión de su legislación en materia de la Administración de Justicia, absteniéndose de adoptar medidas que puedan menoscabar la independencia judicial.

2.3. Instrumentos para garantizar su respeto

A continuación, quiero referirme a los mecanismos que el Derecho de la Unión tiene para garantizar el respeto del Estado de Derecho, tanto por las Instituciones de la Unión como por los Estados miembros, pues, como ha dicho el Tribunal de Justicia en la Sentencias de 16 de febrero de 2022, Hungría y Polonia/Parlamento y Consejo, C-156/21 y C-157/21 (ECLI:EU:C:2022:97 y EU:C:2022:98), ante dos recursos de anulación interpuestos por Hungría y Polonia contra el Reglamento relativo a un régimen general de condicionalidad para la protección del Presupuesto de la Unión, si los valores reconocidos en el artículo 2 TUE definen la identidad misma de la Unión, esta debe tener la posibilidad de defenderlos.

Estos mecanismos son de muy variada naturaleza, empezando, en primer lugar, por el procedimiento contemplado en el artículo 7 TUE, el cual tiene por finalidad permitir al Consejo sancionar las violaciones graves y persistentes de los valores contenidos en el artículo 2 TUE y, por tanto, también del Estado de Derecho, para obligar al Estado miembro de que se trate a poner fin a dichas violaciones.

Para que se inicie este procedimiento es necesario que exista un riesgo claro de violación grave por un Estado miembro de los valores del artículo 2 TUE, correspondiendo el derecho de iniciativa a un tercio de los Estados miembros, al Parlamento Europeo o a la Comisión. Posteriormente, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, habiendo oído al Estado miembro de que se trate, podrá constatar la existencia de dicho riesgo.

En una segunda etapa, el Consejo Europeo, por unanimidad, previa audiencia del Estado miembro de que se trate y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión, y previa aprobación del Parlamento Europeo, puede constatar la existencia de una violación grave y persistente de los valores contemplados en el artículo 2 TUE, adoptando medidas que conlleven la suspensión de determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro en cuestión, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de ese Estado en el Consejo.

Dadas las múltiples exigencias de este procedimiento y sobre todo la necesidad de unanimidad de los Estados miembros, hasta la fecha solo se ha iniciado una vez contra Polonia, mediante una Propuesta motivada de la Comisión de 20 de diciembre de 2017. Este procedimiento fue cerrado por la Comisión el 6 de mayo de 2024, por considerar que ya no existe un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho en ese Estado miembro.

El Tribunal de Justicia ha tenido ya que pronunciarse en tres ocasiones sobre el procedimiento del artículo 7 TUE. La primera, en la Sentencia de 25 de julio de 2018, LM, C-216/18PPU, que ya hemos citado, al examinar la relación entre este procedimiento y la Orden de Detención Europea, afirmando que la posibilidad de no ejecutar una Orden de Detención Europea porque se constate que en el Estado miembro emisor existe un riesgo real de que se viole el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo, debido a deficiencias sistemáticas o generalizadas del poder judicial de ese Estado miembro que pueden comprometer la independencia de los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, exige, también en el caso de que el Estado emisor haya sido objeto de una propuesta motivada de la Comisión, de conformidad con el artículo 7 TUE, que

la autoridad judicial de ejecución compruebe, concreta y precisamente, si en las circunstancias del caso de autos existen razones serias y fundadas para creer que la persona buscada, tras su entrega al Estado miembro emisor, correrá ese riesgo.

La segunda, en la Sentencia de 3 de junio de 2021, Hungría/Parlamento Europeo, C-650/18 (ECLI:EU:C:2021:426), al resolver un recurso de anulación interpuesto por Hungría contra una Resolución del Parlamento Europeo, en la que este último solicitaba al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, TUE, constatase la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión. El Tribunal declaró que este tipo de resoluciones son susceptibles de recurso, que el plazo para interponerlo es de dos meses a partir de su adopción y que, a los efectos del cálculo de la mayoría necesaria para adoptar la Resolución recurrida, es decir, dos tercios de los votos emitidos, no procede tener en cuenta las abstenciones.

La tercera, en las Sentencias de 16 de febrero de 2022, Hungría y Polonia/Parlamento y Consejo, anteriormente citadas, reconociendo el carácter no exclusivo del procedimiento del artículo 7 TUE y admitiendo que el legislador de la Unión puede establecer otros procedimientos que también se refieran a los valores del artículo 2 TUE, pero que tengan un objeto y persigan un objetivo distinto al del artículo 7 TUE.

En segundo lugar, el recurso de incumplimiento, previsto en los artículos 258 a 260 TFUE, que permite a la Comisión o a un Estado miembro demandar ante el Tribunal de Justicia a un Estado miembro por haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, debiéndose tener en cuenta que, en caso de no ejecución de la sentencia condenatoria de incumplimiento, la Comisión puede iniciar un nuevo procedimiento solicitando al Tribunal la imposición de una multa coercitiva o de una cantidad a tanto alzado al Estado que no haya ejecutado dicha sentencia.

En la medida en que, como hemos dicho anteriormente, la obligación de respetar el Estado de Derecho es una obligación de resultado que se deriva directamente de los compromisos contraídos por los Estados miembros frente a los demás Estados miembros y respecto de la Unión, este mecanismo ha sido utilizado por la Comisión en seis ocasiones, demandando en cinco a Polonia por violación del artículo 19 TUE, que, como el Tribunal ha afirmado de forma reiterada, concretiza el valor del Estado de Derecho, y una a Hungría por incumplir las obligaciones que se derivan del artículo 2 TUE, al adoptar la Ley LXXIX, de 2021, que introduce medidas más severas contra los delincuentes pedófilos y modifica determinadas leyes para proteger a los niños.

En los asuntos contra Polonia, la Comisión cuestionó en primer lugar, en el asunto C-619/18, la legislación polaca en materia de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo. En segundo lugar, en el asunto C-192/18, la legislación polaca en materia de jubilación, pero en este caso de los jueces de los tribunales ordinarios. En tercer lugar, en el asunto C- 791/19, las modificaciones legislativas introducidas en Polonia en relación con el régimen disciplinario de los jueces ordinarios. En cuarto lugar, en el asunto C- 204/21, las modificaciones legislativas que impiden a todos los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar la observancia de las exigencias de la Unión relativas al juez independiente e imparcial, preestablecido por la ley, que atribuyen a la sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos la competencia exclusiva para conocer de las imputaciones y cuestiones

jurídicas relativas a la falta de independencia de un juez y que atribuyen a la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo la facultad para pronunciarse en asuntos que inciden directamente en el estatuto y el ejercicio de la función de juez. En quinto lugar, en el asunto C-448/23, las irregularidades en los procedimientos para el nombramiento de tres magistrados del Tribunal Constitucional de Polonia y el desconocimiento por dicho Tribunal de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Los cuatro primeros asuntos han dado ya lugar a sentencias condenatorias de Polonia, mientras que el último, así como el recurso contra Hungría, se encuentran todavía pendientes de sentencia.

En concreto, en el asunto C-619/18, la Comisión demandó a Polonia por incumplimiento de las obligaciones que incumben a este Estado miembro en virtud del artículo 19, apartado 1, párrafo 2, TUE, en relación con el artículo 47 de la Carta, al reducir la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo y aplicar esta medida a los jueces de dicho Tribunal en ejercicio nombrados antes del 3 de abril de 2018 y, por otra parte, al atribuir al Presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de ese Tribunal una vez alcanzada la nueva edad de jubilación.

El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 24 de junio de 2019 (ECLI:EU:C:2019:531), estimó el recurso al considerar que, aunque es posible reducir la edad de jubilación de los miembros de la carrera judicial, sin embargo, es necesario que tal medida esté justificada por un motivo legítimo y sea proporcionada en relación con este y siempre que no permita suscitar dudas en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad del tribunal de que se trate frente a elementos externos y a su neutralidad en relación con los intereses en litigio.

En el asunto de autos, el Tribunal consideró que la exposición de motivos de la nueva Ley del Tribunal Supremo contenía aspectos que podían suscitar dudas en cuanto a que la reforma de la edad de jubilación de los jueces en ejercicio del Tribunal Supremo estuviera inspirada, no en fomentar el establecimiento de una estructura por edades más equilibrada, facilitando el acceso de los jóvenes, como alegaba Polonia, sino en la voluntad de apartar a un determinado grupo de jueces.

En cuanto a la facultad del Presidente de la República de decidir si concede o no una prórroga del ejercicio de la función jurisdiccional, el Tribunal entendió que no basta, por sí sola, para concluir que se ha violado el principio de independencia judicial. Sin embargo, y como ocurría con la reducción de la edad de jubilación, las condiciones materiales y las normas de procedimiento que rigen la adopción de tales decisiones no pueden suscitar dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de los jueces frente a elementos externos y en lo que se refiere a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio.

En el caso de autos, el Tribunal de Justicia entendió que las condiciones y normas de procedimiento a las que la nueva Ley del Tribunal Supremo supeditaba la prórroga del mandato de juez del Tribunal Supremo no satisfacían tales exigencias, dado que dicha prórroga quedaba sujeta a una decisión del Presidente de la República que tenía carácter discrecional, por cuanto su adopción no estaba sometida a ningún criterio objetivo y verificable y no debía ser motivada.

En tercer lugar, las medidas cautelares, dado que el artículo 278 TFUE establece que el Tribunal de Justicia podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo.

El Tribunal ha tenido que pronunciarse, hasta la fecha, en cinco ocasiones sobre solicitudes de medidas cautelares por parte de la Comisión en recursos interpuestos por esta institución contra Polonia por incumplimientos de las obligaciones que incumben a dicho Estado miembro en virtud del artículo 19 TUE, que, como hemos dicho, concretiza el valor del Estado de Derecho.

Me gustaría destacar el Auto del Vicepresidente del Tribunal de 27 de octubre de 2021, dictado en el asunto C-204/21R, Comisión/Polonia (ECLI:EU:C:2021:334), en el que la Comisión solicitó del Tribunal que condenase a Polonia al pago de una multa coercitiva diaria al presupuesto de la Unión a fin de incitar a este Estado miembro a dar cumplimiento, a la mayor brevedad, a las obligaciones que le incumben en virtud del Auto de medidas cautelares de la Vicepresidenta de 14 de julio de 2021. El Tribunal accedió a la medida solicitada e impuso una multa coercitiva de un millón de euros diarios a Polonia con el fin de disuadir a este Estado miembro de retrasar la adecuación de su comportamiento a dicho auto.

En cuarto lugar, las cuestiones prejudiciales, pues, aunque el Tribunal no puede, a través de una cuestión prejudicial, declarar el incumplimiento de un Estado miembro, sin embargo, sí puede dar al órgano jurisdiccional nacional los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que pueden serle útiles para determinar si la legislación nacional es o no incompatible con el Derecho de la Unión.

Esto es lo que el Tribunal ha hecho en las Sentencias de 19 de noviembre de 2019, AK, de 2 de marzo de 2021, AB, de 6 de octubre de 2021, WZ, de 13 de julio de 2023, YP y de 21 de diciembre de 2023, Krajowa Rada Sadownictwa, en relación con Polonia, en la Sentencia de 20 de abril de 2021, Repubblika, respecto de Malta, en las Sentencias de 18 de mayo de 2021, Asociatia Forumul Judecatorilor din Romania, de 21 de diciembre de 2021, Euro Box Promotion, de 22 de febrero de 2022, RS y de 8 de mayo de 2024, Asociatia Forumul Judecatorilor din Romania, respecto de Rumania, en la Sentencia de 23 de noviembre de 2021, IS, respecto de Hungría, y en la Sentencia de 11 de julio de 2024, Hann Invest, respecto de Croacia.

En este punto es necesario poner de relieve que ha sido a través de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales de algunos Estados miembros, como el Tribunal se ha pronunciado, en un primer momento, sobre aspectos relativos al respeto del Estado de Derecho por los Estados miembros. Dada la mayor lentitud en la tramitación de los recursos de incumplimiento, al exigir el agotamiento previo de la fase precontenciosa, en muchos casos los incumplimientos imputados por la Comisión a Polonia habían sido ya objeto de examen por el Tribunal a través de cuestiones prejudiciales planteadas por jueces polacos. Ahora bien, esto no significa que los recursos de incumplimiento no fueran necesarios, pues, como decíamos anteriormente, son el único mecanismo para declarar el incumplimiento por un Estado miembro de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados.

En quinto lugar, el mecanismo de condicionalidad, previsto en el Reglamento 2020/2092, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, que establece las reglas nece-

sarias para la protección del presupuesto de la Unión en caso de violación de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros.

El artículo 2, a), de este Reglamento define, a los efectos de dicho Reglamento, el valor Estado de Derecho consagrado en el artículo 2 TUE, declarando que comprende los principios de legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas; de seguridad jurídica; de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo; de tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a la justicia, por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, también en lo que respecta a los derechos fundamentales; de separación de poderes y de no discriminación e igualdad ante la ley. Sin embargo, hay que recordar que, como ha declarado el Tribunal de Justicia en las Sentencias de 16 de febrero de 2022, este artículo no pretende definir exhaustivamente el concepto de Estado de Derecho, sino que se limita a especificar, a los solos efectos de dicho Reglamento, varios de los principios que abarca y que, según el legislador de la Unión, son los más pertinentes, en relación con el objeto del citado Reglamento, para garantizar la protección del presupuesto de la Unión.

Conforme al artículo 3 del Reglamento, se considera que existen indicios de vulneración de los principios del Estado de Derecho cuando se pone en peligro la independencia de los jueces, cuando no se impide, corrige o sanciona decisiones arbitrarias o ilícitas por parte de las autoridades públicas, cuando se retienen recursos financieros y humanos que afecten a su buen funcionamiento o no se garantiza la ausencia de conflictos de interés y cuando se limita la disponibilidad y eficacia de las vías de recurso judiciales o se limita la investigación, la persecución o la sanción efectiva de las infracciones.

Para que se adopten sanciones contra un Estado miembro es necesario que una vulneración de los principios del Estado de Derecho en un Estado miembro afecte o amenace con afectar la buena gestión del presupuesto de la Unión de un modo suficientemente directo.

Esto es lo que ha ocurrido en relación con Hungría al decidir el Consejo, sobre la base de una Propuesta de la Comisión, de 18 de septiembre de 2022, la suspensión del pago de 6.300 millones de euros a Hungría por violaciones sistemáticas de los principios del Estado de Derecho, en particular de los principios de seguridad jurídica y de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo en materia de contratación pública y la falta de un marco de lucha contra la corrupción que funcione y sea eficaz.

Por último, ante el problema del respeto del Estado de Derecho en algunos Estados miembros, la Unión ha desarrollado diversas iniciativas. Así, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, celebrado en Luxemburgo los días 6 y 7 de junio de 2013, decidió poner en marcha un nuevo diálogo sobre el Estado de Derecho con los Estados miembros, sobre una base anual. Dentro de este diálogo, la Comisión en 2014 estableció un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho que crea un instrumento de alerta rápida para poner fin a las amenazas que puedan existir en los Estados miembros respecto del futuro del Estado de Derecho antes de que se reúnan las condiciones para activar el mecanismo del artículo 7 TUE. La Comisión elabora un informe anual sobre el Estado de Derecho que refleja la situación en cada Estado miembro en relación con las exigencias del Derecho de la Unión y también las recomendaciones y dictámenes del Consejo de Europa y, desde 2022, contiene recomendaciones a cada uno de los Estados miembros. En concreto, en el

quinto informe, publicado el 24 de julio de 2024, la Comisión recomienda a España que se refuerce el estatuto del Fiscal General, en particular en lo que respecta a la disociación temporal de los mandatos del Fiscal General del Estado y del Gobierno, que se impulse el proceso de adaptación del procedimiento de nombramiento de los jueces miembros del Consejo General del Poder Judicial, teniendo en cuenta las normas europeas, que se proceda a aprobar la Ley sobre la actividad de los grupos de interés, que se acorte la duración de las investigaciones y enjuiciamiento de los asuntos de corrupción, que se robustezcan las normas sobre conflictos de intereses y declaraciones de patrimonio de los altos cargos de la Administración y que se avance en la mejora del acceso a la información.

2.4. El papel de los jueces nacionales

Hemos analizado los mecanismos que tiene la Unión para garantizar el respeto del Estado de Derecho; sin embargo, este análisis estaría incompleto si no hacemos mención del papel esencial que desempeñan los jueces nacionales de los Estados miembros, como jueces de Derecho de la Unión, a la hora de garantizar el respeto por los Estados miembros de los principios y valores de la Unión.

En efecto, en el ordenamiento jurídico de la Unión, la tutela judicial efectiva de los derechos que este ordenamiento confiere a los particulares no recae de forma exclusiva en el Tribunal de Justicia, sino que también los jueces nacionales desempeñan un papel esencial. Como el Tribunal de Justicia lo ha afirmado de forma reiterada, el juez nacional lleva a cabo, en colaboración con el Tribunal, una función que se les atribuye en común, para asegurar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

Pues bien, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que consagra la preeminencia de este Derecho sobre el de los Estados miembros, los jueces nacionales tienen la obligación de garantizar la plena eficacia de las distintas normas de la Unión, sin que el Derecho de los Estados miembros pueda afectar a dicha eficacia.

Además, el principio de interpretación conforme del Derecho interno, en virtud del cual el órgano jurisdiccional nacional está obligado a dar al Derecho interno, en la medida de lo posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión, es inherente al régimen de los Tratados, en la medida en que permite que el órgano jurisdiccional nacional garantice, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver el litigio del que conozca.

Si no fuera posible una interpretación conforme, el juez nacional tendrá la obligación de dejar inaplicada, si fuera necesario, cualquier disposición contraria de la legislación nacional sin que deba esperar o solicitar su previa eliminación por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional.

El cumplimiento de la obligación de aplicar íntegramente cualquier disposición con efecto directo de Derecho de la Unión ha de considerarse indispensable para garantizar la plena aplicación de este Derecho en todos los Estados miembros y también como una condición necesaria para garantizar el respeto de la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados que excluye la po-

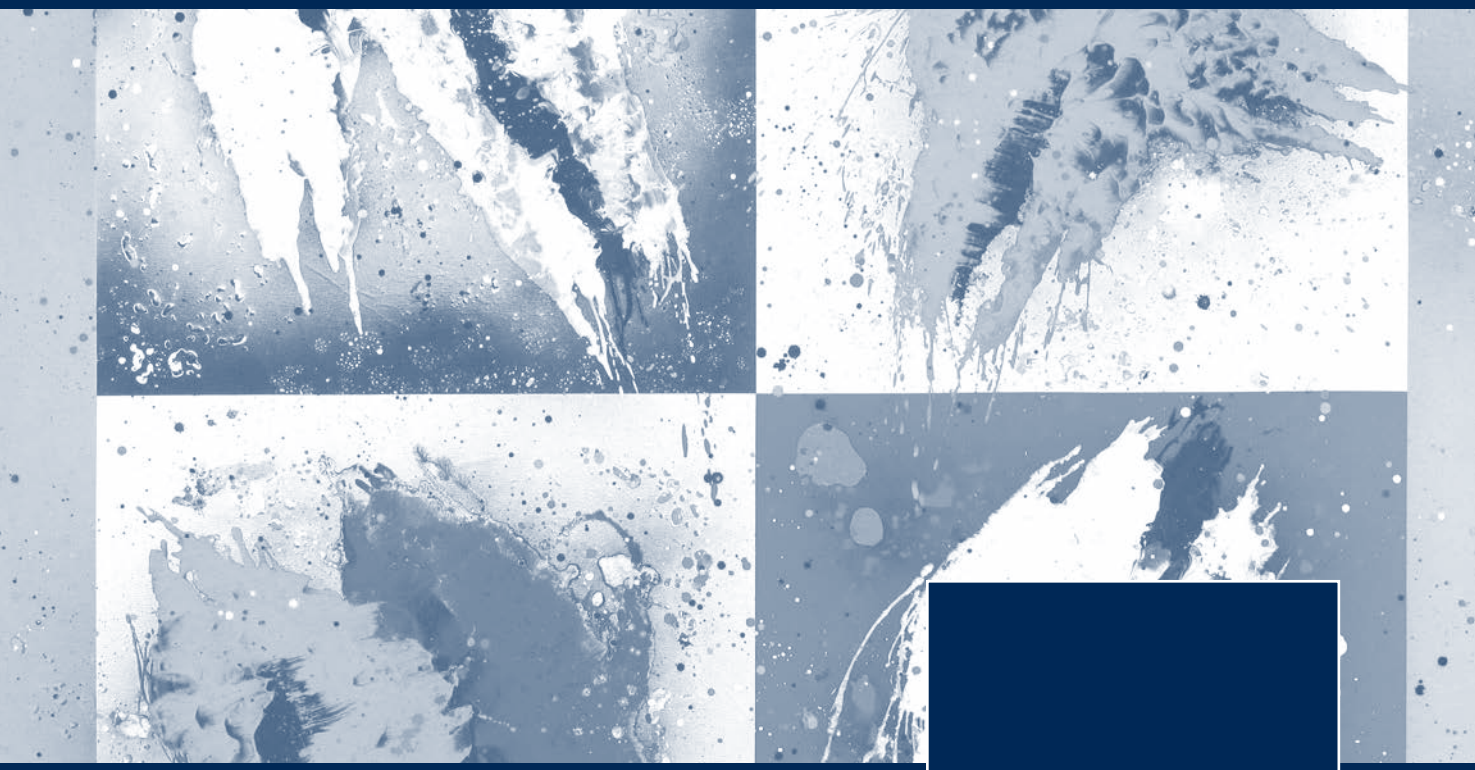
sibilidad de hacer prevalecer, contra el ordenamiento jurídico de la Unión, una medida unilateral de cualquier tipo y constituye una manifestación del principio de cooperación leal enunciado en el artículo 4, apartado 3 TUE.

Por tanto, es incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda norma o práctica nacional que tenga por efecto disminuir la eficacia del Derecho de la Unión por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el momento mismo de dicha aplicación, cuanto sea necesario para descartar las disposiciones o prácticas nacionales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la plena eficacia de las normas de Derecho de la Unión.

En definitiva, como dice la Comisión en su quinto informe anual sobre el Estado de Derecho en la Unión Europea, el Estado de Derecho es un valor fundacional de la Unión Europea esencial para su funcionamiento y para la aplicación efectiva del derecho de la Unión, en virtud del Estado de Derecho, todos los poderes públicos deben siempre actuar dentro de los límites previstos por la Ley.

El valor del Estado de Derecho define la identidad misma de la Unión como Comunidad de Derecho y su respeto constituye una obligación de resultado y un requisito para entrar a formar parte, como Estado miembro, de la Unión y para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados, lo que significa que los Estados miembros deben evitar, en relación con este valor, cualquier modificación de su legislación que dé lugar a una reducción de la protección del Estado de Derecho.

Por tanto, el valor del Estado de Derecho es consustancial a la identidad de la Unión Europea y es esa identidad la que reúne a todos los europeos y la base sobre la que se puede construir una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa.



Artículos

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 66, diciembre 2024, pp. 25-73

Artículos

INFORMACIÓN SELECTIVA Y DEBER DE CONFIDENCIALIDAD EN EL DERECHO DE SOCIEDADES [1]

Cándido Paz-Ares

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Socio Emérito de Uría Menéndez (Madrid)

INFORMACIÓN SELECTIVA Y DEBER DE CONFIDENCIALIDAD EN EL DERECHO DE SOCIEDADES

El presente trabajo estudia la legitimidad de la información selectiva en el derecho de sociedades, entendiendo por tal la información confidencial de la sociedad que los administradores no proporcionan a todo el mundo, sino solamente –"selectivamente"– a determinados accionistas al margen de los cauces previstos para el ejercicio del derecho de información, que solo se habilitan con motivo de la celebración de la junta general (v. arts. 196, 197 y 520 LSC). La tesis defendida postula la necesidad de liberalizar significativamente estos flujos de información selectiva entre la sociedad y sus accionistas significativos al amparo de la llamada en la legislación del mercado de capitales "excepción de normalidad" y con la finalidad de facilitar una gobernanza más transparente y de mayor calidad. El foco se pone sobre el flujo de información entre consejero dominical y accionista que ha promovido su nombramiento (o dominus), pero el alcance del argumento es considerablemente más amplio.

Palabras clave: Principio de paridad de trato, deber de confidencialidad, información confidencial, información privilegiada, prohibición de comunicar información privilegiada, principio de paridad de trato, consejero dominical, mandato natural.

SELECTIVE INFORMATION AND CONFIDENTIALITY IN CORPORATE LAW

This article analyses whether selective information is legitimate under company law. This type of information is confidential information about the company that the directors do not provide to everyone, but only – "selectively" – to some shareholders outside the formal channels provided to exercise the right to information,

1 El presente trabajo, realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Gobierno corporativo: el papel de los socios" (PID 2022-138664NB-C21), se ha destinado a los Estudios en homenaje al Profesor Ángel Rojo. Se ha actualizado para esta publicación con la adición de una breve consideración final.

which are only made available for general meetings (see arts. 196, 197 and 520 of the Companies Law). We argue that these exchanges of selective information between companies and their major shareholders need to be significantly liberalised under the "normality exception" for a more transparent and effective governance. This article just focuses on the exchange of information between directors representing controlling shareholders and the controlling shareholders who appointed them (dominus), but this matter is much broader in scope.

KEYWORDS: Equal treatment principle, confidentiality obligation, confidential information, inside information, prohibition to disclose privileged information, directors representing controlling shareholders, "Natural Mandate".

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-11-2024

Paz-Ares, Cándido (2024). Información selectiva y deber de confidencialidad en el derecho de sociedades. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 25-73 (ISSN: 1578-956X).

SUMARIO: 1. Introducción: objeto del trabajo y bases de la discusión.- 2. Marco de referencia: generalización de la "excepción de normalidad": 2.1. Cuadro normativo de la información selectiva.- 2.2. Cuadro fenomenológico: información prestada centralizadamente.- 2.3. Información prestada descentralizadamente.- 3. La información selectiva del consejero dominical al *dominus*: 3.1. Anatomía y revisión crítica de la doctrina tradicional.- 3.2. Referencia a la doctrina del 'mandato natural': remisión.- 3.3. Fundamentación del flujo informativo consejero dominical-*dominus*.- 4. Condiciones de viabilidad de la información selectiva: 4.1. Obligación de confidencialidad del *dominus*.- 4.2. Exigencia de proporcionalidad de la información.- 4.3. Responsabilidad por mal uso de la información.- 5. Consideración final: una agenda de estudio para el futuro.- Referencias bibliográficas.-

1. Introducción: objeto del trabajo y bases de la discusión

En estas páginas me propongo explorar la legitimidad de la *información selectiva* en el derecho de sociedades. Llamo así a la información confidencial de la sociedad que los administradores no proporcionan a todo el mundo, sino solamente –"selectivamente"– a determinados accionistas y al margen de los cauces previstos para el ejercicio del derecho de información, que –como es sabido– solo se habilitan con motivo de la celebración de la junta general (v. arts. 196, 197 y 520 LSC). La doctrina tradicional siempre ha visto con recelo los flujos de información que se sustancian fuera de aquellos cauces, seguramente porque, en su entendimiento, el papel de los socios en el gobierno de la sociedad está limitado a su participación en la junta. La resistencia o reticencia frente a la información selectiva que observamos en amplios sectores de la literatura constituye, a nuestro juicio, un síntoma más de la inercia que aún sigue ejerciendo sobre los mercantilistas el *modelo tecnocrático* de gobierno de la sociedad, un modelo en el que la gestión de la empresa en

su sentido más amplio –incluyendo la supervisión del *management* y la orientación estratégica– se residencia exclusivamente en el órgano de administración[2].

El horizonte que tenemos delante es sin embargo muy distinto. En él pugna por abrirse camino, y no precisamente desde ayer, un modelo alternativo de gobernanza, a veces denominado *modelo democrático*, en el que los accionistas van ganando cada vez más terreno como agentes de gobierno corporativo. No me refiero solo a los accionistas en abstracto –a los accionistas como miembros de la junta general–, cuyo papel en la gestión de la empresa cuenta ya con un amplio reconocimiento legal[3], sino también a los accionistas en concreto –a los accionistas como fuerzas vivas, específicamente a los accionistas de referencia o significativos–, cuya función en el gobierno de la sociedad ha obtenido también, según tendremos ocasión de comprobar en el curso de la exposición, carta de naturaleza en nuestro derecho. De ahí que, en realidad, en lugar de hablar de un modelo democrático, quizá tenga más sentido hablar de un *modelo dominical* de gobierno corporativo[4]. Ofrezco un dato sencillo que no sorprenderá a nadie y que con seguridad infrarrepresenta el grado real de dominicalidad de nuestro mercado bursátil: el número de consejeros dominicales en las sociedades del Ibex asciende al 23% y en las restantes al 37%, mientras que los independientes copan el 55,6% y el 41% respectivamente[5].

La dominicalización de la gobernanza no es un fenómeno exclusivo de España y el ámbito continental, donde tradicionalmente la estructura de propiedad de las empresas ha sido más concentrada[6]. También se observa en el ámbito anglosajón, cuyo desarrollo en la época más reciente exhibe una marcada tendencia a la reconcentración por obra no solo de los emprendedores del sector tecnológico, sino también y sobre todo de los inversores institucionales y los *hedge funds*, que alimentan un grado creciente de activismo accionarial, más blando o defensivo en un caso y más duro u ofensivo en otro[7]. La famosa "separación de propiedad y control" de Berle y Means y el mito de la propiedad difusa o dispersa son cada vez más eso, un mito. La mayor implicación de los accionistas significativos en la gestión de la empresa lleva sin duda aparejado un riesgo incre-

2 Este modo de entender y hacer el derecho de sociedades se ha reflejado tradicionalmente en la tendencia de un importante sector de la doctrina al considerar (i) que los administradores no estaban sujetos a instrucciones de la junta en el ámbito empresarial; (ii) que ni siquiera los estatutos podían reservar a la competencia de este órgano decisiones empresariales o de gestión; y (iii) que la ley, salvo supuestos extraordinarios (por ejemplo, venta de prácticamente todos los activos y algún que otro supuesto excepcional de "competencia no escrita" de la junta), no atribuía al órgano de los accionistas competencias en materia de gestión (v., como exponente paradigmático, F. Sánchez Calero, 2005, pp. 41-45).

3 En nuestro país, la reforma de 2014 supuso un paso importante en esta dirección. Recuérdese que entonces se reconoció expresamente (i) el derecho de los accionistas a impartir en la junta instrucciones imperativas a los administradores (art. 161 LSC); (ii) la posibilidad de los estatutos de reservar a la decisión de la junta materias de gestión (art. 160 j) LSC); y (iii) la atribución a la junta de competencia sobre la enajenación o adquisición de activos esenciales, definidos de manera muy generosa: el 25% del activo (art. 160 f) LSC). Estos son solo algunos datos de ciertos cambios institucionales y culturales que se están produciendo en nuestras concepciones de la gobernanza corporativa.

4 La expresión ("ownership model of corporate governance") ha sido acuñada por Ronald Gilson para caracterizar el sistema de los países nórdicos, que en algunos aspectos asemeja al nuestro, aunque allí se observa una concentración de propiedad aun mayor y, desde luego, un mayor control social de la actividad empresarial (v. Gilson, 2014, p. 97).

5 Son datos extraídos del último informe anual de gobierno corporativo publicado por la CNMV, correspondiente al ejercicio 2022, en el que se indica también que los consejeros ejecutivos y los "otros", que no varían de uno a otro segmento del mercado, andan en torno al 15% y al 7%, respectivamente (v. CNMV, 2023, p. 45). Ofrecen una tabla de datos sobre la participación de los accionistas significativos en nuestras sociedades más rica y representativa Gutiérrez y Sáez Lacave, 2023, p. 21.

6 La novedad en nuestros ámbitos no está en la "dominicalización de la gobernanza", que es fenómeno antiguo, sino en su reconocimiento, exteriorización y racionalización en el debate sobre el buen gobierno.

7 Este fenómeno ha dado lugar al denominado "capitalismo de agencia" (sobre el cual ha sido pionero el estudio de Gilson y Gordon, 2013, pp. 863 ss.); la relación entre democracia accionarial y activismo inversor es objeto de un lúcido análisis en Anand, 2020, pp. 35 ss., que ayuda a comprender por qué el modelo emergente puede ser calificado tanto de *democrático* como de *dominical*.

mentado de extracción de beneficios privados. Pero esta no es la única variable a tener en cuenta. Hay que considerar también las ventajas que puede aportar en términos de mayor orientación a largo plazo, mayores incentivos para la supervisión, mayores recursos para evitar la captura del consejo por parte del *management*, etc[8]. La solución de equilibrio que observamos a medida que mejora la calidad del control jurídico y del control social sobre la desviación de valor apunta claramente hacia una mayor dominicalización y consiguiente interacción de accionistas significativos e inversores de distinta índole, básicamente industriales e institucionales, con el consejo y la dirección.

En la transición de un modelo a otro surgen muchas cuestiones. Una de ellas es, sin duda, la relativa a la información selectiva, que desafía al jurista con interrogantes variados, algunos viejos y otros más recientes: ¿pueden reunirse los administradores con inversores institucionales para discutir privadamente sobre la estrategia de la compañía y eventualmente sobre un nuevo plan de negocios?, ¿es correcto informar a los accionistas más importantes de la compañía acerca de una potencial operación para calibrar el nivel de apoyo con que cuenta?, ¿qué posibilidades tienen los activistas de obtener información estratégica? La lista de interrogantes no acaba ahí. El más interesante en nuestra praxis societaria se refiere seguramente a la posibilidad de que los consejeros dominicales pasen información confidencial a los accionistas significativos que han procurado su nombramiento. Sobre él versa el grueso de estas páginas. Adelanto, sin embargo, que para enmarcar y clarificar su discusión, será preciso referirse a algunos de esos otros supuestos o interrogantes apuntados. La tesis que defiendo postula la necesidad de liberalizar significativamente la información selectiva al objeto de facilitar una gobernanza más transparente y de mayor calidad.

Sentadas estas premisas, el resto del trabajo se divide en tres partes principales. La primera es propedéutica: prepara el terreno identificando las bases normativas y empíricas de la llamada "excepción de normalidad", a partir de las cuales se hace inteligible el fenómeno de la información selectiva a accionistas (v. *infra* § 2). La segunda es sustantiva: busca insertar la información selectiva del consejero dominical al *dominus* en la "excepción de normalidad" sometiendo a escrutinio crítico la doctrina tradicional y desarrollando analíticamente los argumentos de soporte (v. *infra* § 3). La tercera desciende al análisis del régimen jurídico aplicable con la vista puesta en determinar las principales condiciones y límites de viabilidad de esta modalidad de información selectiva (v. *infra* § 4). El trabajo se cierra con una breve consideración final, en la que se insiste en la necesidad de emprender un programa integral e interdisciplinar de investigación sobre el papel de los accionistas en el gobierno de las sociedades y cubrir así un capítulo descuidado o claramente infradesarrollado de nuestro derecho de sociedades (v. *infra* § 5).

8 Sobre el *trade-off* en cuestión, v. Gilson y Gordon, 2003, p. 785.

2. Marco de referencia: generalización de la "excepción de normalidad"

El marco de referencia o comprensión del fenómeno objeto de estudio tiene una doble dimensión, normativa y empírica. La dimensión normativa se examina en primer término. El objetivo es identificar el denominador común que explica los límites de las distintas regulaciones aplicables a la información selectiva, que cifro en la llamada "excepción de normalidad" (v. *infra* § 2.1). La dimensión empírica se aborda sucesivamente con el fin de ilustrar la fenomenología más relevante de la información selectiva, tanto de la que se presta centralizadamente por el órgano de administración (v. *infra* § 2.2) como la que se presta descentralizadamente por determinados miembros del órgano (v. *infra* § 2.3). Confío en que la constatación de la legitimidad de las prácticas reseñadas permita iluminar, por pura proximidad de género, la legitimidad de la que es el objeto principal del trabajo.

2.1. Cuadro normativo de la información selectiva

La información selectiva y, señaladamente, la que tiene lugar entre el consejero dominical y su *dominus*, puede ser objetada –y, de hecho, ha sido objetada– desde la perspectiva de los deberes fiduciarios que pesan sobre el administrador. En concreto, del deber de confidencialidad (art. 228 b) LSC), del deber de igualdad de trato (arts. 97 y 514 LSC) y del *deber de abstenerse de comunicar información privilegiada* (o *tipping*), que constituye –como es sabido– una modalidad de la prohibición del *insider trading* (arts. 10.1 y 14 c) RAM[9]). Estos son los preceptos o grupos de preceptos relevantes en el examen de la materia[10].

a) La prohibición de *tipping*, característica del derecho del mercado de valores, impide a los administradores –en realidad, a cualquiera– "comunicar ilícitamente información privilegiada" (art. 14 c) RAM), donde "ilícitamente" significa "selectivamente" (v. art. 10.1 RAM)[11]. El objeto de protección de la prohibición de *tipping*, como parte de la prohibición del *insider trading*, es preservar la integridad del mercado y la confianza de los inversores, que se verían menoscabadas si fuese posible operar con información asimétrica. El ideal desde el punto de vista del mercado de capitales es la publicidad: que la información privilegiada se haga pública inmediatamente (v. arts. 18.1 RAM y 297.1 d) y 285-*bis* CP). Solo cuando el ideal de publicidad entra en conflicto con el ideal de confidencialidad que abandera el derecho de sociedades en defensa del interés social, entran

9 RAM es el acrónimo del Reglamento (UE) 596/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, sobre abuso de mercado.

10 Seguramente, a alguien le sorprenderá que entronque la prohibición de *insider trading* también con el deber de lealtad. Nada hay sin embargo de extraño en ello. Con independencia de la normativa del mercado de valores, la prohibición del *insider trading* y del *tipping* constituye una exigencia del deber de lealtad, que impide a los administradores obtener beneficios privados a causa y/o a costa del uso o comunicación de información privilegiada de la compañía. Esto es algo que, desde antiguo, se reconoce en el derecho anglosajón: v., por ej., sect. 5.04 (a) (3) de los *Principles of Corporate Governance* (ALI 1994, p. 253) y, en doctrina, Clark, 1986, pp. 273-275; en nuestra doctrina, ya antes de la reforma que introdujo el art. 229.1 c) LSC, Llebot Majo, 1996, pp. 117-119. La incardinación de la prohibición de marras dentro del deber de lealtad no es inocua. Significa que, con independencia de las sanciones que correspondan con arreglo a la LMV e incluso al Código Penal, la sociedad puede obligar al *disgorgement* de cualquier beneficio obtenido por el consejero infractor mediante la acción de enriquecimiento prevista en el art. 227.2 LSC *in fine* (v. también *sect* 5.04 (c) de los *Principles of Corporate Governance* (ALI, 1994, p. 254).

11 Recuérdese que una información es privilegiada cuando, además de ser concreta, es *price-sensitive* o idónea para "influir de manera apreciable en los precios" de las acciones o instrumentos a que afecte (v. art. 7.1 RAM).

en juego las reglas sobre el *insider trading*, que vedan hacer uso de la información privilegiada, sea para operar en el mercado obteniendo una ventaja injusta frente a los no iniciados, sea para comunicarla a terceros incrementando el riesgo de que esto ocurra.

La prohibición de *tipping* del mercado de valores no es incondicional. No se aplica cuando la comunicación de información privilegiada realizada por el administrador o el *insider* de que se trate "*se produce en el normal ejercicio de su cargo, profesión o funciones*" (art. 10.1 RAM *in fine* y 285-*bis* CP). Llamo la atención sobre esta delimitación funcional del ámbito de la prohibición porque da lugar a lo que se conoce como *excepción de normalidad,* detrás de la cual se agazapa la excepción de interés social. La prohibición no se aplica cuando de antemano sea razonable juzgar que la información selectiva resulta de utilidad o provecho para la propia sociedad. El caso de libro se verifica cuando el administrador (o el *insider* de que se trate) proporciona información a los colaboradores de la empresa para que estos desarrollen sus cometidos dentro de ella: al empleado que la necesita para ejecutar una operación, al auditor que ha de tenerla en cuenta en su labor de verificación, al abogado que debe considerarla para emitir su informe, etc. La correlación o equivalencia entre el test de normalidad y el test del interés social se comprende sin esfuerzo: el ejercicio "normal" del cargo implica su desempeño en aras del interés social.

b) El siguiente principio a tener en cuenta es el de *paridad de trato*. También es conocido. "La sociedad –dice el art. 97 LSC– deberá dar un trato igual a los socios que se encuentran en condiciones idénticas". El precepto se reproduce de manera pleonástica en sede de sociedades cotizadas (art. 514 LSC). El único interés de esta última disposición es que alude específicamente a "la información" como uno de los aspectos que demandan "igualdad de trato de todos los accionistas que se hallen en la misma posición". El objeto de protección de estas normas poco tiene que ver con la integridad del mercado a que se refiere la prohibición de *tipping* (o con la integridad del patrimonio social, a que se refiere el deber de confidencialidad al que aludiremos luego: v. § *infra* 2.3)[12]. Su objeto de protección es la *integridad de la posición de socio*, que incluye el derecho individual a ser tratado igual que los demás.

Pero el principio de paridad de trato tampoco es incondicional o, mejor dicho, solo es incondicional dentro de su ámbito genuino de aplicación. La paridad de trato –según se ha escrito lapidariamente– "procede bien como diversificación de lo desigual bien como unificación de lo igual" (Bobbio, 1980, p. 360). Para saber si hay que diversificar o unificar en nuestro caso, la cuestión cardinal consiste en discernir cuál es el criterio de la igualdad a efectos de la información y, en definitiva, determinar si la igualdad se mide *per capita* (como sucede con el derecho de información del socio) o por capital u otras circunstancias subjetivamente relevantes (grado de sofisticación del inversor, etc.). Un sector minoritario sostiene que hay que distinguir a estos efectos entre el accionista *retail* y el gran accionista (accionista significativo o de referencia, o de control), justamente para hacer factible la información selectiva a esta última clase. En cambio, la doctrina quizá más generalizada parte de la hipótesis contraria. La configuración legislativa del derecho de información como derecho que corresponde por igual a cualquier accionista, con independencia

12 De hecho, se aplican también a sociedades no cotizadas y a la información no privilegiada.

de su participación en el capital[13], indicaría que el trato diferenciado basado exclusivamente en el tamaño de la inversión tiene en principio escaso peso.

Coincido básicamente con la premisa de que parte la doctrina mayoritaria (el número de acciones no es relevante por sí mismo), pero llego a conclusiones similares a las alcanzadas por la doctrina minoritaria (basándome en el papel de los accionistas significativos como agentes de gobierno corporativo). Para explicarme es útil precisar que tampoco comparto la idea de que la infracción de la paridad de trato no se produce tanto cuando se da información selectiva a unos accionistas cuanto cuando se le deniega a otros[14]. Esta es la razón por la que algunos comentaristas estiman que no hay problema en proporcionar información selectiva a un accionista antes de la celebración de la junta, si esta después se pone de oficio a disposición de todos los que asistan a ella para cumplimentar la igualdad de trato (así Esteban Velasco, 1994, p. 244) o, por lo menos, a instancia de un accionista interesado[15]. La solución está inspirada en el § 131 (4) *AktG*, a tenor del cual cualquier accionista puede solicitar en la junta general cualquier información que se haya proporcionado a otro fuera de ella. La generalidad de la doctrina alemana ha estimado tradicionalmente que este derecho a la información posterior o *Nachinformation* bloquea cualquier pretensión para hacer efectiva directamente la igualdad informativa basada en el principio de paridad de trato y, específicamente, la impugnación de la junta y los acuerdos adoptados en ella (§ 53a *AktG*)[16]. Esta tesis, sin embargo, se halla actualmente en entredicho (a mi juicio con razón) porque mina la eficacia o efectividad del principio de igualdad, que proviene de las Directivas europeas. El reconocimiento del derecho a la información ulterior en la junta o *Nachinformation* no satisface en efecto la exigencia (europea) de que la discriminación sea objeto de sanciones proporcionales y genuinamente disuasorias (cfr. Verse, 2006, pp. 513-517; v. también Fleischer, 2009, p. 521).

La legitimidad de la información selectiva no depende, por tanto, ni de la simple posibilidad de igualación informativa *a posteriori*, ni de la simple aritmética del número de acciones, que se haría blanco de la celebrada ironía de *Rebelión en la granja*: todos los accionistas –al igual que los animales– son iguales, pero unos –los grandes accionistas aquí como los cerdos en la parábola de Orwell– son más iguales que otros. La cuestión debe reenfocarse. En mi entendimiento, la información selectiva no es una cuestión a discutir en el plano de los derechos de información del accionista (ningún accionista tiene propiamente un derecho de información fuera de la junta), sino en el plano de las facultades de información de los administradores. Bajo esta perspectiva, la legitimidad de la información selectiva y de la discriminación que inevitablemente lleva aparejada dependerá críticamente –y aquí converge con la "excepción de normalidad" a la prohibición de *tipping*– de si puede considerarse como parte de una actividad homologable como normal o consuetudinaria desde el punto de vista empresarial y de las prácticas de mercado y, en última instancia, se halla justificada a la luz del interés social. En la realización de este juicio es decisiva –según tendremos ocasión de comprobar en el curso de la exposición– la valoración que merezca la información selectiva bajo la óptica de la funcionalidad y calidad del gobierno corporativo a que sirve.

13 La referencia al 25% prevista en los arts. 196 y 197 y LSC como límite a los poderes del presidente de la junta para denegar la información solicitada al amparo del interés social no es relevante a efectos de nuestra discusión.

14 Cfr. Martínez Martínez, 1999, pp. 306-307.

15 Esta parece ser, si no la he entendido mal, la tesis de Martínez Martínez, pp. 308-309, nt. 55.

16 V., por ej., entre tantos, Siems, 2007, § 131, Rn. 72 ss., pp. 1485-1486.

c) Llegamos por fin a la pieza normativa quizá más relevante a efectos de nuestra discusión: el *deber de confidencialidad*. Se contiene en el art. 228 b) LSC, a tenor del cual el deber de lealtad obliga al administrador a "guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo...". El objeto de protección de esta norma es, como hemos avanzado, la *integridad del patrimonio de la sociedad* o, más específicamente, la integridad de su capital intangible. El deber de confidencialidad no busca proteger la integridad del mercado (de hecho, desde este ángulo, el principio más conforme es el de publicidad, no el de confidencialidad, que representa la excepción solo justificada por el interés social: v. art. 17.4 RAM), ni la integridad de la posición de socio. Lo único que protege es el valor de la empresa cuya maximización se identifica con el interés social al que deben atenerse los administradores en la gestión de la empresa (v., por ej., Farrando, 2001, pp. 21 ss.). Bajo esta perspectiva son destacables dos circunstancias. Una es la *extensión del concepto de confidencialidad a cualquier tipo de información privada* de la sociedad, con independencia de su naturaleza. La información confidencial incluye así todo tipo de información: (i) la *información propietaria*, es decir, aquella información directamente competitiva o de valor comercial o industrial para la compañía, como puede ser el *know-how*, una lista de clientes o cualquier otro secreto empresarial que pueda considerarse un "activo" de la sociedad (esta información es la aludida de forma más específica por el art. 229.1 c) LSC); (ii) la *información económica* o información interna de la compañía sobre finanzas, operaciones, estrategia, etc.; y (iii) la que, a falta de nomenclatura establecida, podría denominarse *información personal,* dentro de la cual incluyo buena parte de la información relativa a los procedimientos y deliberación del consejo; la denomino "personal" porque se refiere al comportamiento y posicionamiento de los distintos miembros del consejo[17].

La otra circunstancia a destacar es la *objetivación del concepto de confidencialidad* que ha producido el art. 228 b) LSC al configurar su supuesto de hecho sustituyendo consideraciones valorativas o morales por consideraciones meramente fácticas[18]. Resulta así que la calificación de una información como confidencial –y su sujeción al deber de confidencialidad– ya no dependerá de que su difusión perjudique (demostrablemente) el interés social, de que tenga –dicho sea con las palabras del viejo art. 232.1 LSC *in fine*– "*consecuencias perjudiciales para el interés social*". En este punto, el legislador ha optado por sustituir un tipo de peligro concreto por otro de peligro abstracto, evitando así la pendiente resbaladiza de la indeterminación por la que alternativamente podría deslizarse el mandato o deber de secreto. Si su aplicación se condiciona al perjuicio del interés social, la regla colapsa con el estándar general del que trae causa despojándola de su valor específico como regla, que es el de guiar con mayor certeza la conducta del administrador y la función del juzgador[19]. Como indiqué tempranamente, solo cabe excluir de la información protegida "aquella absolutamente irrelevante e indiscutiblemente inocua a ojos de cualquier observador externo"[20].

17 Desde el punto de vista del derecho penal, la revelación de secretos empresariales afecta solo a la información propietaria (art. 278.1 CP). Aunque es dudoso que la persona jurídica tenga un ámbito de intimidad protegida como tal, nada debe impedir la inclusión de algunos aspectos de la información económica y personal en la extensión de las previsiones del art. 200 CP por referencia a los que le preceden y, específicamente, al art. 199 CP.

18 A los comentaristas más atentos no les ha pasado desapercibido este cambio, que entienden realizado a fin de "simplificar la redacción" del precepto y dotarla de "mayor severidad" (así, por ej., Juste Mencía, 2015, p. 381).

19 Para "*evitar los eventuales errores de los consejeros en el juicio de confidencialidad*" ya no será necesario suscribir específicos *"pactos de confidencialidad"*, como sucedía en la STS 4-X-2011 (RJ 759/2012). La ley ya provee un "pacto general de confidencialidad".

20 Paz-Ares, 2016, pp. 438-439. Si hay duda acerca del carácter comunicable de la información, el consejero debe abstenerse.

La ausencia de perjuicio al interés social no excluye la aplicación del deber de confidencialidad. Pero esto no implica que la presencia de un beneficio para él no pueda justificar su desaplicación. El deber de confidencialidad del administrador tampoco es incondicional en este aspecto. Admite –necesariamente ha de admitir– ciertas excepciones. Las contempladas en el inciso final del art. 228 b) LSC *in fine* son sin embargo meramente aparentes (exceptuar del deber de confidencialidad "*los casos en que la ley lo permita o requiera*" no aporta nada: es evidente que cuando la ley permite o requiere información selectiva –piénsese, por ej., en los arts. 17.1 RAM, 279 LSC, 43 C de C, 7 LDC, etc.– está recortando el ámbito del deber de confidencialidad); meramente aparentes –digo– y, desde luego, manifiestamente insuficientes. La pálida excepción del citado art. 228 b) LSC ha de integrarse con la más sustantiva *excepción de normalidad* a que se ha aludido más arriba (v. *supra* § 2.1) y alargarse en consecuencia para a cubrir todos aquellos casos en que la información selectiva sea necesaria precisamente para cumplir los administradores sus deberes generales de gestión con la diligencia y lealtad debidas.

Aunque la doctrina no lo ha tematizado así, me parece indudable que no opondrá ningún reparo a integrar el art. 228 b) LSC con una cláusula implícita que añada a los casos en que la ley permita o requiera la información selectiva aquellos otros en que dicha comunicación se produzca "*en el normal ejercicio de su cargo, profesión o funciones*" (art. 10.1 RAM *in fine*). La "excepción de normalidad" ha de servir para alinear o poner en convergencia la reducción teleológica de las tres reglas o principios mencionados: la prohibición de *tipping*, el principio de paridad de trato y el deber de confidencialidad. Nadie en sus cabales sostendría que un administrador infringe su deber de confidencialidad si comunica información reservada de la sociedad a sus *colaboradores* internos o externos para el cumplimiento de cometidos relacionados con la gestión de la empresa[21]. La idea fundamental es que la información confidencial siempre puede utilizarse y comunicarse en interés de la compañía y nunca para beneficio personal del administrador o de terceros vinculados. No en vano, el art. 228 b) se presenta como una concreción del deber de lealtad. La cuestión se plantea ciertamente en términos más delicados cuando los destinatarios de la información selectiva son los *accionistas*, pero el tratamiento no debe variar. Todo dependerá, como se ha dicho, de si puede justificarse desde la óptica del buen gobierno. ¿Cómo puede articularse una justificación así? Antes de introducir criterios conceptuales, es oportuno explorar la fenomenología empírica de aquellas modalidades de información selectiva que no susciten o apenas susciten dudas acerca de su legitimidad.

2.2. Cuadro fenomenológico: información prestada centralizadamente

La exploración propuesta debe comenzar por la fenomenología más simple y terminar con la más compleja, ordenándose de tal manera que ella misma, al final del recorrido, nos deje servida en

21 Como dice Alfaro (2018), la gestión diligente y leal de la sociedad "puede *autorizar o incluso obligar a los administradores a comunicar información confidencial a terceros*. Los casos más obvios son los de la información facilitada a personas que forman parte de la organización societaria (directivos, empleados) y sin la cual estos no podrían desarrollar adecuadamente su trabajo, o la facilitada a un proveedor para que adapte el producto que se le ha encargado a las necesidades de la compañía, o a un banco para incitarle a conceder crédito a la sociedad, o a otra sociedad con la que se va a constituir una *joint-venture,* o a los abogados de la compañía o a los consultores o a los distribuidores o franquiciatarios o al franquiciador, o a un tercero que desea hacer una oferta a los accionistas de la compañía para comprarles su participación y necesita conocer la situación de la empresa…". Por lo demás, el deber de confidencialidad está sujeto a otros límites generales. Por ejemplo, cesa cuando respetarlo no le es exigible al obligado (el caso típico de *Unzumutbarkeit* se produce cuando el administrador revela información confidencial en defensa propia) o cuando la revelación ha sido autorizada por la sociedad o cuando –tratándose de "información personal"– cuenta con el consentimiento del legitimado.

bandeja la demostración buscada, a saber, que la compartición de información confidencial por el consejero dominical con su *dominus* cae de lleno dentro de la "excepción de normalidad". La exploración en cuestión pretende mostrar que la información selectiva a accionistas está justificada en un número creciente de casos y que los accionistas significativos están cada vez más llamados también a desempeñar un papel en la gobernanza de la sociedad. Seguidamente, repasamos la fenomenología en que la información selectiva se presta de manera centralizada por el órgano de administración de la sociedad[22]. Las hipótesis más sobresalientes son tres: *due diligence*, prospección de mercado y diálogo con inversores institucionales.

a) El caso paradigmático lo proporcionan las *due diligences*. El consejo con frecuencia se ve en la tesitura de tener que abrir –total o parcialmente– los libros de la compañía para facilitar ciertas operaciones de accionistas actuales o potenciales. Los escenarios son muy variados. El más común es el del accionista significativo que pretende vender su paquete (a veces de control) y reclama el acceso a los libros para hacer un *vendor's due diligence* o para facilitar la realización de la auditoría por parte de un posible adquirente. No hace falta decir que esta modalidad de información selectiva puede estar justificada desde el punto de vista del interés social. En muchas ocasiones, será aconsejable para evitar una desinversión desordenada y los efectos que pueden acompañarla: retroflujo o *flow back* y caída de la cotización. Pero en otras simplemente podrá justificarse para atender una expectativa legítima de un socio relevante y proteger la reputación "facilitadora" de la compañía[23]. Lo mismo sucede cuando un inversor solicita hacer una *due diligence* para formular una opa o valorar una fusión. Es claro que el consejo puede estimar conveniente para el interés social –que es el interés común de sus accionistas– permitirla, adoptando naturalmente las cautelas propias de este tipo de prácticas. Este es un punto que apenas se discute ya en la literatura académica y en la praxis negocial. El caso encaja perfectamente en la "excepción de normalidad". De hecho, no carece de reconocimiento positivo. La propia normativa del mercado de valores recoge expresamente la posibilidad de facilitar información confidencial, aunque sea privilegiada, eso sí, "siempre que en el momento de la aprobación de la fusión o aceptación de la oferta por los accionistas de la empresa en cuestión toda información privilegiada se haya hecho pública o haya dejado de ser información privilegiada" (art. 9.4 RAM).

b) Otro supuesto canónico de información selectiva justificada son las *prospecciones de mercado* o comunicaciones de información a uno o más inversores –actuales o potenciales– con anterioridad al lanzamiento de una operación, a fin de evaluar su interés en ella y ajustar sus condiciones (estructura, volumen, precio, etc.). Las prospecciones se llevan a cabo a menudo con la ayuda de un asesor financiero que efectúa el sondeo por encargo del consejo ante una ampliación de capital con derechos, un *book building*, una fusión, una salida a Bolsa o cualquier otra transacción por el estilo. A las

22 El examen de la que se presta descentralizadamente por ciertos miembros del órgano se acometerá más adelante (v. *infra* § 2.3).

23 Algunos autores llegan a afirmar que el derecho a enajenar la participación en la sociedad para realizar el valor de la inversión (como sustituto del derecho a la denuncia o a la separación en las sociedades de personas) incluye el derecho a obtener la información necesaria para que el tercer adquirente pueda hacerse una idea razonable del valor de lo que compra. Este argumento cubre no sólo la provisión de información por parte del administrador al socio que desea vender, sino también la comunicación de dicha información por este socio al tercero potencial adquirente (Alfaro, 2018). Simpatizo con la idea, aunque me parece excesivo hablar de un derecho (propiamente tal) del socio a la información de la *due diligence*. Los administradores deben calibrar todos los factores de riesgo. Habrá que valorar la identidad del adquirente, si es un competidor, las probabilidades de éxito de la operación, la clase y extensión de la información solicitada, etc. La decisión cae dentro del ámbito de discrecionalidad de los administradores (v., por ej., Fleischer, 2007, § 93, Rn. 159, p. 975; Hefermehl y Spindler, 2004, § 93, Rn. 62-64, pp. 464-466). La discrecionalidad naturalmente se reduce cuando hay una práctica recurrente. El principio de paridad de trato obliga a no apartarse de ella más que por motivos especialmente justificados.

prospecciones de mercado han de equipararse las prospecciones internas, que tienen lugar cuando los administradores contactan con los accionistas principales de la compañía para sondear su predisposición a apoyar una determinada propuesta que se proponen elevar a la junta general. Huelga señalar que estas modalidades de información selectiva también tienen plena cabida en la "excepción de normalidad". Esta vez es la propia normativa del mercado de valores la que se ha encargado de precisar que las prospecciones se estimarán realizadas "en el normal ejercicio del trabajo, profesión o funciones" (art. 11.4 RAM) siempre y cuando se satisfagan ciertas condiciones formales; a saber, que los administradores (i) valoren si la información selectiva implica comunicación de información privilegiada y dejen constancia por escrito de su reflexión y conclusión al propósito; (ii) obtengan de antemano el consentimiento del inversor o inversores a los que pretende sondearse para recibir información privilegiada; y (iii) les informe de que no podrán hacer uso de ella ni comunicarla ulteriormente y de que está sujeta a confidencialidad (v. art. 11. 3 y 5 RAM)[24].

Aun cuando se ha realizado desde el ángulo de la normativa del mercado de valores, la valoración anterior no debe variar desde la óptica del derecho de sociedades, como a veces se pretende. No me parece que quepa justificar un entendimiento más estricto del deber de confidencialidad del art. 228 b) LSC o de la exigencia de igualdad de trato de los arts. 97 o 514 LSC so pretexto de que las prospecciones de mercado implican una discriminación en función de la sofisticación o del volumen del paquete de los inversores o accionistas[25]. En este contexto, se presentan obviamente como factores legítimos de discriminación. Otra cosa es que la discriminación se efectúe entre accionistas que están en condiciones semejantes, lo que incluso puede suceder si la elección es aleatoria.

c) Los *diálogos con inversores institucionales* brindan el tercer supuesto emblemático en que la información selectiva puede estar justificada por razones de interés social. En este caso, el interés social se asocia muy directamente con el buen gobierno, uno de cuyos vectores de desarrollo en la hora actual son cabalmente las denominadas "políticas de implicación" o *engagement policies*. Hay que recordar que, desde el lado de los inversores institucionales, una de las funciones primordiales de tales políticas –para decirlo con palabras de nuestro legislador– es "desarrollar un dialogo con las sociedades […] en las que invierten" para hacer "seguimiento" de todo lo referente "a la estrategia, el rendimiento financiero y no financiero y los riesgos, la estructura de capital, el impacto social y medioambiental y el gobierno corporativo" (v. arts. 47-*ter* LIIC y 224-*bis* LMV)[26]. Del lado de las sociedades cotizadas, este diálogo o interacción es propiciado también por los Códigos de Buen Gobierno. Es ilustrativa la rec. núm. 4 CBG: "[q]ue la sociedad defina y promueva una política de comunicación y contactos con accionistas, inversores institucionales y asesores de voto".

24 En su expositivo 32, el RAM califica las prospecciones de mercado de "herramienta muy valiosa para evaluar la opinión de los potenciales inversores, reforzar el diálogo con los accionistas…"; afirma que "[p]ueden ser particularmente beneficiosas cuando los mercados no infundan confianza" o "son volátiles" y que son importantes "para el correcto funcionamiento de los mercados financieros" (en la literatura más reciente y desde la perspectiva que aquí interesa, destaco la contribución sobre la materia de Payne, 2024, pp. 555 ss.).

25 Dejo constancia en todo caso de que en los países continentales con frecuencia se adoptan posturas más estrictas o rígidas en esta materia; la práctica inglesa suele ser más flexible, según recuerdan Lombardo y Mucciarelli, 2019, pp. 338-340.

26 En la estela internacional de los *Stewardship Codes*, la CNMV ha aprobado recientemente, con fecha 22-II-2023, el Código de Buenas Prácticas de Inversores (CBPI). En él se recomienda que los inversores, como parte de su política de implicación, "deberían estar en condiciones de entrar en una comunicación y, en su caso, en un diálogo fluido con [las compañías] y con los miembros de su órgano de administración y de la alta dirección (v. CBPI, p. 19). En el ámbito interno, las normas y recomendaciones sobre políticas de implicación traen causa de la Directiva sobre derechos de accionistas o SHRD II de 2017 (v., por ej., art. 3 g), sobre la cual remito, en nuestra literatura, a Viera, 2016, pp. 1071 ss.; el fenómeno es paralelo en Estados Unidos, donde la SEC ha hecho público su apoyo a una comunicación incrementada entre el consejo y sus inversores institucionales (v., por ej., Fairfax, 2013, pp. 821 ss.).

Sirvan este par de pinceladas domésticas, pálido reflejo de un movimiento universal imparable[27], para subrayar la importancia creciente del diálogo con los inversores, cuya raíz hay que buscarla en un doble y creciente fenómeno de concentración: concentración de la propiedad de las sociedades cotizadas en manos de los inversores institucionales y concentración de operadores en la industria de la gestión de activos[28]. La dinámicas inducidas son conocidas: los inversores se ven impelidos a jugar un papel cada vez más activo en la supervisión de la gestión y en la orientación estratégica de las sociedades en que invierten (es lo que ha dado en llamarse "activismo ligero o suave"[29]: el interés en el control, aunque no acaba desplazando el interés en la liquidez, se halla claramente en ascenso y es proporcional al grado de concentración). Las sociedades, por su parte, no tienen más remedio que facilitar la interacción para evitar el castigo del mercado. La interacción que tradicionalmente se sustanciaba en la junta, con todas las limitaciones que le son inherentes, pierde fuerza respecto del diálogo fuera de la junta[30], cuya contribución a la eficiencia, ahorro de costes, mejora del proceso decisional del consejo y mayor calidad en el funcionamiento del mercado de capitales se han convertido en moneda corriente[31].

Huelga añadir que el diálogo en cuestión requiere la apertura de canales de comunicación que desafían los entendimientos tradicionales de los consabidos principios aplicables a la información selectiva. Obligan una vez más a relajar el alcance del deber de confidencialidad (ya que los diálogos tienen crecientemente contenido estratégico e implican el manejo de información reservada, aunque usualmente no privilegiada), del principio de paridad de trato (so pretexto de que la importancia y sofisticación de los inversores institucionales, que además tienen la capacidad de dedicar recursos y talento a las actividades de supervisión que otros accionistas no tienen, marcan diferencias que justifican la diversidad de trato[32]) e incluso de la prohibición de *tipping*. A decir verdad, en relación a este último extremo, la expectativa continúa siendo que no existan filtraciones de información privilegiada en estos diálogos. Frecuentemente, los primeros interesados en no recibirla para no menoscabar su liquidez son los propios inversores institucionales. De todos modos, llegado el caso, yo no vería ninguna contraindicación siempre y cuando se cumplan en la comunicación las condiciones previstas para el *market sounding* en el art. 11 RAM, aludidas más arriba[33]. Los textos de los reguladores son siempre ambiguos. Señalan la alta conveniencia de estos intercambios y, al propio tiempo, recuerdan la vigencia de las reglas sobre abuso de mercado, aunque se cuidan de precisar que no deben

27 Para un análisis panorámico, tanto en el ámbito angloamericano como en el continental, es obligado el reenvío a los estudios de Giovanni Strampelli, uno de los mayores especialistas en la materia: v. Strampelli, 2018, pp. 187 ss; Strampelli, 2022, pp. 237 ss.

28 Ofrece datos suficientemente significativos Enriques y Strampelli, 2024, pp. 3-4. Como muestra un botón: en Alemania, Francia e Italia más de la cuarta parte de la capitalización bursátil está en manos de inversores institucionales; en los Estados Unidos, solamente los *big three* (BlackRock, Vanguard y State Street) copaban ya en 2021 casi el 20% del S&P 500.

29 Ofrece datos empíricos sobre la frecuencia, duración, tipología de inversores implicados, temas más relevantes de la conversación, interlocución por parte de la compañía, etc. (Gatti, Strampelli y Tonello, 2024, pp. 325 ss.).

30 Para la comparación de una y otra dimensión, v. Bowley, Hill y Kourabas, 2024, pp. 368 ss.

31 Naturalmente, esto no significa que los inversores y, en su caso, los analistas financieros (no debe olvidarse que el fenómeno se enmarca en el contexto más amplio de las políticas de relación con inversores) no puedan obtener una ventaja por su servicio (para un análisis detallado, v. Bengtzen 2017, pp. 49 ss.)

32 En nuestra literatura Viera, 2016, pp. 1076-1077, considera, no sin alguna vacilación, que los deberes y derechos impuestos a los inversores institucionales constituyen un "primer paso en el camino de distinguir diferentes tipologías de accionistas en una sociedad cotizada"; la función de gobierno corporativo que se espera del inversor institucional es naturalmente la función de supervisión (Viera, 2016, p. 1077).

33 Sobre esta problemática, v. Klöhn, 2024, pp. 528 ss.

interpretarse para impedir o eludir el diálogo. Son significativos en este sentido el expositivo 19 del RAM y, en nuestro país, la citada rec. núm. 4 CBG o el ap. 2.2 del CBPI[34].

La tendencia que se vislumbra en el horizonte es la formalización y estandarización de estas interacciones al objeto de facilitar su trazabilidad, en este momento aun muy incipientes. Hay algunas directrices, pero no parece que por ahora hayan cuajado en protocolos consolidados sobre formato, regularidad, tipo de información disponible, cautelas aplicables, interlocución en la compañía (presidente del consejo, consejeros independientes, ejecutivos), etc. Lo cierto en todo caso es que su cabida en la "excepción de normalidad" está fuera de toda duda. En este momento, gozan de la que podría llamarse "presunción de buen gobierno". Esto significa que, a diferencia de los casos anteriores, en que los administradores debían motivar el interés concreto que justificaba la información selectiva, el diálogo con los inversores institucionales no requiere prueba de su productividad. Como acostumbra a señalarse desde instancias profesionales de la gestión de activos:

> direct and transparent interaction between boards and investors is now seen as essential to promote better mutual understanding and to improve the overall quality of corporate governance, with the goal of achieving sustainable success in all financial markets (recojo la cita del foreword del libro editado por Enriques y Strampelli, 2024, p. x).

2.3. Información selectiva prestada descentralizadamente

El otro gran grupo de casos de información selectiva encuadrable en la "excepción de normalidad" recoge la casuística en que la información se transmite a los accionistas de manera descentralizada por algunos miembros particulares del órgano de administración. Las hipótesis canónicas, cada vez más cercanas a la del consejero dominical, son otras tres: el administrador persona jurídica, el llamado "observador externo" (y fenomenología equiparable) y los grupos de sociedades. Lo más destacable de esta nueva fenomenología es que en ella, a diferencia de lo que sucedía en buena parte de la anterior, la congruencia de la información selectiva con el interés social debe presumirse típicamente, sin necesidad de motivación especial alguna. La justificación de la derogación o atenuación del deber de confidencialidad de los administradores radica ahora, por así decirlo, en la singular naturaleza de los administradores que proporcionan la información o, si se prefiere, en la singular relación que les une con los accionistas que la reciben.

a) El caso del *administrador persona jurídica* es claro. Sobra decir que la persona física que la representa de manera permanente en el órgano de administración de la sociedad (v. arts. 212-*bis* LSC y 143 RRM) se halla en principio autorizada a trasladarle cualquier información a la que haya tenido acceso en el desempeño del cargo. En este punto la doctrina es unánime[35]. De hecho, es probable que el lector vea con perplejidad la inclusión de este supuesto en esta casuística o que

34 En dicho apartado, el regulador precisa que los "principios deberán aplicarse, en todo caso, con respeto y sujeción a la normativa general o sectorial que resulte aplicable en cada situación "y" con observancia de las obligaciones contractuales y legales, incluidas *las obligaciones de respetar tanto la confidencialidad debida como las limitaciones para divulgar información privilegiada*". Lo curioso del caso es que después de esto, en documento aparte, el regulador se ve obligado a señalar que, "[s]in perjuicio de lo anterior, […] con carácter general, la normativa vigente no solo no impide, sino que incluso trata de promover una implicación adecuada por parte de los inversores institucionales y gestores en las entidades cotizadas en las que inviertan" (así CNMV, "Preguntas y respuestas en relación al CBPI", 22-XI-23, pp. 7-8).

35 V., por todos, con ulteriores referencias, Del Val Talens, 2017, pp. 218-219 y 333-336.

la juzgue inapropiada por entender que, en rigor, no constituye un supuesto de información selectiva ya que el destinatario de la información no es un accionista, sino el propio administrador persona jurídica, que como tal –y a diferencia de aquel– tiene todo el derecho a recibirla (v. art. 225.3 LSC). Un análisis así no sería, sin embargo, enteramente exacto. Contra lo que pueda parecer, el supuesto está bien traído y bien incluido en esta parte de elenco fenomenológico desde el momento en que la ley impone al representante persona física los mismos deberes fiduciarios que a cualquier administrador y, por tanto, también los deberes de independencia y confidencialidad. En realidad, a la vista del art. 236.5 LSC, lo que hay que explicar no es tanto por qué la persona física está sujeta a tales deberes (el mandato legal es claro) cuanto por qué no lo está o lo está de manera atenuada frente a la persona jurídica administradora. Y esta explicación nos la brinda de nuevo la "excepción de normalidad". La persona física no tiene un deber de independencia o de confidencialidad frente a la persona jurídica precisamente porque, en su condición de mandataria (o empleada) suya, "lo normal" –es decir, lo suyo– es que deba arreglarse a sus instrucciones (art. 1719 I CC) e informarle cumplidamente de todo lo relativo a la ejecución del mandato (art. 1720 CC).

Esta normalidad se explica porque, a mi juicio, la persona física no es un *sustituto* del administrador persona jurídica (cuya nota distintiva es la autonomía), sino un *auxiliar en el cumplimiento*, que se caracteriza precisamente por su dependencia respecto de ella[36]. Es cierto que el representante persona física es un auxiliar del cumplimiento sujeto a algunas reglas especiales, y en particular, a la responsabilidad directa frente al mandante (en este caso, la sociedad) por expresa imposición de la ley (art. 236.5 LSC)[37] o al monopolio de la ejecución, pues una vez designado el representante persona física, el administrador persona jurídica no puede actuar directamente (a través de sus órganos) ni parcialmente (con otros auxiliares); por razones vinculadas a la propia naturaleza del encargo, si quiere gestionarlo con otras personas, no le queda otra que revocar al representante permanente y nombrar uno nuevo en su lugar (art. 212-*bis* LSC). No me extraña por ello que en nuestra doctrina se haya generalizado la caracterización del representante persona física como un "*administrador por cuenta propia* (art. 236.5 LSC) *y por cuenta ajena* (art. 212-*bis*

36 La tesis de la sustitución ha sido defendida recientemente por Alfaro, 2024, pp. 10 ss. No la encuentro satisfactoria desde el punto de vista dogmático por no compadecerse con la idea esencial de la sustitución –sea propia (cesión del mandato) o impropia (delegación o, como equívocamente se le denomina a veces, submandato)– que, a mi juicio, como digo en el texto, radica en la *autonomía del sustituto en la ejecución del mandato y en su responsabilidad personal* (la cuestión apenas ha sido tratada en nuestra doctrina en estos términos; aunque podría apuntar en esta dirección León Alonso, 1991, p. 1557). No puede olvidarse que, en cualquier hipótesis de sustitución, incluida la delegación o el submandato, a quien representa el sustituto (la persona física) no es al primer mandatario (la persona jurídica), sino al mandante (la sociedad). La clave para distinguir una y otra figura la veo, en último término, en el interés servido. Hay que calibrar si estamos ante un mandato a favor de tercero (la sociedad), en cuyo caso hay sustitución, o ante un mandato a favor del propio mandatario (el administrador persona jurídica), en cuyo caso hay un simple auxilio en el cumplimiento. Dicho esto, convengo en la dificultad de distinguir adecuadamente en nuestro caso entre ambas figuras. Lo que no me parece apropiado sin embargo es invocar la coincidencia entre la responsabilidad directa de la persona física prevista en el art. 236.5 LSC (luego veremos que es una especialidad compatible también con su calificación como auxiliar en el cumplimiento) y la contemplada en la regla literal del art. 262 C de C como aval de la tesis de la sustitución. Se trata de una coincidencia simplemente aparente. Adecuadamente interpretada, la responsabilidad del comisionista prevista en el art. 262 C de C para el caso de que la sustitución hubiese sido autorizada por el mandante, pero la elección la hubiese hecho él mismo según su criterio, ha de circunscribirse, en nuestra opinión, al caso de su propia negligencia en la sustitución, que abarca básicamente la *culpa in eligendo* y la culpa en la comunicación de las instrucciones del mandante. Cuando no ha habido culpa propia, el comisionista no responde –carece de lógica que responda– por la culpa del sustituto en la ejecución del mandato. Una lectura puramente literal del art. 262 C de C en ese sentido ilimitado daría lugar (i) a una contradicción de valoración insoportable con los arts. 1721 y 1722 CC; (ii) a una solución difícilmente compatible con la voluntad hipotética de las partes cuando el mandante autoriza la sustitución y confía al comisionista la elección del sustituto (o cuando ambas cosas deben entenderse autorizadas *ex lege,* como ocurre en nuestro caso *ex* 212-*bis* LSC); y (iii) a una regla discorde con la propia naturaleza y sentido de la sustitución, en la cual el sustituto no obra por cuenta del comisionista o mandatario, sino del mandante, que adquiere así acción directa frente a él, según muestra el derecho comparado (v. § 664 BGB y arts. 1717 *Codice civile* y 1904 *Code civil*).

37 Por lo demás, nada nuevo bajo el sol. Otro tanto sucede con ciertos auxiliares en el cumplimiento: piénsese en los abogados o médicos empleados de una firma de abogacía o de un hospital, que también responden directamente frente al cliente por negligencia (v. art. 11 LSP) y no solo por dolo, como sucede bajo el régimen general de los auxiliares en el cumplimiento.

LSC)"[38]. Comprendo la caracterización y la comparto a condición de tomarla con un grano de sal y de no deducir de ella que ambas personas –la natural y la jurídica– son administradores en sentido propio. Resulta contraintuivo afirmar que tanto la persona física como la jurídica son administradores de derecho cuando uno depende del otro: la dependencia introduce una relación de jerarquía incompatible con la posición de administrador, caracterizada por su libertad de juicio o criterio (art. 228 d) LSC), y fuerza su caracterización como auxiliar en el cumplimiento. Resulta contraintuitivo sostener que la persona física es un administrador propiamente tal cuando su designación y retribución queda fuera de la esfera societaria; la persona física es nombrada y cesada por la persona jurídica a la que representa y carece de derechos económicos frente a la sociedad (por ejemplo, las retribuciones e indemnizaciones de gastos solo puede exigirlas el administrador persona jurídica). Resulta contraintuitivo o, por lo menos, excesivo considerar a ambos como administradores sujetos a responsabilidad solidaria estricta. La regla de la solidaridad prevista en el art. 236.5 LSC *in fine* tiene que interpretarse como es debido, es decir, asimétricamente. La persona jurídica responde siempre por lo hecho por la persona física (como sucede con cualquier deudor por lo que hayan hecho sus auxiliares en el cumplimiento), no así la persona física por lo hecho por la persona jurídica. Como se verá más tarde, la persona física no responde en principio por el mal uso de la información confidencial proporcionada a la persona jurídica (v. *infra* § 4.3 c). Ni siquiera debe entenderse que responde por el daño causado cuando haya actuado siguiendo una instrucción impartida por la persona jurídica contraria al interés social según la información de que disponía la persona jurídica, pero de cuya conformidad con él no había motivo para dudar a juzgar por la información de la persona física[39]. La responsabilidad solidaria en las actuaciones colectivas o colegiales debe cesar allí donde uno pueda acreditar que no ha incurrido en culpa (arg. *ex* art. 237 LSC).

En definitiva, la posición de la persona física como auxiliar en el cumplimiento determina la necesidad de reordenar y atenuar sus deberes fiduciarios frente a la sociedad para respetar la jerarquía interna en la relación mandante-mandatario, lo que obliga a dar prioridad al administrador persona jurídica en el margen de discrecionalidad estructural o epistémico, es decir, allí donde no sea evidente que la instrucción imperativa o la información solicitada no se corresponde con –o contradice– con el interés social. Dentro de dicho margen, la persona física está sujeta a las instrucciones y demandas de información de la persona jurídica (arts. 1719 y 1720 CC) a pesar de que ella misma considere subjetivamente –"de buena fe"– que el juicio de oportunidad realizado por su mandante no es el mejor para el interés social porque ella habría hecho otro (art. 227.1 LSC). Lo único que tiene que hacer la persona física es cerciorarse de que objetivamente no tiene pruebas líquidas de que lo que se le pide es contrario al interés social[40].

38 Así suele decirse en la tradición francesa, en la que se inspira la doctrina doméstica (v. Juste Mencía, 2021, p. 2987; De Val Talens, 2017, pp. 348-360; Brenes, 2017, ap. 2.1; etc.). Estamos de acuerdo también en que la responsabilidad de la persona física se extiende a la acción individual del art. 241 LSC, a la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC e incluso a la responsabilidad por causar o agravar la insolvencia (arts. 455 y 456 LC), y ello porque en todos esos casos las personas físicas infringen deberes de administradores a los que están sometidos con carácter general por imperativo del art. 236.5 LSC, no porque se consideren administrador de hecho, como a menudo se argumenta en la jurisprudencia concursal (v. García Villarubia, 2018, con información adicional) o incluso administrador de derecho, como sostiene Alfaro (2024, pp. 17-18). La tesis opuesta, aquella que considera que no queda sometido al mismo régimen de responsabilidad, tiene poco sentido. Es muy alambicada y conduce a invertir los términos del problema (v. Ramos Gómez, 2020, ap. III.1.1; v. también Hernández Sainz, 2015, pp. 72-74; etc.).

39 El caso en que la persona jurídica actúa como "autor mediato" sirviéndose de la persona física como mero e inocente instrumento es un clásico en esta fenomenología (v. Paz-Ares, 2019, pp. 192-193).

40 En este punto parece razonable Del Val Talens, 2017, pp. 210-211, 215.

Bajo tales condiciones, se libera cumpliendo frente a su acreedor (arg. *ex* arts. 1164 CC y 46 III LCCh).

Siendo así –y regresando al punto para el que interesaba el excurso anterior–, uno advierte que el problema de la información selectiva se plantea en el caso de representante de la persona jurídica en términos muy similares a aquellos en que se plantea el flujo informativo consejero dominical-*dominus*. La única diferencia –como veremos en el curso de la exposición– es que la relación interna se cifra en el primer caso en un mandato obligatorio (u otro contrato que gobierne la relación interna, como puede ser el contrato de trabajo) y en el segundo en un mandato natural (v. *infra* § 3.2), lo cual justifica una pequeña diferencia en el tratamiento jurídico de la responsabilidad, circunscrita a la cuestión del *onus probandi*, según constataremos en su momento (v. *infra* § 4.3 c).

b) La segunda hipótesis ilustrativa se hace eco de la figura del *observador externo* en el consejo, a la que se recurre con alguna frecuencia en la práctica para proteger inversiones especialmente vulnerables. Cuando las estructuras de gobierno puramente contractuales se juzgan insuficientes, la protección requerida por los inversores para obtener el mínimo de seguridad o confianza en el retorno de la inversión que necesitan puede completarse con fórmulas de gobierno fiduciarias[41]. El observador externo es una de ellas. En nuestro derecho de sociedades tradicional, el supuesto paradigmático ha sido siempre el del comisario del sindicato de obligacionistas, al que históricamente se le atribuía –en el caso de que la emisión no estuviese garantizada– el derecho de asistir a las sesiones del consejo sin voto, pero con voz y sobre todo con derecho a obtener toda información del órgano (en esta última prerrogativa residía la potencia supervisora del mecanismo)[42]. La previsión fue eliminada con razón porque la falta de garantías reales en un empréstito no es, de por sí, evidencia de especial vulnerabilidad de la inversión. La experiencia indica que esta se produce sobre todo cuando las inversiones son expropiables a causa de su elevada especificidad (la protección del capital humano es una vieja justificación para conceder a los trabajadores y sus organizaciones sindicales puestos como observadores externos en los consejos[43]), debido a su elevada incertidumbre (el caso clásico es el de los bancos que condicionan la refinanciación de una compañía en dificultades al nombramiento a algún observador en su consejo[44]) o debido a su elevada residualidad (me refiero a casos en que el acreedor está muy subordinado y necesita

41 Para una lúcida contraposición entre estos dos modelos –contractual y fiduciario– de protección de intereses, v. Marcovits, 2014, pp. 209 ss.

42 La previsión, contemplada en el antiguo art. 428 LSC, fue abrogada por la reforma obrada por la Ley 5/2015 (v. art. 45.3).

43 Estamos en un escalón anterior a la cogestión. En el derecho francés está previsto, por ejemplo, para las empresas medianas con más de cincuenta trabajadores. En el nuestro, con una tradición sindical y de relaciones industriales distinta, el fenómeno solo se observa ocasionalmente y tras la oportuna previsión *ad hoc*. Su hábitat natural es el de empresas públicas o privadas con participación pública. Compruebo, por ejemplo, que el Convenio Colectivo de Transportes Urbanos de Sevilla, Sociedad Anónima Municipal (TUSSAM) reconoce en su art. 108 h) que podrán asistir a las sesiones del Consejo de Administración, con voz y sin voto, un representante del Comité de Empresa y dos representantes de las organizaciones sindicales.

44 Esta práctica, que en otras partes tuvo cierto desarrollo con motivo de la última crisis financiera, apenas logró despegar en nuestro país debido sobre todo al temor de las entidades bancarias –infundado a mi juicio desde el punto de vista técnico, pero comprensible a la vista de ciertas tendencias interpretativas– de que el acceso al consejo de la empresa financiada facilitase, en un escenario concursal, su calificación como "administrador de hecho" y, a partir de ahí, como "persona especialmente relacionada", con las graves consecuencias que dicha calificación lleva aparejada en la legislación concursal: subordinación de los créditos (art. 281.1 5º LC [antes art. 92.5]), extinción de garantías (art. 302.1 LC [antes art. 97.2]), presunción de carácter prejudicial, a efectos de reintegración, de los actos realizados en los dos años anteriores (arts. 226.1 y 228 LC [antes art. 71]), peligro de calificación del concurso como culpable (arts. 442, 455 y 456 LC [antes, arts. 164 y 172]). A pesar de algunos balbuceos iniciales, la doctrina ha reaccionado frente a estos planteamientos injustificados, al parecer con no mucho éxito (v., por ej., entre tantos, J. Sánchez-Calero, 2010, p. 18; Campins, 2019, pp. 524 ss.; etc.). La última reforma concursal ha pretendido también paliar el problema aclarando que no tendrán la consideración de administradores de hecho ni de persona especialmente relacionada los acreedores que se hallen en una serie de supuestos tipificados (v. arts. 283.2 y 455 LC). Sin embargo, debido al carácter tan restringido y restrictivo de la tipificación realizada, no parece que la aclaración vaya a servir de mucho para resolver el problema (v., por ej., Arias Varona, 2024, pp. 1545-1548).

vigilar de cerca el nivel de riesgo de las políticas del deudor, especialmente si su remuneración se pone en cuestión).

No procede analizar aquí esta fenomenología. La menciono simplemente para constatar su viabilidad legal. La constatación es significativa porque implica admitir un nuevo supuesto de información selectiva. El flujo informativo entre el observador externo y el *stakeholder* a quien representa es (casi) connatural a la propia figura. Cuesta imaginar, por ejemplo, que un banco se halle interesado en nombrar un observador externo que no pueda compartir con él nada de lo que "observa" en el consejo de la empresa financiada. Note el lector que, en este caso, con independencia del flujo informativo anterior, está también el que se produce entre el consejo y el observador externo, que teóricamente cabría asimismo contestar o poner en entredicho so pretexto del deber de confidencialidad del consejo e incluso del principio de paridad de trato o de la prohibición de *tipping*[45].

El peldaño siguiente al del observador externo es el del *administrador de clase*, que constituye una hipótesis muy especial dentro de la fenomenología genérica del consejero dominical o representativo a la que pronto nos aplicaremos (v. *infra* § 3)[46]. El supuesto se produce cuando los estatutos configuran a favor de una clase especial de acciones el derecho a nombrar uno o varios consejeros, los cuales lógicamente están llamados a representar los intereses específicos de la clase. Imagínese la emisión de acciones con derecho preferente a cobrar un dividendo fijo o de "acciones sectoriales" (*tracking stock*), cuyos rendimientos no se asocian al beneficio general de la sociedad sino al especial de una determinada línea de negocio (art. 233-17 de la Propuesta de Código Mercantil de 2013)[47]. La práctica internacional muestra que en escenarios de esta índole es relativamente frecuente reservar a la clase el derecho a nombrar un administrador. En nuestra práctica esto era relativamente frecuente en las emisiones de participaciones preferentes por parte de entidades de crédito, cuyos folletos solían prever que, en caso de que dejase de satisfacerse la remuneración preferente durante un determinado periodo (por ej., dos trimestres), los titulares de las preferentes tendrían derecho a designar dos administradores adicionales en el consejo. La singularidad de estos casos frente a los consejeros dominicales ordinarios radica en la existencia de una doble lealtad o de una lealtad dividida que se justifica por la existencia de una heterogeneidad estructural entre los intereses de los accionistas ordinarios y los intereses de los inversores especiales (sean de *equity*, de deuda o mediopensionistas)[48].

c) La tercera hipótesis relevante contempla la información selectiva dentro de los *grupos de sociedades.* La paz doctrinal que reina sobre su legitimidad resulta especialmente persuasiva de cara a la hipótesis que tenemos que dilucidar en estas páginas, que no es, como las anteriores, simplemente análoga, sino exactamente igual a ella. Es verdad que el razonamiento sobre el que se apo-

45 La imperatividad del deber de lealtad, siempre de difícil inteligencia y concreción, no debe ser obstáculo para ello, siempre y cuando la designación del observador externo sea autorizada por la junta. El caso es similar al de la dispensa prevista en el art. 230.3 LSC.

46 Hago notar que la categoría del "consejero dominical" es una sinécdoque, en la que la parte representa el todo, un todo que, de suyo, se abarcaría mejor con la noción, menos asentada, de "consejero representativo" (v. Paz-Ares, 2019, pp. 16-20).

47 De hecho, la posibilidad de designar uno o varios administradores es una forma de tutela típica cuando se crean estas acciones especiales (v. Vaquerizo, 2013, p. 94).

48 No es cuestión de entrar aquí en los difíciles problemas que suscitan estas configuraciones y determinar hasta dónde llega su protección fiduciaria. El lector interesado sacará provecho de los trabajos de Sepe, 2013, pp. 309 ss. y Schwarcz, 1017, pp. 1335 ss.

ya aquella conclusión es diferente según se opte por una explicación orgánica o una explicación contractual del grupo de sociedades. La diferencia sin embargo no le merma eficacia persuasiva porque –como se verá a continuación– ambas explicaciones tienen un mínimo común denominador, que apunta a la función de gobernanza de la sociedad matriz (supervisión y dirección unitaria). Me explico. La doctrina tradicional, en buena parte la misma que se manifiesta reticente frente a la información selectiva del consejero dominical al *dominus*, suele bendecir la circulación de la información intragrupo porque para ella, en este caso, los confines de la empresa vienen marcados por el perímetro del grupo, el cual se concibe, incluso desde el punto de vista jurídico, como una organización unitaria regida por una ley propia, justamente "el interés del grupo"[49]. Más aún, dentro de esta visión orgánica del grupo, se reconoce a la matriz un derecho propiamente tal a obtener la información confidencial de las sociedades filiales. Los administradores de las filiales no están solo facultados a proporcionarla, están obligados. Siendo así –tratándose de información legalmente requerida– desaparece el problema de la confidencialidad, de la paridad de trato e incluso de la prohibición de *tipping*.

No comparto la "doctrina de la organización" o, mejor dicho, solo me parece aplicable a los grupos contractuales, los únicos donde rige la prioridad causal del interés del grupo y, a partir de ahí, se justifican las instrucciones imperativas de la matriz sobre las filiales[50]. En el resto de casos, que representan la casi totalidad de la fenomenología de los grupos, es preferible y aplicable la "doctrina de la protección". De acuerdo con ella, la prioridad corresponde al interés social de la filial, lo que hace que en los grupos fácticos permanezca intacto el deber de independencia de sus administradores, cuya posición coincide al pie de la letra con la del consejero dominical ordinario. Siendo así, los consejeros de la filial no están obligados a comunicar a la matriz la información confidencial de la sociedad[51]. Pero ello no implica que no estén legitimados para hacerlo. Aquí es donde aparece el "mínimo común denominador". La propia legitimidad o admisibilidad del grupo fáctico (art. 42 C de C) impone considerar que la posibilidad de informar a la sociedad matriz entra dentro del normal desempeño del cargo de administrador de la sociedad filial, siempre y cuando lo juzgue necesario o conveniente para el desarrollo por parte de la matriz de las dos funciones de gobernanza del grupo: la función de supervisión y la función de dirección unitaria o integrada[52], no así en cambio cuando la información selectiva solo sirva a objetivos empresariales específicos de la sociedad matriz. La relación de grupo operaría como una suerte de "causa de justificación" de la información selectiva y de la asimetría informativa a

49 Es la que en otros estudios he llamado "doctrina de la organización": v. Paz-Ares, 2019-b, *passim*, esp. pp. 23-33, en las que se ofrece una exposición sintética y crítica de dicha comprensión y se la identifica con el parecer mayoritario en nuestra doctrina.

50 En nuestra práctica los grupos contractuales apenas se conciertan. No obstante, es posible hacerlo mediante la oportuna modificación causal del contrato de sociedad (v. Paz-Ares, 2019-a, pp. 100 ss.) aun fuera de sus manifestaciones legales, que se limitan a tres casos: el grupo cooperativo (art. 78 LCoop), el SIP reforzado de entidades de crédito (art. 8.3 d) Ley 13/1985, de Coeficientes de Inversión) y el grupo mutual (art. 41.2 LOSSEA). Los grupos contractuales se caracterizan por la preeminencia del interés del grupo y, por ende, por la facultad de la sociedad matriz de dictar instrucciones imperativas. En estas circunstancias, sobra añadir que la información selectiva es un derecho de la sociedad matriz, es la otra cara de la moneda de las instrucciones imperativas (v., por todos, Maden 2016, pp. 77 ss.). Aunque la regulación de los grupos contractuales no suele reconocer expresamente un derecho así –ni siquiera la prototípica contenida en la *Aktiengesetz* alemana–, nadie discute la existencia de un "ungeschriebener Informationsanspruch als Annex zum Weisungsrecht, der mittels teleologischer Extension des § 308 AktG gewonnen wird" (Maden, 2016, p. 510).

51 Excepción hecha, naturalmente, de la que sea legalmente obligatorio proporcionar, como sucede, por ejemplo, con la precisa para que la matriz cumpla su obligación de consolidación contable (arts. 42 C de C y ss.).

52 Es más, en atención al grupo, podemos añadir que incluso está justificada la información selectiva que eventualmente resulte perjudicial para la filial siempre y cuando se indemnice tempestiva e integralmente el daño (sobre este aspecto y las razones por la que es posible transformar una regla de propiedad en regla de responsabilidad, v. Paz-Ares, 2019-a, pp. 134 ss.). Hoy en día, el argumento se ve avalado además por el propio art. 231-*bis* LSC, que ha operado la mencionada transformación en relación con la cuestión de los conflictos de interés.

que da lugar (Maugeri, 2017, pp. 930-931). Todo esto parece claro: el ordenamiento no puede autorizar una cosa con una mano (la unidad de dirección) y vedarla –o impedirla *de facto*– con otra (mediante la prohibición de la información selectiva precisa para poder ejercitar la dirección unitaria al amparo de cualquiera de los preceptos relevantes: v. arts. 228 b), 97 y 514 LSC y 10.1 y 14 c) RAM). La doctrina más atenta –foránea y doméstica– llega, como era de esperar, a conclusiones semejantes[53].

¿Quién está legitimado para transmitir la información? ¿El consejo de la filial o, en su lugar, el consejero delegado o los administradores dominicales? Las teorías orgánicas del grupo suelen entender que es el consejo como tal o quien tenga su representación[54]. La misma ubicación de esta hipótesis en la casuística de la información selectiva descentralizada ya ha adelantado mi criterio. En mi reconstrucción, el consejo o quien lo represente puede hacerlo, pero lo pueden hacer también, por su lado, los consejeros dominicales de la matriz. Dada la conexión de este asunto con el régimen de las instrucciones, resulta elocuente que incluso las regulaciones modelo que admiten la existencia de instrucciones imperativas de la matriz a la filial estimen que no quedan sujetos a ellas los consejeros distintos de los dominicales de la matriz, a saber: los consejeros de las minorías, los consejeros independientes y los consejeros nombrados en interés de los trabajadores[55].

3. La información selectiva del consejero dominical al *dominus*

Hemos venido deletreando el mundo de la información selectiva con arreglo a un orden que confesadamente no tenía otro objetivo que hacernos desembocar precisamente en el caso que constituye el objeto primordial de estas páginas: la información selectiva del consejero dominical al accionista significativo que ha procurado su nombramiento, al *dominus*. De hecho, la última hipótesis considerada –la relativa a los grupos de sociedades– constituye en rigor un caso arquetípico de dominicalidad[56]. El propósito no ha sido otro que preparar el terreno para que el lector advierta la disonancia cognitiva entre las soluciones generalmente admitidas para una fenomenología cada vez más próxima a la nuestra y la que a menudo se propone para esta. La distinta y hasta diametralmente opuesta valoración se aporta aquí como síntoma de un fallo interpretativo. No es fácil entender que en la fenomenología descrita en los apartados anteriores

53 La incardinación de la actividad de los administradores y directivos de las sociedades filiales en la excepción de normalidad no tiene vuelta de hoja. Nadie discute que actúan en el ejercicio normal de sus funciones cuando trasladan a los órganos de administración y dirección de la sociedad matriz la información necesaria para el diseño de la política del grupo, el ejercicio de su dirección unitaria y la actuación de las funciones de supervisión. Se trata de una idea bien asentada en la mejor doctrina de grupos, y no precisamente desde ayer: v., a título de ejemplo, Habersack, 1998, § 312, 5, p. 331; Hölters/Hölters 2022, § 93, Rd. 130; y, de manera más analítica, Decher, 1994, pp. 483 ss.; Fleischer, 2009, pp. 533-535; Dittmar, 2013, pp. 500-502; Maden, 2016, pp. 359 ss. con más indicaciones. V. también Ermetes, 1998, pp. 988-999 y Caprigrione, 1990, pp. 50-51 (nótese que apelo a doctrina anterior a la reforma italiana de 2003; la posterior abunda en la misma dirección, pero ya no es significativa a nuestros efectos puesto que el legislador entroniza entonces un derecho especial de grupos: v., por ej., Maugeri, 2017, pp. 930-936. En nuestra literatura, se manifiestan en la misma línea, entre otros, Hernández Sainz, 2007, pp. 565 ss. y Muñoz Paredes, 1999, p. 130.

54 Para un apunte sobre esta discusión en nuestro país v. Alfaro, 2018, pp. 8-9.

55 Cfr. *sect.* 15-09 (3) EMCA y Conac, 2016, p. 311.

56 Tan es así que en otra parte llegué a afirmar que era la "prueba del nueve" de la legitimidad de la información selectiva al *dominus* (v. Paz-Ares, 2019, p. 170).

apenas se discuta la legitimidad de la información selectiva y que, en cambio, la que es objeto de examen se inunde de dudas. La realidad es, en efecto, que una parte importante de los comentaristas –que representan la que venimos llamando doctrina tradicional– niega la posibilidad de normalizar el flujo informativo consejero dominical-*dominus.* Para desmontar esta idea y, en definitiva, afianzar nuestra tesis procederemos en un doble movimiento. En la primera parte –o *pars destruens*– sometemos a revisión critica la doctrina tradicional (v. *infra* § 3.1). En la segunda parte –o *pars construens*– aludimos someramente a la doctrina del "mandato natural" (v. *infra* § 3.2) para desarrollar a renglón seguido los distintos argumentos sobre los que se funda nuestra interpretación (v. *infra* § 3.3).

3.1. Anatomía de la doctrina tradicional: revisión crítica

La que denomino doctrina tradicional no es producto, a decir verdad, de una reflexión elaborada. Parece más bien corolario de un razonamiento formalista desde el punto de vista positivo y algo tosco o ramplón desde el punto de vista funcional. En mi reconstrucción, las consideraciones que aparecen de forma más habitual en la literatura se reconducen a tres nervios argumentales, cuyas ramificaciones o estribaciones acaban sin embargo solapándose casi siempre. Los resumo a continuación.

a) El primero es el *argumento de la literalidad*. Se afirma que el régimen específico del deber de confidencialidad de los administradores dominicales "no contempla excepción alguna al régimen que genéricamente es aplicable a los demás administradores". La omisión no obedecería a un supuesto olvido o inadvertencia del legislador, sino al hecho de que el art. 228 b) LSC "actúa en beneficio de la totalidad de los accionistas"[57]. La idea preconcebida de que la confidencialidad absoluta o sin excepción es beneficiosa para el interés social parece totalmente *näif* y, desde luego, lejos de poner en entredicho nuestro argumento, le abre las puertas. Pues, en efecto, lo que sostenemos –y hemos ilustrado con el examen fenomenológico (piénsese sin ir más lejos el caso de la *due diligence* comentado más arriba: v. *supra* § 2.2 a)– es que la información selectiva a ciertos accionistas procede, como excepción a la regla general, precisamente cuando es conveniente o necesario para el interés social. El error del argumento tradicional salta a la vista. Trata de dignificar el argumento de la literalidad con un argumento de interés social, pero el tiro le sale por la culata una vez que advertimos que las excepciones al deber de confidencialidad unificadas en la "excepción de normalidad" se fundan precisamente en exigencias de interés social.

b) El segundo es el *argumento de la tipicidad.* Lo que viene a decirse ahora es que el accionista significativo y, en particular, el *dominus* dispone ya, como cualquier otro socio, de un cauce típico y reglamentado para obtener la información que necesite, fuera del cual no puede conferírsele una ventaja por solo hecho de ser un "gran accionista". Ello equivaldría a la creación de un "privilegio

57 Así Farrando, 2001, p. 99; en términos muy similares pueden verse también Velasco San Pedro, 1999, p. 365; Martínez Sanz, 1997, p. 671; etc.

informativo" incompatible con la exigencia de paridad de trato[58]. En la literatura más reciente insiste sobre este punto de vista el magistrado Enrique García García. Transcribo a continuación el paso relevante:

> El deber de reserva obliga al administrador a no facilitar la información a nadie que, aparte del personal que deba ejecutar sus decisiones, no sea otro miembro del órgano de administración, ya sean terceros ajenos a la sociedad o incluso los propios socios de la entidad (aunque sean aquellos que le designaron para el cargo, pues una vez aceptado deberá ejercerlo con independencia). Éstos últimos deben atenerse al cauce que corresponde al ejercicio del derecho de información del socio, que tiene sus correspondientes límites (arts. 93, letra d, 196, 197, 204.3.b y 272 de la LSC), para acceder a ella. Con ocasión de ese ejercicio de derechos por parte del socio sí deberán los administradores atenderles en la medida precisa para satisfacer la necesidad de transparencia en la gestión y de control de la labor de administración social (STS [Sala 1ª] 662/2011, de 4 de octubre) (García García, 2021, pp. 3138-3139).

El argumento tampoco resulta concluyente. Es cierto que la información selectiva a accionistas significativos se configura como un cauce "atípico", distinto del generalmente previsto para el común de los socios, y que en esa medida abre las puertas a la desigualdad. La cuestión sin embargo es algo más compleja. Lo que hay que verificar es si esa desigualdad, por el hecho mismo de ser atípica o no estar legalmente prevista, constituye una discriminación odiosa. No tiene por qué ser así. El caso de las prospecciones de mercado o del dialogo informal con los inversores institucionales examinados anteriormente son evidencia suficiente de que atipicidad no equivale a desigualdad, de que la fenomenología de la "desigualdad eficiente" tiene cabida en la "excepción de normalidad"[59]. La eficiencia y justificación de la desigualdad se correlaciona en última instancia con la función de gobernanza de los accionistas significativos, que se desarrollará más tarde. La idea básica es que estos accionistas, por su propia naturaleza (tamaño de la inversión, concentración de riesgos y vocación a largo plazo), tienen incentivos para la supervisión (v. *infra* § 3.3 b).

c) El tercer argumento al que apela o podría apelar la doctrina tradicional es estrictamente dogmático. Podríamos denominarlo *argumento de la organicidad*. Como los anteriores, está muy ligado

58 Farrando, 2001, p. 100.; F. Sánchez Calero, 2007, pp. 217-219; Gallego Sánchez, 2006, pp. 995-996; Castellano Ramírez, 2004, p. 136; Martínez Sanz, 1997, pp. 1327-1328 y 1595; Del Val Talens, 2017, p. 334; Suárez Rubio, 2015, p. 364; Feliú Rey, 2015, pp. 613.614; y, con matizaciones, poniendo de manifiesto la posible colisión entre el deber de secreto de los administradores y la obligación de dar cuenta de sus operaciones que el art. 1720 CC impone a los mandatarios, Polo Sánchez, 1992, p. 139. Recientemente, se ha vuelto insistir en la misma línea al subrayarse el carácter *absoluto* del deber de reserva, que no incluye solo a terceros, sino también al socio "incluso en casos, como ha señalado la doctrina desde hace tiempo, de representación proporcional de la minoría, o cualesquiera otros en los que haya una relación de confianza de un socio con el administrador (supuestos de consejeros dominicales). La ley –se agrega– no contiene una excepción expresa o una modulación en estos casos; más bien, el tenor de la reforma viene a reforzar la independencia de cada uno de los administradores respecto de cualquier otra persona" (Juste Mencía, 2015, pp. 382-383), sin perjuicio de la tímida apelación a una "cierta flexibilidad" que incluye a continuación; Mateu de Ros, 2023, p. 172; Del Val Talens, 2017, p. 334; etc. Esta opinión negativa o restrictiva está igualmente difundida en el derecho comparado, aunque ahí está más justificada por no hallarse consagrada o reconocida legalmente como tal la figura del consejero dominical: v., por ej., en Estados Unidos, Veasey y Di Guglielmo, 2008, p. 774 (el consejero dominical no puede ser "*la vista y oídos*" del *dominus* en el consejo) y en Alemania, por todos, Fleischer, 2009, pp. 528-529; Semler, 2004, § 116, 413, p. 1215 e *ibi* ulterior información bibliográfica. El pronunciamiento es categórico: "Die Verschwiegenheitspflicht besteht gegenüber den Aktionären, auch dem Grossaktionär, dem Betriebsrat, den Gewerkschaften, den Mitarbeitern und auch der Ehrenmitgliedern des Aufsichtrats. Sie sind keine Organe und keine Organmitglieder der Gesellschaft. *Auch gegenüber dem Aktionär, von dem es entsandt wurde, hat das Aufsichtsratsmitglied der Verwchwiegenheitspflicht zu wahren*". La referencia al *entsandte Mitglieder* es particularmente reveladora ya que se trata de un consejero dominical designado por un accionista en virtud de un derecho especial conferido estatutariamente, que incluye, además, la potestad de cesarlo y sustituirlo en cualquier momento según su soberana voluntad.

59 Los casos mencionados gozan incluso de reconocimiento normativo, según hemos puesto de manifiesto anteriormente (v. *supra* § 2.2 b y c), un reconocimiento que ciertamente implica una "matización del alcance del principio de igualdad entre accionistas" (Viera, 2016, p. 1079).

al que hemos llamado modelo tecnocrático y trasluce desconfianza o recelo sobre la oportunidad de considerar al accionista significativo como agente de la gobernanza corporativa. La inserción del gran accionista como *Quasi-Organ* en el flujo informativo interno constituiría una amenaza para el equilibrio de la estructura de gobierno de la sociedad diseñada por el legislador (Fleischer, 2009, p. 529). En el derecho alemán, por ejemplo, se ha observado en ese sentido que las funciones de gobernanza y supervisión del *management* corresponden al consejo de vigilancia –en nuestro sistema monista se predicaría lo mismo del consejo–, cuyos miembros disponen derechos de información amplísimos (v. art. 225.3 LSC). El reconocimiento de facultades de información especiales a los accionistas significativos o de referencia no sería compatible con esta estructura organizativa de la sociedad, que es imperativa. Estaríamos creando –se añade– un "órgano de vigilancia en la sombra"[60].

"Sombra" es palabra que en estos contextos suele tener una connotación negativa. Por eso es útil desenmascarar el mensaje observando de entrada que los consejeros dominicales, al menos en nuestro ordenamiento, son un fenómeno totalmente transparente. Desde el Informe Olivencia, todos los códigos de buen gobierno han venido insistiendo en la conveniencia de hacer pública la condición de dominical y la identidad del accionista al que está vinculado. Lo que inicialmente era recomendación se tornó más tarde obligación en el informe Anual de Gobierno Corporativo (v. art. 540.4 c) 2º LSC y rec. núm. 18 CUB)[61]. Debe añadirse, además, que el accionista significativo –el *dominus*– no está investido de ningún derecho a recabar la información, sino que es el consejero dominical quien, como tal, en el ejercicio de sus funciones (orgánicas), está legitimado a dársela. Este dato es importante, como comprobaremos luego, para combatir la idea de que la información selectiva al *dominus* desquicia la estructura de gobierno diseñada por el legislador. Entretanto nos limitamos a dejar constancia de la sorpresa que produce la invocación del argumento por parte de quienes no dudan en admitir la plena legitimidad de la información selectiva dentro de los grupos de sociedades (v. *supra* § 2.3 b)[62]. ¿Acaso ahí la matriz deja de ser un "órgano de vigilancia en la sombra" o está legitimada para serlo?

3.2. Referencia a la doctrina del "mandato natural": remisión

La idea de la doctrina tradicional es que el consejero dominical, una vez nombrado, rompe cualquier vínculo –corta el cordón umbilical– con el accionista o *dominus* que procuró su nombramiento[63]. En ella hay una mezcla de candidez o ingenuidad sociológica (todo el mundo sabe que esa ruptura del cordón umbilical no se produce) y de perfeccionismo jurídico (¡como si efectivamente la alternativa fuera posible!). No es así, y pretenderlo conduce a la falacia del nirvana. El vínculo entre consejero dominical y *dominus* no puede desconocerse. Debe reconocerse. Esto es lo que ha

60 V. Fleischer, 2009, pp. 524-526 y allí más indicaciones.

61 Sobre este aspecto y las ventajas en términos de transparencia de la propia categoría legal de los "consejeros dominicales", v. Paz-Ares, 2019, pp. 110-111.

62 El propio Fleischer, adalid del argumento de la organicidad, aunque niega la existencia de un derecho de la matriz a la información de las filiales (2009, p. 532), reconoce la facultad o legitimación de los órganos de administración de estas o de sus miembros dominicales para proporcionársela a aquella (2009, pp. 534-540).

63 A tal efecto, cita a menudo la STS 26-XI-1969, RJ 5833/1969 1969 ("una vez nombrado pasa a ser órgano administrativo al servicio de los intereses de la sociedad, no de los que lo nombraron"), cuyo *dictum*, sin embargo, no implica necesariamente la desautorización de la información selectiva.

hecho nuestro legislador, como comprobaremos enseguida[64], y desde luego lo que debe hacer un jurista mínimamente atento a la realidad subyacente, cuyo examen enseguida deja al descubierto la existencia entre ellos de un "contrato de incentivos" basado en la reciprocidad, de un "contrato relacional", según terminología común entre los economistas[65]. Desde el punto de vista jurídico, el vínculo en cuestión se sustancia en un "mandato natural". La "excepción de la dominicalidad", entendida como una manifestación típica de la "excepción de normalidad", se hace inteligible cabalmente en el marco de la tesis del mandato natural que vengo defendiendo desde hace tiempo para caracterizar la posición del consejero dominical y señalar su "diferencia" con el resto de consejeros[66]. Pues, en efecto, lo que distingue al administrador dominical de las demás clases de administradores es justamente esa relación de mandato natural que le une con su *dominus,* en cuya virtud se establece entre ellos una relación no jerárquica (como sucede en el mandato ordinario), pero sí dialógica, que habilita la conversación privada y, por ende, tanto el flujo de información del *dominus* hacia el consejero dominical (instrucciones indicativas)[67] como el flujo de información del consejero dominical hacia el *dominus* (información no pública)[68]. Las obligaciones típicas del mandatario –el deber de atender instrucciones (art. 1719 I CC) y el deber de consulta e información o rendición de cuentas (art. 1720 CC)– no se desvanecen completamente; simplemente se transforman en facultades. El consejero dominical está facultado o legitimado, pero no obligado a seguir las indicaciones del *dominus* y a informarle sobre el desarrollo de su mandato o gestión.

Mi argumento no es, sin embargo, dogmático. La legitimidad del flujo informativo no deriva de la calificación de la relación como mandato natural, sino de sus propias características funcionales y normativas, que son básicamente *independencia* (el consejero dominical como *consejero* es independiente y obra bajo su responsabilidad personal) y *dominicalidad* (el consejero dominical como *dominical* es representativo: está llamado a representar al *dominus*). La clave reside en esta idea de representación, que convierte al dominical en una especie de consejero de parte (alguna semejanza tiene en efecto con el "árbitro de parte") o, más exactamente, en eso que en la literatura económica de las organizaciones se conoce como "abogado" (v. Dewatripont y Tirole, 1999), figura caracterizada por su independencia objetiva y dependencia subjetiva. La idea de la representación no es una idea privada de unos, es el entendimiento de todos. Es importante subrayar que la condición de dominical no es una condición oculta u ocultable, sino que de una forma u otra ha de ser reconocida por la propia sociedad. Ese reconocimiento puede materializarse de muchas formas, desde previsiones estatutarias, acuerdos de accionistas o determinaciones de la junta, hasta entendimientos tácitos o meras expectativas de que el consejero en cuestión representará los intereses de quien promueve su designación. El consejero dominical se caracteriza precisamente por ser aceptado, explícita o implícitamente, por la propia sociedad como representante de su *dominus* (cfr. Paz-Ares, 2019, pp. 18-19).

64 V., específicamente, *infra* § 3.3 c).

65 Ofrece una buena explicación en nuestra literatura Sáez Lacave, 2022, pp. 19-21.

66 V. Paz-Ares, 2019, pp. 55-74.

67 *Ibid*, pp. 109 ss.

68 *Ibid*, pp. 153 ss.

3.3. Fundamentación del flujo informativo consejero dominical-*dominus*

El "mandato natural" es un expediente heurístico que compendia bien las características de la relación entre el consejero dominical y el *dominus*, pero que, como tal –repito– no sirve para fundamentar las distintas especialidades de su régimen jurídico y, en particular, las que predicamos en relación a la información selectiva. Los argumentos que justifican la consideración de la "dominicalidad" como una manifestación de la "excepción de normalidad" y, por tanto, como causa que permite "desaplicar" a la información selectiva consejero dominical-*dominus* las normas relevantes (la prohibición de *tipping,* el principio de paridad de trato y el deber de confidencialidad de los administradores) han sido avanzados en sus rasgos más generales. No obstante, si tuviéramos que ordenarlos y diferenciarlos analíticamente, los reconduciríamos a tres grandes matrices: (a) la realidad del tráfico y las expectativas normativas de las partes; (b) la función de gobernanza del consejero dominical; y (c) el propio derecho positivo, desde el momento en que reconoce la condición representativa del consejero dominical. Los desarrollamos seguidamente.

a) Comienzo con el *argumento de la realidad del tráfico y las expectativas normativas de las partes* porque intuitivamente es el primero en aparecer en escena como protesta contra la aplicación irrestricta del deber de confidencialidad al consejero dominical. Los alemanes, gracias a la envidiable versatilidad y capacidad de su idioma para la abstracción, lo denominarían argumento de la *Lebensfremdheit*, traducible al castellano como "ajenidad" o –para expresarlo con un neologismo más expresivo– "ajenitud" a la vida[69]. Pero no es en esa *Lebensfremdheit* donde reside su valor principal. El argumento tiene escaso valor si se lo entiende en el sentido de que no deben "ponerse puertas al campo" o de que hay que reconciliar el derecho con la tozuda realidad. Así formulado, presupone que el deber de confidencialidad se hace blanco del dicho popular "eso puede estar bien en la teoría, pero no sirve para nada en la práctica"[70]. Naturalmente, hay que rebelarse frente a este tipo de planteamientos corrientes. Si hay un desfase entre la teoría y la práctica –entre la ortodoxia legal y el pragmatismo mercantil–, una de dos: o la teoría se abandona o la práctica se rectifica; *tertium non datur.* En este caso, creo que debe abandonarse la teoría. El propio Kant señalaba en su famoso opúsculo que en la mayor parte de los casos en que se apela al viejo dicho popular no es porque sobre la teoría, sino porque falta (Kant, 1993, p. 4). La teoría que falta aquí es justamente la teoría de la dominicalidad que estamos desarrollando para precisar el alcance de la "excepción de normalidad". En dicho desarrollo no apelamos a la realidad del tráfico como una manifestación de la tan escolástica "naturaleza de las cosas". La falacia naturalista enseña que del hecho no puede surgir la norma: la realidad no es legisladora[71]. El punto sin embargo es que en este caso no tenemos que hacer las cuentas con un mero hecho (analizable en términos cuantitativos y comprensible conforme a las leyes de la causalidad), sino con un hecho humano comprensible con las categorías de sentido y valor, pues incorpora expectativas normati-

69 Aunque no goza del beneplácito del DRAE, no carece de linaje literario (v., por ej., L. Padura, "La Habana llora", *El País* 7-VII-2024, p. 17).

70 En la tradición filosófica, fue objeto del célebre ensayo de I. Kant, "Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis", traducido al castellano por J. Aramayo (v. Kant, 1993).

71 Hago esta precisión porque con frecuencia los autores sucumben a la explicación más fácil. En la doctrina tradicional, hay algunas voces que con razón se separan de la corriente principal afirmando que debe admitirse la información selectiva consejero dominical-*dominus*. El problema es que el único argumento al que apelan es el de la "realidad práctica", y como tal es incorrecto: v., por ej., Salelles Climent, 1995, pp. 123-124; Guerra Martín, 2009, p. 636; y, fuera de nuestras fronteras, Baumann y Reiss, 1989, pp. 79-80; Noack, 1984, pp. 279-280; Schlesinger, 1993, p. 108; Moscow, 2002, pp. 9-10; Kastiel y Nili, 2007, pp. 40 ss., Schill, 2017, pp. 50-56; tendencialmente, no sin alguna reserva, Gelter y Helleringer, 2015, pp. 1115-1116; Davies, 2010, p. 183, nt 99; etc. La realidad, como decimos, no es legisladora.

vas de las partes. Todas las partes –ya lo hemos dicho– participan del entendimiento de quién es consejero dominical y quién no es consejero dominical y, siendo así, lo que esperan de uno no es exactamente lo mismo que lo que esperan del otro, precisamente por eso los diferencian. Cuando procuro el nombramiento de Ticio como consejero dominical, espero que me tenga informado y esa expectativa mía es asumida por la sociedad, que justamente lo nombra para que me represente en el consejo. Las convenciones son expectativas estabilizadas de reciprocidad basadas en la previsión de la reacción del otro.

b) Esas expectativas conectan con el segundo argumento o *argumento de la gobernanza,* que descubre su valor normativo. Las expectativas de información selectiva del *dominus* se basan en la conveniencia de facilitar e incluso promover las funciones naturales de los consejeros dominicales en un modelo dominical o de bloques de gobierno ("*corporate governance blockholder model*"), tan característico de nuestro mercado. Dichas funciones son básicamente la *función de supervisión* (los accionistas significativos tienen incentivos y capacidades especiales para controlar la gestión)[72] y la *función estratégica* (los accionistas significativos intermedian y factorizan su interés en la composición del interés social)[73]. Habiéndolo hecho en otro lugar, no me demoraré ahora en el significado y alcance de tales funciones. A los efectos que aquí interesan bastará con subrayar la imposibilidad de desarrollarlas adecuadamente si no se liberaliza el flujo comunicativo con el *dominus*. No es imaginable un sistema de *blockholders* con representación en el consejo sin intercambios de información que permitan a los accionistas significativos conocer las iniciativas a adoptar y compartir su visión sobre estas. No sería creíble y, si lo fuera, no sería sostenible porque los accionistas perderían liquidez sin ganar control. La cuestión doctrinal acerca del alcance del deber de confidencialidad de los administradores no puede resolverse haciendo abstracción de tales cometidos de gobernanza y desconociendo las externalidades positivas que pueden producir los accionistas significativos[74], entre las cuales destacaré ahora su contribución para mitigar el problema de la captura informacional del consejo[75].

A estos efectos hay que recordar que los consejeros independientes no son la panacea a la hora de supervisar el *management*. Su capacidad de supervisión está limitada a causa de sus menores incentivos, *expertise* y dedicación o implicación. De hecho, la literatura empírica no arroja resultados claros sobre la esperada correlación entre el nivel de independencia objetiva del consejo –el porcentaje de independientes– y diversos parámetros de rendimiento y valoración de la empresa[76]. La paradoja es que demasiada independencia objetiva puede generar mayor dependencia funcional respecto del *management* objeto de supervisión. La razón reside en la denominada *captura informativa*. Los consejeros independientes no disponen de tiempo suficiente, de recursos necesarios y de conocimiento específico de la industria y la empresa (éste sólo se logra con el paso del tiempo) para recopilar, procesar y analizar la información que requiere el desempeño eficaz de su papel, de proporciones y complejidad siempre en ascenso. Este *gap* informacional determina que deban

72 V. Paz-Ares, 2019, pp. 93-99.

73 *Ibid*, pp. 100-108.

74 V, desde distintas perspectivas, Kastiel y Nili, 2017, pp. 44-45; Ringe, 2013, p. 422; Gelter y Helleringer, 2015, p. 1100; etc.

75 V. Paz-Ares, 2019, pp.92-96.

76 La literatura es inabarcable. Remito al resumen que realiza Adams, 2010, pp. 80-86.

apoyarse exclusivamente en la que les suministra –u oculta– el equipo ejecutivo, lo que les hace muy dependientes de este.

La falta de elaboración propia de la información facilita además sesgos de conducta como el *groupthinking*, que contribuyen a reforzar su confianza en los ejecutivos y, en definitiva, a favorecer la captura[77]. No puedo detenerme en el examen de esta cuestión. Constato sin embargo la conclusión que va aflorando en la literatura y que la última crisis económica ha puesto de manifiesto con alguna crudeza, y es que en este terreno no existen "soluciones esquina" (cfr. Ringe, 2013, pp. 401 ss.). Se explica así que, con el fin de suplir o solventar los déficits de motivación e infraestructura congénitos de los consejeros independientes para procesar críticamente la información que reciben (presupuesto ineludible para poder afrontar con éxito los problemas estructurales), se sugieran fórmulas encaminadas a lograr una mayor vinculación del consejo con los accionistas –y otros *stakeholders*– por cuyos intereses debe velar. De esta mayor vinculación –equivalente a un mayor nivel de dependencia objetiva del consejo– se espera obtener una mayor del *accountability* del *management* frente al consejo y de los consejeros frente a los accionistas. El modelo que puede tomarse como referencia es precisamente el del consejero dominical, especialmente de aquél llamado a representar a las minorías y paquetes significativos (sistemas de representación proporcional, sistemas de listas con reserva de un puesto para candidatos de pequeños bloques de acciones, recomendaciones de buen gobierno para promover el acceso al consejo de *blockholders* y la paridad en su tratamiento como, por ejemplo, las recs. 16 y 19 del Código de Buen Gobierno, etc.)[78].

De lo que se trata, en suma, es de arbitrar fórmulas que "combinen independencia con dependencia" (Ringe, 2013, pp. 421-424). Desde el punto de vista del estudioso del gobierno corporativo, esta creciente revalorización de la dominicalidad, a la que sin duda no es ajena el fenómeno del activismo accionarial, plantea nuevos retos para hacer inteligible la contribución de los accionistas al gobierno de la sociedad. Volviendo al tema crítico de la información, advertimos así la necesidad de que el ordenamiento facilite la puesta a disposición del *dominus* por parte del consejero dominical de la información que se proporciona en el consejo o que se tiene derecho a recabar de la compañía (art. 225.3 LSC). El objetivo es contar con la infraestructura, capacidad analítica, conocimiento de la industria, etc. de aquél para producir y trasladar al consejo una visión independiente del *management,* y así mitigar el problema de la captura. Los recursos de que dispone el consejero independiente son limitados a tal fin. Los dominicales, en cambio, disponen de la intendencia de sus accionistas significativos –piénsese en un *hedge fund*, un capital riesgo, un inversor relevante con servicios de *family-office*, un accionista estratégico, un socio fundador, etc.–, lo que les proporciona una ventaja para convertirse en "superconsejeros"[79]. La idea clave está en que el diálogo privado de los consejeros dominicales con los accionistas significativos –al igual que el que crecientemente practican los consejos con los inversores institucionales (v. *supra* § 2.2 c)–

77 El argumento ha sido desarrollado con profusión de datos por Kastiel y Nili, 2017, pp. 21 ss.

78 Es verdad que esta línea argumental podría propiciar una cierta diferenciación de los pequeños dominicales, la cual en algunos aspectos parece muy positiva (sobre ello v. Paz-Ares, 2019, pp. 203 ss. con más indicaciones, a las que ahora añado C. Sáez Gallego, "Por qué los 'minidominicales' son los perfectos independientes", *Negocios*, suplemento de *El País*, 18-VIII-2024, p. 10), pero no priva de sentido a la categoría general, con los grandes incluidos, cuyas funciones de gobernanza menos pueden desconocerse.

79 La expresión es de Kastiel y Nili, 2017, pp. 41 ss.

mejora la eficiencia de la deliberación y decisiones del consejo y, consiguientemente, incrementa la calidad del gobierno corporativo.

c) El argumento de cierre de nuestro razonamiento es un argumento positivo o de *estricta legalidad*. Consta de dos piezas complementarias, a través de las cuales se racionaliza jurídicamente la información selectiva del consejero dominical al *dominus*. La primera pieza se basa en la propia calificación de un administrador o consejero como *dominical*. La calificación de marras no es una calificación puramente sociológica como sucedió en el momento inicial y aún es frecuente en la experiencia comparada. Es una calificación jurídica, que trasluce la existencia de una relación de representación (económica) entre el consejero dominical y el *dominus*. El legislador ha plasmado esta circunstancia en el art. 529-*duodecies*.3 LSC al definir como dominicales no solo a los consejeros designados precisamente "por su condición de accionistas" relevantes, sino también a "quienes [los] representen" en el consejo. El hecho mismo de que la ley califique de "dominicales" a ciertos consejeros y les otorgue funciones "representativas" no puede ser inocuo[80]. En relación con el lenguaje, el filósofo John Searle observó lúcidamente que no existe "*remark without remarkability*", lo que, en nuestro contexto, podría traducirse afirmando que no hay cualificación sin la posibilidad de cualificar. La observación nos ayuda a comprender por qué el hecho mismo de afirmar algo presupone la posibilidad empírica o real de negarlo. Si esa posibilidad no existiese, no habría lugar para la afirmación en primer lugar. Esto ocurre también en el campo del derecho. Hay que presumir que el legislador no da puntada sin hilo. No suele haber derecho sin la posibilidad real y antecedente de la conducta o estado que el derecho necesita regular (prohibir, ordenar o permitir). Por tanto, la simple calificación de "dominical" ya nos pone sobre aviso de que es posible que haya algo distinto –permitido o prohibido– allí donde lo normal –lo que prima *facie* resulta de las reglas generales aplicables a los administradores– es que no lo haya[81]. La idea de representación ya estaba ínsita en el sistema de representación proporcional introducido como novedad por el art. 71 de la LSA de 1951 (hoy art. 243 LSC). La exposición de motivos de aquella ley señalaba que su objeto era que "las minorías puedan también designar sus propios representantes en ese organismo". De hecho, el Informe Olivencia, introductor en nuestra cultura jurídica del concepto de "consejero dominical", subrayaba estas funciones representativas y su conexión con el sistema de representación proporcional[82].

En este contexto, no tiene fácil justificación la posición recalcitrante de la doctrina tradicional[83]. Admitir la figura del consejero dominical (art. 529-*duodecies*.3 LSC) y vedar la comunicación con su patrocinador (so capa del art. 228 b) LSC) constituye una verdadera *contradicción teleológica*.

80 La jurisprudencia ya lo había puesto de manifiesto incluso antes de que la ley acogiese la terminología inicialmente desarrollada en el ámbito de las buenas prácticas y los códigos de buen gobierno. Como indicó la notable SAP Barcelona 14-XII-2005, "[l]os consejeros externos dominicales se contraponen a los 'externos independientes' […]. La distinción, si bien no alcanza el rango legal, es suficientemente elocuente, comenzando por la denominación otorgada a los consejeros nombrados por el accionista significativo mediante el sistema de representación proporcional ('dominicales', que presupone la presencia de un 'dominus') y sugiere, cuando menos, una relación de representación, o por lo menos de 'representatividad'".

81 Me he inspirado para esta disquisición en una página del siempre perspicaz Schauer, 2015, pp. 100-101.

82 Cfr. Informe Olivencia, aps. 2.1, 2.2, 3.4. y, más ampliamente, Conthe, 2024, pp. 419 ss.

83 En algunas partes, ese diálogo y la información selectiva que comporta están reconocidos en relación con el sector público, de manera que los consejeros dominicales del Estado, regiones o municipios pueden comunicarse libremente con sus patrones sin cortapisas (v. § 394 *AktG*; en España incluso caben las instrucciones imperativas y la no responsabilidad personal del consejero: v. art. 115.2 LRJSP). La verdad es que no tiene sentido no extenderlo al sector privado teniendo en cuenta que hay plena identidad de razón. De hecho, esto es algo que la doctrina ha planteado ya desde antiguo: v., por ej., Duden, 1978, pp. 512-513.

El concepto de contradicción teleológica (*teleologische Widerspruch*) ha sido acuñado en la metodología del derecho para referirse a aquellos supuestos en que "el legislador persigue con determinadas normas el logro de ciertos objetivos y sin embargo prohíbe con otras normas aquellas medidas que constituyen el único medio para alcanzar dichos objetivos" (Engisch, 1977, p. 165). Esto es justamente lo que ocurre, a mi juicio, en el caso objeto de examen. La anomalía que pone de relieve la contradicción o antinomia detectada tiene que ser allanada de la única manera posible, a saber: poniendo el medio (la comunicación de información al *dominus*) al servicio del fin (la función de intermediación o "representación" sancionada por el repetido art. 529-*duodecies*.3 LSC). No es en rigor preciso buscar un consentimiento real, aunque sea implícito, del conjunto de los accionistas para justificar dicho flujo, como a menudo sostiene la doctrina foránea. En nuestro derecho, la justificación se asienta directamente sobre el propio art. 529-*duodecies*.3 LSC. En la medida en que una obligación de confidencialidad estricta con el *dominus* resulta conceptualmente "incompatible con la posición del consejero dominical"[84], la liberalización del flujo puede verse como norma dispositiva que refleja el consentimiento hipotético de las partes[85].

La segunda pieza de la fundamentación positiva de nuestro entendimiento la conocemos desde el inicio de estas páginas (v. *supra* § 2.1). Descansa sobre la imperiosa necesidad de integrar el ámbito objetivo de la insuficiente excepción del deber de confidencialidad prevista en el art. 228 b) LSC con la más amplia "excepción de normalidad" del art. 10.1 RAM. Permítaseme insistir. La contradicción teleológica invocada puede servir de base aquí también para la corrección por el intérprete del derecho defectuoso[86]. Es obvio que el art. 228 b) LSC es defectuoso precisamente por carecer de una "excepción de normalidad" explícita, una excepción que es, por así decirlo, inherente o inmanente al sistema y, por ende, en buena medida independiente de que se halle o no reconocida expresamente (así Mader, 2016, p. 36). Es verdad que la excepción debe interpretarse restrictivamente. La información selectiva solo resulta admisible –como ha señalado el Tribunal de Justicia– allí donde sea "estrictamente necesaria" para el ejercicio del cargo o función de que se trate y sea respetuosa "del principio de proporcionalidad"[87]. Pero el caso del consejero dominical satisface ambos criterios. Satisface o, mejor dicho, puede satisfacer *el criterio de la proporcionalidad*. Este, por su propia naturaleza, no impide la información selectiva, únicamente le pone algunos límites que deberán ser observados por el consejero dominical, en los términos que más tarde tendremos ocasión de perfilar (v. *infra* § 3.2). Pero sobre todo satisface el *criterio de la necesidad* estricta o severa[88]. Esto debería ser claro tras lo dicho hasta el

84 Como se ha dicho con acierto, "the duty of directors not to disclose company information or use confidential information without the consent of the company is incompatible with the nominee directors' position" (Clarke, 2007, p. 151). "Indeed, in many cases, reporting back to their appointors may be their primary function" (Salim y Teh, 2008, pp. 174 y 176); Ringe, 2013, p. 422; etc.

85 La idea que vincula la viabilidad del flujo informativo a un consentimiento expreso o tácito está extendida en la doctrina americana (v., por ej., Moscow, 2011, pp. 204-207; Gelter y Helleringer, 2015, pp. 1115-1116; Sepe, 2013, pp. 369 y 348). En nuestro ámbito, no es necesario acudir a ese expediente, aunque ciertamente entendemos que la normativa interna de la sociedad puede establecer cortapisas modificando la regla dispositiva en el caso de que lo considere oportuno por entender que puede dañar la confianza entre consejeros y entre ellos y el *management*, dificultar o desincentivar discusiones francas o abiertas y, en definitiva, minar la efectividad del consejo y la colaboración de los consejeros. Con todo, muchos de estos problemas pueden tratarse o prevenirse con las cautelas que pronto señalaremos.

86 Cfr. Engisch, 1977, p. 160 ("Berichtigung fehlerhaften Rechts").

87 STJUE 22-XI-2005–C 384/02 (*Grongaard e Bang*), I-9961, núm. 34.

88 El grado de severidad es lógicamente menor cuando la información no alcanza el umbral de sensibilidad de la información privilegiada (v. Mader, 2016, pp. 56-57).

momento. Del papel representativo que está llamado a desempeñar el consejero dominical no puede deducirse otra cosa que el flujo informativo entra dentro de la normalidad. La cuestión no ha pasado desapercibida en la jurisprudencia. De hecho nos recuerda que

> la verdadera importancia [de la facultad que tiene el accionista significativo de designar un consejero dominical radica] en la información y control que a través del representante [...] puede obtenerse y ejercitarse en el consejo de administración (SAP Barcelona 14-XII-2005, AC 2007/12).

En el fondo, si no la interpreto mal, responde también a esta lógica la STS 4-X-2011 (RJ 759/2012), que revoca la condena formulada por la Audiencia en una acción social de responsabilidad a dos administradores dominicales que pasaron a su *dominus* información de la sociedad obtenida en el desempeño de su cargo.

La necesidad o normalidad del flujo de información del consejero dominical a su accionista significativo se percibe desde dentro y desde fuera. Desde dentro –desde el punto de vista interno del "mandato natural"– es llano, en efecto, que la comunicación se inserta en la idea de rendición de cuentas que incumbe al mandatario[89]. El caso es parecido funcionalmente al del representante del administrador persona jurídica, que también está sujeto a los deberes fiduciarios del administrador (art. 236.5 LSC) y, por ende, al deber de confidencialidad (sobre este punto nos hemos detenido oportunamente: v. *supra* § 2.3 a). Desde fuera –desde el punto de vista externo de la función de gobernanza– la cosa es igualmente clara. Hay que insistir en el papel que está llamado a jugar el consejero dominical en el sistema de gobierno corporativo. El propio reconocimiento y valoración en nuestra experiencia de la figura del consejero dominical no puede más que traducirse en la normalización de los mencionados flujos de información, que constituyen el presupuesto instrumental indispensable para que el consejero dominical cumpla su papel de supervisión, intermediación y composición de intereses haciéndose eco de los puntos de vista correspondientes del accionista significativo al que representa[90].

En definitiva, la función representativa del consejero dominical puede considerarse necesaria o conveniente para el interés social y, desde ese momento, la comunicación de información en el ámbito de la interacción dialógica entra dentro de los cometidos usuales y esperados del consejero dominical. Esto, que ya va siendo admitido por la doctrina más sensible[91], explica que en nuestra práctica los consejeros dominicales consideren correcto, razonable y coherente con su carácter "dominical" comunicar la información al accionista significativo. La adecuación social de la conducta es plena y, en caso de que subsistiesen dudas, podría invocarse como causa de justificación

89 Para un apunte en esta línea, v. Polo Sánchez, 1992, p. 139; con carácter general v., por todos, Diez Picazo, 1979, pp. 103-104 (quien acertadamente vincula los deberes accesorios de información al "carácter fiduciario […] que posee toda relación representativa") y Garrido, 1995, pp. 105-108.

90 En esta dirección, con diversos matices, parecen atinadas las observaciones de Hernández Sainz, 2007, pp. 560-564; Esteban Velasco, 1999, p. 200; y Sánchez Calero, 2004, p. 261.

91 De hecho, compruebo con satisfacción que nuestra tesis, avanzada en el estudio sobre los consejeros dominicales (v. Paz-Ares, 2019, pp. 153 ss.), ha ido ganando adeptos en la práctica: v., por ej., Vives, 2022, pp. 40 ss.; J. Alfaro, 2024-a; Conthe, 2024, pp. 427-429; Albella, 2018; etc.

que excluiría la ilicitud de la comunicación de información confidencial[92]. Incluso en los entornos más reacios o más celosos de los deberes de reserva, quizá porque en ellos no está normalizada u homologada la figura del administrador dominical, la doctrina jurisprudencial acaba claudicando ante las exigencias de la realidad. Debo mencionar aquí la importante sentencia de la *Delaware Court Chancery* en el *caso Kalisman*. Transcribo el pasaje relevante:

> [w]hen a director serves as the designee of a stockholder on the board, and when it is understood that the director acts as the stockholder's representative, then the stockholder is generally entitled to the same information as the director [precisando sin embargo que el administrador podría responder frente a la compañía si se hiciera un uso indebido de la información][93].

En resumen, la secuencia lógica del reconocimiento de la función representativa del consejero dominical del art. 529-*duodecies*.3 LSC y de la necesidad de integrar la excepción del deber de confidencialidad del art. 228 b) LSC con la excepción de normalidad del art. 10.1 RAM es el establecimiento de una norma implícita en nuestro derecho de sociedades similar a *la norma explícita prevista en la legislación societaria de nuestras antípodas.* Me refiero a la sect. 145 (2) de la *Companies Act* 1993 de Nueva Zelanda:

> A director of a Company may […], disclose information to [va de suyo que se refiere a la información confidencial] to a person whose interests the director represents.

No hace falta decir que la función representativa justifica también la ruptura de la paridad de trato o, mejor dicho, la consideración de la información selectiva al *dominus* como una práctica no discriminatoria y, por tanto, no contraria a los arts. 97 y 514 LSC. Como precisa la STS 4-X-2011, el deber de confidencialidad

> no constituye una regla rígida que exija idéntica e indiscriminada reserva frente a todos, de tal forma que admite ser modulado en función de sus destinatarios.

92 Conviene además advertir que, antes de la entrada en vigor del RAM, la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso de mercado) ya amparaba o parecía amparar las comunicaciones de información entre el administrador y el accionista significativo al que aquél *representa*. En su artículo 2.1 admite expresamente que una persona pueda disponer de información privilegiada no sólo por su condición de miembro de los órganos de administración de la compañía en cuestión sino también *"por su participación en el capital del emisor"*. Parece, por consiguiente, que la Directiva presuponía que la información privilegiada pueda haber sido facilitada por los administradores o gestores vinculados al accionista significativo. En parecidos términos se pronuncia la Rule 100 (b) (1) (iv) de la SEC (Final Rule: Selective Disclosure and Insider Trading, SEC Release no. 34-43154 de 15 agosto 2000), la cual prohíbe la comunicación de información relevante a los accionistas solo cuando resulte razonablemente predecible que el accionista comprará o venderá valores del emisor sobre la base de dicha información y no en otros supuestos.

93 *Kalisman v. Friedman*, C.A. No. 8447-VCL, letter op. (Del. Ch. April 17, 2013), p. 6., sobre la cual resulta interesante la nota de Katz y McIntosh, 2014; para información sobre otros casos en la misma línea, v. Kastiel y Nili, 2017, pp. 45-46; Schill, 2017, pp. 50-56; Laster y Zeberkiewicz, 2015, p. 55; etc.

4. Condiciones de viabilidad de la información selectiva

La imposibilidad de concebir la figura del consejero dominical sin información selectiva a favor de su *dominus* no significa que haya de concedérsele "licencia para matar". El flujo informativo en cuestión está sujeto a una serie de condiciones mediante las cuales se concilian las obligaciones (legales) del consejero dominical para con la sociedad y sus obligaciones (naturales) para con su patrocinador. Destacaré a este respecto tres puntos importantes. Uno se refiere a la necesidad de que el *dominus* asuma la obligación de confidencialidad que recae sobre el consejero dominical (v. *infra* § 4.1). Otro se ocupa de las exigencias de proporcionalidad impuestas por la "excepción de normalidad" –y, en definitiva, por la cláusula del interés social– que limitan el ámbito subjetivo y objetivo del flujo de información (v. *infra* § 4.2). Y el tercero versa sobre el régimen de régimen de responsabilidad –del *dominus* y del propio consejero dominical– por los daños infligidos a la sociedad a causa del mal uso de la información comunicada (v. *infra* § 4.3).

4.1. Obligación de confidencialidad del *dominus*

Condición necesaria de la legitimidad de cualquier forma de información selectiva es el traspaso de la obligación de confidencialidad al receptor de la información. En el caso que interesa aquí, esto significa que el *dominus* ha de asumir contractualmente o aceptar legalmente un deber de confidencialidad de contenido equivalente al que pesa sobre el consejero (art. 228 b LSC)[94]. El deber en cuestión puede tener, en efecto, un doble fundamento. Puede descansar sobre la interpretación y/o integración del "mandato natural" que media entre consejero dominical y su *dominus*, cuya compatibilidad con el "mandato colectivo" que une al primero con la sociedad determina que le sea inherente o inmanente una estipulación de confidencialidad también a su favor[95]. Pero asimismo puede derivarse directamente del propio deber de lealtad del accionista significativo. No es cosa de entrar aquí en el examen de este extremo de perfiles aún difusos en nuestra doctrina. En este momento bastará con señalar que, específicamente en materia de información, el deber de lealtad del socio –el deber de no comunicar ni hacer uso de la información recibida en perjuicio de la sociedad– goza ya de base positiva. Es ilustrativo al respecto el art. 197.6 LSC, que con frecuencia pasa desapercibido. En él se consagra con carácter general la responsabilidad del accionista por "utilización perjudicial o abusiva" de la información recibida en ejercicio de su derecho de información. Lo cual revela que el legislador parte de la existencia a su cargo de un deber de lealtad, cuya violación desencadena la

94 Antes aludí a un caso especial respecto del cual la legislación societaria alemana contempla la posibilidad de información selectiva entre consejero dominical y *dominus* (v. *supra* nt. 83; el precepto relevante es el § 394 *AktG,* reproducido *infra* nt. 104). Pues bien, ahora señalamos que, a renglón seguido, en lógica consecuencia o como justa contrapartida, la normativa alemana sanciona el deber de confidencialidad del *dominus* (v. § 395 *AktG*).

95 Una idea similar subyace a la consideración del *dominus* como un *constructive insider* apuntada en el derecho americano, en cuya virtud la sociedad puede proceder directamente contra el *dominus* por cualquier ulterior revelación o mal uso de la información que haya podido ocasionar un daño a la sociedad (v., por ej., Laster y Zeberkiewicz, 2015, p. 56). Aunque en otro contexto –la facilitación de información confidencial al titular de más del 25% del capital con motivo de la junta (art. 196.3 LSC)–, asume la existencia de un "deber [de secreto] implícito" del accionista de control o significativo, García Álvarez, 2011, pp. 440-442.

obligación de reparar el daño. Si esto ocurre con la información recibida en ejercicio de un derecho, con mayor razón ha de ocurrir con la que se reciba en atención a una función de gobernanza[96].

En todo caso, desde el punto de vista práctico, es recomendable que el consejero dominical y el accionista al que representa formalicen un acuerdo, en el que este asuma expresamente una obligación de confidencialidad y de uso exclusivo de la información recibida a los consabidos efectos de gobernanza, con la previsión de que dicha obligación se contrae también a favor de la sociedad, en el marco de la correspondiente estipulación a favor de tercero (art. 1257 II CC). El acuerdo en cuestión podría incluirse en la llamada "carta de nombramiento", una buena práctica extendida en otros mercados que seguramente sería oportuno importar al nuestro con carácter cautelar. Mediante esta carta, el *dominus,* además de reconocer su compromiso de confidencialidad respecto de la información recibida del consejero dominical, dejaría constancia formal de su entendimiento de la relación como "mandato natural" y, por tanto, de que, aun esperando que el consejero que lo representa tenga en cuenta sus indicaciones e intereses, reconoce y acepta incondicionalmente que sus obligaciones primarias son para con la compañía y el conjunto de sus accionistas y de que no está obligado a actuar con arreglo a los planes y deseos que le transmitan. Se trata ciertamente de una mera formalidad, pero muchas veces las formas no son irrelevantes. Contribuyen a reforzar la cultura corporativa y proteger –moral y reputacionalmente– al consejero[97].

La información comunicada al *dominus* puede revestir el carácter de información privilegiada[98]. En contemplación de esa eventualidad, es oportuno también dejar constancia –en la carta de nombramiento o en el documento de que se trate (incluida la normativa interna del *dominus*)– de algunas previsiones específicas, la primera de las cuales es que el *dominus* acepta de antemano la posibilidad misma de que el consejero dominical le pase información privilegiada (arg. *ex* art. 11.5 a) RAM). Aunque en el ámbito del mercado de valores, la propia legislación deja cerrado el círculo desde el momento en que la prohibición de *insider trading* resulta de aplicación plena al accionista que haya tenido acceso a información privilegiada (sea el *dominus*, la sociedad matriz, el administrador persona jurídica o quien sea), es conveniente reiterar las indicaciones o cautelas de que no se puede hacer uso de esa información en el mercado ni comunicarla ulteriormente (v. arts. 17.8 y 11.5 b), c) y d) RAM)[99]. Es más, como veremos enseguida, la normativa del mercado de valores exige que el recipiendario de información privilegiada reconozca por escrito su obligación de confidencialidad (v. art. 18.2 RAM).

96 No ignoro que el art. 197.6 LSC arriba citado está contemplando otra situación. Parece, sin embargo, que el principio subyacente puede extenderse a nuestro caso, incluso con mayor razón o *a fortiori.* No es ese el único punto de referencia normativo. Tal vez pudiera incluso considerarse un deber inmanente a su posición, como sin duda se predicaba históricamente del comisario de obligacionistas al que el viejo art. 428.1 LSC confería el derecho a asistir sin voz y sin voto (pero obviamente con derecho de información) a las sesiones del consejo (v. *supra* § 2.3 b). ¿Acaso no incurría en responsabilidad si filtraba indebidamente información sensible de la compañía a pesar de que en ninguna parte estaba escrita a su cargo una obligación de confidencialidad?

97 Más indicaciones en Paz-Ares, 2019, pp. 111-113; conforme, Alfaro, 2024-a.

98 En cuyo caso –recuérdese–, a las obligaciones societarias antes referidas, se sumarían las regulatorias del mercado de capitales (v. *supra* § 2.1 b) y sus correspondientes sanciones administrativas (art. 297.1 d) LMV) y penales (art. 285-*bis* CP).

99 Bajo la normativa previgente, ya subrayaba este aspecto Hernández Sainz, 2007, p. 564. Es cierto que el flujo de información facilita el *trading* con esa información y la experiencia empírica parece confirmarlo en el caso de los consejeros dominicales designados por activistas, sobre todo cuando estos son empleados extraídos de su organización (v. Coffee *et al*. 2019, pp. 381 ss.). Este riesgo sin embargo no se evita prohibiendo los flujos de información selectiva, sino profundizando en la especificación de los acuerdos de confidencialidad entre los fondos activistas y la sociedad (cfr. Coffee *et al.*, 2019, pp. 452-453).

En relación con este último extremo, es oportuna una referencia a la lista de iniciados. Como es sabido, la sociedad está obligada a incluir en su lista de iniciados al consejero dominical –como a cualquier otro consejero o cualquier otra persona– que haya tenido conocimiento de la información privilegiada de que se trate. Imagínese que en el consejo de una sociedad cotizada se discute acerca de una posible emisión de obligaciones convertibles o sobre la adquisición de una empresa. Naturalmente, el consejero dominical se incluirá en la lista de iniciados de la sociedad, pero en previsión de que dicha información se traslade ulteriormente al *dominus*, este podrá incluirse también en la lista de la sociedad o, alternativamente, en la lista descentralizada que a tal efecto abra el consejero dominical, en donde registrará todas las personas del *dominus* a las que da traslado de la información (con frecuencia será solo el presidente del consejo o el consejero delegado o el miembro de la alta dirección designado al efecto). Por su parte, el *dominus*, si la información circula internamente, deberá abrir por su lado otra lista de iniciados descentralizada, en la que consignará a quien corresponda (miembros del consejo, altos directivos, empleados, asesores externos, etc.). No es necesario que estas listas se remitan al emisor, pero deben quedar a su disposición. El art. 18.2 II RAM *in fine* establece, en efecto, que el "emisor conservará siempre el derecho de acceso a [dicha] lista de iniciados".

Es cierto que las listas descentralizadas están pensadas específicamente para asesores financieros, legales o contables, agencias de calificación, consultoras y demás prestadores de servicios que acceden a información privilegiada con ocasión del desempeño de su trabajo o cometido. No obstante, por las razones ya vistas, entendemos que pueden utilizarse igualmente en el caso del consejero dominical y el *dominus* que recibe información confidencial de él. De acuerdo con ello, además, el consejero dominical y el *dominus* han de "adoptar todas las medidas razonables para garantizar que toda persona que figure en la lista de iniciados [descentralizada] reconozca por escrito las obligaciones legales y reglamentarias que ello implica y sea consciente de las sanciones aplicables a las operaciones con información privilegiada y comunicación ilícita de información privilegiada" (art. 18.2 I RAM).

4.2. Exigencia de proporcionalidad de la información

La obligación de confidencialidad del receptor de la información es condición necesaria de la legitimidad de la comunicación selectiva, pero no es condición suficiente dado el carácter, ya no imperfecto, sino *imperfectísimo* del *enforcement* del derecho en esta materia. Los elevados riesgos de filtración de la información confidencial derivados de la dificultad de su detección y prueba obligan a someter la información selectiva a una exigencia adicional de proporcionalidad. Hay que encontrar el debido equilibrio entre la necesidad de comunicar selectivamente la información y el riesgo incrementado de una difusión generalizada y del correspondiente mal uso[100]. El *trade-off* adecuado se encontrará sopesando, de un lado, el mayor o menor coste esperado que entraña la información para los intereses empresariales de la sociedad y, de otro, el mayor o menor beneficio esperado que supone para el buen desempeño por parte del *dominus* de sus funciones de gobernanza. Ofrezco a continuación algunas indicaciones orientativas:

100 Cfr. Mosca, 2018, p. 830 y Moloney, 2014, p. 725.

a) La primera se refiere *al ámbito subjetivo* de la información. Cuanto mayor sea el número de sus destinatarios mayor, mayor será el riesgo de mal uso y de su detección y, por tanto, mayor el riesgo para la sociedad. El principio de proporcionalidad exige consiguientemente limitar la información selectiva de forma que el número de personas que tengan acceso a la información confidencial sea razonablemente reducido. El caso normal –o, mejor dicho, el que normalmente tenemos en mente al pensar sobre esta materia– es aquel en que el *dominus* es una persona física. La situación problemática se plantea sin embargo cuando el *dominus* está integrado –directa o indirectamente– por una pluralidad de personas físicas. Piénsese por ejemplo en una agrupación numerosa de accionistas (veinte o treinta personas) para el ejercicio conjunto del derecho de representación proporcional o el que en su día preocupó a nuestro homenajeado: la designación de un consejero en representación de los trabajadores de la empresa. No me cabe duda de que, en tales hipótesis, el consejero dominical o representativo ha de abstenerse de comunicar la información. El riesgo de filtración indebida es tan alto que no justifica el beneficio de la información selectiva[101]. El caso más frecuente en la práctica será sin embargo aquel en el que el *dominus* sea una persona jurídica. Las indicaciones que pueden darse aquí en términos de proporcionalidad son también de sentido común. En principio, la información no debe circularse a los accionistas, solo al órgano de administración o a una instancia de dirección muy delimitada. Como he anticipado más arriba, será oportuno al efecto identificar en los oportunos documentos o protocolos internos las personas concretas encargadas de la interlocución. Las pautas a tener en cuenta no difieren un ápice de las aplicables al representante del administrador persona jurídica. La doctrina consolidada en esta materia es plenamente aplicable a nuestro caso (v., por todos, Del Val Talens, 2017, pp. 335-336). El supuesto de consejeros designados para representar a personas jurídicas más complejas (entidades estatales, organizaciones sindicales, partidos políticos, asociaciones, etc.), cuyas estructuras de representación orgánica pueden ser igualmente complejas, habrá de valorarse también *super casum* de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, en relación con empresas participadas públicamente, la comunicación deberá hacerse a aquellos funcionarios o responsables que, según el derecho administrativo, están encargados de administrar o gestionar la participación de que se trate.

b) Son también relevantes las limitaciones relativas al *ámbito objetivo*. El alcance de la información comunicable queda delimitado por la prioridad para el consejero dominical del interés social (por eso, decíamos que la licencia para informar no puede convertirse en "licencia para matar"). El primer imperativo que surge de dicha prioridad es la prohibición de pasar al *dominus* ninguna información relativa a una situación en que se aprecie un conflicto de interés en el sentido legal del término. Es claro, por ejemplo, que si el accionista significativo mantiene un pleito con la sociedad, el consejero dominical que lo representa no puede trasladarle ninguna información que pueda procurarle una ventaja procesal[102]. La fenomenología del conflicto es amplísima. Imagínese, como sucedió en un conocido caso canadiense, que la compañía esté valorando lanzar una opa sobre un *target* que también interesa al accionista significativo o desarrollar una oportunidad de negocio o la contratación de un directivo que también está considerando el *dominus*. Es llano que en estos

101 Naturalmente, nada debe impedir que el consejero comunique la información a una o dos personas nombradas por la agrupación para el seguimiento de la inversión, a condición naturalmente de que estas se comprometan a no transferir la información al resto del colectivo, lo que deberá reflejarse oportunamente en la documentación cautelar (v. *supra* § 3.1)

102 Nos referimos, claro está, al caso en que el consejero dominical haya tenido acceso a tal información, lo que, en rigor, no debiera ser muy frecuente. Habiendo conflicto con el *dominus*, lo normal es que la propia sociedad se abstenga de pasar información sobre la materia conflictiva al consejero dominical.

casos y, en general, en todos aquellos en que el consejero –que ha de obrar de buena fe– estime que es previsible que la información puede ser aprovechada o utilizada por su patrocinador con fines perjudiciales para la sociedad deja de estar amparado por la excepción de normalidad[103]. Esto no quiere decir, sin embargo, que haya de seguirse una regla de máximos –legitimando solo "la revelación [si] es de buena fe en interés de la compañía" (Redmond, 987, p. 214)–, que puede ser muy exigente desde el punto de vista probatorio para el consejero dominical. En nuestra opinión, solo es aplicable una regla de mínimos. Basta con que el consejero dominical estime de buena fe que la información no dañará a la sociedad o, más exactamente, que no es objetivamente previsible que lo hará.

c) Las limitaciones relativas al *ámbito funcional* son igualmente importantes. Recuérdese que la información selectiva está justificada para el desarrollo de las consabidas funciones de gobernanza (supervisión, intermediación de intereses y visión idiosincrática). El llamado "privilegio dominical" no es propiamente un privilegio, reconocido para la realización del beneficio personal del accionista significativo o, dicho más exactamente, para la realización de un beneficio personal distinto del que tenga como socio. No ampara la búsqueda de beneficios extrasociales. El consejero dominical debe abstenerse por ello de compartir con el accionista significativo aquella información que ostensiblemente no sea necesaria para que este pueda desempeñar adecuadamente las funciones de supervisión e intermediación que el sistema de gobierno corporativo le atribuye[104]. El consejero dominical no es una mera correa de transmisión, a través de la cual deba llegar al *dominus* toda la información y documentación confidencial recibida de la sociedad. El consejero dominical debe filtrar la información y compartir con su *dominus* únicamente aquella relevante para el ejercicio por su parte de dichas funciones[105]. La regla ha de administrarse de manera flexible. No se trata de que el consejero dominical tenga que analizar exhaustiva y minuciosamente cualquier pieza de información disponible para garantizar que el *dominus* solo recibe aquella estrictamente imprescindible desde el punto de vista funcional[106]. Basta con que aplique un criterio razonable para evitar la manifiestamente innecesaria.

A veces, la información confidencial es información de doble uso: a la vez que sirve el interés del *dominus* como socio (interés social), puede servir también su interés como empresario o inversor (interés extrasocial). En tal caso, el accionista significativo solo podrá servirse de esa información para fines ajenos a las funciones que le son propias en la medida en que ello sea "inocuo para el patrimonio social", por utilizar la expresión del art. 230.2 III LSC *in fine*. La inocuidad debe interpretarse sin embargo en sus justos términos. El problema se plantea especialmente con la llamada

103 El celo debe extremarse en el supuesto en que el *dominus* sea competidor de la sociedad, aunque haya sido autorizado para estar representado en el consejo por un tercero (art. 230.3 LSC). Cualquier tipo de información que pueda tener relevancia competitiva debe evitarse.

104 Me parece muy instructivo a este respecto el § 394 *AktG,* que limita la información comunicable al *dominus* territorial a la necesaria para el desarrollo de su función: "Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, unterliegen hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben, keiner Verschwiegenheitspflicht. Für vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, gilt dies nicht, wenn ihre Kenntnis für die Zwecke der Berichte nicht von Bedeutung ist".

105 En ese sentido se pronuncia Chiara Mosca al abogar por que los administradores lleven a cabo un análisis caso a caso sobre la necesidad de compartir determinada información (v. Mosca, 2018, p. 842).

106 Esta labor de delimitación ha sido desarrollada especialmente en el ámbito de los grupos de sociedades, en los que la información selectiva a la matriz solo está permitida en la medida en que pueda ampararse en las funciones de supervisión y de dirección integrada. Reviste interés al respecto el desarrollo que hace la doctrina alemana: v. Mader, 2016, pp. 8-14, 384-386 ("Konzernkontrolle") y 388-389 ("Konzernleitung").

información propietaria. Esta información no debe trasladarse cuando la información tiene un valor de uso o de cambio susceptible de ser realizado en el mercado (piénsese en un secreto industrial o en cualquier pieza del *goodwill*) o cuando producirla tiene un elevado coste, de manera que la sociedad podría esperar que, aunque no haya rivalidad en el uso, el usuario contribuya a sufragar su coste. Imaginemos que la sociedad ha encargado a la ingeniería de Toyota un sistema para robotizar su función logística y la gestión de inventarios, y que ha pagado por ello una elevada cantidad. El *dominus* que reciba los informes, planos y demás soportes del encargo para valorar si procede su implementación no debe usarla en su propio beneficio si no obtiene el consentimiento de la sociedad (v. art. 229.1 b) LSC). En condiciones normales, esta hará bien en darlo a cambio de que el *dominus* se haga cargo de una parte del coste. No basta con asegurar que no se causa un daño a la sociedad.

Junto a la información propietaria, el otro supuesto problemático tiene por objeto la que he denominado *información personal* (sobre esta terminología v. *supra* § 2.1 c). La información personal no se refiere a la información económica o estratégica de la sociedad, sino al comportamiento personal del resto de los consejeros y sus posiciones en la deliberación del consejo. La información sobre estos aspectos (potencialmente disruptiva o embarazosa) ha de tener en cuenta las "expectativas del resto de consejeros", pues si estos han hecho intervenciones o formulado consideraciones con expectativa de privacidad, o sea, con la cláusula implícita o explícita de que "esto no salga de aquí", eso no debe salir de allí. La filtración puede minar la confianza y tener un *chilling effect* en las deliberaciones del consejo: no hay sustitutos para la confianza genuina, la colegialidad y el respeto entre los miembros[107]. No quiero decir con ello que haya de vedarse la comunicación de cualquier tipo de información de esta índole, alguna puede ser importante para las funciones de gobernanza, pero hay que llamar la atención sobre su carácter especialmente sensible y sobre el hecho de que también forma parte de los deberes del consejero colaborar para el buen funcionamiento del órgano y evitar su balcanización. Como dice el dicho popular, los "trapos sucios se lavan en casa". Aunque su alcance es más amplio, esta discusión trae a la memoria una cláusula muy sensata que alguna sociedad española ha incorporado a su normativa interna especificando que el deber de lealtad de los consejeros les obliga a

> "[c]onducirse con la solidaridad y coordinación debidas como miembro de un órgano colegiado" [aclarando a continuación que esta previsión le obliga el particular a] "[e]xpresar dentro del propio órgano las opiniones y criterios propios en relación con el desempeño de su cargo y abstenerse de hacer público o comunicar a terceros las posibles discrepancias y puntos de vista críticos sin haberlos puestos previamente de manifiesto en el Consejo de Administración, respetando en todo caso, cuando proceda, el deber de confidencialidad (art. 19.5 g) del Reglamento del Consejo de Administración de Repsol).

d) Las pautas anteriores, aun siendo meramente indicativas o ejemplificativas, ponen de relieve que la prioridad del interés social sobre el interés del *dominus* es absoluta. De hecho, se sobrepone incluso en los casos cualificados en que el destinatario de la información tiene derecho a ella[108]. Nótese que el art. 196.2 LSC, refiriéndose al derecho de información del socio con motivo de la junta, precisa que el órgano de administración está obligado a proporcionársela salvo en los casos en que la publicidad

107 Inciden especialmente sobre estos aspectos Katz y McIntosh, 2014.

108 Que, reitero, no es nuestro caso, pues el *dominus,* en el marco del "mandato natural", no tiene derecho a obtener la información ni el consejero dominical una obligación estricta de suministrarla.

"perjudique el interés social". El laconismo del precepto es sustituido en sede de anónimas por una declaración algo más explicativa en el art. 197.3 LSC, que resume buena parte las consideraciones anteriores:

> Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio [sustitúyase aquí: para el buen gobierno de la sociedad], o existan razones objetivas para considerar que podrían utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas[109].

4.3. Responsabilidad por mal uso de la información

El tercer punto al que debía aludir versa sobre la responsabilidad por el uso abusivo de la información recibida del consejero dominical por parte del *dominus*. El caso se producirá cuando el *dominus* comunica o filtra esa información fuera de su organización infringiendo el deber de confidencialidad que pesa sobre él o la utiliza indebidamente para fines privados o extrasociales. Hay que distinguir varias hipótesis.

a) La primera y seguramente menos problemática se refiere a *la responsabilidad del dominus*. Parece indiscutible, en efecto, que la sociedad puede proceder contra el accionista significativo por infracción de sus deberes de reserva y uso apropiado de la información, asumidos expresamente en el acuerdo de confidencialidad formal suscrito que parece recomendable firmar (v. *supra* § 3.1) y que, en todo caso, deben considerarse asumidos implícitamente en el ámbito del mandato natural como una estipulación a favor de un tercero, de la sociedad cabalmente (art. 1257 II CC). La responsabilidad también puede fundarse, como hemos anticipado, en la infracción por parte del accionista significativo de su deber de lealtad, que le obliga a hacer uso de sus derechos o prerrogativas de información (o voto) en atención al interés social. La base positiva del abuso del derecho de información se halla en el ya citado art. 197.6 LSC, cuyo tenor es suficientemente expresivo:

> En el supuesto de utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, el socio será responsable de los daños y perjuicios causados.

b) La cuestión verdaderamente problemática es la relativa a *la responsabilidad del consejero dominical* por los daños que haya podido ocasionar a la sociedad el mal uso de la información hecho por el *dominus*. La cuestión se plantea porque el consejero dominical no está obligado, sino simplemente legitimado, a comunicar al *dominus* de la sociedad la información confidencial y, siendo así, cabría entender que el consejero actúa siempre a su propio riesgo y, consiguientemente, que está sujeto a una suerte de responsabilidad objetiva. De este modo, el consejero dominical o representativo quedaría obligado a resarcir a la sociedad por cualquier daño o quebranto ocasionado por el *dominus*. Esta es la solución adoptada por la jurisprudencia norteamericana a raíz

109 La norma doméstica es perfectamente consistente con las previsiones europeas, que permiten a los Estados adoptar aquellas medidas limitativas del derecho de información del accionista que consideren necesarias "para la protección de confidencialidad e intereses empresariales de las sociedades" (art. 9.2 Directiva 2007/36 sobre determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas o SHRD I). A pesar de la dicción del art. 197.4 LSC, la limitación es incluso posible cuando la información la hayan solicitado accionistas que representen más del 25% del capital, según puso de relieve hace años ya Esteban Velasco, 1994, pp. 238-242. Hoy el tema apenas se discute.

del caso *Kalisman* antes citado[110] y sostenida en nuestro país por algún autor[111]. Comprendo la solución por razones prácticas, pero no me convence desde el punto de vista técnico. Presupone que sobre el consejero pesa una una especie de deber de garante, lo cual es ir demasiado lejos. En mi opinión, la responsabilidad del consejero dominical sólo debe activarse cuando el daño le sea imputable por haber incurrido él en una infracción de sus deberes de lealtad o diligencia, lo que solo ocurre cuando traslada la información sin observar las cautelas o restricciones impuestas por el principio de proporcionalidad (v. *supra* § 4.2). Ahí está justificada su responsabilidad frente a la sociedad porque ha obrado vulnerando sus deberes. No así en los demás casos, en los que la información selectiva se ha cumplimentado debidamente no habiendo nada que reprochar en la conducta del consejero. Obsérvese adicionalmente que el consejero dominical traslada la información al *dominus* presuntivamente también en interés de la sociedad y de la calidad de su función de gobernanza. La prueba del nueve nos la ofrecen otros supuestos que la ley incardina expresamente dentro de la "excepción de normalidad". Piénsese, por ejemplo, en una prospección de mercado realizada por los administradores para valorar la oportunidad de lanzar una operación de ampliación de capital y con escrupulosa satisfacción de las condiciones del art. 11 RAM (v. *supra* § 2.2 b). ¿Acaso alguien sostendría que responden los administradores si alguno de los potenciales inversores consultados se fuese de la lengua o utilizase la información privilegiada a la que han tenido acceso con daño para la sociedad o sus accionistas?

Dicho esto, también comprendo que no es razonable poner a cargo de la sociedad la nada fácil prueba de la negligencia o deslealtad del consejero dominical, y ello en atención a dos circunstancias: que el consejero no está obligado a dar la información (simplemente legitimado para hacerlo), y que la da no solo en interés de la sociedad, sino también en interés del *dominus,* ciertamente *qua* socio. La inversión de la carga de la prueba implica que el consejero responde mientras no explique muy bien que, cuando trasladó la información, no existía ninguna circunstancia objetiva –ningún indicio de situación de peligro– que hiciera previsible el accidente finalmente producido. El consejero dominical está, aunque solo sea por razones de proximidad al *dominus*, en mejores condiciones que la sociedad para soportar la carga de la prueba.

c) Finalmente, es oportuna una referencia a esta misma cuestión en el caso paralelo de *la persona física representante del administrador dominical persona jurídica.* Arrojará luz por contraste sobre la que es objeto de nuestra atención preferente. Partiendo de la premisa de que la relación jurídica que une al representante con la persona jurídica es un mandato propiamente tal –un mandato jurídicamente vinculante–, suele sostenerse que el representante puede trasladar sin limitación alguna la información a la que accede en el consejo a su mandante persona jurídica: ahora no solo está facultado, sino incluso obligado en el ámbito de sus deberes de rendición de cuenta, que son los generales de cualquier mandatario (art. 1720 CC). La persona jurídica, como administra-

110 V. *supra* nt. 93.

111 Así razona, si no lo he entendido mal, Alfaro, 2024-a, p. 9. Leo allí: "el administrador dominical que comunica información a su *dominus* responde de lo que haga éste con la información –de manera que si resultan daños para la sociedad de la que es consejero, incurrirá en responsabilidad indemnizatoria". Aunque al final de la entrada indica que su contenido "está tomado" de mi libro, me parece que en este punto la idea es más bien de su cosecha (v., si no, Paz-Ares, 2019, pp. 167-168).

dor –suele añadirse– tiene derecho a recabar toda la información *ex* art. 225.3 LSC[112]. Por tanto, dado que no puede ponerse al representante entre la espada y la pared, hay que exonerarlo de cualquier responsabilidad por el mal uso que posteriormente pueda hacer aquella de la información confidencial.

Este razonamiento resulta poco convincente sin embargo. Presupone que el caso del representante del administrador persona jurídica es radicalmente distinto del consejero dominical, tanto que la comunicación que allí se considera siempre obligada, aquí se estima siempre vedada (v., por ej., Del Val Talens, 2017, p. 334). Este marco de comprensión es, como vimos en su momento, erróneo (v. *supra* § 2.3 a). El representante tiene deberes fiduciarios frente a la sociedad (art. 236.5 LSC). El representante no está, en relación con el administrador persona jurídica, en la misma situación que el consejero dominical con el *dominus*, pero tampoco –como se pretende– en una diametralmente distinta[113]. El mandato jurídico y el mandato natural son relaciones similares. A los efectos que interesan ahora, la diferencia básica entre ellos se proyecta solo sobre el reparto del "beneficio de la duda", distinto en uno y otro supuesto.

Para entender este punto, hay que tener en cuenta que el representante está sujeto a una doble obligación jurídica (frente a la persona jurídica que lo designa como mandatario suyo y frente a la sociedad en la que actúa como administrador), lo cual le pone –como decía– entre la espada y la pared. Esta peculiar situación determina que, salvo que tenga pruebas líquidas de que la información será utilizada con fines privados o en daño de la sociedad, está obligado a pasar la información a la persona jurídica. Y siendo así, no solo no puede responder por el mal uso que esta haga de ella, sino que tampoco ha de cargar con la prueba de que no era previsible, en el momento en que le pasó la información, que haría mal uso de ella. Corresponde a la sociedad probar que obró de manera negligente porque era absolutamente claro que no debía pasar la información a la persona jurídica. La responsabilidad solidaria prevista en el art. 236.5 LSC *in fine* entre persona física representante y persona jurídica administradora no debe ser obstáculo para nuestra solución. Como se indicó en su momento, el sentido de la responsabilidad no es bidireccional. La persona jurídica, como administrador, responde siempre por la actuación de su representante, de acuerdo con las reglas generales sobre auxiliares en el cumplimiento (v. *supra* § 2.3 a). En cambio, la inversa no es cierta: la persona física no responde necesariamente por lo mal hecho por la persona jurídica y, particularmente, por el mal uso de la información que le haya transmitido. Solo responde cuando la sociedad pueda probar que el representante ha infringido su propio deber de lealtad, lo que requerirá acreditar que sabía de antemano o sospechaba que la información sería mal utilizada. Existiendo una doble lealtad o una doble obediencia, ninguna otra solución parece factible.

112 Así, por ej., Hernández Sainz, 2015, p. 51; Juste, 2021, p. 2986; etc. Debo señalar que veo aquí una cierta hipóstasis. Primero, el administrador no tiene un derecho por sí mismo, sino vinculado al desempeño del cargo; en otras palabras, no ejercita un derecho, sino que desempeña una función o, si se prefiere, un deber. Segundo, este deber puede considerarse satisfecho si la persona física tiene acceso y la persona jurídica es responsable.

113 De hecho, algunos autores ya han intuido la escasa plausibilidad de un tratamiento completamente diferenciado del *dominus* y de la persona jurídica administradora en sus relaciones con el consejero dominical y el representante persona física (v., por ej., Aranburu, 2016, pp. 4-5).

5. Consideración final: una agenda de estudio para el futuro

Tras el análisis que precede, no hace falta añadir que el régimen jurídico aplicable al flujo informativo consejero dominical-*dominus* vale también, *mutatis mutandi*, para el resto de los supuestos de información selectiva identificados en estas páginas (v. *supra* §§ 2.2 y 2.3). La heterogeneidad de la fenomenología no impide esta apreciación generalizadora y da pie para retomar la idea esbozada al principio sobre la emergencia a la superficie de un *modelo dominical de gobierno corporativo* (v. *supra* § 1). La característica que lo define es el "activismo accionarial", sea de la vieja índole (ligada a la concentración de capital tradicional del continente y la influencia en la sombra de los grandes accionistas), sea de la nueva (ligada a la reconcentración de la propiedad por obra de inversores institucionales y *hedge funds* en el espacio anglosajón tradicionalmente caracterizado por la separación de propiedad y control).

Pues bien, lo que ahora interesa subrayar es que el "activismo" en cuestión apunta a un temario de gran importancia –la cada vez más evidente o transparente implicación de los accionistas en el gobierno corporativo[114]– y plantea un notable desafío para los estudiosos del derecho de sociedades, que ya no pueden contentarse con el análisis orgánico formal. La dominicalización de la gobernanza societaria no es simplemente un fenómeno empírico que conviene observar, sino y sobre todo una tendencia que debe ser normativamente racionalizada en el derecho de sociedades. En este sentido, creo que define un verdadero "programa de investigación" –una agenda de estudio para el futuro– que abre nuevas y múltiples perspectivas para actualizar nuestra forma de hacer y entender el derecho de sociedades.

Soy consciente, insisto en ello, de que bajo la idea de una gobernanza dominical o –para decirlo con el título de un reciente ensayo– de una *shareholder-driven corporate governance* se esconden realidades y tradiciones diversas, las cuales con frecuencia juzgan con favor la propia y con desdén la ajena y contrapuesta[115]. Mi hipótesis es que la diversidad empírica no ha de ser óbice para la convergencia valorativa, sobre todo si ponemos en valor el deber de lealtad de los socios –otro extremo importante del nuevo programa de investigación– y sacamos las debidas consecuencias de la inescindible conexión existente entre la propiedad de la empresa y la *causa societatis* (ánimo de lucro)[116]. Es claro, a mi juicio, que ello ofrece un aval o refrendo normativo de primer orden a la implicación de los accionistas en el gobierno de la sociedad.

114 Se habla incluso del "activism as the new corporate governance norm" (Fairfax, 2019, p. 1301).

115 Algunos autores contraponen una y otra tradición ponderando la suya en detrimento de la contraria: v., por ej., Hansen, 2024, p. 414 que pondera el papel de los accionistas influyentes o de control en la tradición de los países escandinavos y Anand, 2020, pp. 20-34, que hace lo propio del activismo de nuevo cuño en los mercados de capitales anglosajones.

116 V., para una primera aproximación, Paz-Ares, 2023.

Referencias bibliográficas

R. Adams (2010), "The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework and Survey", *Journal of Economic Literature* 48 (2010), pp. 71 ss.

D. Ahern (2011), "Nominee Directors' Duty to Promote the Success of the Company: Commercial Pragmatism and Legal Orthodoxy", *Law Quarterly Review* 127 (2011), pp. 121 ss.

S. Albella (2018), "Gobierno Corporativo y grupos de sociedades", *Almacén de Derecho* 19-X-2018.

J. Alfaro (2018), "El deber de secreto de los administradores sociales", *Almacén de Derecho* 8-VIII-2018.

J. Alfaro (2024), "El administrador persona jurídica: un ensayo de reconstrucción basado en la teoría de la corporación", *Almacén de Derecho* 10-V-2024.

J. Alfaro (2024-a), "Los consejeros dominicales o representativos y los límites al deber de secreto", *Almacén de Derecho* 19-V-2024.

ALI (1994) o American Law Institute, *Principles of Corporate Governance*, ALI Publishers, Saint-Paul (Minnesota) 1994.

R. Alfonso Sánchez (2016), "La obligación del administrador de guardar secreto: entre el deber de diligencia y el deber de lealtad", *Rivista di Diritto Commerciale* 114 (2016), p. 457 ss.

C. Alonso Ledesma (1999), "El papel de la junta general en el gobierno corporativo de las sociedades de capital", en G. Esteban Velasco *et al*. (coords.), *El gobierno de las sociedades cotizadas,* Madrid 1999, pp. 627 ss.

A. I. Anand (2020), *Shareholder-Driven Corporate Governance*, Oxford University Press, Oxford 2020.

E. Aranburu (2016), "El alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 9 (2016), pp. 1 ss.

J. Arias Varona (2023), "Comentario art. 283", en J. Pulgar (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, 3ª ed., La Ley, Madrid 2023, pp. 1545 ss.

H. Baumann y W. Reiss (1989), "Satzungsergänzende Vereinbarungen –Nebenverträgen im Gesellschaftsrecht", *Zeitschschrift für Gesellschaftsrecht* (1989), pp. 71 ss.

M. Bengtzen, "Private Investors Meetings in Public Firms: The Case for Increasing Transparency", *Fordham Journal of Corporate and Financial Law* 22 (2017), pp. 33 ss.

N. Bobbio (1980), *Contribución a la teoría del derecho,* edición de A. Ruiz-Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia 1980.

T. Bowley, J. G. Hill y S. Kourabas (2024), "Shareholder Engagement Inside and Outside the Shareholder Meeting", en L. Enriques y G. Strampelli (eds.), *Board-Shareholder Dialogue: Policy Debate, Legal Constraints and Best Practices*, Cambridge University Press, Cambridge 2024, pp. 368 ss.

J. Brenes Cortés (2017), "La responsabilidad del representante persona física del administrador persona jurídica", *Revista de Derecho de Sociedades* 50 (2017), pp. 113 ss.

A. Campins Vargas (2019), "Las entidades de crédito y su eventual calificación como administradores de hecho fundamentada en los covenants de los acuerdos de refinanciación", en N. Bermejo, A. Martínez Flórez y A. Recalde (dirs.), *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, Madrid 2019, pp. 524 ss.

F. Caprigrione (1990), "Poteri della controllante e organizzazione interna di gruppo", *Rivista delle Società* (1990), pp. 45 ss.

M. J. Castellano Ramírez (2004), "El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia (Análisis de las novedades introducidas por el artículo 127 *quáter* de la Ley de Sociedades Anónimas)", *Revista de Derecho de Sociedades* 23 (2004), pp. 117 ss.

R. Clark (1986), *Corporate Law*, Little Brown, Boston-Toronto 1986.

Th. Clarke (2007), *International Corporate Governance: A Comparative Approach,* Routledge 2007.

CNMV (2023) o Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Informe de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas* (ejercicio 2022), Madrid 2023.

J. C. Coffee, R. J. Jackson jr. y R. Bishop, "Activist Directors and Agency Costs: What Happens When an Activist Director Goes on the Board", *Cornell Law Review* 104 (2019), pp. 381 ss.

P. H. Conac (2016), "The Chapter on Groups of Companies of the European Model Companies Act (EMCA)", *European Company and Financial Law Review* 13 (2016), pp. 301 ss.

M. Conthe (2024), "¿Tienen ombligo los consejeros?", en M. B. González Fernández (dir.), *Sobre el contrato de sociedad*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia 2024, pp. 405 ss.

P. Davies (2010), *Introduction to Company Law*, 2º ed., Oxford University Press, Oxford 2010.

M. L. De Arriba Fernández (2004), *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid 2004.

P. Del Val Talens (2017), *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital,* Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2017.

K. Decher (1994), "Information im Konzern und Auskunftsrecht der Aktionäre gem. § 131 Abs. 4 AktG», *Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht* 158 (1994), pp. 483 ss.

M. Dewatripont y J. Tirole (1999), "Advocates", *Journal of Political Economy* 107 (1999), pp. 1 ss.

L. Diez-Picazo (1979), *La representación en el derecho privado*, Civitas, Madrid 1979.

F. Dittmar (2013), "Weitergabe von Informationen im faktischen Aktienkonzern", *Aktiengesellschaft* 57 (2013), pp. 498 ss.

K. Duden (1978), "Gleichbehandlung bei Auskünften an Aktionäre", *Festschrift für v. E. von Caemmerer zum 70. Gebutstag*, Mohr, Tübingen 1978, pp. 499 ss.

K. Engisch (1977), *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1977.

L. Enriques y G. Strampelli (2024), "The Dialogue Between Corporations and Institutional investors. An Introduction", en L. Enriques y G. Strampelli (eds.), *Board-Shareholder Dialogue: Policy Debate, Legal Constraints and Best Practices*, Cambridge University Press, Cambridge 2024, pp. 1 ss.

M. L. Ermetes (1998), "Commentario al art. 180", en C. Rabiti Bedogni (a cura di), *I testo unico delle intermediazione finnanziaria. Commentario al D. Lgs 24 febbraio 1998, n. 58*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 981 ss.

G. Esteban Velasco (1994), "Derecho de información del accionista", en A. Alonso Ureba *et al.* (dirs.), *Derecho de sociedades anónimas,* vol. II-1, Civitas, Madrid 1994, pp. 220 ss.

G. Esteban Velasco (1999), "La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo", en G. Esteban (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas,* Marcial Pons, Madrid 1999, pp. 137 ss.

L. M. Fairfax (2013), "Mandating Board-Shareholder Engagement", *University of Illinois Law Review* 3 (2013), pp. 821 ss.

L. M. Fairfax (2019), "From Apathy to Activism: The Emergence, Impact, and Future of Shareholder Activism as the New Corporate Governance Norm", *Boston University Law Review* 99 (2019), pp. 1301 ss.

I. Farrando Miguel (2001), *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Civitas, Madrid 2001.

L. Feliú Rey (2015), "El deber de secreto de los administradores", en A. Martínez-Echevarría (dir.), *Gobierno corporativo: la estructura de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Aranzadi, Cizur Menor 2015, pp. 613 ss.

H. Fleischer (2007), "Kommentar § 93", en G. Spindler y E. Stilz (Hrgs.), *Kommentar zum Aktiengesetz*, Beck, München 2007.

H. Fleischer (2009), "Investor Relations und informationelle Gleichbehandlung im Aktien-, Konzern- und Kapitalmarktrecht", *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (2009) pp. 505 ss.

E. Gallego Sánchez (2006), "El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia", en F. Rodríguez Artigas *et al.* (coords.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas,* vol II, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 989 ss.

B. García Álvarez (2011), "El derecho de información del accionista y el deber de secreto de los administradores de la sociedad anónima: un conflicto de intereses" en A. Paciello (a cura di), *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Napoli 2011, pp. 431 ss.

E. García García (2021), "Comentario al artículo 228", en J. A. García-Cruces e I. Sancho Gargallo (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. III. La junta general. La administración de la sociedad (arts 159 a 252), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 3119 ss.

M. García Villarubia (2018), "La responsabilidad del representante del administrador persona jurídica", *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil* 59 (2018), pp. 1 ss.

J. M. Garrido (1995), *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, Madrid 1995.

M. Gatti, G. Strampelli y M. Tonello (2024), "How Does Board-Shareholder Engagement Really Work? Evidence from a Survey of Corporate Officers and from Disclosure Data", en L. Enriques y G. Strampelli (eds.), *Board-Shareholder Dialogue: Policy Debate, Legal Constraints and Best Practices*, Cambridge University Press, Cambridge 2024, pp. 325 ss.

M. Gelter y P. Helleringer (2015), "Lift not the Painted Veil! To Whom are Directors' Duties Really Owned?", *University of Illinois Law Review* 3 (2015), pp. 1071 ss.

R. J. Gilson y J. N. Gordon (2003), "Controlling Controlling Shareholders", *University of Pennsylvania Law Review* 152 (2003), pp. 785 ss.

R. J. Gilson y J. N. Gordon (2013), "The Agency Costs of Agency Capitalism: Activist Investors and the Revaluation of Governance Rights", *Columbia Law Review* 113 (2013), pp. 863 ss.

R. J. Gilson (2014), "The Nordic Model in an International Perspective: The Role of Ownership", en P. Lekvall (ed.), *The Nordic Corporate Governance Model*, SNS Förlag, Stockholm 2014, pp. 94 ss.

G. Guerra Martín (2009), "La separación de consejeros dominicales por conflicto de intereses del accionista al que están vinculados", *Revista de Derecho Mercantil* 272 (2009), pp. 625 ss.

M. Gutiérrez Urtiaga y M. Sáez Lacave (2023), "Problemas no resueltos de los consejeros independientes en España: el caso Indra y el sometimiento de los independientes", InDret 3 (2023), pp. 1 ss.

M. Habersack (1998), en V. Emmerich y M. Habersack, *Aktienkonzernrecht*, Beck, München 1998.

J. L. Hansen (2015), "The Role of Shareholders in Public Companies in the Nordic Countries", en H. Fleischer *et al.* (eds.), *German and Nordic Perspectives on Company Law and Capital Markets Law,* Mohr Siebeck, Tübingen 2015, pp. 81 ss.

J. L. Hansen (2017), "Market Abuse Case Law –Where Do We Stand with MAR?", *European Company & Financial Law Review* 14 (2017), pp. 367 ss.

W. Hefermehl y G. Spindler (2004), "Kommentar § 93", en *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 2ª ed., vol. III, Beck-Vahlen, München 2004, pp. 439 ss.

E. Hernández Sainz (2007), *Abuso de información privilegiada,* Civitas, Madrid 2007.

E. Hernández Sainz (2015), "La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 138 (2015), pp. 49 ss.

W. Hölters/Hölters (2022), "Kommentar § 93", en W. Hölters y M. Weber, *Aktiengesetz*, 4ª ed., Beck, München 2022.

K. J. Hopt (2013), "Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors. A Comparative Analysis", *European Company & Financial Law Review* 10 (2013), pp. 167 ss.

J. Juste Mencía (2015), "Comentario a los arts. 227-230 y 236", en J. Juste Mencía (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, Cizur Menor 2015, pp. 361 ss.

J. Juste Mencía (2021), "Comentario a los arts. 212 y 212-*bis*", en J. A. García-Cruces e I. Sancho Gargallo (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. III. La junta general. La administración de la sociedad (arts. 159 a 252), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 2975 ss.

I. Kant (1993), *Teoría y práctica*, 2ª ed., trad. esp. de J. Aramayo, Tecnos, Madrid 1993.

K. Kastiel y Y. Nili (2016), "Against All Odds: Shareholder Activism in Controlled Companies", *Columbia Business Law Review* (2016), pp. 102 ss.

K. Kastiel y Y. Nili (2017), "Captured Boards: The Rise of Superdirectors and the Case for a Board Suite", *Wisconsin Law Review* 19 (2017), pp. 19 ss.

D. A. Katz y L. A. McIntosh (2014), "Corporate Governance Update: Boardroom Confidentiality Under Focus", *New York. Law Journal* (23-I-2014), accessible en entrada de la misma fecha en *Harvard Forum of Corporate Governance.*

L. Klöhn (2024), "Board-Shareholder Engagement and Insider Regulation", en L. Enriques y G. Strampelli (eds.), *Board-Shareholder Dialogue: Policy Debate, Legal Constraints and Best Practices*, Cambridge University Press, Cambridge 2024, pp. 528 ss.

J. T. Laster y J. M. Zeberkiewicz (2015), "The Rights and Duties of Blockholder Directors", *The Business Lawyer* 70 (2015), pp. 33 ss.

J. León Alonso (1991), "Comentario de los arts. 1721 y 1722", en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dirs.), *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pp. 1553 ss.

S. Lombardo y F. M. Mucciarelli (2019), "Market Soundings: the Interaction between Securities Regulation and Company Law in the United Kingdom and Italy", *European Company & Financial Law Review* 16 (2019), pp. 310 ss.

J. O. LLebot Majo (1996), *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid 1996.

J. R. Macey (2016), "The Genius of the Personal Benefit Test", *Stanford Law Review Online* 69 (2016), pp. 64 ss.

F. Mader (2016), *Der Informationsfluss im Untenehmensverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen 2016.

D. Marcovits (2014), "Sharing Ex Ante and Sharing Ex Post. The Non-Contractual Basis of Fiduciary Realations", en A. S. Gold y P. B. Miller (eds.), *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Oxford University Press, Oxford-New York 2014, pp. 209 ss.

M. T. Martínez Martínez (1999), *El derecho de información del accionista en la sociedad anónima*, McGraw-Hill, Madrid 1999.

F. Martínez. Sanz (1997), "Comentario art. 61", en I. Arroyo y J. M. Embid (coords.), vol. I, Tecnos, Madrid 1997, pp. 669 ss.

R. Mateu de Ros (2023), *La independencia de criterio de los consejeros de sociedades cotizadas*, Aranzadi, Cizur Menor 2023.

M. Maugeri (2017), "Gruppi di società e informazione privilegiate", *Giurisprudenza Commerciale* (2017), pp. 907 ss.

N. Moloney (2014), *EU Securities and Financial Markets Regulation,* 3ª ed., Oxford University Press, Oxford 2014.

C. Mosca (2018), "Director-Shareholders Dialogues behind the Scene: Searching for a Balance Between Freedom of Expression and Market Fairness", *European Company & Financial Law Review* 15 (2018), pp. 805 ss.

C. Moscow (2002), "The Representative Director Problem", *Insights* 12 (junio 2002), pp. 9 ss.

C. Moscow (2011), "Director Confidentiality", *Law & Contemporary Problems* 74 (2011), pp. 206 ss.

M. Muñoz Paredes (1999), *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid 1999.

U. Noack (1984), *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, Mohr, Tübingen 1984.

J. Payne (2024), "Market Sounding Rules. The Challenges and Opportunities for Board-Shareholder Engagement", en L. Enriques y G. Strampelli (eds.), *Board-Shareholder Dialogue: Policy Debate, Legal Constraints and Best Practices*, Cambridge University Press, Cambridge 2024, pp. 555 ss.

C. Paz-Ares (2006), "Uniones de empresas y grupos de sociedades", en R. Uría y A. Menéndez (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I., 2ª ed., Madrid 2006, pp. 1465 ss.

C. Paz-Ares (2016), "Anatomía del deber de lealtad", en F. Rodríguez Artigas *et al.* (dirs.), *Junta General y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Aranzadi, Cizur Menor 2016, vol. II, pp. 425 ss.; también publicado en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 39 (2015), pp. 37 ss.

C. Paz-Ares (2019), *Identidad y diferencia del consejero dominical*, Fundación de Estudios Registrales, Madrid 2019.

C. Paz-Ares (2019-a), *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, Civitas, Cizur Menor 2019.

C. Paz-Ares (2023), "Propósito de la empresa y causa societatis", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 169 (2023), pp. 13 ss.

E. Polo Sánchez (1992), *Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima*, en R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia (dirs.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles,* vol. IV, Civitas, Madrid 1992.

M. Ramos Gómez (2020), "Responsabilidad del representante persona física de la persona jurídica administradora", *Revista de Derecho de Sociedades* 60 (2020), pp. 8 ss.

P. Redmond (1987), "Nominee Directors", *University of New South Wales Law Journal* 26 (1987), pp. 214 ss.

V. Ribas Ferrer (2010), *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, Madrid, 2010.

W. G. Ringe (2013), "Independent Directors: After the Crisis", *European Business Organization Law Review* 14 (2013), pp. 401 ss.

I. Rodríguez Díaz (2013), "El representante del administrador persona jurídica", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 128 (2013), pp. 35 ss.

J. I. Ruiz Peris (2007), *Igualdad de trato en el derecho de sociedades*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2007.

R. Salelles Climent (1995), *El funcionamiento del Consejo de administración,* Civitas, Madrid 1995.

M. R. Salim y T. H. The (2008), "Market Freedom or Shareholders' Protection? A Comparative Analysis of the Duties of Nominee Directors", *International Journal of Law & Management* 50 (2008), pp. 168 ss.

C. Salim (2011), "Director Confidentiality", *Law & Contemporary Problems* 74 (2011), pp. 197 ss.

F. Sánchez Calero (2004), "El deber de secreto de los miembros del consejo de administración en las sociedades cotizadas", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* 34 (2004), pp. 249 ss.

F. Sánchez Calero (2005), *Los administradores de la sociedad de capital*, Civitas, Madrid 2005.

F. Sánchez Calero (2007), *Los administradores de las sociedades de capital*, 2ª ed., Civitas, Madrid 2007.

J. Sánchez-Calero Guilarte (2010), "Refinanciaciones de deuda y responsabilidad de la banca" en AA.VV., *Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: balance y perspectivas de regulación*, Madrid 2010, pp. 15 ss.

J. Semler (2004), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 2ª ed., München 2004, § 116, 413, pp. 1211 ss.

S. M. Sepe (2013), "Intruders in the Boardroom: The Case of Constituency Directors", *Washington University Law Review* 91 (2013), pp. 309 ss.

F. Schauer (2015), *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge-Mass 2015.

G. H. Schill (2017), "The Golden Leash and the Fiduciary Duty of Loyalty", *University of California los Angeles Law Review* 64 (2017), pp. 1246 ss.

P. Schlesinger (1993), "Oggetto delle clausole di sindacati di voto" en F. Bonelli y P. G. Jaeger (dirs.), *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, Giuffrè, Milano 1993, pp. 97 ss.

S. L. Schwarcz (2017), "Rethinking Corporate Governance for a Bondholder Financed, Systematically Risky World", *William & Mary Law Review* 58 (2017), pp. 1335 ss.

X. Siems (2007), "Kommentar § 131", en G. Spindler y E. Stilz (Hrsg.), *Kommentar zum Aktiengesetz*, vol. I, Beck, München 2007.

G. Strampelli (2018), "Knocking at the Boardroom Door: A Transatlantic Overview of Director-Institutional Investor Engagement in Law and Practice", *Virginia Law & Business Review* 12 (2018), pp. 187 ss.

G. Strampelli (2022), "Private Meetings Between Firm Managers and Outside Investors: The European Paradigm", *Hastings Business Law Journal* 18 (2022), pp. 237 ss.

S. M. Suarez Rubio (2015), "El deber de secreto de los administradores de las sociedades de capital", *Revista de Derecho de Sociedades* 45 (2015), pp. 359 ss.

A. Taleska (2024), "Board-Shareholder Engagement and Disclosure Obligations under Corporate Corporate Governance Codes", en L. Enriques y G. Strampelli (eds.), *Board-Shareholder Dialogue:*

Policy Debate, Legal Constraints and Best Practices, Cambridge University Press, Cambridge 2024, pp. 502 ss.

A. Vaquerizo (2013), "La emisión de acciones vinculadas a un sector de actividad de la sociedad emisora", *Revista de Derecho de Sociedades* 41 (2013), pp. 59 ss.

N. Veasey y Ch. T. Di Guglielmo (2008), "How Many Masters Can a Director Have? A Look at the Tensions Facing Constituency Directors", *Business Lawyer* 63 (2008) pp. 761 ss.

L. Velasco San Pedro (1999), "La información en el consejo de administración: derechos y deberes del consejo y los consejeros", en G. Esteban Velasco (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Civitas, Madrid 1999, pp. 355 ss.

D. A. Verse (2006), *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.

J. Viera González (2016), "La implicación de los inversores institucionales en el gobierno de las sociedades cotizadas según la propuesta de directiva por la que se modifica la Directiva 2007/36 sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas", en F. Rodríguez Artigas *et al.* (dirs.), *Junta General y consejo de administración en la sociedad cotizada*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor 2016, pp. 1069 ss.

F. Vives (2022), "El deber de secreto de los administradores sociales", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 167 (2022) pp. 11 ss.

COMPROMISOS Y CONDICIONES EN CONTROL DE CONCENTRACIONES: CLAVES SOBRE SU USO POR LA CNMC BAJO EL ACTUAL CONSEJO

Barbara Montanari

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

Compromisos y condiciones en control de concentraciones: claves sobre su uso por la CNMC bajo el actual Consejo

Este artículo examina cómo la CNMC ha gestionado la posibilidad de imponer remedios para autorizar operaciones sujetas a control de concentraciones en España. El análisis permite detectar (i) la tendencia a aceptar compromisos propuestos por las partes y la combinación de medidas estructurales y de comportamiento y (ii) la disposición a imponer condiciones específicas cuando los compromisos son insuficientes.

PALABRAS CLAVE:
Control de concentraciones, CNMC, Remedios, Compromisos, Condiciones.

Merger control commitments and conditions: key issues on how the current board of the CNMC is applying them

This article examines how Spain's National Markets and Competition Authority (CNMC) has handled the possibility of imposing remedies to authorise operations subject to merger control in Spain. It shows that the CNMC (i) tends to accept the commitments that parties propose and to combine structural and behavioural measures, and (ii) is willing to impose specific conditions when the commitments are insufficient.

KEYWORDS:
Merger control, CNMC, remedies, commitments, conditions.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 29-11-2024

Montanari, Barbara (2024). Compromisos y condiciones en control de concentraciones: claves sobre su uso por la CNMC bajo el actual Consejo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 74-103 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Los procedimientos de control de concentraciones se basan en un análisis prospectivo del impacto de una combinación de empresas sobre la dinámica competitiva en uno o más mercados, con el objetivo de determinar si dicha operación sería perjudicial para la competencia efectiva, los consumidores o la innovación.

Si de dicho análisis se desprende que una adquisición de negocios, una fusión de sociedades o la creación de una *joint venture* no afectan negativamente a la competencia, el pronunciamiento de la autoridad de competencia será favorable y consistirá en la autorización. Por el contrario, si el análisis indica que la operación merma gravemente la dinámica competitiva en algún mercado, la autoridad de competencia prohibirá su ejecución.

Sin embargo, el abanico de posibilidades no se reduce al "blanco y negro" de las dos anteriores opciones, sino que incluye también una variedad de matices de gris gracias a soluciones o remedios que permiten la autorización de la operación. Para ser exitosas, estas soluciones deben lograr armonizar, por un lado, los intereses de las partes que se vayan a concentrar y de sus accionistas y, por otro lado, el interés general de mantener los mercados abiertos y competitivos.

Aunque las manifestaciones concretas de tales soluciones puedan ser tan numerosas como los casos analizados y los problemas detectados, cabe reducirlas a dos categorías en función de quién sea su proponente. La primera es la de los compromisos, que son aquellas medidas que las partes que se concentran plantean y someten al análisis y aceptación de la autoridad de competencia. La segunda categoría es la de las condiciones, que son aquellas medidas que la autoridad de competencia impone unilateralmente a las partes para autorizar la concentración. En ambos casos la autorización concedida estará supeditada al cumplimiento de los remedios aceptados o impuestos por la Autoridad.

A la luz de ello, es evidente que el estudio de las tendencias que han marcado los precedentes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC" o la "Autoridad") sobre los remedios aplicados a las concentraciones se convierte en un elemento fundamental para que las operaciones más complejas que afecten a los mercados españoles puedan ser autorizadas.

Como punto de partida, resulta de interés analizar las posibilidades que ofrece el marco jurídico español para perfilar estos remedios, también a la luz de su evolución en las últimas décadas. Con ese marco ya definido, se procederá a examinar los casos que han sido autorizados con remedios por la CNMC bajo la actual Presidencia del Consejo. Por último, el estudio culminará con la extrapolación de las tendencias observadas y los elementos a tener en cuenta en el futuro control de concentraciones.

2. Normativa española sobre compromisos y condiciones

La evolución de la normativa española de control de concentraciones a lo largo de las últimas décadas ha dejado dos etapas bien diferenciadas en cuanto al tratamiento de los remedios. Dichas etapas coinciden con el período de vigencia de dos leyes distintas: la primera corresponde con la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, mientras que la segunda etapa empieza con la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, actualmente aplicable.

El primer período al amparo de la Ley de 1989 se caracterizó por la imposibilidad de las partes notificantes de proponer y presentar compromisos a la autoridad de competencia[1]. Hasta 2007, la autorización de las concentraciones que amenazaban la libre competencia solamente podía quedar condicionada por el Consejo de Ministros, que determinaba y aplicaba por sí mismo los remedios que estimara oportunos. Si bien es cierto que los extintos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia dialogaban con las partes notificantes sobre las soluciones necesarias para que una operación dejara de amenazar la competencia en el mercado, estos órganos tan solo estaban a cargo de la redacción de un informe no vinculante que se remitía a quien poseía las competencias decisorias en materia de control de concentraciones, i. e., el Consejo de Ministros, sin que la antigua Ley contemplara ningún proceso de interlocución entre las partes notificantes y el Gobierno. Bajo esas premisas, varias transacciones quedaron sujetas a condiciones impuestas por el Gobierno sin una negociación previa que garantizara su viabilidad real, lo que conllevó que, en más de un caso, la operación no prosperara[2]. En 1999 se intentó mejorar el procedimiento incluyendo un mecanismo de negociación de compromisos en primera fase[3], pero el cambio tampoco fructificó (Araujo Boyd, 2010).

El cambio de paradigma lo introdujo la Ley de 2007, que, además de atribuir la facultad de imponer condiciones a la CNMC[4] y, en última instancia, al Consejo de Ministros[5], alumbró la posibilidad de que el notificante propusiera compromisos a la CNMC, bien por iniciativa propia, bien a instancias de la propia CNMC[6,7]. El legislador español adaptaba así el modelo de la normativa de la UE, que contempla la imposición por la Comisión Europea de "condiciones u obligaciones" basadas en las propuestas de compromisos presentadas por las partes notificantes. Además, la Ley

1 Véase la redacción del artículo 17 de la Ley de 1989, que establece las tres clases de pronunciamientos que podía emitir el Gobierno: (i) autorización incondicional, (ii) prohibición o (iii) aprobación subordinada a "*la observación de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia*".

2 Sirva como ejemplo la frustrada fusión entre Endesa e Iberdrola, que el 2 de febrero de 2001 fue autorizada por el Gobierno con 41 condiciones. Unos días después de que se obtuviera luz verde, las partes prefirieron desistir de la operación a llevarla a cabo en los términos impuestos.

3 La modificación de la Ley de Defensa de Competencia de 1989 se introdujo en el artículo 15 ter por el Real Decreto 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia.

4 Véase los artículos 57.2 y 58.4 de la Ley de 2007, respetivamente aplicables a resoluciones adoptadas en primera y en segunda fase por la CNMC.

5 Véase el artículo 60 de la Ley de 2007.

6 Véase el artículo 59.1 de la Ley de 2007.

7 Véase el artículo 58.4 y 60.1 de la Ley de 2007.

de 2007 mantiene la posibilidad de las condiciones unilateralmente impuestas por la autoridad de competencia (y no propuestas por las partes), apartándose en este aspecto del modelo de la UE.

A diferencia de la Comisión, la CNMC no ha adoptado directrices u orientaciones que expliquen su posición sobre los remedios en materia de control de concentraciones, lo que hace especialmente necesario conocer la práctica de la autoridad española para deducir qué remedios contempla y suele favorecer.

3. Análisis de concentraciones autorizadas con remedios por la CNMC

Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2007, la CNMC dejó de lado la imposición unilateral de condiciones y se inclinó por la negociación de compromisos, buscando ese equilibrio entre los intereses de las partes que se concentran y aquellos generales por los que vela la autoridad de la competencia[8], si bien bajo el actual Consejo se han vuelto a autorizar operaciones con condiciones impuestas por la Autoridad. A continuación, se examinan los asuntos resueltos bajo la actual Presidencia del Consejo de la CNMC, que se inició en junio de 2020, hasta finales de septiembre de 2024, fecha de elaboración de este artículo.

El análisis se divide en función de la complejidad de la concentración, distinguiendo así entre operaciones autorizadas en fase 1 y en fase 2.

3.1. Concentraciones autorizadas en fase 1

C/1994/21 UNICAJA BANCO / LIBERBANK

El 23 de junio de 2021 se notificó la fusión por absorción de Liberbank, S.A. ("Liberbank") por Unicaja Banco, S.A. ("Unicaja").

El análisis de la CNMC se enfocó en el mercado de la prestación de servicios bancarios y, más concretamente, al mercado de banca minorista. Las entidades financieras eran esencialmente complementarias desde la perspectiva geográfica, de forma que en créditos, depósitos y sucursales cada parte tenía un 0-5 % de cuota a nivel nacional. Sin embargo, en algunas provincias la adición de cuotas podía dar como resultado una cuota combinada del 40-50 %. Reduciendo el ámbito geográfico a nivel de código postal ("CP") (i) en trece CC. PP. la cuota conjunta era superior al 40 %; (ii) en ocho se encontraba entre el 40-45 % con dos o más competidores activos, y; (iii) en cinco CC. PP. de la provincia de Cáceres las cuotas conjuntas llegaban al 50-60 % o al 60-70 %, quedando dos competidores en dos de ellos y uno solo en tres de los CC. PP. En estos últimos

8 Sirva como ejemplo la afirmación realizada en la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia en el Expediente C-0098/08 *Gas Natural/Unión Fenosa*, de 11 de febrero de 2009, párr. 756, que se reiteró en otras resoluciones coetáneas y también una década más tarde, en el Expediente *C/1994/21 Unicaja Banco / Liberbank*: "*Resulta preferible que la [CNC/CNMC] opte por los compromisos ofrecidos, siempre que sean adecuados, frente a la posibilidad legal de imponer condiciones, porque al haber sido ofrecidos de manera voluntaria, se facilita la ejecución y vigilancia de los mismos*".

tres CC. PP., la CNMC observó un posible riesgo para la competencia y efectos adversos para los consumidores.

La CNMC concretó que la operación podía tener dos efectos perjudiciales. El primero consistía en el riesgo de que no se informara a los clientes de Liberbank del cambio de sus condiciones comerciales al ser traspasados automáticamente a Unicaja. El segundo se limitaba a los citados tres CC. PP. de Cáceres y consistía en el riesgo de que se produjera un empeoramiento de las condiciones comerciales para los actuales clientes de Liberbank en dichos municipios.

Liberbank presentó compromisos que fueron considerados adecuados para neutralizar los riesgos detectados. Por un lado, para eliminar el riesgo vinculado a una falta de información a los clientes de Liberbank, la entidad resultante se comprometió a comunicar por escrito de forma trasparente a dichos clientes los futuros cambios de condiciones en productos o servicios que fueran modificados tras la fusión (e. g., información sobre las nuevas comisiones y comparativa con las anteriores; información sobre productos equiparables o mejores a los contratados en Liberbank) y a esperar 60 días, en el caso de personas físicas, y 30, en el caso de las pymes, para aplicar las nuevas condiciones, dejando libertad a los clientes para cambiar de entidad bancaria. Durante un período de 18 meses, los borradores de esas comunicaciones se deberían someter al examen previo se la CNMC y se entenderían autorizados si, tras 15 días hábiles, la Autoridad no hubiera expresado oposición o remitido comentarios.

Por otro lado, para eliminar el riesgo de empeoramiento de las condiciones comerciales para los clientes procedentes de las tres oficinas de Liberbank situadas en los códigos postales de la provincia de Cáceres que acabarían en situación de duopolio, la entidad resultante se comprometió a ofrecer sus productos en condiciones comerciales no peores a las ofrecidas por la entidad resultante en el código postal en el que hubiera la mayor presencia física de oficinas de entidades financieras competidoras. El cumplimiento de este compromiso se debía acreditar durante tres años, con frecuencia semestral, mediante la elaboración de informes que comparasen las condiciones de los tres CC. PP. con las aplicadas por la entidad en el CP de España de mayor presión competitiva.

C/1295/22 KARNOV / TR ESPAÑA / WK ESPAÑA

El 6 de mayo de 2022 se notificó la adquisición de control exclusivo por parte de Karnov Group AB ("Karnov") de (i) Editorial Aranzadi, S.A.U., (ii) Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A. (e indirectamente de sus filiales) y (iii) Wolters Kluwer France, SAS.

El análisis de la CNMC se enfocó en cuatro mercados relevantes en los que la sociedad adquirente no tenía actividad en España, mientras que las sociedades adquiridas sí la tenían y se solapaban. En primer lugar, la CNMC descartó que la operación entrañara riesgos para el mercado nacional de formación jurídica y el mercado nacional de soluciones de *software* jurídico. En segundo lugar, la Autoridad segmentó el mercado nacional de soluciones de información y consulta jurídicas en el mercado nacional de bases de datos jurídicas y el mercado nacional de edición y distribución de publicaciones profesionales jurídicas, analizando ambos por separado.

En el mercado de bases de datos jurídicas, la CNMC consideró que la operación reforzaría el poder de negociación de la entidad resultante, que se concentraban competidores cercanos en términos de calidad e innovación y que, con una cuota resultante del 40-50 % (teniendo las dos empresas un 20-25 % de cuota cada una), la entidad resultante sería líder del mercado. En este mercado, la Autoridad apreció una serie de barreras de entrada a potenciales competidores, tales como la elevada inversión inicial, la reputación y reconocimiento y la reticencia al cambio. En el mercado de edición y distribución, se observó que la entidad resultante tendría una cuota de mercado del 30-40 %, derivado de la suma de tres empresas de igual peso en el mercado, pero quedaría en la misma posición que otro competidor y estaría sometida a la presión competitiva de otras publicaciones gratuitas.

Con carácter general, la CNMC descartó que la concentración conllevara un riesgo significativo de obstaculización de la competencia en términos de innovación y calidad. Sin embargo, la Autoridad apreció que el refuerzo de la cuota en los mercados de bases de datos y de edición y distribución aumentaría los incentivos y la capacidad de la entidad resultante de (i) vincular productos y servicios, lo cual podría ocasionar efectos restrictivos para la competencia, como la expulsión del mercado de competidores o dificultar la entrada de nuevos operadores; y (ii) obligar a los clientes a la adquisición de productos o servicios que no adquirirían por iniciativa propia en un mercado competitivo. Para remediar los riesgos anteriores, la sociedad adquirente se comprometió a no vincular la adquisición o renovación por un cliente de una base de datos jurídica y/o una publicación legal a la adquisición o renovación por ese cliente de cualquier otro producto ofrecido por Karnov.

Asimismo, la CNMC estimó que la concentración aumentaría la capacidad e incentivo de la entidad resultante para la incorporación de cláusulas de exclusividad expresas o *de facto* en sus acuerdos con los principales autores de publicaciones jurídicas, lo que podría suponer un cierre de mercado y dificultaría, por un lado, el acceso al mercado a otros operadores y, por otro, el acceso de los operadores a los autores. Para paliar este problema, la sociedad adquirente se comprometió a no incluir cláusulas o incentivos de exclusividad en los contratos que se celebren o renueven con los autores que publiquen con Karnov.

Ambos compromisos tienen una vigencia de tres años, con la posibilidad prorrogarlos por dos años más en función de la situación de los mercados. Además, para permitir la vigilancia del cumplimiento de los compromisos propuestos, Karnov aceptó también remitir periódicamente a la CNMC los precios y condiciones comerciales aplicados. Los compromisos fueron objeto del habitual test de mercado por parte de los principales clientes y competidores de las partes.

Por último, y respecto al primer problema detectado (i. e., el riesgo de vinculación de productos y servicios en los mercados de bases de datos y de edición y distribución), la CNMC quiso dejar constancia de que sería innecesario y desproporcionado supeditar la autorización a otros compromisos que obligaran a Karnov a (i) publicitar sus precios, (ii) no negociar bilateralmente las condiciones, (iii) no realizar descuentos, (iv) vender una de las bases de datos jurídicas adquiridas, cesar en su comercialización o limitar sus precios.

C/1318/22 WEDDING PLANNER / ZANKYOU

El 22 de julio de 2022 se notificó la adquisición de control exclusivo de Zankyou Ventures, S.L. ("Zankyou") por parte de Wedding Planner, S.L.U. ("Wedding Planner").

El análisis de la CNMC se enfocó al mercado nacional de plataformas en línea de servicios para la organización de bodas, como un mercado de dos lados en el que (i) a los usuarios finales se ofrece información, productos, servicios, funcionalidades y herramientas a las parejas que organizan sus bodas y (ii) a los usuarios comerciales se ofrece una página web y una aplicación para publicitar sus productos o servicios a las parejas. La cuota conjunta en el mercado analizado ascendía a un 80-90 % en volumen de tráfico y a un 50-60 % en ingresos, con adiciones de cuota de un 10-20 % y un 0-10 %, respectivamente. Como consecuencia de ello, la entidad resultante se erigiría como líder del mercado, reforzándose tanto en términos de las economías de escala (estáticas y dinámicas), que pueden derivar de la unificación de plataformas tecnológicas y políticas publicitarias de ambas partes como de mayores economías de red, que aumentan su atractivo frente a usuarios y potenciales clientes finales.

A la luz de estas economías de escala y de red que alcanzaría la entidad resultante, así como de la relevancia de la imagen de marca, no se podía descartar que dicha entidad tuviera la capacidad e incentivos para utilizar estrategias de exclusividad formal o *de facto* para limitar la capacidad de crecimiento o excluir del mercado a terceros competidores.

Para paliar este riesgo, la entidad resultante y la matriz de Wedding Planner ofrecieron varios compromisos para un período de tres años. El primer compromiso consistía en no imponer la exclusividad a los usuarios comerciales que utilizaran, en la actualidad o en el futuro, los servicios ofertados por las partes en sus páginas web, aplicaciones y/o herramientas *online* especializadas en bodas. Al hilo de ello, se comprometieron también a no vincular los precios abonados por los usuarios comerciales actuales o futuros por la adquisición o el uso de uno o varios de los servicios de la entidad resultante a una obligación de exclusividad. Para terminar de neutralizar el riesgo, las partes se comprometieron a no penalizar a los usuarios comerciales actuales o futuros en la compra de uno o varios de los servicios de la entidad resultante como consecuencia de la adquisición o el uso en España por parte de aquellos de servicios relacionados con bodas en empresas distintas de las de la empresa resultante. Asimismo, se acordó con la CNMC que los compromisos recién enumerados y cualquier modificación en los contratos se comunicarían a los usuarios comerciales.

La CNMC finalmente consideró que los compromisos evitaban el riesgo para la competencia en los mercados afectados, teniendo en cuenta también el pequeño tamaño del mercado (téngase en cuenta que ambas partes tenían una facturación inferior a los 60 millones de euros), su dinamismo, la presión competitiva ejercida por otros operadores, buscadores, redes sociales y sitios webs especializados y la ausencia de elevadas barreras de entrada.

C/1321/22 KKR / IVI

El 29 de agosto de 2022 se notificó la adquisición del control exclusivo por parte de una sociedad vehículo de KKR & Co Inc ("KKR") denominada KKR Inception BidCo, S.L.U. de (i) IVI-RMA Global, S.L. y de las sociedades patrimoniales (ii) Valwealth Management, S.L., (iii) IVI RMA Global Activos Inmobiliarios, S.L. y (iv) Genesis Property Management, LLC (conjuntamente, "IVI").

El análisis de la CNMC se enfocó en dos mercados horizontalmente afectados. El primero de ellos era el mercado de prestación de servicios de medicina reproductiva, en los segmentos de pacientes públicos y de pacientes privados que, a su vez se subsegmentaba entre pacientes privados beneficiarios de pólizas de seguro y pacientes de libre elección puros. Este mercado se analizó a nivel nacional, autonómico y provincial. El segundo mercado horizontalmente afectado era el mercado nacional de gestión y donación de gametos, que tenía además una relación vertical con el mercado de medicina reproductiva. Asimismo, se estudiaron los siguientes mercados verticalmente relacionados con la prestación de servicios sanitarios de medicina reproductiva: el mercado de prestación de servicios de análisis genéticos y prestación de servicios de análisis de genética reproductiva, analizado a nivel nacional, autonómico y provincial; el mercado de distribución de productos médicos para tratamientos de fertilidad, analizado a nivel nacional; y el mercado de prestación de servicios de asistencia sanitaria de ginecología y obstetricia a pacientes privados, de dimensión provincial.

Los problemas de competencia detectados por la CNMC eran diversos y exigieron compromisos concretos. Por un lado, a raíz de los solapamientos, la entidad resultante obtendría cuotas superiores al 50 % en el mercado de prestación de servicios de fertilidad a pacientes privados de libre elección puros en las provincias de Sevilla, Zaragoza y Murcia. Ello concedería a la entidad resultante una posición privilegiada a la hora de decidir el tipo de servicios que presta y sus condiciones, que podría ocasionar un incremento de precios para los consumidores. La CNMC apreció que ese incremento podría darse incluso en las clínicas de KKR, en las que los servicios ya tenían un precio más elevado que la media nacional. Por otro lado, en la región de Madrid, la cuota de la entidad resultante quedaba por debajo del 50 %, pero seguía siendo elevada, y el siguiente competidor en el mercado de prestación de servicios de fertilidad a pacientes privados de libre elección puros, que era además cliente de IVI, se situaba a más de un 20-30 % de distancia. A la vista de ello, la operación desencadenaría un refuerzo de la posición de las partes, generando un riesgo de incremento de precios de las marcas de KKR y de IVI y de empeoramiento de condiciones comerciales.

Para resolver estos problemas, se presentaron dos compromisos. El primero fue la desinversión de KKR de las clínicas de Sevilla, Murcia y Zaragoza (lo que implicaba perder hasta un 30-40 % de cuota en alguno de esos mercados). El segundo compromiso consistió en no incrementar los precios y no empeorar las condiciones comerciales en la región de Madrid durante tres años y se llevaría a cabo aplicando unos topes de precios máximos actualizables en función de un índice vinculado a la evolución de los costes de cada marca y manteniendo las condiciones de suministro ofertadas por las marcas (i. e., no reducir el número de ciclos o no eliminar servicios accesorios o complementarios). El tercer compromiso relacionado con estos riesgos consistía en no celebrar acuerdos de cooperación en la provincia de Madrid con un determinado cliente.

Por último, la CNMC valoró la existencia de un contrato de exclusividad con una duración de más de cinco años entre una empresa de IVI que distribuye productos biomédicos y un reputado fabricante como perjudicial para el mercado aguas arriba de distribución de productos médicos para la medicina reproductiva, ya que IVI tenía una cuota del 50-60 % en el segmento de distribución de soluciones de vitrificación. Para eliminar este problema, se accedió a modificar, en un plazo de seis meses, el referido acuerdo de distribución para, o bien modificar su duración, o bien eliminar la cláusula de exclusividad.

C/1340/22 HEFAME / COFARCU

El 7 de octubre de 2022 se notificó la fusión por absorción de Farmacéutica Conquense Sdad. Coop. CLM ("Cofarcu"), por parte de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Ltda ("Hefame").

El análisis de la CNMC se enfocó al mercado nacional (o más reducido) de distribución mayorista *full line* de medicamentos y productos sanitarios a oficinas de farmacia, así como en sus segmentos de distribución *full line* de productos con margen regulado (medicamentos) a oficinas de farmacia y distribución *full line* de productos con margen libre (parafarmacia y accesorios) a oficinas de farmacia.

A nivel nacional la cuota combinada ascendería a un 10-20 %, con adiciones de cuota inferiores al 1 %. En la provincia de Cuenca, la cuota de la entidad resultante llegaría al 60-70 %, si bien ampliando el foco a la provincia de Cuenca y zona limítrofe, la cuota resultante se quedaría en un 10-20 %. Ya que las partes explicaron que más del 80 % de sus ventas derivan del segmento de productos con margen de distribución regulado, la CNMC consideró que era poco probable que la operación llevara a incrementos de precio de los productos distribuidos.

Sin embargo, la CNMC apreció la existencia de determinadas cláusulas, de obligación de compra mínima y de períodos de permanencia de los nuevos socios, recogidas en los estatutos sociales de las partes, que, si bien fueron contempladas para captar y retener al socio cooperativista, suponen unas barreras a la competencia que limitan la movilidad de farmacias entre cooperativas y el acceso de nuevos operadores independientes. Asimismo, aunque los socios de la absorbida pudieran elegir si mantenerse como meros clientes de la absorbente o hacerse socios de esta o de una cooperativa competidora, la CNMC consideró que era necesario eliminar las barreras de acceso al mercado de distribución debido a dos factores: (i) la elevada integración vertical apreciable en el mercado de distribución mayorista, que erigía una barrera de entrada para los nuevos entrantes derivada de las obligaciones de permanencia y de compra media mínima aplicadas a las farmacias, reduciendo tanto su capacidad de pertenecer a varias cooperativas como de cambiar de cooperativa, y (ii) la reciente tendencia del sector a la concentración, que ha llevado a que cuatro operadores tengan el control sobre más del 70 % del mercado. El impacto de estas barreras quedaría además exacerbado en la provincia de Cuenca, debido a la alta cuota conjunta.

Para abordar estas preocupaciones, la entidad resultante presentó una serie de compromisos que fueron valorados como adecuados y eficaces para solventar los problemas de competencia detectados. El primero de esos compromisos consistía en modificar los estatutos sociales de la so-

ciedad absorbente para bajar la obligación de compra anual mínima del 30 % de sus necesidades al 25 %. El segundo consistía en eliminar completamente el actual período de permanencia de cinco años aplicable a los nuevos socios de la cooperativa, si bien incluyendo una obligación de preaviso de noventa días para solicitar la baja de los socios cooperadores. Por último, la sociedad absorbente se comprometió a informar a todos los socios de estos cambios y a no promover modificaciones de los estatutos sociales durante un plazo de cinco años que puedan incrementar el porcentaje de compra mínimo o que puedan introducir un plazo de permanencia de sus socios.

C/1361/22 WONDERBOX / SMARTBOX

El 23 de diciembre de 2022 se notificó la adquisición del control exclusivo de TopCo S.A.S. ("TopCo"), propietaria de la compañía Smartbox, por parte de Wonderbox, S.A.S. ("Wondebox").

El análisis de la CNMC se enfocó al mercado nacional de vales-regalo multiexperiencia, conformado por aquellas empresas consideradas intermediarias que ofrecen vales-regalo de experiencias de distinto tipo, sin incluir tarjetas regalo de circuito cerrado ni de circuito abierto.

La Autoridad detectó que las partes tenían respectivamente un 40-50 % y un 20-30 % de cuota y que la concentración conllevaría la eliminación de un competidor cercano y la creación de una empresa líder en el mercado, que tendría al resto de competidores a una distancia significativa (e. g., el competidor más grande no tendría más del 10-20 % de cuota). Pese a la elevada cuota combinada, la CNMC descartó que la operación llevara aparejado un riesgo de incremento de precios a consumidores o de comisiones a proveedores o de pérdida de calidad de los productos.

Sin embargo, teniendo en cuenta que los proveedores podrían percibir como más sencillo y atractivo centralizar sus ventas en este tipo de canal en una sola compañía que cuente con reputación en el sector, el importante refuerzo de la posición negociadora de la entidad resultante, sumado a la potente imagen de marca de las partes, podría convertir a la entidad resultante en esa compañía de referencia. En ese contexto, la concentración otorgaría a la entidad resultante la capacidad y los incentivos para utilizar estrategias de exclusividad, formal o *de facto*, a proveedores o a distribuidores, que limiten la capacidad de crecimiento o excluyan del mercado a terceros competidores.

Para neutralizar este riesgo para la dinámica competitiva, la entidad resultante presentó varios compromisos, que se mantendrían durante tres años, y que la CNMC consideró adecuados y suficientes. El primero de ellos consistía en no imponer exclusividad a proveedores de experiencias y a los distribuidores de vales-regalo de experiencias, actuales o futuros, en España. El segundo compromiso implicaba no vincular el nivel de comisiones aplicables a los proveedores de experiencias y a los distribuidores (actuales o futuros) de los vales-regalo de experiencias a la condición de relación comercial exclusiva (incluyendo la prohibición de descuentos por fidelidad). En tercer lugar, la entidad resultante se comprometió a no penalizar a los proveedores de experiencias y distribuidores en sus relaciones comerciales con Wonderbox por el hecho de que incluyeran en el catálogo de los vales-regalo de experiencias también a un operador distinto de Wonderbox o distribuyeran vales-regalo de experiencias distintos a los de Wonderbox. Para garantizar la máxima trasparencia, también se comunicarían todos estos compromisos a los proveedores de experien-

cias y a los distribuidores, así como cualquier cambio que se produjera en consecuencia en los contratos actuales.

C/1363/23 ALCAMPO / ACTIVOS DIA

El 20 de enero de 2023 se notificó la adquisición del control exclusivo por parte de Alcampo, S.A. sobre determinados establecimientos de distribución minorista y de la actividad de plataforma de logística de dos naves de Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A., Dia Retail S.A.U. y Grupo el Árbol Distribución e Supermercados, S.A.U. (conjuntamente, el "Grupo Dia").

El análisis de la CNMC se enfocó al mercado local de distribución minorista de productos de consumo diario en formato de libre servicio.

La Autoridad apreció que la cuota de cada una de las partes era de un 0-5 % a nivel nacional, pero que en Aragón las partes tenían un 20-30 % y un 5-10 % respectivamente. A nivel municipal se detectaron diez localidades en las que Alcampo tendría más de un 30 % de cuota y, entre ellas, algunos municipios en los que las cuotas conjuntas llegaban a un 40-50 % o incluso a un 50-60 %, con adiciones de cuota de hasta un 30-40 %. Teniendo en cuenta la estrategia de precios de Alcampo, la relevante posición que tendría en esas áreas y la ausencia de suficiente presión competitiva, la CNMC consideró que existía un riesgo de incremento de precios. Asimismo, en esas mismas áreas se estimó que podría tener lugar la desaparición o la disminución de la oferta de una marca de distribuidor (la de Dia), existiendo, además, la posibilidad de que se produjera una reducción de la oferta de marcas de fabricante en caso de no ofrecer Alcampo una gama igual o superior en variedad a la ofrecida por Dia.

En atención a estos problemas para la competencia, Alcampo propuso un compromiso de desinversión de dos establecimientos minoristas de Dia que deberían ser explotados por el nuevo adquirente por un mínimo de tres años, quedando la selección de cada adquirente condicionada a la aprobación de la CNMC. Asimismo, Alcampo se comprometió a no hacer competencia y, más concretamente, a no instalar o adquirir control sobre otros establecimientos de distribución minorista de productos de consumo diario en la misma área de influencia en la que operaran esos dos establecimientos objeto de desinversión, durante todo el periodo de desinversión, más otro periodo de dos años desde que se hiciera efectivo cada uno de los compromisos de desinversión.

La CNMC consideró que estos compromisos permitían abordar correctamente los problemas anteriormente identificados, reduciendo la cuota de Alcampo en las zonas afectadas de un 50-60 % a un 30-40 %. Ello garantizaría, por tanto, que no se produjera una alteración de la estructura competitiva de mercado en el área definida, sino que se rebajara incluso un poco la cuota que tendría Alcampo respecto a la que tenía Dia con anterioridad.

C/1406/23 EBIQUITY / MEDIAPATH

El 24 de julio de 2023 se notificó la adquisición del control exclusivo por parte de Ebiquity PLC ("Ebiquity") de MediaPath Network AB ("MediaPath"). Esa notificación fue requerida de oficio a

Ebiquity, después de que la CNMC detectara que se superaba el umbral del artículo 8.1.a) de la LDC y que Ebiquity no había procedido a someter la operación a su aprobación.

El análisis de la CNMC se enfocó a los mercados nacionales de servicios de auditoría del rendimiento de la inversión publicitaria en medios de comunicación, de servicios de consultoría previa a la inversión publicitaria y de servicios de auditoría de facturas.

En relación con el mercado de servicios de auditoría del rendimiento de la inversión publicitaria, la Autoridad redujo el tamaño total de mercado propuesto por la notificante al excluir una parte de servicios del cómputo. Con ese ajuste, Ebiquity se alzaba con un 80-90 % de cuota de mercado. La CNMC consideró que la operación implicaría la desaparición del principal competidor de Ebiquity, que poseía un 10-20 % de cuota de mercado, y dejaría a Ebiquity en una situación cuasimonopolística. Ello reforzaría la capacidad y el incentivo de Ebiquity para dificultar el acceso al mercado de competidores potenciales mediante la imposición a sus clientes de exclusivas o de contratos de larga duración.

Por otra parte, en los otros dos mercados, las partes no alcanzaban conjuntamente el 25 %. A la hora de valorar los eventuales efectos conglomerales de la operación, se detectó que no había una amplia base común de clientes para los productos de los tres mercados, que la demanda no estaba interrelacionada y que Ebiquity no había puesto en práctica estrategias excluyentes de vinculación de producto.

Ante la necesidad de asegurar el mantenimiento de la presión competitiva actual o potencial en el mercado de servicios de auditoría del rendimiento, reducir el impacto de las barreras de entrada y evitar el deterioro de las condiciones de los servicios prestados, Ebiquity ofreció varios compromisos que tendrían una vigencia de cinco años y que fueron aceptados por la Autoridad. El primero de ellos consistía en no imponer la exclusividad a los clientes que contrataran con Ebiquity la prestación de servicios de auditoría de la eficiencia de la inversión publicitaria realizada en España. La CNMC consideró que este compromiso sería suficiente para evitar exclusividades formales o *de facto* perjudiciales. El segundo compromiso consistía en no limitar a los clientes que encargaran a Ebiquity la auditoría del rendimiento de la inversión publicitaria la posibilidad de compartir sus datos con terceros operadores. La Autoridad estimó que ese remedio eliminaba la posibilidad de incluir exclusividades en la cesión de datos sobre costes pasados y futuros y variables cualitativas relativas a la inversión publicitaria realizada en España, que son un insumo necesario para la elaboración de esta clase de auditorías. El tercer compromiso consistía en limitar la duración de los contratos para la prestación de servicios de auditoría del rendimiento de la inversión publicitaria realizada en España. La CNMC consideró que este compromiso era necesario para evitar que Ebiquity estableciera contratos de duración efectiva superior al año y así reducir la dificultad de entrada en el mercado para los nuevos entrantes.

Ebiquity se comprometió a comunicar estos compromisos a sus clientes y a modificar los contratos en vigor para adaptarlos a los términos de los compromisos recién expuestos.

C/1421/23 BSC / ACTIVOS B. BRAUN

El 15 de noviembre de 2023 se notificó la adquisición de control exclusivo por parte de las filiales de Boston Scientific Corporation ("BSC") de determinados activos de terapia de vacío endoscópica o endoluminal ("EVT") junto con todos los derechos y permisos sobre ellos, titularidad de dos filiales indirectas del Grupo B. Braun ("Braun").

El análisis de la CNMC se enfocó en el mercado nacional de la comercialización de dispositivos EVT para el tratamiento de fugas y perforaciones anastomóticas.

La CNMC resaltó que, en ese mercado, hasta 2022 operaba tan solo el negocio adquirido, con una cuota del 90-100 %, mientras que a partir de 2023 entró en el mercado un dispositivo competidor. Sin embargo, la presencia de ese dispositivo competidor seguía siendo muy residual en España, por lo que la cuota atribuida a los activos adquiridos se mantuvo en un 80-90 %. También apreció la existencia de dos competidores potenciales, aunque las fechas de lanzamiento de sus productos competidores seguían sin conocerse a la fecha de la notificación.

Aunque los clientes y competidores consultados confirmaron que BSC contribuiría al incremento del uso y de la visibilidad de la EVT, con efectos positivos para el paciente, se detectó el riesgo de que la operación afectara negativamente a los incentivos de innovación en dicho mercado, incrementando las barreras de entrada al mercado y reduciendo la competencia en él. Por ello, y teniendo en cuenta que se trataba de un mercado incipiente, la CNMC consideró crucial que la entrada o expansión de competidores no fuera limitada o dificultada por la existencia de efectos cartera y se mantuvieran condiciones comerciales razonables e incentivos para seguir innovando.

En atención a ello, BSC presentó una serie de compromisos de cinco años de duración:

- El primero de ellos consistía en renunciar a vincular (*tying* o *bundling*), directa o indirectamente (e. g., mediante descuentos), la adquisición, cesión o alquiler de productos de EVT con otros dispositivos médicos para aplicaciones endoscópicas. Este compromiso también resultaba de aplicación en caso de que BSC fuera a participar a licitaciones públicas, pues no podría participar en concursos que requirieran la presentación de una oferta conjunta que incluyera dispositivos médicos para aplicaciones endoscópicas de BSC y Productos EVT.

- En segundo lugar, BSC se comprometió a (a) informar por escrito a sus clientes, privados o públicos, en un plazo de un mes, acerca de los compromisos adquiridos y del hecho de que los Productos EVT estarían disponibles para su compra individual al mismo precio y condición, tanto en caso de venta individual como conjunta y, además, (b) a remitir a la CNMC una copia de esa comunicación.

- BSC también se comprometió a acreditar su cumplimiento de los compromisos pasado un mes desde el cierre de la operación y luego con carácter semestral, enviando a la Autoridad los materiales de *marketing* de productos EVT y sus condiciones comerciales y un excel con las condiciones comerciales fijadas con cada cliente privado o público. Todo ello sin perjuicio de la facultad de la CNMC de requerir información adicional para el desempeño de sus funciones de vigilancia.

La Autoridad concluyó que estos remedios eran proporcionales, adecuados y eficaces para solventar los posibles riesgos de efectos cartera identificados y para garantizar una vigilancia viable y eficaz de su cumplimiento.

C/1430/23 QSI / WPT

El 22 de diciembre de 2023 se notificó la adquisición del control exclusivo por parte de Qatar Sports Investments ("QSI") del negocio World Padel Tour ("WPT), gestionado actualmente por Setpoint Events S.A.U. ("Setpoint"), a su vez propiedad de Sociedad Anónima Damm (DAMM), con el objetivo de fusionar el circuito de pádel Premier Padel Tour con el WPT en un único torneo unificado.

El análisis de la CNMC se enfocó al mercado de tenencia de derechos de explotación de circuitos de pádel profesional, analizado finalmente a nivel mundial y nacional.

En el ámbito nacional, la CNMC consideró que la operación podría afectar negativamente a la competencia en el mercado identificado a raíz de las cuotas de WPT y de la entidad resultante. Por un lado, antes de la operación, el WPT tenía una cuota nacional del 90-100 % en términos de número de asistentes y premios otorgados, que bajó al 70-80 % en 2022, con la entrada de Premier Padel. Con la operación se alcanzaría una cuota conjunta del 80-90 %. Por otro lado, la CNMC advirtió una posible limitación de la entrada de nuevos competidores y el incremento de barreras a la entrada, lo que podría reducir la innovación y la competencia en este mercado emergente. A pesar de reconocer que la unificación de los torneos podría generar beneficios como un mayor atractivo comercial y más oportunidades para los jugadores y el resto de operadores involucrados en el mercado, la CNMC consideró que estos beneficios no compensaban los riesgos identificados.

QSI presentó una serie de compromisos a la CNMC con una duración de tres años, considerados suficientes para mitigar los riesgos competitivos. El primer compromiso establece que los contratos vigentes del WPT con los jugadores de pádel dejarán de aplicarse al cierre de la operación, y QSI deberá acreditar esta terminación ante la CNMC en un plazo de dos meses. El segundo compromiso permite a los jugadores participar en torneos del circuito Premier Padel en España sin la necesidad de firmar acuerdos ni estar afiliados a asociaciones. El tercero prohíbe la aplicación de cláusulas de exclusividad para jugadores en torneos celebrados en España. El cuarto compromiso asegura que no se impondrán requisitos de regularidad más estrictos para los jugadores en España sin previa validación de la CNMC. Finalmente, el quinto compromiso obliga a QSI a informar a la CNMC sobre nuevos acuerdos marco con jugadores o modificaciones a los existentes, incluyendo disposiciones específicas para jugadoras. Estos compromisos pueden extenderse a discreción de la CNMC, tras una valoración motivada.

C/1438/24 HOSPITALES COSAGA / CENTRO MÉDICO EL CARMEN

El 17 de enero de 2024 se notificó la adquisición del control exclusivo por parte de Hospitales Cosaga, S.L. ("Cosaga"), de Centro Médico El Carmen, S.A. ("Centro Médico El Carmen").

La CNMC centró su análisis en cuatro mercados, que se relatarán a continuación, relacionados con la asistencia sanitaria prestada por operadores privados y con la cesión o alquiler de espacios sanitarios, todos ellos analizados a nivel de la provincia de Ourense.

La CNMC señaló de entrada que ambas partes tenían posiciones significativas antes de la concentración y que la operación conferiría a la entidad resultante una cuota del 100 % en el mercado de prestación de servicios sanitarios privados con internamiento a pacientes privados, de prestación de servicios sanitarios privados con internamiento a pacientes públicos y de cesión/alquiler de espacios sanitarios con internamiento; así como cuotas que la CNMC ajustó a un 60-70 % en el mercado de servicios sanitarios privados prestados a pacientes privados sin internamiento y a pacientes públicos sin internamiento.

La principal objeción de la CNMC radicaba en la creación de una posición de dominio que podría llevar a un incremento en los precios y una reducción en la calidad del servicio, al disminuir los incentivos para competir. Además, la operación podría disuadir la entrada de nuevos competidores en estos mercados y limitar las opciones disponibles para los pacientes. A pesar de los argumentos de las partes sobre la mejora en la eficiencia y la calidad del servicio postoperación, la Autoridad concluyó que los riesgos potenciales para la competencia eran demasiado altos para aprobar la operación sin remedios.

Para mitigar los riesgos identificados, Cosaga propuso una serie de compromisos de una duración de cinco años a la CNMC, que fueron aceptados como condición para la aprobación de la operación. En primer lugar, Cosaga se comprometió a mantener la calidad de los servicios sanitarios privados mediante la implementación de cuadros de mando y encuestas de satisfacción, además de mantener las certificaciones de calidad. En segundo lugar, se comprometió a no reducir la cartera de especialidades ni los horarios de urgencias, salvo con la autorización previa de la CNMC. En tercer lugar, se comprometió a mantener la capacidad de elección de profesionales sanitarios. En cuarto lugar, se comprometió a mejorar la calidad en las prestaciones mediante inversiones en quirófanos, sistemas asistenciales y ucis superiores a un determinado importe en un plazo de no más de tres años. En cuanto a los servicios sanitarios públicos, se comprometió a mantener las especialidades y procesos vigentes en colaboración con el Servicio Gallego de Salud. Por otra parte, Cosaga también garantizará el acceso a espacios sanitarios alquilados por profesionales médicos, salvo excepciones justificadas por razones de seguridad o cumplimiento de normas. Además, se implementarán nuevas herramientas tecnológicas para mejorar la prestación de servicios, incluida una página web actualizada con información relevante para los pacientes, y se negociarán los contratos del personal sanitario de manera justa y transparente. Finalmente, Cosaga remitirá periódicamente informes para acreditar el cumplimiento de determinados compromisos, con especial énfasis en los precios aplicados a sus clientes, sin perjuicio de que una empresa independiente monitorice el cumplimiento de los mismos durante toda su vigencia.

C/1452/24 INDIGO / PARKIA

El 4 de marzo de 2024 se notificó la adquisición de control exclusivo por parte de Indigo Infra, S.A.S. (“Indigo”) de Parkia Spanish Holding, S.L.U. (“Parkia”).

La CNMC centró su análisis en los mercados locales de explotación de aparcamientos de rotación en varias ciudades de España, donde ambas empresas están presentes. Aunque la notificante propuso analizar áreas de influencia basadas en "isócronas" desde puntos de interés (como el casco histórico de Marbella), la CNMC decidió seguir el enfoque tradicional de isócronas de 700 y 1500 metros desde cada aparcamiento, descartando la propuesta de la notificante para zonas de interés más amplias. Se analizaron solapamientos en ciudades como Marbella, Madrid, Barcelona, Bilbao, Las Palmas de Gran Canaria, Logroño y Toledo.

El sector de aparcamientos en España está altamente concentrado, con cinco grandes operadores con cuotas combinadas cerca del 48 % del mercado. La operación de concentración entre Indigo y Parkia dará como resultado cuotas de mercado significativas en varias localidades. Por ejemplo, en Marbella, la cuota combinada alcanzará entre 60-70 % en algunas áreas, mientras que en Madrid (Argüelles) y Barcelona (Diagonal), la cuota conjunta se situará en el 20-30 %. En Las Palmas de Gran Canaria, la cuota combinada será del 40-50 %, lo que sugiere un impacto considerable en la competencia local. La CNMC también destacó que el sector ha experimentado una concentración reciente debido a la crisis del COVID-19, que ha favorecido la posición de los grandes operadores.

La CNMC identificó que la operación podría reducir significativamente la competencia en los mercados locales de aparcamientos de rotación, especialmente en ciudades donde la concentración resultante es alta. El control de una gran parte del mercado por la entidad fusionada podría permitir incrementos en los precios y una menor presión competitiva, afectando negativamente a los consumidores. Aunque la operación podría ofrecer beneficios en términos de eficiencia operativa, estos no compensan los riesgos identificados en cuanto a competencia y accesibilidad para los usuarios finales.

Para mitigar estos riesgos, Indigo presentó una serie de compromisos a la CNMC que se basaban en la desinversión del aparcamiento Parkia Marbella Center, que debería ser vendido en un plazo de seis meses desde la autorización de la concentración, garantizando su viabilidad y competitividad. Los compradores interesados deberán poder acceder a la información relevante a través de una sala de datos virtual. El comprador elegido debería explotar el aparcamiento durante al menos tres años, sin cederlo a Indigo.

Para el supuesto de que el activo no se lograra vender en seis meses, se nombraría un administrador independiente para liquidar el activo en un plazo adicional de cuatro meses. Indigo también se comprometió a no adquirir, construir ni explotar aparcamientos en un radio de 700 metros del activo durante tres años. Mientras tanto, mantendrá el aparcamiento como una unidad de negocio separada y las tarifas actuales, ajustándolas por el IPC en enero de 2025 si es necesario.

C/1456/24 CASP-MCH / DRUNI / ARENAL

El 11 de marzo de 2024, tras el reenvío a la CNMC por parte de la Comisión Europea, se notificó la concentración consistente en la combinación de las respectivas participaciones que ostentan Modelo Continente Hipermercados, S.A., Sucursal España ("MCH") y la Familia CASP ("CASP") en sus negocios minoristas de belleza y bienestar en España, Arenal Perfumerías, S.L. ("Arenal") y Druni, S.A. ("Druni"), respectivamente.

La CNMC centró su análisis en los mercados locales de distribución minorista de productos de perfumería y cosmética, así como de productos de parafarmacia, limitando el ámbito geográfico a diferentes localidades de España debido a la naturaleza local del impacto de la operación.

El sector de la distribución minorista de perfumería y cosmética en España es fragmentado, con una presencia significativa de pequeñas y medianas empresas, aunque dominado por grandes operadores. En 2022, Druni tenía una cuota de mercado en valor del 5-10 % a nivel nacional, mientras que Arenal tenía una cuota del 0-5 %. La cuota conjunta en el mercado nacional alcanzaría un 5-10 %. A nivel local, en las 15 provincias donde las actividades de ambas partes se solapan, solo en León la cuota conjunta supera el 15 %, alcanzando entre 10-20 %. Además, se identificaron solapamientos en 230 municipios, con cuotas significativas en algunos de ellos, llegando hasta el 100 % en ciertos casos.

La CNMC detectó que la operación podría disminuir la competencia en varios mercados locales, especialmente en aquellos con un número reducido de competidores directos. La alta concentración resultante podría dar lugar a aumentos de precios y a una reducción en la calidad de los servicios ofrecidos. A pesar de los argumentos de las partes sobre las posibles eficiencias derivadas de la operación, la CNMC consideró que los riesgos para la competencia eran considerables, especialmente en localidades donde la cuota conjunta superaría el 50 %.

Para mitigar estos riesgos, las partes presentaron una serie de compromisos que pivotaban alrededor de la desinversión de la tienda DRUNI en Ponferrada, zona en la que las partes se solapaban con una adición de cuota del 5-10 % y una cuota combinada del 50-60 %. A este respecto, las partes firmaron un acuerdo vinculante con la empresa que opera bajo la enseña Primor, sujeto a condiciones suspensivas. Si el cierre de esa operación no se lograra en el plazo establecido, un administrador gestionaría la cesión sin precio mínimo a otro comprador. El comprador deberá explotar el activo por al menos tres años y durante cinco años las partes deberán abstenerse de competir con ese establecimiento. Adicionalmente, la CNMC consiguió que Arenal se comprometiera a desvincularse comercial y accionarialmente de una central de compras en la que Primor era el otro accionista. La CNMC evaluó estos compromisos y consideró que eran adecuados para prevenir los posibles efectos negativos de la operación sobre la competencia, por lo que autorizó la operación condicionándola al cumplimiento de los compromisos.

C/1463/24 CEPSA / BALLENOIL

El 26 de abril de 2023, tras el reenvío a la CNMC por parte de la Comisión Europea, se notificó la adquisición de control exclusivo de Ballenoil, S.A. ("Ballenoil") por parte de Compañía Española de Petróleos, S.A. ("CEPSA").

La CNMC centró su análisis en dos mercados. El primero es el mercado de la distribución minorista de carburantes para automoción a través de estaciones de servicio ("EE. SS."), analizado a nivel nacional, provincial y local (identificado mediante isócronas de 10 a 20 minutos de trayecto coche). El segundo es el mercado nacional de venta al por mayor de productos petrolíferos refinados.

Los operadores del mercado de distribución minorista de carburantes que tienen capacidad de refino en España (Repsol, CEPSA y BP) controlan el 46,8 % de los puntos de venta y entre el 40-50 % del volumen de ventas. Con la adquisición de las 249 estaciones de Ballenoil, CEPSA tendría una cuota nacional combinada del 14,2 % en número de EE. SS. y entre el 10-20 % en volumen de ventas, con adición del 0-5 %, manteniéndose como el segundo operador detrás de REPSOL. A nivel provincial, las cuotas combinadas de CEPSA y Ballenoil varían, pero en ninguna de ellas superan el 25 %. En entornos locales específicos, como Barbate (Cádiz), Chipiona (Cádiz) y Nerja (Málaga), (i) se observó que la cuota de mercado resultante estaría entre un 30-40 % y un 70-80 % en volumen de ventas, (ii) existían dudas sobre la existencia de otros competidores creíbles que tuvieran la capacidad e incentivos para generar una presión competitiva suficiente y que compensaran la que venían ejerciendo las EE. SS. adquiridas, (iii) y se apreció un riesgo de incremento del nivel de precios de los carburantes en dichos entornos tras la operación.

En el mercado del aprovisionamiento de productos petrolíferos refinados la operación reforzaría la integración vertical de CEPSA. En efecto, CEPSA proporcionará suministro de combustible de las 249 EE. SS. en exclusiva de forma indefinida en el tiempo, a diferencia del suministro actual por periodo limitado y en el mercado *spot*, lo que dotaría a CEPSA de una red de EE. SS. que permitirían dar salida a sus excedentes de sus refinerías. Aun así, la adición de cuota nacional en volumen sería de tan sólo 0-5 % sobre el total de ventas a EE. SS.

Para mitigar los riesgos identificados, CEPSA propuso determinados compromisos a la CNMC, que fueron considerados adecuados para autorizar de forma condicionada la operación. El compromiso principal consistía en la desinversión de cuatro EE. SS. (una en Barbate, dos en Chipiona y una en Nerja) a favor de un competidor que opera bajo la marca comercial Autonetoil y en no volver a adquirir ninguna de esas EE. SS. durante un período de diez años. Mientras no se haga efectivo el traspaso, CEPSA deberá a seguir suministrando el combustible en las mismas condiciones, aplicando el precio que resulte de una fórmula preestablecida y garantizando la continuidad del modelo *low cost*. Un auditor independiente emitirá mensualmente un informe que verifique el cumplimiento de sus obligaciones. También se han impuesto obligaciones a Autonetoil y, más concretamente, (i) se le exige que durante cinco años no venda las EE. SS. ni firme contratos de abanderamiento o suministro en exclusiva con ningún operador mayorista que la CNMC haya considerado operador principal del sector de carburantes en una resolución anual y (ii) para el caso en el que quiera enajenar alguna estación de servicio, informará a la CNMC del potencial comprador y del contenido del contrato de compraventa, en el que deberá además incluir una cláusula por la que el comprador quede subrogado en las obligaciones que la resolución prevé para Autonetoil.

3.2. Concentraciones autorizadas en fase 2

C/1086/19 SANTALUCÍA / FUNESPAÑA

El 20 de diciembre de 2019 se notificó la adquisición del control exclusivo por parte de Santa Lucía, S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros ("Santa Lucía") sobre la práctica totalidad de los activos de Funespaña, S.A. ("Funespaña"), filial de Mapfre Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. ("Mapfre"), lo que en la práctica implica la integración de los negocios funerarios de dicha entidad

y los de Albia Gestión de Servicios, S.L.U. ("Albia"), filial de Santa Lucía. Las partes acordaron que Funespaña segregaría la mayor parte de sus activos funerarios a favor de una sociedad de nueva creación ("NNC"), cuyo capital acabaría siendo en un 75 % de Santa Lucía y en 25 % de Mapfre.

En relación con este expediente, cabe reseñar dos peculiaridades. La primera es que la CNMC llevó a cabo una inspección en las sedes de Santa Lucía, Funespaña y otras empresas del sector de los seguros, en el marco de la investigación tramitada bajo la referencia DP/025/20 Santa Lucia-Mapfre y que los hallazgos de dicha investigación se incorporaron al presente expediente. La segunda es la acumulación al presente expediente de los expedientes C/1162/21 Albia/Jordial y C/1178/21 Elysius/Juanals, puesto que todos esos procedimientos la adquirente era una sociedad vinculada a Santa Lucía y la adquirida era una sociedad del sector funerario.

El análisis de la CNMC se enfocó (i) en el mercado minorista de servicios funerarios integrales, de ámbito al menos provincial o incluso regional o nacional, (ii) en los mercados mayoristas de tanatorio, cementerio y crematorio, de ámbito local (isócronas), y (iii) en el mercado de seguros de deceso, de ámbito provincial o nacional. También se tuvieron en cuenta los mercados verticalmente relacionados de floristería y de lápidas y marmolería, cuyo ámbito geográfico no resultaba necesario cerrar.

En primer lugar, la Autoridad resaltó los efectos horizontales de la operación. La unión del segundo y del tercer operador del sector, ambos con una cuota del 10-20 % en el mercado de servicios funerarios integrales, ocasionaría el desplazamiento de Memora, actual líder del mercado, quien, sin embargo, no es una funeraria integrada verticalmente. Ese cambio, junto con la política expansiva de Santa Lucía, auspiciaba la acentuación de la contracción del número de operadores. Por otra parte, se detectó que NNC llegaría a tener cuotas del 100 %, y en otros casos superiores al 50 %, en los mercados mayoristas de tanatorio, crematorio y cementerio en numerosos municipios. En la medida en que la concentración aumentaría la capilaridad de la entidad resultante en el territorio nacional y le permitiría completar su cartera, la dependencia de NNC de terceros sería cada vez menor. Ello podría conllevar un endurecimiento de las condiciones de acceso o incluso la denegación de la prestación de servicios en el mercado mayorista de servicios funerarios.

En segundo lugar, la CNMC advirtió sobre los efectos verticales. Teniendo en cuenta que casi el 60 % de los fallecidos en España tiene suscrito un seguro de deceso y que, a través de las pólizas de decesos, las empresas aseguradoras integradas captan y mantienen *de facto* cautivo el servicio funerario, especialmente si disponen de infraestructura propia, el probable refuerzo de la provisión de servicios intragrupo podría llevar a la expulsión de los competidores del mercado funerario. Este riesgo se basaba, además, en una cláusula del pacto de socios entre Santa Lucía y Mapfre, por la cual se acordaba atribuir cualquier servicio funerario o complementario que recibieran a disposición de NNC, salvo elección en contrario del cliente o del asegurado, así como en el previsible cierre de funerarias independientes que cuentan cada vez con menos fallecidos no asegurados.

Asimismo, se detectó un riesgo de empeoramiento de las condiciones comerciales (en precio o calidad), de expulsión de otras aseguradoras en el mercado de seguros de decesos y un aumento de las posibilidades de coordinación entre Santa Lucía y Mapfre en las distintas ramas de los mercados de seguros.

A la luz de todos estos problemas identificados por la CNMC, se propusieron varios compromisos que fueron sometidos también al análisis del sector. Sin embargo, los compromisos ofrecidos no fueron finalmente considerados suficientes. Por ello, la CNMC adoptó una resolución en la que aceptó solo tres compromisos e impuso otras condiciones.

El primer compromiso aceptado consistía en que Santa Lucía elaborara un guion para sus llamadas de respuesta a la comunicación de un deceso, sometido a aprobación de la CNMC, en el que se reforzara el derecho a elegir prestador funerario y se informara de que NNC es una empresa de su grupo. El segundo compromiso consistía en que Santa Lucía tendría que remitir un listado de primeras llamadas atendidas durante el año para que la CNMC eligiera una muestra de cincuenta y supervisara el respeto de la libertad de elección del prestador funerario. A estos dos compromisos que abordaban el riesgo de expulsión de terceros competidores, se sumaba un tercer compromiso que abordaba el monopolio en el mercado de tanatorio, por el cual NNC se comprometió a facilitar la entrada de un competidor en el municipio de Valdepeñas.

En cuanto a las condiciones impuestas por la CNMC, se exigió que (i) la entrada de un competidor en Valdepeñas se facilitara en un plazo de tres meses, (ii) Mapfre desinvirtiera su participación indirecta del 25 % en NNC, (iii) se eliminara la cláusula de atribución de siniestros a NCC del pacto de socios, y; (iv) Mapfre se abstuviera de realizar nombramientos de consejeros en NNC mientras aún tuviera sus participaciones. Las últimas tres condiciones, de carácter interrelacionado, se debían cumplir con carácter previo a la ejecución de la operación.

C/1134/20 MOORING & PORT SERVICES, S.L. / CEMESA AMARRES

El 3 de noviembre de 2020 se notificó la creación de una empresa en participación con plenas funciones, Amarres De Barcelona S.L. JV, con una participación al 50 % de Mooring & Port Services, S.L. ("Mooring") y Cemesa Amarres Barcelona, S.A. ("Cemesa").

El análisis de la CNMC se enfocó en el mercado de servicios de amarre y desamarre, así como en los mercados de servicios auxiliares al de amarre y desamarre, ambos circunscritos al Puerto de Barcelona.

La Autoridad apreció que esta concentración suponía el paso de dos operadores a uno en el mercado de prestación de servicios de amarre y desamarre. Los efectos horizontales detectados se concentrarían en este mercado, mientras que los potenciales efectos cartera afectarían a los mercados de servicios auxiliares.

En relación con los efectos horizontales detectados como perjudiciales para la competencia, la CNMC consideró que la empresa en participación podría tener, en abstracto, los incentivos y la capacidad para reducir la calidad en la prestación del servicio de amarre en el Puerto de Barcelona, pero concluyó que dicha calidad se encontraría asegurada, ya que el incumplimiento de ciertos requisitos de calidad impuestos por la Autoridad Portuaria implicaría la retirada de la licencia para prestar los servicios. Por otra parte, la Autoridad sí concluyó que era probable que la empresa en participación tuviera fuertes incentivos y capacidad para reducir o incluso eliminar los descuentos aplicados en la prestación del servicio de amarre y desamarre. En relación con los efectos cartera,

la CNMC valoró si la posición de dominio de la nueva empresa se podría extender del mercado de amarre a los mercados auxiliares a través de ofertas paquetizadas y descuentos exclusionarios, pero concluyó que no existían evidencias claras para afirmar que tendría incentivos y capacidad para ello.

A la luz del único riesgo finalmente considerado como probable por la Autoridad, Mooring y Cemesa se comprometieron, para un período de cinco años, a no empeorar las condiciones comerciales y a no incrementar los precios existentes con anterioridad a la concentración, si bien sí actualizarían dichos precios de forma anual en función del impacto en costes del incremento salarial en el convenio sectorial aplicable. Este compromiso se acreditaría a la CNMC con un informe anual de los precios aplicados y con copias de los contratos que se fueran renovando. La Autoridad aceptó estos compromisos y los consideró adecuados para paliar el problema detectado.

C/1151/20 MEMORA / REKALDE / IRACHE

El 10 de diciembre de 2020 se notificó la adquisición del control exclusivo por parte de Memora Servicios Funerarios, S.L.U. ("Memora") de las sociedades dedicadas a la prestación de servicios funerarios, tanatorio, crematorio y gestión de cementerios participadas por Rekalde 21 Corporación, S.L. ("Rekalde"). El 28 de abril de 2021 se notificó la adquisición del control exclusivo por parte de Memora de la sociedad Tanatorios Irache, S.A. (en adelante, Irache) y las sociedades participadas por esta que se dedicaban a la prestación de servicios funerarios, tanatorio, crematorio y gestión de cementerios. En ambos procedimientos se acordó iniciar la segunda fase y, finalmente, la acumulación del segundo expediente al primero.

El análisis de la CNMC se enfocó en los mercados mayoristas de servicios de tanatorios, de ámbito municipal o comarcal, y de servicios de crematorio, de ámbito comarcal, así como a los mercados minoristas de prestación integral de servicios funerarios, de ámbito provincial, regional o nacional.

La Autoridad se fijó en algunos problemas derivados de los efectos horizontales de la operación. En el mercado minorista de prestación integral de servicios, se detectó que la operación reforzaría la posición de Memora como primer operador del sector funerario español, tanto en términos de cuota como en términos de capilaridad en el territorio español. En concreto, en Guipúzcoa y en Navarra, la entidad resultante tendría una cuota del 50-60 %, quedaría muy por delante del resto de sus competidores y gestionaría buena parte de los tanatorios y crematorios de la zona, lo que facilitaría la prestación de servicios gracias a la infraestructura propia. Asimismo, en varios municipios, Memora adquiriría cuotas del 100 % en los mercados mayoristas de tanatorio, crematorio o cementerio. En atención a ello y a la tenencia de infraestructura propia, tras la operación, Memora vería reducida su dependencia de terceros y podrá permitirse el endurecimiento de las condiciones de acceso e incluso la denegación de prestación de servicios en el mercado mayorista de servicios funerarios.

Además, la CNMC consideró que, en determinadas localidades, la posición de indiscutible dominio de mercado de la entidad resultante favorecería que se mantuviesen las discriminaciones de precios a funerarias terceras que venía realizando Rekalde de forma recurrente en el tiempo. Por otra parte, la Autoridad se mostró también preocupada por el probable riesgo de incremento de

precios en los servicios de tanatorio o crematorio en aquellas zonas en las que la entidad resultante contaría con un monopolio. Asimismo, también se tuvo en cuenta el importante incremento de poder negociador frente a las empresas aseguradoras, que permitiría a la entidad resultante lograr precios mucho más reducidos que aquellos a los que podrían aspirar las empresas funerarias de menor tamaño, mermando gravemente su capacidad para competir.

Memora abordó estas preocupaciones con una serie de compromisos. Los compromisos de comportamiento (tales como la propuesta de garantizar, durante un período de dos años, el acceso a tanatorios en situación de monopolio a terceros competidores que no tengan instalaciones disponibles en una determinada isócrona, la creación de un protocolo de admisión y la fijación de un precio de 500 euros para el servicio, más barato de los precios actualmente ofertados) no fueron considerados suficientes por la CNMC. La Autoridad tampoco aceptó la propuesta de cerrar algunas instalaciones de tanatorio en las que habría solapamiento entre las partes.

Los compromisos que finalmente fueron aceptados y considerados adecuados fueron todos de naturaleza estructural (desinversión). En un plazo de cinco meses, Memora se comprometió a vender, por un lado, una parte de los tanatorios de San Sebastián y, por otro, una de las instalaciones de tanatorio de Zarauz (así como el 90 % de las acciones de la sociedad que gestiona dicho tanatorio) a un comprador ajeno a Memora, que no esté ya presente en el municipio, que explote un determinado tanatorio al menos durante un tiempo de [≤3] años y que haya sido autorizado por la CNMC. Por último, Memora debía desinvertir en un plazo de cuatro meses un tanatorio de Elizondo gestionado en régimen de alquiler a un particular. En caso de que el arrendador se negara a ceder la posición de Memora como arrendatario, Memora se comprometió a presentar una alternativa de desinversión con efectos equivalentes y someterla a la aprobación de la CNMC.

C/1171/21 BOYACÁ / SGEL / JV

El 1 de marzo de 2021 se notificó la creación de una empresa en participación controlada conjuntamente por las compañías Boyacá, S.L. ("Boyacá") y Sociedad General Española de Librería, Diarios, Revistas y Publicaciones, S.A. ("SGEL") (la "JV"), que asumirá los negocios de las partes relacionados con la distribución de publicaciones periódicas (prensa, revistas y coleccionables), así como el negocio de transporte de Boyacá.

El análisis de la CNMC se centró, por un lado, en el mercado regional / local de distribución mayorista de publicaciones periódicas (y a sus segmentos de distribución mayorista de prensa diaria y de revistas) y, por otro lado, en el mercado nacional de transporte nacional de publicaciones periódicas.

En relación con los efectos horizontales, la Autoridad apreció que en el mercado mayorista de publicaciones periódicas desaparecía la competencia entre los dos principales operadores y que la empresa resultante superaría el 60-70 % de cuota en todo el territorio, a excepción de tres comunidades autónomas. En el segmento de distribución mayorista de revistas, desaparecería de nuevo la presión competitiva entre dos de los tres principales operadores a nivel nacional y la entidad resultante tendría cuotas que superarían en muchos casos el 80-90 % y la ventaja de estar verticalmente integrada. En el segmento de la distribución mayorista de prensa diaria, y aunque

no habría adiciones de cuota, la posición competitiva de Boyacá se vería reforzada por la operación, pues la presión competitiva ejercida por SGEL desaparecería y no habría otros competidores alternativos que puedan ejercer presión competitiva suficiente o vayan a entrar en el mercado, a causa de la concentración progresiva del mercado y al declive continuado de las ventas de publicaciones impresas.

La CNMC se mostró preocupada por el incremento del poder negociador de la JV frente a editores, puntos de venta y otras distribuidoras y de su capacidad e incentivos para imponer a cada uno de esos colectivos unas condiciones comerciales más perjudiciales.

En relación con los efectos cartera, la Autoridad detectó que, aprovechando su peso en el sector de la distribución mayorista de prensa diaria y revistas, la JV podría imponer a editores y puntos de venta la utilización de sus servicios para la distribución mayorista de otros productos editoriales, así como intentar vincular los fondos editoriales de las partes a los puntos de venta que tienen bajo exclusiva y cobrarles el servicio de distribución también por los ejemplares devueltos de publicaciones no deseadas.

En relación con los efectos verticales, la CNMC apreció que la JV tendría una posición reforzada en el segmento de publicaciones periódicas frente a otros transportistas nacionales y distribuidores mayoristas regionales que no tenían la ventaja de estar verticalmente integrados, contar con la misma capilaridad territorial, tener una cartera de fondos editoriales en exclusiva tan amplia y contar con cuotas de mercado como transportistas de publicaciones periódicas de entre un 60 % y un 80 %.

Ante la posibilidad de que algunos editores se vieran incentivados a contratar con un único operador todos los servicios por razones de mejor coordinación, la Autoridad observó que la JV tendría tanto el incentivo como la capacidad de vincular los servicios de distribución mayorista y de transporte nacional, así como de imponer a los editores la utilización de sus servicios en nuevas áreas, un aumento de los precios o una reducción en la calidad del servicio. La estrategia de vinculación podría tener, además, efectos duraderos de reducción de presión competitiva, ya que los otros distribuidores no tendrían posiblemente suficiente escala para replicar de forma eficaz la integración vertical.

Ante estos problemas detectados por la CNMC, Boyacá y SGEL, en nombre de sus grupos societarios y de la JV, ofrecieron un amplio listado de compromisos para un período de tres años enfocados a diversos colectivos o mercados. Frente a los editores de revistas, se comprometieron a:

- mantener las condiciones en el servicio de distribución, renegociables en caso de caída de ventas anuales en un 15 %;
- aplicar a los nuevos clientes de servicios de distribución unas condiciones comerciales y económicas equivalentes a las de clientes vigentes;
- limitar la exclusividad a un máximo de tres años;
- no facilitar información de un editor a otro, y;
- no vincular la contratación de la distribución y del transporte nacional.

Frente a otros distribuidores mayoristas de revistas, las partes se comprometieron a:

- mantener las condiciones a otros distribuidores de revistas a los que las partes prestaban sus servicios;
- aplicar a los nuevos clientes de servicios de distribución unas condiciones comerciales y económicas equivalentes a las de clientes vigentes;
- negociar y suscribir acuerdos para compartir estructuras de transporte local, en caso de que se dejara de subcontratar los servicios de distribución a un distribuidor, o mantener tales acuerdos, si ya existían.

Frente a los puntos de venta de publicaciones periódicas, se comprometieron a:

- una vez más, mantener las condiciones para la distribución de revistas;
- prestar suministro a nuevos clientes en condiciones comerciales y económicas equivalentes;
- buscar soluciones logísticas en caso de que el punto de venta no alcanzara los 50 euros de facturación semanal y, en caso de que tales soluciones no fueran practicables, abandonar el suministro;
- no obligar a los puntos de venta a ampliar la oferta de publicaciones periódicas o a contratar conjuntamente fondos de las partes;
- mantener el servicio en las provincias en las que no hubiera competidores, y;
- suprimir los gastos de apertura a los nuevos puntos de venta.

A pesar de su amplitud, la CNMC consideró que los compromisos no eran suficientes y añadió dos condiciones. La primera modificaba de forma sustantiva el alcance de los compromisos propuestos frente a los tres colectivos, pues se extenderían también a la prensa diaria y acabarían aplicándose también a editores de prensa diaria, distribuidores mayoristas de prensa diaria y puntos de venta de prensa diaria. La segunda condición consistía en modular el compromiso de no empeorar las condiciones a los puntos de venta, imponiendo que se mantuvieran independientemente de su eficiencia o facturación semanal.

Finalmente, las partes desistieron de la operación.

C/1305/22 GRIMALDI / TFB

El 16 de junio de 2022 se notificó la adquisición del control exclusivo por parte de Grimaldi Terminal de Barcelona, S.L. ("Grimaldi") de Terminal Ferry de Barcelona, S.L.U. (TFB), empresa que gestiona una terminal pública de carga rodada y pasajeros en el puerto de Barcelona.

El análisis de la CNMC se enfocó (i) en el mercado de la gestión de terminales portuarias de carga rodada y pasajeros en el puerto de Barcelona; (ii) en el mercado de transporte marítimo regular de carga en las rutas que unían la península o Cataluña con las Baleares; y (iii) en el mercado del transporte marítimo regular de pasajeros en diversas rutas que enlazaban Cataluña con las Baleares.

La operación planteaba intensos efectos horizontales y verticales. Por un lado, Grimaldi ya gestionaba la otra terminal pública existente en el puerto de Barcelona (terminal GTB), por lo que tras la operación pasaría a gestionar las dos únicas terminales públicas de carga rodada y pasajeros existentes en el puerto y alcanzaría un monopolio en infraestructuras difícilmente replicables. Por otro, Grimaldi prestaba servicios de transporte marítimo de carga y pasajeros desde el puerto de Barcelona, que constituía así un mercado verticalmente relacionado con la gestión de las terminales. Mediante su posición monopolista en el mercado de la gestión de terminales, Grimaldi tendría la capacidad y los incentivos para incrementar los precios o dificultar el acceso a las terminales de las navieras ajenas a su grupo y competidoras directas en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte entre el puerto de Barcelona y Baleares.

La CNMC observó que la capacidad de Grimaldi de perjudicar a sus competidores no sería neutralizada de forma suficiente por las obligaciones de servicio público aplicables a esas terminales, ya que las condiciones de acceso y los precios son negociados por la empresa concesionaria y las navieras interesadas en operar en cada terminal. Existía, por tanto, un riesgo probable de que Grimaldi reforzara su actual posición en el mercado de transporte marítimo en las líneas que unen Barcelona y las Baleares, mediante la aplicación a las navieras competidoras de condiciones menos favorables en términos de horarios, frecuencias o tarifas que las aplicadas a los buques de Grimaldi, especialmente a la vista de la saturación de atraques del puerto de Barcelona en la franja horaria de tarde.

Para hacer frente a los problemas de competencia detectados, Grimaldi ofreció los siguientes compromisos, aceptados por la CNMC:

- La renuncia a una parte de su concesión de la terminal de pasaje y carga rodada en el puerto de Barcelona, devolviendo a la Autoridad Portuaria de Barcelona ("APB") unas superficies de la terminal GTB y unos derechos preferentes de atraque en esas superficies para la franja horaria de 0:00-18:00 h, así como la renuncia a participar en el potencial concurso en el que se concediera el uso de las superficies de la terminal GTB devueltas.

- La obligación de facilitar el embarque directo a cualquier tercero que poseyera un título concesional o la autorización para operar en la citada superficie devuelta, atendida la capacidad operativa de la terminal y bajo las condiciones fijadas por la APB. Las tarifas aplicables a este servicio corresponderían a la parte proporcional de la tarifa máxima del servicio de pasaje establecida por la APB.

- Para el caso de que no se construyera una nueva estación marítima en la superficie devuelta, Grimaldi se comprometió a prestar los siguientes servicios al tercero que poseyera un título concesional o la autorización para operar en la citada superficie: (a) alquilar a precio de mercado un tercio de las ventanillas de venta de billetes de la estación marítima;

(b) alquilar una superficie mínima de 50 m² para ubicar las oficinas de la nueva empresa operadora y (c) permitir el uso sin restricciones de todas las instalaciones polivalentes existentes en la estación marítimas (zonas de espera del pasaje, zonas de seguridad, aseos públicos, etc.), a cambio de un precio no superior a las tarifas máximas fijadas por la APB y siendo posible el uso simultáneo de esas instalaciones por los pasajeros de ambas compañías.

- Hasta la efectiva entrada de un tercero en la superficie devuelta o, en su defecto, durante un plazo de cinco años, Grimaldi se comprometió a mantener las condiciones y las tarifas en vigor que TFB había acordado con las navieras a las que prestaba o venía prestando servicios portuarios y a mantener la misma operativa en relación con los servicios prestados a terceros operadores en términos de número de escalas y su frecuencia, franjas horarias y puntos de atraque.

Por último, y como es habitual, Grimaldi se comprometió a facilitar la tarea de vigilancia de la CNMC sobre el cumplimiento de los compromisos. Para ello se obligó a informar de los trámites administrativos relacionados con la renuncia y devolución de las superficies de la terminal GTB, de los precios aplicados a las navieras antes y después de la resolución y de las condiciones comerciales acordadas para los servicios de estación marítima y arrendamiento, remitiendo una copia de la comunicación realizada a las navieras competidoras sobre el mantenimiento de las condiciones comerciales.

C/1348/22 LOGISTA / DISTRISUR

El 28 de octubre de 2022 se notificó la adquisición del control exclusivo por parte de Compañía de Distribución Integral de Publicaciones Logista S.L.U. ("Logista"), a través de una empresa participada ("Logista Regional"), sobre Distribuidora de Publicaciones del Sur, S.L. ("Distrisur"), filial en la que actualmente tiene control conjunto con Boyacá Distribuciones ("Boyacá"). Como contraprestación a esta adquisición y a otras dos parecidas en las que Boyacá tenía participación minoritaria, Boyacá adquiriría un 35 % en el capital de Logista Regional.

El análisis de la CNMC se centró en el mercado de distribución mayorista de publicaciones periódicas y en su segmento de distribución mayorista de revistas y coleccionables, evaluados a nivel nacional y a nivel de las regiones en las que operaban las filiales regionales de Logista.

Si bien Boyacá ya venía controlando conjuntamente una parte del negocio de distribución regional de Logista, con la operación el vínculo estructural quedaba ampliado y potenciado porque, por una reestructuración corporativa, se había concentrado todo el negocio de distribución regional de Logista en Logista Regional. Además, Logista Regional no solo distribuiría publicaciones regionales, sino también otras de ámbito nacional.

Al analizar la operación, la Autoridad examinó tanto los efectos unilaterales o no coordinados como los coordinados. En relación con los efectos unilaterales, la CNMC consideró el riesgo, en abstracto, de que la adquisición por parte de Boyacá de una participación minoritaria en su principal competidor podría otorgarle tanto la capacidad como el incentivo para subir precios o endure-

cer las condiciones comerciales aplicadas a editores y puntos de venta, gracias a la posibilidad de internalizar parte de los efectos de dichas políticas en Logista Regional. Sin embargo, finalmente descartó este riesgo por poco significativo. Por el contrario, la CNMC percibió el hecho de que Boyacá pudiera nombrar a uno o dos consejeros en Logista Regional como una oportunidad para Boyacá de acceder a información sensible sobre aspectos estratégicos de la sociedad, lo que reduciría la incertidumbre sobre el comportamiento estratégico del competidor Logista Regional y la presión competitiva que ejerce esta sociedad sobre Boyacá. Por otra parte, la necesidad de contar con mayorías reforzadas para adoptar algunas decisiones estratégicas podría brindar a Boyacá la ocasión de dificultar la expansión de Logista en algunos mercados o de favorecer su propio negocio a expensas de Logista Regional.

En relación con los efectos coordinados, la Autoridad consideró que la presencia simultánea de Boyacá y Logista en el consejo de administración de Logista Regional podría fortalecer el incentivo para que las partes se coordinaran de forma colusoria. Su conclusión se apoyaba en varios factores: la madurez del sector, el escaso peso de la innovación, la simetría entre las dos empresas, que tienen alcance nacional, cuotas elevadas y están verticalmente integradas, las barreras de entrada al mercado y los derechos de veto de Boyacá. Dicha coordinación podría materializarse bajo la forma de incrementos de precio a los editores por los servicios de distribución o a otras distribuidoras o puntos de venta por servicios variados, el deterioro de la calidad del servicio, en lo relativo a horarios o frecuencia de reparto, la oferta empaquetada de distribución y transporte nacional y el reparto de mercados derivado de la decisión de expandir o no expandir el negocio de Logista Regional.

El riesgo de colusión se reforzaba por el contenido del pacto de socios entre Boyacá y Logista, que no regulaba de forma eficaz y concreta las medidas para limitar el intercambio de información estratégica y obligaba a las partes a negociar la distribución de cualquier nuevo fondo editorial y a intercambiar información esos nuevos fondos captados, aumentando así la transparencia en el mercado.

Logista presentó compromisos aceptados por la CNMC.

- El primero de ellos consistía en que Boyacá renunciaría a su derecho a tener consejeros en Logista Regional durante un período de tres años, con posible prórroga para un año más. Durante el citado período, Logista Regional no compartiría información comercialmente sensible con Boyacá y viceversa. Transcurridos los tres años (o cuatro, en caso de prórroga), Boyacá recobraría su derecho a tener uno o dos consejeros en Logista Regional, pero los consejeros que fuera a designar no podrían ser miembros del órgano de administración de Boyacá durante los tres años siguientes (o cuatro, si así lo estableciera la CNMC de forma motivada).

- El segundo compromiso regulaba por tiempo indefinido la relación entre la distribución nacional de las partes y la distribución regional de Logista Regional. En concreto, tras la incorporación por Boyacá o Logista de nuevas publicaciones a su fondo de distribución nacional, deberían negociar con Logista Regional las condiciones para la distribución de tales fondos en las zonas geográficas en las que esta operara, de buena fe y en condiciones de mercado y no discriminatorias.

De nuevo, y durante un período de tres años, Logista se comprometió a facilitar la vigilancia a la CNMC, informando de cualquier contrato realizado entre Logista o Boyacá y Logista Regional para la distribución de nuevos fondos editoriales.

C/1424/23 SMURFIT BULGARIA / ARTEMIS BIB

El 23 de noviembre de 2023 se notificó la adquisición de control exclusivo de la unidad de negocio de *bag-in-box* de la empresa búlgara Artemis OOD por parte de Smurfit Kappa Bulgaria OOD.

La CNMC centró su análisis en el mercado para la fabricación y comercialización de bolsas tipo *bag-in-box* no asépticas para uso alimentario, tanto a nivel nacional como del EEE.

La operación implica la adquisición, por parte del operador líder indiscutible del mercado, de uno de los cuatro principales competidores, lo que genera solapamientos horizontales significativos del 60-70 % (adición del 0-10 %) en España y del 70-80 % (adición del 5-10 %) en el EEE. Esto incrementa aún más el elevado nivel de concentración preexistente. Antes de la operación, Smurfit Kappa ya tenía la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones de mercado, y, tras la operación, su poder se vería reforzado, sin que competidores ni clientes puedan contrarrestar un posible aumento unilateral de precios. Además, a pesar de que las barreras de entrada no son especialmente altas, no se han registrado nuevos competidores en los últimos años ni se han identificado potenciales interesados.

En cuanto a los efectos verticales, la CNMC destacó que Smurfit Kappa tendrá una posición dominante en el mercado de suministro de tapones para bolsas tipo *bag-in-box*, debido a que desde julio de 2024 los grifos o válvulas deben permanecer unidos a las bolsas durante su uso y Smurfit Kappa es la única empresa con un producto patentado para este propósito, mientras que las soluciones competidoras aún están en desarrollo. La operación reforzaría aún más esa posición de dominio.

Las posibles eficiencias y mejoras logísticas no se consideraron suficientes para compensar los riesgos identificados, por lo que la operación fue autorizada con una serie de compromisos ofrecidos por Smurfit Kappa. El primer bloque de compromisos gira en torno al suministro de bolsas tipo *bag-in-box* y tapones/grifos al único cliente directo de Artemis OOD en condiciones equiparables a las previamente ofrecidas por esta. En particular, Smurfit Kappa se obligó a mantener los mismos precios sin cambios hasta finales de 2024. A partir de 2025 y hasta finales de 2026, los precios se revisarán anualmente con base en el índice ICIS Petrochemical y el índice de costes laborales (LCI). El suministro mensual de bolsas con tapón patentado de Smurfit Kappa tendrá un límite específico, que será revisado anualmente. Las bolsas y tapones cumplirán con la normativa europea y no incluirán marcas de Smurfit Kappa, excepto en los tapones/grifos. Las condiciones de entrega y pago estarán especificadas en un contrato de suministro, que también limitará las ventas del cliente directo de la *target* a clientes en España.

El segundo bloque de compromisos obliga a Smurfit Kappa a informar anualmente a la CNMC sobre pedidos, precios, costos laborales y capacidad de producción, lo que permitirá a la autoridad supervisar el cumplimiento del acuerdo.

4. Conclusiones

Bajo el actual Consejo, la CNMC ha desarrollado notablemente la aplicación de compromisos y condiciones y su vigilancia en el control de concentraciones en España, combinando la flexibilidad negociadora de los compromisos con la imposición de condiciones en escenarios de mayor riesgo competitivo. Las principales lecciones que se extraen son las siguientes:

En primer lugar, la tendencia general es la aceptación de los compromisos propuestos por las partes notificantes, frecuentemente tras varias "rondas" de oferta a la CNMC de compromisos mejorados o refinados. Las partes deben estar preparadas, por tanto, para participar activamente en la presentación y negociación de sucesivas propuestas de compromisos a la CNMC para obtener su aprobación.

En segundo lugar, los compromisos aprobados no siguen en muchas ocasiones la clásica distinción entre medidas estructurales y de comportamiento, sino que con frecuencia combinan ambas e incluyen otras de carácter híbrido. Los precedentes examinados contienen compromisos consistentes en la clásica desinversión de parte de un negocio, pero también la obligación de no empeoramiento de condiciones comerciales, medidas específicas para facilitar la entrada de competidores en el mercado, la eliminación de cláusulas contractuales o incentivos de exclusividad, medidas dirigidas a proteger la libertad de elección de los clientes, la renuncia a celebrar acuerdos de cooperación con un cliente que es competidor o el compromiso a abstenerse a vincular productos.

En tercer lugar, la CNMC no duda en imponer condiciones específicas cuando los compromisos ofrecidos no se consideran suficientes. Se trata de casos minoritarios (i. e., dos de las quince operaciones autorizadas con remedios) en los que se impusieron a las partes condiciones de desinversión en un socio minoritario, de reforzamiento de la obligación de no empeoramiento de condiciones comerciales o de acortamiento los plazos necesarios para que los competidores puedan acceder a un mercado. Como es natural, la imposición unilateral de condiciones por la CNMC, no propuestas por las partes, conlleva mayores riesgos de fracaso de la operación.

En definitiva, las tendencias observadas y las decisiones adoptadas durante el período examinado proporcionan una hoja de ruta valiosa para futuras operaciones de concentración en España, destacando la importancia de un enfoque proactivo y colaborativo con la CNMC en el control de concentraciones empresariales.

Bibliografía

ARAUJO BOYD, Marcos (2010). Los remedios aplicados a concentraciones en tiempos de crisis. En S. MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBÓ JUAN (dirs.), *El derecho de la competencia en tiempos de crisis*, Madrid: Marcial Pons, pp. 145-156. Recuperado de https://frdelpino.es/investigacion/el-derecho-de-la-competencia-en-tiempos-de-crisis/.

MASSAGUER FUENTES, José y GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso (dirs.) (2024). *Comentario a la ley de defensa de la competencia*. Aranzadi (7.ª edición).

O CONCEITO DE DOMÍNIO E A APLICAÇÃO DAS TAXAS DE IMPOSTO AGRAVADAS EM SEDE DE IMI E IMT

António Castro Caldas e André de Gândara Gomes

Socio y Asociado Júnior, respectivamente, del Área de Fiscal de Uría Menéndez (Lisboa)

O conceito de domínio e a aplicação das taxas de imposto agravadas em sede de IMI e IMT

O conceito de "domínio" e a aplicação das taxas de imposto agravadas em sede de IMI e IMT.

O presente artigo analisa a interpretação do conceito de domínio por parte da Autoridade Tributária e Aduaneira nos pedidos de informação vinculativa recentemente publicados[1], nomeadamente, no contexto de aplicação das taxas de imposto agravadas por via de detenção indireta no Imposto Municipal sobre os Imóveis ("IMI") e Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis ("IMT").

Neste artigo, exploramos o acolhimento de conceitos utilizados noutros ramos de Direito pela fiscalidade, em particular, a remissão expressa para o Código das Sociedades Comerciais ("CSC") quanto ao conceito de domínio. Com efeito, desligamo-nos de outros argumentos invocáveis nesta sede a respeito da arquitetura do regime fiscal que pode levar à aplicação das taxas de imposto agravadas em sede de IMI e IMT via detenção indireta, como por exemplo, a violação da livre circulação de capitais[2].

Conforme se procurará demonstrar, a interpretação veiculada pela Autoridade Tributária e Aduaneira do referido conceito, nomeadamente, por considerar que relevam as pessoas singulares como entidades dominantes

1 Referimo-nos aos pedidos de informação vinculativa n.º 20871, de 29 de dezembro de 2023, n.ºs 21969, 22273, 21957, 22074, 21838, de 3 de janeiro de 2024, e n.º 22835, de 4 de janeiro de 2024, disponíveis em: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/informacoes_vinculativas/patrimonio/cimi.

2 Para uma maior densificação desta temática veja-se, António Castro Caldas e Raquel Maurício, A Tributação Agravada Sobre o Património Imobiliário Detido Por Entidades Residentes em Paraísos Fiscais e a Liberdade de Circulação de Capitais, disponível em: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7444/documento/foro-port02.pdf?id=12271&forceDownload=true.

— o que não encontra respaldo no CSC — é contra legem, desconsidera as regras de hermenêutica aplicáveis às normas tributárias e, consequentemente, afronta princípios e normas estruturantes do sistema.

PALAVRAS-CHAVE:
Imposto Municipal sobre os Imóveis; Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis; relação de domínio; Código das Sociedades Comerciais; taxas de imposto agravadas.

The concept of "ownership"[?] And the application of increased IMI and IMT rates

This article analyses how the Portuguese Tax Authority has interpreted the concept of "ownership" in its recently published binding rulings, particularly in relation to the application of the increased rates of Municipal Property Tax ("IMI") and Real Estate Transfer Tax ("IMT") for indirect ownership.

We examine the use of other legal concepts in the field of taxation, in particular the reference in the Portuguese Companies Law ("CSC") to the concept of "ownership". But we leave out the other arguments raised in this context regarding the tax regime's design that can result in the application of the higher IMI and IMT rates, such as breaching the free movement of capital.

The article shows that the Portuguese Tax Authority's interpretation of "ownership", namely that a natural person can be considered a controlling entity – which is not supported by the CSC – is against the law, disregards the rules of interpretation applicable to tax legislation and, consequently, violates the tax system's structural principles and regulations.

KEYWORDS:
Property Tax, Real Estate Transfer Tax, ownership, Companies Law, higher rates.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 29-11-2024

Caldas, António Castro; Gomes, André de Gândara (2024). O conceito de domínio e a aplicação das taxas de imposto agravadas em sede de IMI e IMT. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 104-120 (ISSN: 1578-956X).

1. Breve enquadramento

Recentemente, a Autoridade Tributária e Aduaneira pronunciou-se, em vários pedidos de informação vinculativa, sobre o conceito de domínio[3] exercido por entidades domiciliadas em país, território ou região sujeito a um regime fiscal mais favorável[4] em sede de IMI. A interpretação veiculada por esta será também relevante para efeitos de IMT, tendo em conta que os regimes bebem da mesma fonte normativa: a remissão expressa para o CSC.

A determinação do conceito de domínio em sede dos impostos sobre o património é fundamental, visto que impacta a taxa de imposto aplicável. Efetivamente, se se verificar uma situação de domínio exercido por entidade domiciliada em país, território ou região sujeito a um regime fiscal

3 Embora a norma fiscal se refira aos termos "controlo" ou "domínio", fá-lo sem grande critério técnico: "*Note-se na desastrada construção legislativa: a norma começa por referir "domínio ou controlo' fazendo intuir que serão dois conceitos diferentes e alternativos, para depois esclarecer que se considera existir uma relação de domínio ou controlo apenas quando exista uma relação de domínio nos termos do Código das Sociedades Comerciais, esvaziando assim por completo o conceito de "controlo" para estes efeitos*", António Castro Caldas, Taxas Agravadas de IMT e IMI, *in* Revista Vida Imobiliária.

4 Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro.

mais favorável, deverá aplicar-se as respetivas taxas de imposto agravadas que, no caso do IMI, se traduzem na taxa de imposto de 7,5% (*cf.* artigo 112.º, n.º 4, alínea b) do Código do IMI). Por sua vez, em sede de IMT, tal levará à taxa de imposto de 10%, sem a possibilidade de se aplicar qualquer isenção ou redução (*cf.* artigo 17.º, n.º 4, alínea b), do Código do IMT).

Em traços gerais, a Autoridade Tributária e Aduaneira defende que o termo "entidade" constante do artigos 112.º, n.º 4, alínea b), do Código do IMI, tem aplicação lata, abrangendo qualquer ente jurídico, seja pessoa singular ou coletiva. Assim, desconsidera a remissão expressa feita para o regime do CSC e a definição de domínio acolhida pela lei comercial, considerando, por exemplo, que são suscetíveis de espoletar as taxas de imposto agravadas casos em que o "domínio" é exercido por pessoa singular.

No nosso entender, a interpretação veiculada pela Autoridade Tributária e Aduaneira desconsidera as regras de hermenêutica fiscal constantes do artigo 11.º da Lei Geral Tributária ("*LGT*"), criando, para além disso, incongruências interpretativas de difícil resolução. Segundo cremos ser a interpretação devida, só se poderão aplicar as taxas de imposto agravadas quando estejam em causa estruturas societárias e comerciais de direito estrangeiro dominantes, devendo o conceito de domínio ser ilidível — tal qual como na lei comercial — e seguindo de perto as condições da lei e doutrina estabelecida quanto a este ramo do Direito (e.g. considerar estruturas comerciais equiparáveis às que o CSC considera como sendo suscetíveis de uma relação de domínio).

2. O orçamento do estado para 2021 e o quadro normativo vigente

As taxas de imposto agravadas em impostos sobre o património quando o titular tenha o seu domicilio em país, território ou região com regime fiscal mais favorável têm feito escola no sistema jurídico-tributário português.

A tradição advém da Contribuição Autárquica que, com a entrada em vigor do Orçamento do Estado para 2002 (*cf.* Lei 109-B/2001, de 27 de Dezembro), passa a dispor no seu artigo 16.º, n.º 3, da seguinte redação:

"*O disposto nos números anteriores não é aplicável quando o sujeito passivo do imposto tenha o domicílio em país, território ou região, sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, caso em que a taxa de Contribuição Autárquica é sempre de 2%*".

Volvido sensivelmente um ano e feita a reforma fiscal em sede de impostos sobre o património, observamos a mesma dinâmica no Código do IMT, que passava a consagrar uma taxa de imposto agravada de 15% para a aquisição de imóvel por parte de titular com o seu domicilio em país, território ou região com regime fiscal mais favorável (*cf.* artigo 17.º, n.º 4).

Todavia, a aplicação destas taxas de imposto agravadas cingia-se aos casos de detenção ou aquisição direta dos imóveis. Este quadro normativo foi, entretanto, alvo de algumas metamorfoses,

designadamente, quanto às taxas de imposto aplicáveis. Destaca-se, ainda assim, que através da Lei n.º 20/2012, de 14 de maio, passou a excluir-se, tanto em sede de IMI como de IMT, a aplicação das taxas de imposto agravadas pela detenção ou aquisição direta do imóvel sempre que o titular fosse pessoa singular (*cf.* artigos 17.º, n.º 7, do Código do IMT e artigo 112.º, n.º 17, do Código do IMI nas suas atuais redações).

O Orçamento do Estado para 2021 traz um novo volte-face ao regime, passando as taxas de imposto agravadas a aplicar-se a cenários de detenção indireta. Em sede de IMT alterou-se o n.º 4, do artigo 17.º do respetivo Código, destacando-se na alínea b) que a taxa de imposto é de 10%, sem possibilidade de qualquer isenção ou redução, sempre que o adquirente:

"*Seja uma entidade dominada ou controlada, direta ou indiretamente, por entidade que tenha domicílio fiscal em país, território ou região sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças*".

Por sua vez, o n.º 8 do artigo 17.º do Código do IMT esclarece que:

"*Para efeitos da alínea b) do n.º 4, considera-se haver uma situação de domínio ou controlo quando se verifique uma relação de domínio nos termos estabelecidos no artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro*".

Em suma, o legislador remeteu o conceito de domínio da lei fiscal para o estabelecido no CSC.

Por seu turno, em sede de IMI, a alteração relevante ocorre no artigo 112.º, n.º 4, com a introdução da alínea b), aplicando-se, assim, a taxa de imposto agravada de 7,5% nos casos em que:

"*Sejam, nos termos previstos no n.º 8 do artigo 17.º do Código do IMT, uma entidade dominada ou controlada, direta ou indiretamente, por entidade que tenha domicílio fiscal em país, território ou região sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças*".

Novamente, o legislador pretende utilizar o conceito de "domínio" do CSC, desta vez por via de dupla remissão: do Código do IMI para o IMT e, seguidamente, do IMT para o CSC.

As alterações do OE de 2021 advêm das Propostas de Lei do Grupo Parlamentar "Os Verdes" n.º 1074C e n.º 1078-C1. Abstraindo-nos agora do respetivo mérito e tributação agravada em elementos estáticos — por contraposição a fluxos de rendimento — entendeu-se que: "*O mecanismo dos paraísos fiscais caracteriza-se, regra geral, por um regime fiscal extremamente favorável, em termos de impostos sobre o rendimento, pela ausência do controlo das atividades desenvolvidas, pela permanência do sigilo bancário e comercial e pela falta de transparência e ausência de troca de informações. Através desse mecanismo, as empresas ou pessoas registam os lucros não no país onde fazem os negócios e ganham esse dinheiro, mas sim nos paraísos fiscais* (...)".

Recapitulando o quadro normativo vigente em sede de IMI e IMT: haverá tributação segundo as taxas de imposto agravadas (7,5% ou 10%, respetivamente) se, nos termos da lei, a entidade for "dominada" de acordo com o conceito adotado pelo CSC.

Face ao exposto, é fulcral compreender o alcance do conceito de domínio e o impacto da respetiva remissão expressa para outro ramo do Direito por parte das normas fiscais.

Nunca é demais recordar que a interpretação da lei fiscal está, desde logo, subordinada ao artigo 11.º da LGT, nomeadamente, o seu n.º 2:

"*Sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer diretamente da lei*".

Para auxiliar a tarefa interpretativa que nos propomos fazer, iremos, por motivos esquemáticos, começar por analisar o conceito de domínio nos termos adotados pelo CSC.

3. Sobre o conceito de domínio para o CSC

Conforme tivemos oportunidade de sublinhar, as normas fiscais remetem para o conceito de domínio constante do artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais:

"*1 - Considera-se que duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer, diretamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483.º, n.º 2, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante.*

2 - Presume-se que uma sociedade é dependente de uma outra se esta, direta ou indiretamente:

a) Detém uma participação maioritária no capital;

b) Dispõe de mais de metade dos votos;

c) Tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização.

3 - Sempre que a lei imponha a publicação ou declaração de participações, deve ser mencionado, tanto pela sociedade presumivelmente dominante, como pela sociedade presumivelmente dependente, se se verifica alguma das situações referidas nas alíneas do n.º 2 deste artigo" (sublinhado nosso).

Consagrou-se de forma expressa que a relação de domínio é exercida por sociedades, estabelecendo presunções ilidíveis como casos paradigmáticos em que isso se verifica.

Entre as formas de domínio estabelecidas, consta a detenção da participação maioritária no capital. Assim sendo, se três sociedades comerciais - e.g. "A", "B" e "C" — que não são detidas pelo mesmo ente jurídico, detêm a mesma participação noutra sociedade — e.g. "D" - de 33,33%, não existe, à partida, relação de domínio.

De igual forma, destaca-se que as pessoas singulares não são passíveis de exercer "domínio": a relação é estabelecida por sociedade dominante face a outra dominada. Por outras palavras, se Abel detém 100% do capital social de uma sociedade por quotas, o respetivo regime jurídico do CSC não será aplicável.

Sem prejuízo do exposto anteriormente, dispõe o n.º 2.º, do artigo 483.º, do CSC:

"2 - À titularidade de quotas ou acções por uma sociedade equipara-se, para efeito do montante referido no número anterior, a titularidade de quotas ou acções por uma outra sociedade que dela seja dependente, directa ou indirectamente, ou com ela esteja em relação de grupo, e de acções de que uma pessoa seja titular por conta de qualquer dessas sociedades".

No fundo, o legislador estabeleceu um conceito material de titularidade[5] ou, como também apelidado, regra de transparência das participações sociais[6]. Significa isto que é suscetível de conduzir a uma situação de domínio entre sociedades a detenção direta e indireta. Por exemplo, se a sociedade "A" é dominante de "B" porque detém a maioria do capital social e "B" detém, por sua vez, a maioria do capital social de "C", existe uma relação de domínio entre A-B, B-C e, igualmente, entre A-C.

Estas relações podem também ser estabelecidas por interposta pessoa, mas neste caso a letra da lei consagra expressamente que tal se aplica apenas nos casos em que interposta pessoa detenha ações. A lógica aqui é, novamente, atender à materialidade das relações estabelecidas e evitar a introdução de "blockers", como pessoas individuais ou coletivas para obstaculizar a contabilização material das participações e consequente aplicação do regime jurídico. Em qualquer dos casos, e como inicialmente destacámos, é a sociedade que é dominante e não a pessoa individual que "domina" a sociedade para efeitos de aplicação do regime jurídico.

Conforme demonstrado acima, as respetivas sociedades comerciais são suscetíveis de domínio plural vertical. Ou seja, a sociedade "A" é dominante de "B" e de "C". Mais discutível, porém, é a existência de domínio plural horizontal, isto é, porventura duas sociedades-mãe a exercer domínio sobre a sociedade filha[7].

Não se deve também descurar que o artigo 481.º do Código das Sociedades Comerciais delimita o âmbito de aplicação do regime das sociedades coligadas (mormente, das sociedades dominantes):

"*1 - O presente título aplica-se a relações que entre si estabeleçam <u>sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita por acções</u>.*

2 - <u>O presente título aplica-se apenas a sociedades com sede em Portugal</u>, salvo quanto ao seguinte:

5 José A. Engrácia Antunes, Os Grupos de Sociedades, 2ª Edição, 2002, pág. 318.

6 Orlando Vogler Guiné, Código das Sociedades Comerciais em Comentário, 2014, pág. 54.

7 José A. Engrácia Antunes, Os Grupos de Sociedades, 2ª Edição, 2002, págs. 545 e ss.

a) A proibição estabelecida no artigo 487.º aplica-se à aquisição de participações de sociedades com sede no estrangeiro que, segundo os critérios estabelecidos pela presente lei, sejam consideradas dominantes;

b) Os deveres de publicação e declaração de participações por sociedades com sede em Portugal abrangem as participações delas em sociedades com sede no estrangeiro e destas naquelas;

c) A sociedade com sede no estrangeiro que, segundo os critérios estabelecidos pela presente lei, seja considerada dominante de uma sociedade com sede em Portugal é responsável para com esta sociedade e os seus sócios, nos termos do artigo 83.º e, se for caso disso, do artigo 84.º;

d) A constituição de uma sociedade anónima, nos termos dos n.os 1 e 2 do artigo 488.º, por sociedade cuja sede não se situe em Portugal" (sublinhado nosso).

Tendo isto em consideração, o regime indicia que são pressupostos da aplicação os sujeitos adotarem determinada forma jurídica — sociedades por quotas, anónimas ou em comanditas por ações — e existir domínio propriamente dito.

Denote-se, assim, que estará excluído do respetivo regime as sociedades comerciais de pessoas (sociedades em nome coletivo e em comandita simples) e sociedades civis (excluindo porventura em forma comercial) — as empresas não societárias — v.g., empresários em nome individual, estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada, agrupamentos complementares de empresas, etc.[8].

Mais problemática é a aplicação do regime a sociedades sem sede em Portugal: "(...) *o elemento adicional de conexão espacial previsto pelo 481.º/2 discrimina, todavia, infundadamente, o regime a aplicar às coligações internas e internacionais, criando até um regime mais favorável para as sociedades estrangeiras que atuam em Portugal*"[9]. Conforme evidencia a doutrina, esta interpretação levaria a resultados indesejados[10]. Na mesma senda, não descurando esta consequência, outros analisam se a remissão para tais conceitos ao longo do respetivo regime jurídico deve estar balizado ou não pela aparente delimitação espacial ou pessoal ou, porventura, se são capazes de se soltar dessas amarras[11].

Esta breve excursão ao regime do CSC e notas doutrinárias não é inócua. Como veremos mais à frente, será retomado para efeitos de interpretação do conceito de domínio na lei fiscal. Tal como temos vindo a destacar, as regras de hermenêutica fiscal sublinham que a utilização de conceitos de outros ramos de Direito deve ser interpretado como aí o são, salvo se outra interpretação decorrer diretamente da lei (*cf.* artigo 11.º, n.º 2, da LGT).

---

8 José A. Engrácia Antunes, Os Grupos de Sociedades, 2ª Edição, 2002, pág. 294 e ss.

9 Ana Perestrelo de Oliveira, Código das Sociedades Comerciais Anotado, 3ª edição, 2020, pág. 1554.

10 José A. Engrácia Antunes, O Âmbito de Aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço, 2002, pág 105 e ss.

11 "(...) *sempre que o recurso à noção de «relações de domínio ou de grupo» tenha como objectivo assegurar a eficácia da ratio das normas, impedindo que as mesmas sejam defraudadas mediante a interposição de sociedades, parece ser de defender que a sede da sociedade é irrelevante*", Catarina Tavares Loureiro e Joana Torres Ereio, A Relação de Domínio ou de Grupo como Pressuposto de Facto para a Aplicação das Normas do Código das Sociedades Comerciais – O Âmbito Espacial em Particular, disponível em: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3223/documento/art05.pdf?id=3371&forceDownload=true.

4. Sobre o conceito de domínio para a Autoridade Tributária na aplicação das taxas de imposto agravadas em IMI e IMT

A posição veiculada pela Autoridade Tributária e Aduaneira nos pedidos de informação vinculativa aos quais temos feito menção é relativamente simples de se explicar: segundo esta, a remissão feita para o CSC e conceito de domínio deve abranger qualquer figura jurídica, ente ou forma societária, incluindo, como veremos, pessoas singulares. Fundamentando esta posição, a Autoridade Tributária e Aduaneira socorre-se da expressão "entidade", constante do artigo 112.º, n.4º, alínea b), do código do IMI, atribuindo-lhe ampla relevância interpretativa.

Por razões de exposição, segregaremos os tópicos mais relevantes e respetivos trechos resultantes dos pedidos de informação vinculativa publicados.

4.1. Domínio por pessoa singular

A Autoridade Tributária e Aduaneira problematiza nos pedidos de informação vinculativas n.º 21957 e 21969 se a detenção de sociedade comercial residente em Portugal por pessoa singular com domicílio fiscal em país, território ou região sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, pode espoletar a aplicação das taxas de imposto agravadas. Em ambos considera que se devem aplicar as taxas de imposto agravadas.

Lê-se num destes pedidos de informação vinculativa:

"*A dúvida coloca-se no detentor único — pessoa singular — do capital social e no/na domínio/influência que este, por causa da quota detida, exerce na requerente, como sociedade comercial subordinada ao CSC. Enquanto pessoa singular domiciliada em território com regime de tributação privilegiada, o acionista único não tem nem adquiriu, efetivamente, qualquer tipologia societária*".

Noutro excerto relevante destes pedidos:

"*A detenção futura da totalidade do capital social da requerente por sócio único, pessoa singular domiciliada em território (Mónaco) que beneficia de um regime de tributação mais favorável, torna evidente o exercício de um domínio/controlo — direto — à luz do disposto no artigo 486.º do CSC*".

4.2. Domínio conjunto de pessoas singulares

O pedido de informação vinculativa n.º 22273 apresenta uma particularidade curiosa, pois — ainda que os dados sejam parcos — a dada altura a Autoridade Tributária e Aduaneira parece analisar se a detenção conjunta por dois sócios pessoas singulares domiciliados em território que dispõe de regime fiscal mais favorável é passível de espoletar as taxas de imposto agravadas de IMI:

"(...) *a soma das suas participações (diretas) não constitui pressuposto válido, à luz das presunções estabelecidas no n.º 2 do artigo 486.º do CSC do referido agravamento de taxa do IMI, pois que detêm participações minoritárias, a par da participação da sociedade [X] Limited*".

Contudo, de seguida, esclarece:

"(...) *no enquadramento da aplicação da taxa agravada deve-se dar relevância ao controlo ou domínio que esses dois sócios exercem na sociedade [X] Limited, por força das quotas nela detidas, o que significa que as participações diretas devem ser analisadas conjuntamente com as participações indiretas, repercutindo-se esse resultado na esfera individual de cada um deles. O agravamento tributário introduzido depende assim da análise conjunta das participações diretas e indiretas de cada investidor, pelo que, pelo menos um dos sócios terá sempre uma participação maioritária no capital*".

A Autoridade Tributária volta a concluir que se devem aplicar neste caso as taxas de imposto agravadas.

4.3. Relevância do conceito de beneficiário efetivo e o domínio por detenção de outras entidades

A particularidade do pedido de informação vinculativa n.º 22835 assenta, primeiramente, na análise do conceito de beneficiário efetivo e aproximação com a relação de domínio para aplicação das taxas de imposto agravadas. A par disso, a Autoridade Tributária e Aduaneira analisa o encadeamento das participações sociais para efeitos da relação de domínio.

O beneficiário efetivo assume relevância neste tema pois, à falta de critérios objetivos que permitam à Autoridade Tributária e Aduaneira analisar a estrutura corporativa, em particular nos casos em que a jurisdição em causa não dispõe de troca de informações automática, este poderia ser um dos critérios de que se socorreria. Adiante-se, desde logo, que entendemos que isto é um equívoco na medida em que a lei nunca se refere a tal conceito, o que provoca uma confusão conceptual desnecessária. De qualquer modo, é curioso notar que a Autoridade Tributária e Aduaneira tenta essa aproximação, embora a descarte nas suas conclusões:

"(...) *a insuficiência de dados concretos oferecidos no pedido sobre como o beneficiário efetivo exerce o controlo nas duas entidades prejudica a análise da existência da relação de domínio / influência dominante, ou da verificação das demais presunções (ilidíveis) respaldadas no n.º 2 do artigo 486.º do CSC*".

Fechada esta via, a Autoridade Tributária e Aduaneira prossegue analisando a estrutura do requerente:

"*Conforme resulta do pedido e do diagrama que lhe está anexo, o controlo exercido sobre o requerente realiza-se economicamente, por via de participações de várias entidades, algumas das quais localizadas em território considerado de tributação privilegiada, e, por outro lado, de forma política, pela entidade A* (...).

A constatação do controlo e/ou domínio — económico — indireto manifesta-se, desde logo e designadamente, pelas participações que a entidade B (28,993%) e a entidade C (sedeada em território de tributação privilegiada) (35,018%) detêm na entidade D, sendo através desta que há domínio indireto de 75% das participações do requerente. Num exercício isolado, é certo que cada uma das participações se considera inaptas à concretização do conceito de domínio indireto; porém, o facto das entidades B e C serem detidas e administradas a 100% por entidade domiciliada em território de tributação privilegiada, dúvidas não restam de que se devem considerar elegíveis à verificação do referido exercício indireto".

Ao que tudo indica, pelo menos quanto à soma das participações sociais, o entendimento da Autoridade Tributária e Aduaneira afigura-se correto, na medida em que embora as entidades intermédias possam não espoletar a relação de domínio, se a que está acima desta as detém a 100% e consta de território de tributação privilegiada então, em tese, tal é suscetível de espoletar a aplicação das taxas de imposto agravadas.

4.4. Domínio sobre fundo sem tipologia societária

O pedido de informação vinculativa n.º 22074 debruça-se sobre a detenção indireta de unidades de participação por pessoa singular em Organismo de Investimento Coletivo fechado sob forma contratual:

"*No concreto caso apresentado pelo requerente e como é por demais evidente, o Fundo não tem nem adquiriu qualquer tipologia societária, encerrando uma natureza estrutura, com consequências e vicissitudes, até a nível tributário, distintas e distantes das sociedades comerciais, não obstante poder verificar-se uma aplicação subsidiária e pontual do CSC em determinadas matérias. O mesmo se diga do detentor de mais de 50% do capital social da participante única do Fundo requerente, uma vez que se trata de pessoa singular* (...).

A autonomia patrimonial do Fundo requerente, assim como a influência exclusiva da entidade gestora na sua administração e desde que se trate de um OIC fechado, como é o caso, não configuram fundamento idóneo à ilisão das presunções previstas no n.º 2 do artigo 486.º do CSC, pois que os poderes deliberativos atribuídos às assembleias de participantes (artigo 61º n.º 1 do RGOIC) se podem traduzir numa influência dominante no devir da gestão do Fundo requerente por parte de todos, alguns ou de um participante que, de facto e/ou de iure, possa(m) dominar/determinar o sentido das votações nessa assembleia".

Na linha deste raciocínio, concluiu a Autoridade Tributária e Aduaneira que:

"*A falta da natureza societária do requerente e também do detentor de mais de 50% do capital social da participante única do Fundo, a autonomia patrimonial (pessoa singular), assim como a influência exclusiva da entidade gestora na sua administração enquanto Fundo fechado, não configuram fundamento idóneo à ilisão das presunções previstas no n.º 2 do artigo 486º do CSC e, por maioria de razão, não inibem a aplicação da nova regra da alínea b) do n.º 4 do artigo 112.º do CIMI*".

4.5. Outras figuras do direito estrangeiro

Finalmente, o pedido de informação vinculativa n.º 21838 versa sobre as relações de domínio em figuras estrangeiras muito específicas, designadamente, *Special Limited Partnerships* (*société en commandite spéciale*) — SCSp[12], que detém a maior parte do capital social da requerente: sociedade de investimento imobiliário de capital fixo.

Por sua vez a SCSp está vinculada contratualmente e de um ponto de vista de gestão a um *General Partner* S.a.r.l.[13] que é detido por entidade domiciliada em território de tributação privilegiada, neste caso em Jersey, também (aparentemente) uma Limited Partnership.

Entendeu a Autoridade Tributária que:

"*A natureza societária adquirida ao abrigo de regime próprio e distinto do CSC, a autonomia patrimonial, assim como a influência exclusiva da entidade gestora na sua administração enquanto sociedade de investimento imobiliário de capital fixo, não inibem a aplicação da nova regra da alínea b) do n.º 4 do artigo 112.º do CIMI*". Prosseguindo, "(...) *a gestão — indireta — efetuada por entidade domiciliada na Ilha de Jersey (a [] Fund SLP LP), faz operar o agravamento da taxa introduzido (artigo 112.º n.º 4 alínea b) do CIMI), na medida em que, sendo ou podendo a sociedade gestora da requerente ser designada por tal entidade (alínea c) do n.º 2 do artigo 486.º do CSC), faz presumir a sua dependência e, concomitantemente, o exercício de um domínio/controlo (indireto)*".

4.6. Notas preliminares

Os trechos citados evidenciam que a Autoridade Tributária e Aduaneira tem uma interpretação bastante lata do conceito de domínio, visto que o aplicam a um sem-número de realidades sem grande justificação ou preocupação com as regras de hermenêutica tributária.

A Autoridade Tributária e Aduaneira considera que qualquer ente jurídico pode ser "dominante", mormente, pessoas singular ou outras tipologias não societárias. Algo que, diga-se de passagem, contrasta com a normatividade do CSC.

Como já evidenciámos, a interpretação da Fazenda Pública funda-se, essencialmente, na expressão "entidade", constante do artigo 112.º, n.º 4, alínea b), do Código do IMI, que permitiria, segundo o seu entendimento, livrar-se de constrangimentos do CSC por ser um termo suficientemente amplo. Porém, o facto de um termo ser terminologicamente amplo, não quer dizer que tenha cunho jurídico amplo. Ou, sendo tecnicamente mais corretos: tal não significa que sobrepese sobre os restantes termos jurídicos de acordo com as regras de interpretação das normas fiscais.

No nosso entender, nem todas as entidades devem estar sujeitas às taxas de imposto agravadas por controlo indireto ou, melhor dizendo, devem ser tidas como relevantes para efeitos da relação

12 Partnerships que são sociedades em comandita de acordo com a lei luxemburguesa e que diferem, de um ponto de vista legal, pela ausência de personalidade jurídica, quando comparadas com as SCS (*société en commandite spéciale*).

13 *Société à responsabilité limitée – SARL*, tratando-se, no fundo, de uma sociedade comercial.

de domínio, nomeadamente, quando se trate de pessoas singulares. Antes de apresentarmos a nossa proposta interpretativa teremos, invariavelmente, de recuperar conceitos-chave de hermenêutica fiscal.

5. Sobre a interpretação (devida) do conceito de domínio

5.1. Breves notas sobre a hermenêutica tributária

Aqui chegados, importa recordar que "*as normas jurídicas tributárias são normas jurídicas, idênticas a qualquer outra, com necessário fundamento axiológico* (...)"[14]. E, como são normas jurídicas, necessitam de ser interpretadas de acordo com certas regras — também elas jurídicas — que estabelecem critérios pelos quais o intérprete-aplicador se deve guiar.

A presente temática, apesar de nova, apresenta-se sob velhas roupagens. Como interpretar a norma fiscal e como se dá o acolhimento de conceitos de outros ramos de Direito é um tema clássico da ciência tributária. Todavia, não nos espanta que mais uma vez se coloque a dúvida, na medida em que cada texto, remissão e restantes regras devem ser adaptadas para o caso em concreto. Neste, procuramos responder a uma questão aparentemente simples: como interpretar o conceito de "domínio" utilizado nos impostos sobre o património, sabendo que este é remetido expressamente para outro ramo de Direito, o Societário.

A este propósito, consagra o artigo 11.º, n.º 1, da LGT:

"*Na determinação do sentido das normas fiscais e na qualificação dos factos a que as mesmas se aplicam são observadas as regras e princípios gerais de interpretação e aplicação das leis*".

A LGT reafirma o princípio geral de que na interpretação das normas fiscais deverá atender-se às regras do Código Civil, nomeadamente ao seu artigo 9.º. Mais à frente, estatui o n.º 2 do artigo citado:

"*Sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer directamente da lei*" (sublinhado nosso).

Este balizamento feito pela LGT é fulcral para compreender o alcance das remissões e utilização de conceitos advindos de outros ramos de Direito. O Direito Fiscal não faz prevalecer a substância económica da jurídica. Pelo contrário: atende em primeiro lugar à substância jurídica, considerando que se deve respeitar o sentido que decorra do outro ramo de Direito.

14 Diogo Leite de Campos, Problemas Fundamentais do Direito Tributário, A Interpretação das Normas Fiscais, pág. 27 e ss.

Subjaz ao acolhimento de conceitos de outros ramos de Direito na hermenêutica fiscal o próprio avanço da ciência tributária que gozará da consolidação de conceitos longamente estudados por outros ramos, permitindo assim maior certeza e segurança nas relações jurídicas[15].

Todavia, surgindo dúvidas, dispõe o n.º 3 do artigo 11.º da LGT:

"*Persistindo a dúvida sobre o sentido das normas de incidência a aplicar, deve atender-se à substância económica dos factos tributários*".

Diz-se, assim, que o número 2 e 3 da LGT são de aplicação sucessiva[16]. A aplicação é sucessiva, não alternativa. A aplicação do n.º 3 da LGT depende da existência de dúvidas[17] sobre o alcance, mas não leva a uma interpretação das normas jurídicas com base somente na substância económica. Se assim fosse, desrespeitar-se-iam os ditames gerais citados da interpretação das respetivas normas. Conforme destaca a doutrina autorizada:

"*Esta via conduz facilmente à derrogação das normas jurídicas pelo intérprete, a pretexto, mais ou menos declarado, da sua inadequação aos resultados económicos que são erigidos, com largo subjetivismo, em sua finalidade* (...) *com grave prejuízo da certeza e da segurança do direito fiscal e, em última análise, do próprio princípio da legalidade dos imposto* (...)"[18].

Observa-se também na jurisprudência a afirmação do que temos vindo a discorrer: "*As leis fiscais que usam termos próprios de outro ramo do direito devem interpretar-se, em regra, com o sentido que aí têm*"[19].

A este propósito, a título exemplificativo, ainda na vigência da antiga SISA, discutia-se o conceito de transmissão adotado pelo Código era o civilístico ou outro que decorria expressamente da lei, leia-se, um autónomo, determinando o STA:

"*O próprio art.º 90º do Código basta-se com a mudança nos possuidores dos bens, sendo desnecessária a mudança nos donos dos bens. Nos termos do artº 11º, nº 2, da Lei Geral Tributária, sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito (v.g. transmissão), devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer directamente da lei. e diz o n.º 3: persistindo a dúvida sobre o sentido das normas de incidência a aplicar, deve atender-se à substância económica dos factos tributários. Ora, resulta da*

15 Jorge Lopes de Sousa, Lei Geral Tributária anotada e comentada, pág 121.

16 António Lima Guerreiro, Lei Geral Tributária anotada, pág 85.

17 Conforme destaca Carlos Lobo: "*Consagra-se, em particular, que só é legítimo o recurso na interpretação das normas tributárias à substância económica dos factos tributários em caso de a dúvida sobre o sentido e alcance das normas tributárias persistir após o esgotamento após os meios comuns de interpretação das normas jurídicas. Por outro lado, declara-se que, sempre que as normas de Direito Tributário adoptem conceitos próprios de outros ramos de direito, presume-se que o seu sentido é o que aí têm. Põe-se cobro a interpretações arbitrárias das normas do Direito Fiscal a pretexto da sua especificidade e que, por vezes, têm sido a causa de litígios inúteis entre a Administração Tributária e os contribuintes*", em Alguns Aspetos Relativos À Lei Geral Tributária, pág 7, disponível em: Plano de unic (isg.pt).

18 Jorge Lopes de Sousa, Lei Geral Tributária anotada e comentada, pág 122.

19 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 926829, de 16 de outubro de 2002, disponível em: Acordão do Supremo Tribunal Administrativo (dgsi.pt).

lei fiscal que o conceito transmissão, utilizado no artº 3º do Código, se refere não à transmissão do direito civil, mas à transmissão fiscalmente relevante – transferência real e efectiva dos bens".

5.2. Interpretação proposta

Conforme tivemos oportunidade de demonstrar, a Autoridade Tributária e Aduaneira adota uma visão simplista do conceito de "domínio", cabendo dentro deste todas e quaisquer realidades ou estruturas, desde que a dada altura haja interação com um país, território ou região sujeito a um regime fiscal mais favorável.

Recuperando mais uma vez a redação da norma relevante em sede de IMT (para a qual o IMI igualmente remete):

"*Seja uma entidade dominada ou controlada, direta ou indiretamente, por entidade que tenha domicílio fiscal em país, território ou região sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças* (*sublinhado nosso*).

(...)

Para efeitos da alínea b) do n.º 4, considera-se haver uma situação de domínio ou controlo quando se verifique uma relação de domínio nos termos estabelecidos no artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro" (sublinhado nosso).

Denote-se que o conceito operativo de domínio para o qual a lei fiscal remete é o do CSC, mas a Autoridade Tributária e Aduaneira tem sobrepesado a expressão "entidade" face aos restantes itens interpretativos.

No nosso entender, tal subverte o intuito da remissão expressa para o CSC. Caso o legislador quisesse um conceito abrangente de domínio tê-lo-ia feito expressamente, por via da adoção de um conceito autónomo, como fez ao abrigo da SISA, por exemplo, quanto às transmissões, conforme destacado acima. Se assim não for, desvirtuamos a remissão para o CSC e, consequentemente, desrespeitamos o artigo 11.º, n.º 2 da LGT. Novamente: se o legislador pretende incluir todo e qualquer ente jurídico, então a remissão deveria ter sido feita tão-só para as presunções de domínio — i.e. indícios que relevariam sobre qualquer figura jurídica a existência de domínio — mas a lei fiscal decide fazê-lo para o artigo 486.º do CSC no seu todo. Em última análise, estaremos a suplantar a letra da lei em busca de uma conceção de justiça teleológica.

Aliás, se olharmos para a sistematicidade do Código do IMT a expressão "entidade" é usada inúmeras vezes sem grande critério e tipicamente associada a pessoas coletivas (e.g. artigo 8.º, n.º 2 do CIMT) ou entidades públicas que desempenham funções notariais (e.g. artigo 49.º, n.º 1 do CIMT). O mesmo se diga em sede do Código do IMI, *cf.* artigo 93.º, n.º 4 ou, noutro exemplo, o artigo 112.º, n.º 20, que equipara entidade a pessoa coletiva.

Tudo isto para dizer o seguinte: não há um critério único utilizado ao longo das normas tributárias, pelo que dele não se extraí conteúdo interpretativo útil para advogar que se aplica a qualquer figura jurídica sem mais.

No fundo, consideramos irrelevante a utilização da expressão entidade — sobretudo para sustentar que o conceito de domínio deve abarcar toda e qualquer realidade jurídica — quando este não é por si só operante; em particular, quando há remissão expressa para o conceito de domínio CSC e da sistematicidade do regime fiscal não se extraí um conceito unívoco de "entidade.

Conforme tivemos oportunidade de ilustrar, o conceito de domínio em sede societária só se aplica às respetivas estruturas societárias:

"1 - Considera-se que duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer, diretamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483.º, n.º 2, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante" (sublinhado nosso).

Por outras palavras, a relação de domínio é estabelecida entre duas sociedades. Ou seja, uma sociedade domina a outra. As pessoas singulares poderão sobrepesar para efeitos do cômputo da relação de domínio (*cf.* artigo 483.º, n.º 2 do CSC), todavia, não se poderá dizer que uma pessoa singular é dominante de outra sociedade. Por esta razão, torna-se clarividente que não deve a pessoa singular relevar como "entidade" dominante para aplicação das taxas de imposto agravadas.

Aliás, caso vingue a interpretação da Autoridade Tributária e Aduaneira de que as pessoas singulares devem relevar enquanto entidades dominantes, gerar-se-á uma incongruência interpretativa de difícil resolução, já que a detenção direta por pessoas singulares localizada em territórios com regime fiscal privilegiado não espoleta a tributação das taxas de imposto agravadas. Porém, a detenção indireta via sociedade comercial em Portugal já espoletaria. Nestes casos, para além de outros argumentos facilmente invocáveis, como a igualdade ou a proibição de se evitar embaraços que desincentivem o sujeito passivo da realização de investimentos de forma direta ou através de sociedade, poderá trazer-se, mais uma vez, o tema da livre circulação de capitais à colação, já que uma pessoa singular residente em Portugal que detenha indiretamente um imóvel através de uma sociedade comercial portuguesa não está sujeito às taxas agravadas; todavia, a pessoa singular residente num país ou território considerado de tributação privilegiada que detenha o imóvel através de uma sociedade comercial portuguesa estará sujeita às taxas de imposto agravadas[20].

Dúvidas não restam que a nossa leitura é a que mais se aproxima da letra da lei e que respeita as regras interpretativas do artigo 11.º, n.º 2 da LGT, visto que aplica os conceitos conforme decorrem do outro ramo do Direito, salvo se outro sentido decorrer diretamente da lei. Como fizemos questão de sublinhar, não decorre diretamente da lei que o alcance do conceito "entidade" abrangerá pessoas singulares. Na verdade, cremos que só deve abranger estruturas societárias a que o Código das Sociedades Comerciais se refere (deixando assim de fora outro tipo de figuras jurídicas, como os fundos sem forma societária, por exemplo).

20 Recordamos que em matéria de comparabilidade, no exercício das liberdades fundamentais, o termo de comparação quando está em causa a jurisdição em que esta liberdade é exercida, por exemplo, sendo o *Host State* Portugal, deverá ser feito entre a situação de um residente em Portugal com a de um não residente (e não, porventura, entre não residentes). A este propósito, veja-se, Tom O'Shea, Understanding EU Tax 2020, pág 46 e ss.

Segundo entendemos, só decorre de forma expressa da lei — o que é relevante para a parte final do artigo 11.º, n.º 2 da LGT — que o regime e conceito de domínio se deve aplicar a entes não residentes (o que, no nosso entender, se traduz somente em estruturas societárias comerciais equiparadas às nossas no âmbito do CSC).

Reconhecemos que esta nossa posição referente às estruturas societárias passíveis de domínio possa ser atacada na medida em que parece possibilitar a introdução de "blockers", como por exemplo sociedades de pessoas estrangeiras, para impedir a qualificação de certo "domínio". Aqui, não nos desligamos da possibilidade de aplicação de cláusulas anti-abuso para a adoção de um *look-through approach*. No entanto, conforme temos vindo a reivindicar, admitir um conceito extenso de "entidade" ou permitir o domínio por outro tipo de figuras jurídicas que não as constantes do CSC, é, segundo cremos, ir para além da letra da lei e não respeitar a hermenêutica fiscal. Em última análise, cabe ao legislador ser diligente e adotar expressamente, se assim entender, um conceito amplo de entidade, domínio e respetivo encadeamento em termos de estruturas passíveis de estarem abrangidas pelas taxas de imposto agravadas.

Adicionalmente, cabe ainda realçar que a lei comercial utiliza presunções ilidíveis para a determinação do conceito de domínio — o que, como sabemos, em fiscal só existem deste género, *cf.* artigo 73.º da LGT — pelo que o sujeito passivo sempre poderá ilidir o domínio na aplicação das taxas de imposto agravadas. Dos pedidos de informação vinculativa analisados, a Autoridade Tributária e Aduaneira não é inteiramente clara sobre isto, pelo que nos cabe reforçá-lo.

Finalmente, o respeito pelos critérios de domínio estabelecidos pelo CSC deve ser seguido de perto. Por exemplo, entendemos que a Autoridade Tributária e Aduaneira não poderá aproveitar a existência de duas sociedades comerciais sitas em território de tributação privilegiada para espoletar uma das presunções de domínio quanto à detenção da maioria do capital social. Por exemplo, se a sociedade A residente em Portugal é detida em 51% por 2 sociedades sediadas em regime fiscal privilegiado (24% uma e 26% a outra) que não são detidas por sociedade também sita em regime fiscal mais favorável, entendemos que não há domínio porque este deve verificar-se isoladamente segundo o CSC. Ou seja, não se deve somar as participações pelo facto daquelas sociedades se situarem em territórios constantes de regime de tributação mais favorável: o domínio é analisado singularmente. Parece ainda reforçar esta posição o facto da norma constante do artigo 17.º, n.º 4, alínea b), do IMT, correspondente ao 112.º, n.º 4, alínea b), do IMI, fazer referência à relação de domínio no singular.

6. Conclusão

Em jeito de conclusão, entendemos que a interpretação do conceito de domínio veiculado pela Autoridade Tributária e Aduaneira nos pedidos de informação vinculativa mencionados se afigura *contra legem*, pois desde logo considera ser possível que exista domínio exercido por pessoa singular ou uma pessoa jurídica que não seja uma sociedade, o que vai ao arrepio do conceito de domínio adotado ao abrigo do CSC, para o qual a norma tributária expressamente remete.

Segundo entendemos, o termo "entidade" à qual a norma em sede de IMI e IMT se refere, não poderá ter a relevância interpretativa dada pela Autoridade Tributária e Aduaneira por não ser um conceito unívoco no panorama fiscal, em particular, em sede de impostos sobre o património e, como acima adiantámos, porque existe uma remissão expressa para o CSC e as regras de hermenêutica fiscal, mormente, o artigo 11.º, n.º 2, da LGT, determinam que os conceitos próprios de outros ramos de Direito devem ser interpretados no sentido que desses ramos decorrem, salvo se outro surgir diretamente da lei. Ora, não se poderá dizer que decorre expressamente da norma tributária que a utilização daquele conceito é suficiente para abranger toda e qualquer realidade pelas razões já indicadas e porque, se assim for, outros problemas daí surgem, como a lei não aplicar as taxas de imposto agravadas à detenção direta por pessoas singulares residentes em jurisdições com tributação mais favorável, porém, aplicar estas quando existe sociedade comercial portuguesa a deter o ativo. Sendo assim, impera a lógica que a tributação agravada se justifique pela existência de sociedade comercial em Portugal, levando a um resultado interpretativo escabroso que vai, novamente, ao arrepio de outras regras e princípios estruturantes do sistema fiscal. No nosso entender — e sem prejuízo do exposto acima — só resulta diretamente da lei que o regime das taxas de imposto agravadas é aplicável às estruturas sediadas em regime ou território mais favorável que dominem sociedade comercial portuguesa, em particular, estruturas societárias a que o Código das Sociedades Comerciais se refere ou equiparadas, subsumindo-se, assim, à parte final do n.º 2 do artigo da LGT citado.

Conforme aludimos, cremos que a remissão para o CSC deve ser entendida no seu todo, leia-se, para as sociedades comerciais aí mencionadas, já que no CSC somente a estas é aplicável o respetivo regime jurídico. Assim sendo, por questões de coerência e bebendo mais uma vez das regras de hermenêutica destacadas, não será possível a existência de domínio se uma sociedade de pessoas estrangeira dominar uma sociedade comercial portuguesa. Como fizemos questão de sublinhar, esta posição é certamente atacável quando o prisma é a substância, mas parece ser a que mais se adequa ao entrecruzamento interpretativo das regras jurídicas e respetiva hermenêutica fiscal. Nunca é demais recordar que a ciência fiscal está ancorada na tecnicidade e não apenas na arrecadação de receita a todo o custo ou tributação com base na substância económica (essa é, aliás, subsidiária e só para os casos em que restam dúvidas, *cf.* artigo 11.º, n.º 3, da LGT) que suplante inteiramente a letra da lei.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 66, diciembre 2024, pp. 121-137

Artículos

NUEVAS TENDENCIAS EN EL SECTOR INMOBILIARIO: *SENIOR LIVING* – PROBLEMÁTICA CONTRACTUAL

Juan Antonio Pérez Rivarés* y Rafael García-Perrote Martínez**
Abogados del Área Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona)

Nuevas tendencias en el sector inmobiliario: *senior living* - problemática contractual

España es uno de los países con mayor esperanza de vida y, al tiempo, mayor calidad de vida; si a ello se une la baja natalidad, la conclusión necesaria es que España se dirige a un escenario de pirámide poblacional invertida (o, cuando menos, rectangular) donde la franja de población mayor de sesenta y cinco años representará una porción muy notable del total. Este fenómeno se ve acelerado por el buen clima y la excelente gastronomía española, así como por la competitividad de los precios en España respecto al norte de Europa, que convierten a nuestra patria en destino por excelencia para la población senior de otros países. Además, la población mayor cada vez goza de una mejor salud hasta una mayor edad. Así pues, ante este escenario, el mercado inmobiliario —inspirándose en productos desarrollados en ubicaciones americanas igualmente bendecidas por el buen clima— ha dado entrada al conocido en la industria como senior living: un producto residencial concebido para gente mayor no dependiente y destinado a satisfacer sus particulares necesidades e inquietudes, si bien alejado del modelo de residencia de ancianos tradicional. Ahora bien, como el ordenamiento jurídico no evoluciona a la misma velocidad que el mercado, pueden generarse (y se generan) tensiones entre las figuras jurídicas existentes y las necesidades de los operadores en este nuevo sector. Este artículo trata de arrojar luz, siquiera someramente, sobre las posibilidades que las figuras jurídicas actualmente existentes pueden ofrecer al sector del senior living.

PALABRAS CLAVE:
Vivienda, Living, Senior Living, Envejecimiento poblacional, Arrendamiento de vivienda, Arrendamiento de temporada, Contrato de hospedaje, Derechos de usufructo, uso y habitación.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE).

** Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Ramon Llull (ESADE).

New trends in the real estate sector: senior living – contractual issues

The average life expectancy in Spain is amongst the highest in the world as is the standard of living. And if we also factor in Spain's low birth rate, it would appear that it is heading towards an inverted (or, at least, rectangular) population pyramid scenario in which people over 65 represent a very significant portion of the country's overall population. This is "made worse" by Spain's warmer climate and Mediterranean cuisine, as well as its prices compared to northern Europe, which makes Spain an ideal destination for senior citizens from other countries. The elderly are also in better health today. It is in this scenario that a new product has emerged in the Spanish real estate market: senior living, which is inspired by the products developed in North American locations that also have a milder climate. Senior living is, essentially, a residential product for non-dependent seniors that satisfies their particular needs and concerns in a way that the traditional model of retirement homes does not. But as the legal system does not evolve at the same rate as the market, problems could arise (and have arisen) between the legal solutions currently available and the particular needs of those who operate this new product. This article sheds some light — even if just faintly — on how the existing legal concepts can be used for the senior living sector.

KEYWORDS:
Housing, living, senior living, elderly population, residential lease, seasonal lease, accommodation agreement, usufruct, use and housing rights.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 28-11-2024

Pérez Rivarés, Juan Antonio; García-Perrote Martínez, Rafael (2024). Nuevas tendencias en el sector inmobiliario: *senior living* - problemática contractual. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 121-137 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Es indudable que el residencial es uno de los sectores más dinámicos en el mercado inmobiliario: no hay día en que la prensa no se haga eco de él ni en que, muy probablemente, los inversores no analicen alguna oportunidad. Ahora bien, este sector, también conocido en España con el vocablo anglosajón *living*, es muy amplio y abarca desde las figuras residenciales tradicionales (ya sea en régimen de propiedad o de alquiler) a otras figuras más novedosas generalmente encuadradas bajo la categoría de *flex living*, paraguas bajo el cual se encuadran tanto figuras de reciente (y no tan reciente) implantación en el mercado español (como el *coliving*, *cohousing* o el *student housing*) como otras más tradicionales (como el conocido como *affordable housing* o vivienda a precio asequible).

En ese panorama, ¿dónde entra el *senior living* y cómo puede definirse? Aunque no existe un concepto de *senior living* en nuestro ordenamiento jurídico ni generalmente aceptado en el mercado nacional o internacional, en la medida en que bajo este *nomen* se engloban en la práctica muy diversas modalidades que en ocasiones poco tienen que ver entre sí, en un intento de conceptualización probablemente encuadraríamos el *senior living* como una subcategoría de *flex living* cuyos principales rasgos serían, en la mayoría de casos, los siguientes: (i) tener por objeto una vivienda destinada, en la mayoría de los casos, a residencia permanente, (ii) de gente mayor o *senior* (esencialmente, mayores de 65 años), independiente y sin necesidad de atención sanitaria (en contraposición a otros modelos —tradicionales y bien conocidos en el sector— enfocados a

un grupo poblacional calificado como *frail*, o de salud débil, o *dependent*, esto es, en situación de dependencia, que no sería otra cosa que el habitualmente conocido como sector del *healthcare*), (iii) generalmente ubicada en un complejo, dotado de un amplio abanico de elementos comunes o *amenities* (restaurante, biblioteca, gimnasio, salas de trabajo, salas de cine, piscina, etc.), con servicios adaptados a sus necesidades (servicios de fisioterapia y/o nutrición, teleasistencia médica, enfermería, etc.) y con actividades que tienen por objeto promover un estilo de vida activo e independiente.

Esta figura, con un enorme arraigo en el mercado anglosajón (en el que coexisten productos que comprenden desde las viviendas independientes, pasando por el *senior resort*, hasta el modelo asistencial tradicional), no está exenta de dificultades en lo que a su encaje en el ordenamiento jurídico español se refiere, y lleva a plantearse si debe tratarse como una figura puramente residencial, una figura de corte turístico o una figura asistencial (y, por tanto, sujeta a limitaciones regulatorias sectoriales); o si, por el contrario, es una suerte de medusa con múltiples cabezas que abarca a todas esas figuras.

Como no puede ser de otro modo, en el ámbito de *senior living* y en la definición del modelo contractual que cabe emplear con los residentes, resulta necesario conjugar los tres ámbitos normativos en presencia: el urbanístico, la regulación sectorial y el ordenamiento civil.

2. *Senior living*: una breve aproximación demográfica

La importancia del *senior living* en el mercado español radica en su proyección de futuro. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística[1], España es uno de los países con la esperanza de vida más alta de la Unión Europea (y, por extensión, cabe asumir que del mundo), solo a la par con Italia, Suecia y Luxemburgo.

Asimismo, España tiene a día de hoy cerca de un 30 % de la población mayor de cincuenta años y un 20 % mayor de sesenta y cinco años[2], y una tasa de fecundidad del 1,16[3]; ello nos sitúa, por tanto, muy por debajo de la tasa de reemplazo[4].

Si a dichos datos se les une una creciente esperanza de vida, que a fecha de cierre de este artículo se sitúa en una media de 83,08 años[5], pero que se prevé que incremente hasta 2073 a los 86 años para hombres y 90 para mujeres,[6] ello conduce a la conclusión necesaria de que el número de hogares *senior* va a sufrir incremento, si no exponencial, al menos sí muy relevante. Es más, este es

1 Pueden consultarse en https://www.ine.es/ y en subsecciones que incluyen publicaciones más especializadas, como https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888.

2 Concretamente de un 20,15 % en 2023. En tal sentido véase: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1488.

3 https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177003&menu=ultiDatos&idp=1254735573002.

4 Que generalmente se fija en el 2,1.

5 https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177003&menu=ultiDatos&idp=1254735573002.

6 https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=36775.

un factor que ya se empieza a ver en estos momentos, pues la generación tradicionalmente conocida como del *baby boom* (esto es, los nacidos entre 1958 y 1977) han empezado a jubilarse en 2023 y lo estarán haciendo hasta 2042. Por ello, las predicciones estiman que el número de personas con más de 65 años rondará el 30 % en 2040, y no puede obviarse que este sector de la población cada vez goza de una mejor salud hasta un momento más tardío[7] (y se espera que el número de años de buena salud se incremente paulatinamente a la par que el de la esperanza de vida).

Teniendo en cuenta que, además, España goza de un clima privilegiado, una gastronomía excelente, buenas infraestructuras (y, en particular, las sociosanitarias) y un alto grado de competitividad en precios frente a otros países desarrollados, ello ha supuesto que nuestro país, y especialmente el levante mediterráneo peninsular, haya devenido en un polo de atracción de población *senior* anglosajona y de origen continental europeo.

En definitiva, los datos y su evolución proyectada muestran claramente que el público objetivo del *senior living* sufrirá un incremento sustancial en los próximos años, creando así interesantes oportunidades de negocio en el sector para aquellos que sepan identificar el momento y la ubicación correcta.

Ahora bien, ¿está nuestro ordenamiento jurídico preparado para ello? Veámoslo.

3. *Senior living* y problemática contractual: el difícil encaje entre el modelo de negocio y el ordenamiento jurídico español

3.1. Introducción

Para poder determinar el posible encaje del *senior living* en nuestro ordenamiento jurídico, conviene tomar en consideración diversas variables:

i. En primer lugar, el *senior living*, en tanto que producto inmobiliario, descansa necesariamente en el suelo, que, conforme al planeamiento urbanístico, podrá tener uso (a) residencial, (b) terciario/turístico o (c) dotacional/de equipamientos.

ii. En segundo lugar, y junto con las limitaciones que puedan resultar del planeamiento urbanístico aplicable, deberá tomarse en consideración el ordenamiento jurídico civil, la normativa de turismo o, en su caso, la normativa regulatoria sectorial. En efecto, la línea divisoria que separa el *senior living* como producto no regulado del sector conocido como *healthcare* es muy fina y, en ocasiones, puede resultar difusa.

7 Por ejemplo, en 2021, se estimaba que tras los 65 años, hombres y mujeres tendrían una media de 10,5 años de buena salud; en este sentido, véase el apartado "4.2 Esperanza de vida en buena salud" en https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926378861&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888.

iii. En tercer y último lugar, el modelo de negocio deberá adaptarse a los dos anteriores, pudiendo tratarse de modelos anclados en los derechos de propiedad, el alquiler u otros derechos personales o reales, o de modelos centrados en contratos propios del ámbito turístico (como el contrato de hospedaje); e incluso cabe plantearse si podrían tener encaje en este contexto modelos fundamentados en el conocido como "contrato de ingreso".

En definitiva, cabe observar que el primer reto que plantea nuestro ordenamiento jurídico es la variedad de capas normativas a tomar en consideración (es decir, el urbanismo, la regulación sectorial y el ordenamiento jurídico civil) y su fuerte interrelación. Así, y sin que el objeto de este artículo sea hacer un estudio detallado de las implicaciones urbanísticas y regulatorias del *senior living*, baste con señalar en este punto que:

i. Cuando se trate de un suelo dotacional, convendrá tener en cuenta que su principal finalidad deberá ser acoger infraestructuras que presten una atención integral al usuario (por tanto, este suelo se destinará con mayor facilidad a productos de *healthcare* que a los de *senior living*) o, cuando menos, con una finalidad social clara[8] (p. ej., la atención a un colectivo determinado). Por tanto, su *target* natural será acoger a un sector poblacional claro (que podrá ser tanto dependiente como no dependiente), y se requerirá dar cumplimiento a determinados requisitos materiales y funcionales exigidos por la normativa sectorial (además, con potencial control del cumplimiento de tales requisitos por la Administración pública).

   En consecuencia, en suelo dotacional no encajarán (a) los modelos residenciales tradicionales (ya sea en propiedad o en alquiler sujeto a la LAU[9]), (b) los productos sin componente asistencial alguno ni (c) los que no estén sujetos al control de la Administración pública. Se tratará, en definitiva, de un ámbito regulado[10].

ii. Cuando se trate de un suelo de uso terciario, el producto estará destinado esencialmente al alojamiento turístico y, aunque podrá comercializarse con un público objetivo concreto (p. ej., gente en edad de jubilación, a modo de *senior resort*), no se podrá, en principio, denegar el acceso a público que no encaje con dichos parámetros. Además, en estos casos las unidades alojativas se comercializarán a través de canales de oferta turística, y el establecimiento estará sujeto a la normativa turística que resulte de aplicación[11] (conviene destacar, en particular, la limitación temporal de las estancias[12]).

   En consecuencia, en suelo terciario no encajarán (a) los modelos de alojamiento de larga duración (esto es, que no tengan una finalidad turística, sino de residencia permanente o,

8 Un buen ejemplo de ello son las viviendas colaborativas (también denominado *cohousing senior*) reguladas por la Comunidad de Madrid en la Resolución 940/2022, de 1 de marzo, de la Dirección General de Evaluación, Calidad e Innovación (https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/doc/servicios-sociales/dgeci_resolucion_autorizacion_viviendas_colaborativas.pdf) que buscan promover el envejecimiento activo.

9 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-26003).

10 Regulación y supervisión que, además, variará de una comunidad autónoma a otra por ser competencia de estas *ex* art. 148.1.20.º y 21.º CE.

11 De nuevo, esta normativa variará de una comunidad autónoma a otra, por ser competencia de las comunidades autónomas la "Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial" *ex* art. 148.1.18.º CE.

12 A modo de ejemplo, la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña considera estancias de temporada las de duración inferior a 31 días (véase el art. 2.h).

cuando menos, de temporada superior a la determinada por la normativa turística), (b) la imposición de restricciones por razón de discapacidad/necesidad de asistencia o cualquier otra circunstancia personal (pues, en definitiva, se trata de establecimientos abiertos al público) ni (c) la existencia de servicios sociosanitarios (que son propios de un modelo regulado por normativa sociosanitaria, que no turística). Se tratará, también en este caso, de un ámbito sujeto a restricciones regulatorias.

iii. Cuando se trate de suelo residencial, la finalidad será la de residencia permanente (o, cuando menos, con una permanencia tal que no tenga la consideración de estancia turística) y el público objetivo será, fundamentalmente, la población *senior* independiente (por oposición a la población *senior* débil o *frail* y dependiente o *dependent*). Además, estos complejos estarán dotados a menudo de zonas y servicios comunes, y en ocasiones contarán incluso con cierto grado de asistencia sanitaria a domicilio, pero que deberá ser en todo caso menor y accesoria, como servicios de teleasistencia o presencia de consulta periódica de enfermería en el complejo residencial (deberá tratase siempre un servicio complementario y muy accesorio, sin que la prestación asistencial pueda revestir una condición de principalidad).

Así pues, en suelo residencial encajarán modelos con finalidad puramente residencial, que no proporcionen atención integral al residente y que no impongan limitaciones[13] al derecho de uso o propiedad por razones de edad o dependencia (por ser la atención sociosanitaria un elemento ajeno a este modelo).

A la vista de las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta, en particular, las diferentes posibilidades que cada tipología de suelo ofrece y las variadas limitaciones que impone, se considerarán a continuación los principales tipos contractuales que, a fecha de este trabajo, ofrece nuestro ordenamiento jurídico[14].

3.2. El contrato de ingreso

El contrato de ingreso es la figura contractual habitualmente empleada en las residencias medicalizadas y, por tanto, en el sector conocido como *heatlthcare*, que —como ha quedado dicho— tiene un objeto totalmente diferenciado del *senior living*. Ahora bien, resulta útil entender la tipología contractual básica empleada en este sector como criterio de delimitación negativa respecto al concepto de *senior living*.

Cabe caracterizar el contrato de ingreso como un contrato (i) atípico, esto es, carente de regulación legal particular y que se regirá en primer lugar por lo expresamente convenido por las partes

13 Lo que se extenderá a la imposibilidad de establecer causas de resolución contractual por motivos de dependencia, pues supondría una infracción clara del principio de no discriminación (en este caso, por razones de edad o circunstancias personales) previsto en el art. 14 CE.

14 La enumeración contenida en los apartados 3.2 y siguientes se plantea sin carácter limitativo y poniendo el foco en las principales modalidades empleadas en el tráfico jurídico, por lo que el lector debe ser consciente de que la autonomía de la voluntad permitirá la configuración de otras tipologías contractuales o modalidades convencionales, siempre que con ellas no se esté incurriendo en un supuesto de fraude de ley, en un negocio simulado o en un negocio indirecto (esto es, emplear un contrato típico para alcanzar fines diferentes a los que son habituales para el contrato típico en cuestión, vaciándolo de su contenido y, por tanto, de su causa —con la consiguiente tacha de nulidad—).

y, subsidiariamente, por la regulación prevista para las tipologías contractuales más afines y, en última instancia, por la costumbre y los principios generales del derecho; (ii) de naturaleza mixta, que combina dos prestaciones —residencial y asistencial— con rango de igualdad y, por tanto, sin que haya una relación de principalidad y accesoriedad entre ellas.

Su contenido (que, evidentemente, cada operador adaptará a sus particulares necesidades) presenta unos rasgos comunes muy específicos: junto con el contenido obligacional propio de todo contrato (como los derechos y obligaciones de las partes, las causas de terminación y la jurisdicción y ley aplicable), son clave en esta clase de contratos los siguientes elementos: la duración; el precio, el contenido de la prestación asistencial, el régimen de visitas al interno y la protección de datos personales (al poder tratarse datos especialmente sensibles, como son los relativos a la salud).

3.3. El arrendamiento de vivienda

El contrato de arrendamiento de vivienda es la figura propia de nuestro ordenamiento para atender la necesidad de vivienda permanente cuando pivota sobre un régimen diferente al de propiedad[15].

Ahora bien, el principal elemento a tener en cuenta en esta sede es el régimen imperativo de la LAU. Y es que, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 LAU, "*Son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título*[16]*, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice*". En consecuencia, deberá tenerse muy presente el régimen imperativo en materia de duración mínima del contrato[17], prórroga obligatoria[18], pago mensual sin poder exigir pago anticipado alguno más allá de una mensualidad de renta[19], limitación en el régimen de actualización de la renta[20], limitación en el régimen de repercusión de gastos comunes y de gastos de gestión[21], el régimen legal de subrogación de familiares y convivientes[22], o la limitación en sede de garantías[23], entre otras limitaciones impuestas por este texto legal.

15 No será objeto de este artículo el análisis del modelo de *senior living* en régimen de propiedad en el que se transmite la propiedad de las unidades residenciales quedando el operador meramente vinculado con un contrato de prestación de servicios, sino que el presente trabajo se centra en aquellos modelo en los que el operador / inversor retiene la propiedad (o derecho matriz equivalente que haya recibido, en su caso, del propietario) y obtiene el flujo de rentas (y, por tanto, el retorno de la inversión) por medio de la cesión del uso de las unidades residenciales, siendo el eventual contrato de prestación de servicios un elemento accesorio.

16 Esto es, el título II por remisión a este por el artículo 2.2 LAU.

17 Véase el artículo 9 LAU.

18 Véase el artículo 10 LAU.

19 Véase el artículo 17.1 *in fine* LAU.

20 Véase el artículo 18 LAU.

21 Véase el artículo 20.1 LAU.

22 Véanse los artículos 15 y 16 LAU.

23 Véase el artículo 36 LAU y, en particular sus apartados 1 y 5.

Además, el arrendamiento de vivienda se enfrenta a un nuevo reto, como es la potencial sujeción a regímenes de contención de rentas cuando se trate de viviendas ubicadas en áreas declaradas como zonas de mercado residencial tensionado de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 18 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, lo que supondrá la existencia de limitaciones no solo en la renta de nuevos contratos de conformidad con los apartados 6 y 7 del artículo 17 LAU, sino también en los siguientes mientras la declaración de zona de mercado residencial tensionada continúe vigente[24].

Por último, pero no menos importante, debe tenerse muy presente el derecho de tanteo y retracto que la LAU concede a los arrendatarios, que determina que será de especial importancia que el operador acuerde la oportuna renuncia por el arrendatario a dicho derecho de conformidad con el artículo 25 LAU. Ahora bien, ello no obsta para que, aun en casos en los que no resulte de aplicación tal derecho (se haya o no renunciado) por tratarse de una venta en conjunto con las demás unidades que el propietario-arrendador tenga el inmueble, pueda activarse un derecho de tanteo de naturaleza regulatoria, ya porque así lo prevé el propio artículo 25.7 *in fine* LAU[25] o porque así lo prevea la normativa sectorial[26].

En definitiva, resulta claro que la cada vez mayor intervención regulatoria en el ámbito de la vivienda puede dificultar la aplicación de esta figura contractual al sector del *senior living*.

3.4. El arrendamiento de temporada

Tras considerar el arrendamiento de vivienda, procede necesariamente detenerse en el arrendamiento de uso distinto de vivienda previsto en el artículo 3 LAU y, más concretamente, en el arrendamiento de temporada al que da carta de naturaleza el párrafo segundo de dicho artículo.

La ventaja de esta figura es clara: permite que el régimen jurídico al que quede sujeto el contrato sea el libremente pactado por las partes[27], supletoriamente se regirá por lo previsto en el título III de la LAU y, en última instancia, por el Código Civil ("CC"). En consecuencia, mediante esta figura se eludirán (o, si se quiere evitar la connotación negativa del término *eludir*, no serán de aplicación) las limitaciones regulatorias propias de la LAU referidas en el apartado 3.3 anterior, entre las que destacan la duración mínima y prórroga obligatoria, las limitaciones a la actualización de la

24 A fecha del presente artículo únicamente se han declarado como zonas de mercado residencial tensionado determinados municipios en Cataluña. Estos pueden consultarse en el siguiente enlace: https://www.mivau.gob.es/vivienda/alquila-bien-es-tu-derecho/serpavi/consultar-zonas-de-mercado-residencial-tensionado.

25 Así, dicho inciso final dispone que "*En tales casos, la legislación sobre vivienda podrá establecer el derecho de tanteo y retracto, respecto a la totalidad del inmueble, en favor del* órgano *que designe la Administración competente en materia de vivienda, resultando de aplicación lo dispuesto en los apartados anteriores a los efectos de la notificación y del ejercicio de tales derechos*" y, por ejemplo, el legislador catalán ha introducido un derecho de tanteo y retracto al amparo de esta habilitación del artículo 25.7 LAU en el art. 173.1.b) del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña.

26 Véase, a modo de ejemplo, el derecho de tanteo por el Ayuntamiento de Barcelona en caso de transmisiones de edificios plurifamiliares enteros destinados principalmente a vivienda introducido por el acuerdo de la Subcomisión de Urbanismo del municipio de Barcelona el pasado 5 de diciembre de 2018 relativo a la modificación del plan general metropolitano para la declaración de área de tanteo y retracto de la ciudad de Barcelona, publicado en el *Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña* n.º 7772 de fecha 20 de diciembre de 2018.

27 De conformidad con el tenor literal del artículo 4.3 LAU.

renta y a la repercusión de gastos comunes y, en función del lugar donde radique el inmueble, la posible sujeción a un régimen de contención de rentas.

Ahora bien, la principal cuestión en esta sede radica en qué cabe entender por *temporada*. La propia LAU, cuando hace referencia a la temporada, precisa "*sea esta de verano o cualquier otra*". Algunos autores han querido ver aquí una duración necesariamente inferior al año[28] y otros aquella temporada que venga determinada por razones climatológicas o estacionales (tomando el tenor literal del precepto que, como ha quedado dicho, menciona la temporada de verano —si bien también lo hace a "cualquier otra"—).

A nuestro juicio, sin embargo, el criterio determinante debería ser si el arrendamiento viene a satisfacer necesidades habitacionales de carácter temporal o transitorio, sin que se rompa el vínculo con el domicilio, entendido este, en los términos del artículo 40.1 CC, como el lugar de residencia habitual de la persona, por oposición a la mera residencia, que la doctrina tradicionalmente ha entendido como el lugar de estancia sin la nota de habitualidad o permanencia propia del domicilio (aunque con una nota de temporalidad superior al mero paradero o lugar donde se halla una persona en un determinado momento).

A modo de ejemplo, y sin carácter limitativo, podrían mencionarse supuestos tales como, entre otros, los siguientes: (i) un desplazamiento temporal por razones de trabajo, de estudio o de acceso a un tratamiento médico especializado, en los que la temporalidad vendrá determinada por la duración de tal desplazamiento, siendo irrelevante el hito temporal del año natural; (ii) el arrendamiento de temporada vacacional —siempre que la duración sea suficientemente extensa como para no quedar encuadrado en el ámbito de la normativa turística[29]—; o (iii) el período interino mientras se espera la entrega de una vivienda en caso de compraventa de una vivienda en construcción, entre otros.

Como es evidente, la causa del contrato —esto es, el motivo que justifica la temporalidad— deberá ser real y verdadera, o de lo contrario el contrato podrá estar viciado de nulidad por carecer de uno de sus elementos esenciales (*ex* art. 1261 CC); o, lo que es más habitual, podrá reputarse hecho en fraude de ley y como mecanismo de elusión del régimen imperativo del título II de la LAU. Como es sabido, la sanción que a ello atribuye el ordenamiento jurídico[30] no es otra que la aplicación de las normas que se trataron de eludir (esto es, las relativas al arrendamiento de vivienda).

Como cabe observar, el arrendamiento de temporada ofrece al *senior living* la clara ventaja de permitir una completa libertad de pacto en la configuración contractual, pero no está exenta de ciertos riesgos, tales como (i) la *vis atractiva* de la LAU, con las limitaciones que ello conlleva (si de lo que realmente se trata es de una prestación de residencia permanente del usuario del in-

28 Por ello, en muchas ocasiones es común oír hablar de "contratos de 11 meses" cuando se acude a la figura del arrendamiento de temporada en fraude de ley para esquivar las limitaciones impuestas por el título II de la LAU.

29 Además, no debe olvidarse que la propia LAU excluye del ámbito objetivo de dicho texto legal (véase el artículo 5.e) LAU) "*La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística*".

30 Véase el artículo 6.4 CC.

mueble), (ii) la cada vez mayor intervención regulatoria del legislador en el ámbito de la vivienda (téngase en cuenta que la disposición adicional quinta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda previó la constitución de un grupo de trabajo para la regulación de los contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda) y, por último, (iii) que una estancia excesivamente corta puede acabar reconduciendo la actividad del operador al ámbito turístico y, por tanto, incurrir en eventuales infracciones sectoriales (principalmente en materia de urbanismo y turismo).

3.5. El contrato de hospedaje

La siguiente figura contractual en la que conviene detenerse es el contrato de hospedaje, en tanto que figura contractual propia del ámbito hotelero/turístico y, por tanto, intrínsecamente vinculada a un criterio de temporalidad (que necesariamente deberá ser menor al del arrendamiento de temporada analizado en el apartado 3.4 anterior, por no decir que vendrá determinado por la normativa sectorial turística).

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de este contrato, se trata de un contrato consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y atípico, esto es, que carece de regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico (al igual que, como se ha visto, sucede con el contrato de ingreso).

Asimismo, puede afirmarse que este contrato es de naturaleza mixta, en la que se combinan, con carácter de igualdad, el arrendamiento de cosas —en lo que a la prestación residencial / el arrendamiento de habitación se refiere—, el arrendamiento de obras y servicios —p. ej. limpieza, restauración, etc.— y el depósito —por "*los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones*" de conformidad con el artículo 1783 CC—.

A la vista de lo anterior cabe afirmar que la principal ventaja que esta figura contractual ofrece al *senior living* es la libertad de pacto para la determinación del contenido obligacional del contrato. Sin embargo, no puede obviarse que extiende la responsabilidad del operador a la custodia de los efectos de los usuarios (con las limitaciones del art. 1783 CC[31]), al incluir el depósito como parte del contenido obligacional y que esta es, en esencia, una figura prevista para el ámbito turístico y de estancias de corta duración. Por ello, si se empleara para encubrir una prestación residencial permanente, no solo existiría el ya mencionado riesgo de la *vis atractiva* de la LAU y sus limitaciones, sino también, y al igual que acaece con el arrendamiento de temporada (solo que en el supuesto inverso), el riesgo de incurrir en eventuales infracciones sectoriales (principalmente, en materia de urbanística), por destinarse el inmueble a uso residencial de forma subrepticia.

3.6. El derecho de usufructo

La definición tradicional del derecho de usufructo la da Paulo en el Digesto (7.1.1) al conceptuarlo como "*usufructus est ius alienis rebus utendi et fruendi salvara rerum substantia*", esencialmente

31 Esto es, "*con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos* (a los fondistas o mesoneros)*, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros, por su parte, observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos*".

recogida en el artículo 467 CC, que lo define como "*el derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa*".

Así, a grandes rasgos, las principales características de este derecho son que (i) se trata de un derecho real que atribuye la posesión, el uso y el disfrute de la cosa, (ii) puede recaer tanto sobre bienes muebles como inmuebles —aunque, claro está, en el ámbito del *senior living* serán más relevantes estos últimos—, (iii) es de carácter temporal y (iv) es transmisible.

Como puede observarse, su propia naturaleza y principales características ofrecen un buen número de ventajas que permiten solventar gran número de las cuestiones que se han puesto de manifiesto al considerar las figuras contractuales abordadas en los apartados anteriores.

Tales ventajas serían las siguientes: (i) la completa libertad de pacto para determinar su contenido obligacional, como prevé el propio artículo 467 CC antes mencionado y, en particular, el 470 CC[32] —con la limitación, claro está, de respetar los caracteres esenciales de esta institución—; (ii) puede configurarse con carácter vitalicio o por tiempo determinado (pues el propio art. 513 CC prevé en su apartado 2.º como causa de extinción de este el "*expirar el plazo por el que se constituyó*"); (iii) permite destinarlo a vivienda permanente del usuario sin quedar sujeto por las limitaciones previstas en la LAU; (iv) se trata de un derecho transmisible (*ex* arts. 480 y 498 CC) e hipotecable (*ex* art. 107.1 LH[33]) por el usufructuario —lo que le atribuye una liquidez de la que carecen las otras figuras jurídicas consideradas—; (v) como derecho real que es, puede acceder al Registro de la Propiedad; y, en último lugar, (vi) por tratarse de un derecho real, tiene los efectos propios de estos, que serían, en la esfera interna, la inmediatividad respecto a la cosa gravada y la correspondiente reipersecutoriedad en caso de ser privado de esta y, en la esfera externa, la eficacia *erga omnes* de dicho derecho (la cual se verá reforzada con la inscripción en el Registro de la Propiedad[34]).

Conviene destacar que los tres últimos rasgos mencionados (transmisibilidad, acceso registral y naturaleza de derecho real) pueden ser de especial interés para el usufructuario y, por tanto, pueden suponer un interesante atractivo comercial en el momento de la comercialización del producto por el operador del complejo de *senior living*.

Ahora bien, el derecho usufructo lleva también aparejadas (algunas) desventajas, que son las siguientes: (i) dada su naturaleza de derecho real, el usufructo solo podrá constituirse por aquel que tenga facultades dominicales, por lo que no podrá recurrir a esta figura un operador cuyo título sea el de arrendatario (sí podrá, por contra, cuando lo haga como propietario, superficiario, usufructuario, etc.); (ii) dado que su constitución implicaría la transmisión de un derecho real, esta estaría gravada por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas —comúnmente

32 El cual dispone que "*los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de* éste*, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes*".

33 Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

34 La cual, como es habitual en nuestro ordenamiento jurídico, no es constitutiva, sino que meramente amplía la eficacia del negocio jurídico que se trate (p. ej., asegurando su oponibilidad frente a terceros de buena fe).

conocido como TPO—, cuyo sujeto pasivo sería el adquirente[35] y, en caso de que se quisiera documentar en escritura pública para su acceso al Registro de la Propiedad, devengaría también el correspondiente Impuesto de Actos Jurídicos Documentados —comúnmente conocido como AJD—; (iii) asimismo, surge el problema de la fijación del precio y, más concretamente, su forma de pago. En efecto, en caso de que se pacte como una prestación periódica, ello lo aproximará al arrendamiento (pudiendo alegar eventualmente un consumidor que se acude a esta figura en fraude de ley para soslayar las limitaciones impuestas por la LAU), por lo que idealmente el pago deberá efectuarse de una vez al inicio de o con una periodificación lo suficientemente amplia (p. ej., quinquenal) para evitar que ello desnaturalice este derecho —entendemos que ello no es óbice, sin embargo, para que se abone una prestación periódica como contribución a gastos comunes del complejo en el que se halle la vivienda usufructuada, pues el usufructuario debe hacerse cargo del mantenimiento ordinario de la cosa usufructuada[36]—; (iv) por último, conviene tener en cuenta que el usufructo supone ceder tanto el uso como el disfrute, lo que supondrá que el usufructuario podrá no solo disponer de su derecho transmitiéndolo a terceros, sino también arrendar el inmueble (ya como vivienda permanente, ya por temporada).

Lo anterior conduce a concluir que, de acudirse al usufructo, será de importancia capital delimitar con suma precisión el contenido del derecho en el título constitutivo para, en la medida de lo posible, mitigar las posibles aristas que esta figura plantea en el ámbito del *senior living*.

3.7. El derecho de habitación

Siguiendo la senda de los derechos reales iniciada en el apartado anterior al tratar el derecho de usufructo, procede considerar el derecho de habitación.

Este es un derecho real sobre cosa ajena que permite al habitacionista "*usar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para su familia*"[37] y que tradicionalmente se ha configurado como un derecho de carácter asistencial, lo que ha ocasionado que se configurara como un derecho gratuito, vitalicio, personalísimo e intransmisible[38]. Ahora bien, su régimen legal (que solo puede calificarse de parco[39]) es esencialmente dispositivo, y nada impide que las partes puedan modular y determinar su contenido (respetando, claro está, los rasgos esenciales de este derecho) en su título constitutivo.

Es precisamente esta libertad de pacto en su título constitutivo lo que lo hace especialmente útil en el ámbito del *senior living*. Tanto es así que hasta la Comunidad de Madrid en su Resolución 940/2022, de 1 de marzo, de la Dirección General de Evaluación, Calidad e Innovación, por la que se establecen los criterios que han de regir el régimen de autorización de viviendas colaborativas para la promoción de la autonomía personal y la atención a la dependencia de personas mayo-

35 Incrementando, *de facto*, el precio de comercialización, pues a este deberá añadirse —de media, pues variará en función de la comunidad autónoma en que se ubique el inmueble— un 10 % en concepto de TPO.

36 Véanse los artículos 497, 498 y 500 a 505 CC.

37 Véase el art. 524.2 CC.

38 A modo de ejemplo, véase el art. 822 CC relativo al derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad.

39 En efecto, el Código Civil apenas dedica siete artículos (523 a 529 CC) a los derechos de uso y habitación.

res[40], prevé el derecho de habitación (junto con el derecho de usufructo) como opción preferida para articular los derechos de los usuarios de tales viviendas colaborativas. En definitiva, el derecho de habitación goza de carta de naturaleza en este sector gracias a dicha resolución.

Las ventajas que presenta esta figura son claras:

i. Libertad de pacto en la determinación de su contenido, siempre que se respeten los caracteres esenciales de dicho derecho.

ii. Tiene como finalidad exclusiva la residencia del habitacionista, lo que limita la facultad de este de arrendar la vivienda objeto del derecho en favor de terceros. Como salvedad, téngase en cuenta que este derecho está regulado también en Navarra[41] y en Cataluña[42]: en Navarra se presumirá que el habitacionista puede arrendar la vivienda "*total o parcialmente*"[43], salvo que el título de constitución (o la ley) disponga otra cosa, y en Cataluña podrán "*gravar o enajenar su derecho si lo consienten los propietarios*"[44]. En definitiva, cuando el inmueble se ubique en territorio de derecho foral, deberán tenerse en cuenta las previsiones particulares de dichos cuerpos normativos civiles.

iii. Puede configurarse por un plazo determinado o con carácter vitalicio.

iv. Puede configurarse con carácter gratuito —algo propio del derecho de habitación de corte asistencial— u oneroso —en el caso del derecho de habitación convencional— al amparo de la libertad de pacto que ofrece su título constitutivo, siendo esto pacífico entre la doctrina y habiéndose reconocido esta posibilidad por la jurisprudencia[45].

v. La plena libertad de pacto en la constitución permite regular también las causas de extinción, entre las que —además de las causas legales (esencialmente las de extinción del usufructo y el abuso grave de la cosa[46])— cabría prever otras, como la falta del destino de la vivienda a la residencia habitual del habitacionista. Esta es de especial importancia, pues permitiría asegurar la finalidad del complejo residencial (crear una comunidad *senior* activa) sin vetar la posibilidad del habitacionista de pasar temporadas fuera del domicilio (téngase en cuenta aquí lo dicho en el apartado 3.4 respecto a que entendemos por *temporada*).

Cabría plantease si pueden preverse otras causas de extinción, como por ejemplo la extinción por pérdida funcional, es decir, cuando la cosa deja de ser hábil para el fin propuesto. Consideramos

40 Véase la nota al pie n.º 8.

41 Véanse las Leyes 423 a 426 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1973-330).

42 Véanse los artículos 562-1 a 5 y 562-9 a 11 del Libro V del Código Civil de Cataluña (https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-11130).

43 Véase la Ley 424 de la Compilación Navarra.

44 Véase el art. 562-3 CCCat.

45 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 2006.

46 Véase el art. 529 CC.

que este supuesto debe ser tratado con la máxima cautela para evitar que bajo esta causa de terminación —que es la otra cara de la moneda de la pérdida material de la cosa— se trate de introducir una terminación que, eventualmente, pudiera llegar a considerarse discriminatoria[47]. En definitiva, aunque en abstracto parece razonable que pueda preverse que se extinga el derecho de habitación cuando la vivienda deje de ser habitable por las especiales necesidades asistenciales del habitacionista, esto tiene un muy difícil traslado al plano práctico, no solo en la determinación de los supuestos y en la valoración objetiva de estos, sino también en que el resultado (la privación de lugar de residencia a una persona especialmente vulnerable) puede ser merecedor de reproche por nuestro ordenamiento jurídico. Es más, y a modo de ejemplo, esta previsión estaría expresamente excluida en la antecitada Resolución 940/2022, de 1 de marzo, de la Dirección General de Evaluación, Calidad e Innovación de la Comunidad de Madrid, pues esta prevé que cuando más de un 25 % de los residentes del complejo de viviendas colaborativas tengan un determinado grado de dependencia deberán necesariamente incorporarse un sistema de cuidados con apoyos permanentes a cargo de personales vinculados al centro. Por ello, si cuando los residentes están en situación de dependencia deben incorporarse servicios medicalizados, *a sensu contrario*, no puede terminarse el derecho de habitación del residente en una vivienda colaborativa regulada por dicha Resolución 940/2022 por una supuesta pérdida funcional de la cosa que no es tal cuando, en tal caso, la norma ofrece la solución a dicha cuestión (que no es otra que dotar el complejo de los servicios asistenciales oportunos).

Al igual que sucede con el usufructo, esta es una figura que no está exenta de cuestiones que conviene tener en cuenta. Así, al igual que con usufructo, solo puede constituirse por quien tenga facultades dominicales que alcancen a la constitución de derechos reales sobre la cosa, y su constitución supone la tributación por TPO y, en caso de elevación a público, del AJD, ambos al tipo aplicable en la comunidad autónoma en la que se encuentre el inmueble. También debe valorarse cómo fijar el precio al inicio y, de nuevo, debe tenerse en cuenta que fijar un precio periódico puede desnaturalizar el derecho y aproximarlo al arrendamiento; sin embargo, no creemos que ello impida establecer el pago de cuotas periódicas más reducidas y cuya finalidad no sea la de retribuir la constitución del derecho de habitación, sino que sea la contribución al adecuado sostenimiento del inmueble en el que se halle la vivienda gravada con el derecho de habitación (por tanto, a modo de contribución a gastos comunes y no de contraprestación por el derecho a residir), pues el derecho de habitación ya prevé que "*si* (...) *el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado a los gastos de cultivo, a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario*"[48].

De nuevo, al igual que sucede con el derecho de usufructo, la piedra angular será la delimitación precisa del contenido del derecho de habitación en su título constitutivo, pues ello es lo que permitirá mitigar las (muchas menos) aristas que presenta esta figura para un operador en el sector del *senior living*.

47 Véase la nota al pie n.º 13.

48 Véase el artículo 527.1 CC.

3.8. El derecho de uso

Tras analizar los derechos de usufructo y habitación, no puede obviarse el último elemento de la tríada, que no es otro que el derecho de uso. La cuestión que se plantea es si se trata de un derecho adecuado para el modelo de negocio del *senior living*.

Consideramos que, en este caso, la respuesta debe ser negativa. El motivo es que, de conformidad con el apartado primero del art. 524 CC, "*el uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente*". Se trata, por tanto, de un derecho que faculta al usuario a emplear la cosa, para el fin (lícito) que quiera, con tal de destinar los frutos (en caso de un inmueble, civiles) para satisfacer sus necesidades (y las de su familia, aunque entendemos que ello podría modularse en el título constitutivo cuando se trate de un derecho de corte convencional y no asistencial).

En consecuencia, se trata de un derecho que facultará al usuario para arrendarlo a terceros o para establecer en él una actividad económica (cumpliendo, lógicamente, los requisitos normativos que le sean aplicables) para la percepción de los frutos civiles de la cosa o la obtención de rendimiento económico de esta. En definitiva, el uso del inmueble podrá ser cualquier uso permitido en derecho con la única limitación de que el rendimiento económico que se obtenga de él deberá destinarse a la finalidad propia del derecho de uso, que no es otro que atender las necesidades del usuario, como prevé el transcrito art. 524 CC.

A la vista de que la finalidad propia de este derecho no es que el inmueble se destine al fin residencial propio del *senior living*, entendemos que el producto en cuestión no tendría un encaje adecuado en esta figura.

3.9. Otras figuras contractuales

Por último, cabe plantearse si, al amparo de la libertad de pacto del artículo 1255 CC, cabría acudir a otras figuras contractuales o a la creación de negocios atípicos para dar respuesta a las necesidades específicas que plantea el *senior living* y que nuestro ordenamiento jurídico no acaba de resolver con las herramientas actualmente disponibles.

A priori, la respuesta debería ser positiva, pues mientras se respeten los límites del artículo 1255 CC, esto es, la ley, la moral y el orden público, no deberían surgir problemas. ¿Pero es realmente así de simple?

Ciertamente, la cuestión es más compleja una vez que se baja al detalle, pues en todo momento deberá tenerse presente que, bajo la supuesta creatividad que permite el ordenamiento jurídico, no se esté acudiendo a negocios jurídicos simulados (en este caso, simulación relativa, que buscan crear la apariencia de un negocio jurídico que es diferente del verdaderamente realizado), a negocios indirectos (aquellos en los que se emplea un negocio típico para alcanzar fines diferentes de los que son propios para dicha figura jurídica, pues no olvidemos que el legislador toma en cuenta los fines reales del negocio jurídico para predisponer su régimen jurídico) o, incluso, a negocios fraudulentos (aquel negocio hecho bajo el amparo de una norma que, en realidad,

encubre el incumplimiento de otra norma, sin que sea preciso aquí un *animus* de defraudar, pues la prohibición del fraude se fundamenta no en la represión de la mala fe, sino en la protección del ordenamiento jurídico[49]).

A modo de ejemplo, ¿cabría la posibilidad de realizar un arrendamiento de vivienda sometiéndolo al régimen de Código Civil en lugar de a la LAU si se aparejara a un contrato de prestación de servicios de los que esté dotado el complejo residencial de *senior living*? Parece difícil dar una respuesta afirmativa, por cuanto que la prestación residencial, si no es la principal, sí está en plano de igualdad con la de prestación de servicios y, por tanto, ante la *vis atractiva* de la LAU; y el hecho de que esta norma incluya en su ámbito objetivo[50] "*los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda*" dificulta que se pueda argumentar que precisamente un arrendamiento de vivienda, por tener una prestación complementaria (que se regirá por el régimen aplicable a su propia naturaleza —el del arrendamiento de obra y servicios—), pueda detraerse del régimen imperativo previsto al efecto en el ordenamiento jurídico.

Por ello, la creación de negocios jurídicos atípicos deberá ser analizada caso por caso para evitar que el resultado sea merecedor de tacha por el ordenamiento jurídico.

4. Consideraciones finales

Como se ha puesto de manifiesto en este trabajo, el *senior living* ha venido para quedarse, pues las proyecciones demográficas (y la evolución demográfica de los últimos años) apuntan abrumadoramente en una única dirección, que no es otra que el crecimiento exponencial de la población *senior* en los próximos años.

Ahora bien, como también ha podido reseñarse, dado lo novedoso de este producto, nuestro ordenamiento jurídico-civil no ofrece una figura contractual típica que permita dar cabida a las particulares necesidades de inversores, operadores y usuarios propias de este modelo de negocio.

Si a ello se une que, junto con las limitaciones del ordenamiento jurídico-civil, deben también tenerse en cuenta consideraciones urbanísticas, regulatorias sectoriales (tanto turísticas como sociosanitarias) y la fiscalidad de cada uno de los modelos contractuales que se consideren, así como la normativa en materia de protección de consumidores (pues el usuario final será siempre un consumidor y, por tanto, serán de aplicación las obligaciones o limitaciones propias de esta rama del derecho, especialmente en lo que a información precontractual y control de abusividad se refiere), el resultado es un producto de una notable complejidad jurídica o con muchos y variados frentes que deben encajar a la perfección o, cuando menos, razonablemente.

En consecuencia, ante el hecho incontestable de que la normativa evoluciona a menor velocidad que las necesidades sociales y de inversión y del complejo entorno normativo-regulatorio español (exacerbado, además, por la dispersión normativa entre comunidades autónomas), parece

49 No obstante, algún sector de la doctrina ha requerido la concurrencia de este elemento subjetivo.

50 Véase el art. 1 LAU.

especialmente recomendable que inversores y operadores en el incipiente sector del *senior living* realicen, caso por caso, un estudio jurídico pormenorizado de cada proyecto considerado, no solo en lo que a revisión legal o *due diligence* del inmueble se refiere, sino, sobre todo, en la definición del modelo contractual que proceda emplear con los usuarios. Este análisis —que necesariamente deberá involucrar al mismo tiempo a asesores financieros, comerciales y jurídicos al objeto de formular conjuntamente una solución que permita satisfacer la tríada de rentabilidad, atractivo comercial y solidez jurídica— será clave para la consolidación y éxito del proyecto de *senior living* en cuestión.

Artículos

MAS ALLÁ DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 2014 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS IMPLICANCIAS EN EL SISTEMA REGISTRAL PERUANO

Luis Eduardo Aliaga Blanco

Asociado Principal en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Perú)

Más allá de la modificación del artículo 2014 del Código Civil y sus implicancias en el sistema registral peruano

El trabajo que a continuación se presenta desarrolla la problemática que generó en el Sistema Registral Peruano el cambio normativo de un artículo clave del Código Civil Peruano, esencial para la protección de derechos patrimoniales y la dinamización económica en la transferencia de predios.

PALABRAS CLAVE:
Sistema Registral, Código Civil Peruano, Protección de derechos patrimoniales, Dinamización económica.

Beyond the amendment of article 2014 of the Civil Code and its implications for the registry system

The following work develops the problems generated in the Peruvian Registry System by the regulatory change of a critical article of the Peruvian Civil Code, essential for protecting patrimonial/ property rights and the economic dynamization in property transfer.

KEYWORDS:
Peruvian Registry System, Peruvian Civil Code, Protección of the property rights, economic dynamization.

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-11-2024

Aliaga Blanco, Luis Eduardo (2024). Más allá de la modificación del artículo 2014 del Código Civil y sus implicancias en el sistema registral peruano. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 138-154 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Las normas, más allá de ser imperativos que condicionan conductas para establecer el ordenamiento en una sociedad, deben ser consideradas como instrumentos contextualizados que sirven para el progreso y desarrollo de las personas. En particular, las normas contenidas en el Código Civil de cada nación desempeñan un papel crucial en la organización y funcionamiento de las interacciones entre los miembros de una sociedad, garantizando así los derechos individuales, la seguridad jurídica y el desarrollo económico.

En este contexto, el presente análisis busca evidenciar cómo un simple cambio legal puede tener consecuencias jurídicas que trascienden los sistemas previamente adoptados, generando posibles implicancias en el funcionamiento de las instituciones y efectos económicos significativos en la sociedad.

Esto se manifiesta cuando nos referimos a una de las pocas modificaciones realizadas al artículo 2014 del Código Civil Peruano desde su vigencia, modificación que ha tenido importantes implicancias en el derecho registral peruano, la protección de derechos en el sistema de transferencias de propiedad y, especialmente, en los costos de transacción asociados a los actos y formalidades requeridos para las transacciones inmobiliarias.

2. Detalles preliminares de la modificación normativa

2.1. Aspectos generales relacionados el artículo 2014 del Código Civil

2.1.1. ASPECTOS GENERALES E IMPORTANCIA DEL ARTÍCULO 2014 DEL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil peruano fue promulgado mediante el Decreto Legislativo N.º 295, norma que se promulgó el 24 de julio de 1984, es decir, hace más de 40 años. Aunque su vigencia se generó con posterioridad (el 14 de noviembre del mismo año), podríamos considerar que, al haber alcanzado una madurez (si la comparamos con la longevidad humana), podría no ser el más adecuado para nuestra época, especialmente considerando la rápida evolución en ciertos ámbitos del desarrollo humano. Sin embargo, sigue vigente y, desde nuestra perspectiva, sigue siendo funcional. Claro está, podría mejorar, siempre y cuando se realicen modificaciones específicas en algunos de sus más de dos mil artículos.

Como es de conocimiento público, el Código Civil ha experimentado múltiples modificaciones a lo largo de su existencia. Hoy nos centraremos en una que consideramos importante y trascendente, ya que tiene grandes implicancias en la contratación, formalización y protección de derechos patrimoniales.

En este contexto, consideramos relevante expresar nuestra opinión sobre la utilidad de las normas. Desde nuestra perspectiva, el derecho, más allá de ser un conjunto de normas organizadas sistemáticamente que regulan conductas para establecer un orden en la sociedad, debe ser un

instrumento al servicio de las personas para su desarrollo y progreso. En este sentido, muchos opinan que las normas deben considerarse como herramientas que las personas pueden utilizar en una sociedad. Por esta razón, deben ser económicamente viables, sencillas, comprensibles y de fácil acceso y conocimiento, aspectos que no siempre se cumplen en la práctica dentro del sistema jurídico peruano.

En ese contexto, nuestro Código Civil contempló la incorporación del artículo 2014, el cual constituye, desde nuestra perspectiva, la piedra angular en la protección de derechos inscritos. En este artículo se desarrolla el principio de buena fe pública registral, mediante el cual se protege al adquiriente que contrata confiando en la información publicitada en el Registro, hasta lograr la inscripción del derecho transado[1]. Ante ello, para algunos tratadistas, termina siendo el sustento de la eficacia del registro, como por ejemplo lo afirma Gonzales Loli, quien indica que la fe pública registral "*confiere una garantía de seguridad jurídica plena a quien* (...) *adquiere e inscribe un derecho*"[2], aspecto que también ha sido considerado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, donde se ha afirmado que este principio (recogido en el artículo 2014 del Código Civil) constituye en todo sistema registral, la medula central de su estructura y la expresión más clara de los alcances de la protección que el Registro brinda al tráfico patrimonial[3].

En ese sentido, según nuestra opinión, este artículo genera dos relevancias distintas:

i. Por un lado, como se ha descrito, protege al tercero que inscribió su derecho o contrato confiando en el contenido del Registro.

ii. Por otro lado, complementa la importancia y relevancia jurídica del Registro en nuestro sistema de transferencias de propiedad. Dota al Registro, como la alternativa ofrecida por nuestro sistema jurídico, de mayor oponibilidad y protección de los derechos prediales.

El principio de fe pública registral, recogido en el artículo 2014, es uno de los pilares de todo el andamiaje de protección que otorga el Registro a los titulares de derechos inscritos. Además, constituye una garantía para los futuros titulares y potenciales adquirientes.

2.1.2. DETALLES GENÉRICOS DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 2014 DEL CÓDIGO CIVIL

Desde que entró en vigencia del Código Civil, el articulo 2014 no tuvo modificaciones, hasta la promulgación de la Ley 30313 – Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del código civil y de los artículos 4 y 55 y

1 Un ejemplo claro del alcance este principio se puede apreciar en lo expresado por la exposición de motivos del Código Civil, donde se establece que "*si una persona adquiere derechos de otra, que en el registro aparece con derecho para otorgarlo e inscribe su adquisición, está en camino, pero solo en camino, de convertirse en tercero registral y por lo tanto de ampararse en el principio de fe pública registral, logrará hacer a su derecho absolutamente inatacable por todos*".

2 GONZALES LOLI, Jorge Luis (2002). *Comentarios al Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 69.

3 Indicado en la Casación N.º 3329-2014-Lima Norte. Considerando 9.

la quinta y sexta disposiciones complementarias transitorias y finales del decreto legislativo 1049 (en adelante, la "Ley 30313")[4].

Como su nombre lo describe, la Ley 30313, se promulgo principalmente con la finalidad de modificar ciertos procedimientos de carácter registral, que permitan a los particulares poder tener herramientas legales para combatir, parar y/o frustrar actos delictivos y fraudulentos relacionados con la transferencia de predios. En efecto, para muchos el objetivo que generó la promulgación de la Ley 30313 era combatir el fraude inmobiliario, que se había generado, principalmente, por los actos de ilícitos penales y de fraudes inmobiliarios ocasionados por la red de criminal de Rodolfo Orellana o "Red Orellana".

Como bien indica Jesús Cornejo Arizmendi[5], una de las especialidades delictivas de esta red criminal era la apropiación fraudulenta de predios particulares. Para lograrlo, creaban relaciones contractuales fraudulentas, donde un testaferro se atribuía falsamente la propiedad de un predio para luego vendérselo a otro testaferro (adquiriente). Todos estos actos de transferencia se formalizaban ante un notario. Los documentos resultantes contenían cláusulas arbitrales, lo que permitía, con el objetivo de dar una apariencia legal más sólida, iniciar controversias en sede arbitral. De esta manera, mediante el laudo arbitral que favorecía a alguna de las partes, se procedía a inscribir el derecho de propiedad en la partida registral del predio.

Una vez registrado el derecho, este era transferido en múltiples ocasiones y en lapsos cortos de tiempo a otros testaferros (personas naturales o jurídicas creadas exclusivamente para dicho fin). De esta manera, se convalidaba el derecho de propiedad transferido a lo largo del tiempo a particulares. El predio, cuya titularidad se encontraba registrada a nombre de un testaferro de la Red Orellana, se transfería luego a un tercer comprador. Este último le pagaba al mencionado testaferro el precio de venta correspondiente, obteniendo así las ganancias.

Es evidente que, para la ejecución y *modus operandi* de la Red Orellana, se requería la participación o colusión de jueces, fiscales, notarios, árbitros y registradores. Tal vez, incluso funcionarios públicos relacionados con entidades vinculadas a la identificación personal estuvieron involucrados.

Se estima que esta red criminal operó durante casi diez años, acumulando un patrimonio ilícito de aproximadamente mil millones de dólares. En este contexto, a medida que los casos de fraude y corrupción pública relacionados con la red criminal se hicieron evidentes, nuestros legisladores optaron por modificar ciertas normas. Según su criterio, estas modificaciones podrían ayudar a combatir y mitigar el fraude inmobiliario. Entre las modificaciones se encuentra la reforma del artículo 2014 del Código Civil.

De esta manera, muchos legisladores, motivados por la necesidad de establecer barreras legales adicionales para mitigar los actos de fraude y usurpación de derechos de propiedad, propusieron

4 Esta ley entró en vigencia el 05 de marzo de 2015.

5 En: https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-caso-orellana.pdf.

varios proyectos de ley[6]. Finalmente, estos proyectos culminaron en la promulgación de la Ley 30313[7], que, entre otras cosas, modificó el texto y la regulación del artículo 2014.

2.2. Modificación especifica del artículo 2014 del Código Civil

Como lo hemos indicado, la modificación del artículo 2014 del código civil se gestó en año 2015, tras la promulgación de la Ley 30313[8]. El siguiente cuadro muestra la comparación entre el texto entes y después de la modificación:

Artículo original	Artículo vigente a la fecha, tras la modificación de la Ley N.º 30313
Artículo 2014. Principio de buena fe pública registral. - *El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten* ***en los registros públicos****. (*)* *La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.*	***Artículo 2014. Principio de buena fe pública registral. -*** *El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda,* ***cancele*** *(*) o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten* ***en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan****. (*)* *La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.*

(*) Lo sombreado corresponde al texto modificado.

6 Para dichos propósitos se presentaron los siguientes proyectos de Ley: (i) Proyecto de Ley N.º 03849, del 09/10/2014, titulado "Ley que modifica el Decreto Legislativo 1049, respecto de las prohibiciones a notario", (ii) Proyecto de Ley N.º 03848, de fecha 09/10/2014, titulado "Ley que modifica los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y la quinta y sexta disposición complementaria transitoria y final del Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo del Notariado", (iii) Proyecto de Ley 03365, de fecha 10/04/2014, titulado "Ley que modifica el artículo 2014 del Código Civil", (iv) Proyecto de Ley 03350, de fecha 04/04/2014, titulado "Ley que previene el fraude en compra ventas al modificar los artículos 54 y 55 del Decreto Legislativo 1049, Ley del Notariado, y el artículo 2014 del Código Civil, Decreto Legislativo 295", (v) Proyecto de Ley 03257, de fecha 12/03/2014, titulado "Ley que modifica el artículo 4 del Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo del Notariado", (vi) Proyecto de Ley 03029, de fecha 04/12/2013, titulado "Ley que modifica el Código Civil en lo relativo al principio de buena fe registral", y (vi) Proyecto de Ley 02996, de fecha 26/11/2013, titulado "Ley que establece disposiciones vinculadas a la oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación o falsificación, así como la modificación de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de diversas normas del Decreto Legislativo 1049". Detalles obtenidos del expediente virtual del Congreso de la Republica del Perú.

7 La Ley 30313 no solamente modificó el artículo 2014 del Código Civil, sino que también (i) precisó y modificó la naturaleza del procedimiento registral, (ii) reguló la oposición en el procedimiento de inscripción registral en trámite, (iii) reguló los supuestos especiales de cancelación de asientos registrales, (iv) modificó los artículos 2013 y 2014 del Código Civil, (v) modificó los artículos 4 y 55 del Decreto Legislativo 1049 (Decreto Legislativo del Notariado), y (vi) modificó la quinta y sexta de las disposiciones complementarias, transitorias y finales del Decreto Legislativo 1049 (Decreto Legislativo del Notariado).

8 Cabe precisar que el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el Expediente 00018-2015-PI/TC, resolvió declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 y la primera disposición complementaria y modificatoria de la Ley 30313. Con ello, el Tribunal Constitucional ratifico la vigencia de esta Ley y confirmó los requisitos para que el tercero sea un tercer adquiriente de buena fe, precisando que se debería cumplir: (i) ser un tercero adquirente de derechos reales, (ii) ser adquirente de buena fe (tomando o conociendo lo que obra en el registro), (iii) un adquirente a título oneroso, (iv) adquirir derechos de una persona que aparece en los registros con derechos para entregarlo y (v) la inscripción del derecho.

Como se puede verificar en el cuadro anterior, se modificó la última parte del primer párrafo del artículo 2014, introduciendo "*cancele*" (…) y "*en los asientos registrales y los títulos archivados que los sustenta*".

A simple vista pareciera algo simple, donde lo único que se intentaba era dar un mayor contenido al artículo 2014, sin embargo, las modificaciones —desde nuestra perspectiva y como pasaremos a explicar— significaron más que la incorporación de doce simples palabras.

3. Conceptos generales necesarios para explicar las implicancias del cambio normativo

Para efectos de poder explicar las implicancias de lo que significó el cambio normativo del artículo 2014, consideramos imperante tener claros ciertos conceptos relacionados con el derecho registral peruano. Ante ello, consideramos necesario poder tener clara la diferencia entre dos características específicas de dos tipos de sistemas registrales según la doctrina registral: los sistemas registrales de transcripción y los sistemas registrales de inscripción.

3.1. Sistemas registrales de transcripción

Como se sabe y es bien recogido por la doctrina registral, cada sistema tiene características e implicancias distintas. Es en ese sentido que el Perú, y para el caso específico del Registro de Predios administrado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos ("SUNARP"), adoptó un sistema de organización de "Folio Real", el cual implica que, por cada predio, bien registrado o unidad inmobiliaria se inscribirá una sola e independiente partida registral (distinta de las demás), descartando la posibilidad de que dos predios o bienes se encuentren inscritos en una misma partida.

En ese sentido, en relación con los efectos que tiene la "inscripción registral", los sistemas tienen ciertas características y/o distinciones. Por ejemplo, el sistema registral adoptado por Francia corresponde a un registro de "transcripción", donde el funcionario que hace las veces de registrador (denominado en Francia como "conservador de hipotecas") transcribía o copiaba en su integridad el título o documento que sustenta el acto que se desea registrar. Claro está que, en la actualidad, en el moderno registro francés, ya no se trascribe la totalidad del documento o título, sino que se utiliza un sistema de archivamiento donde se forman volúmenes con los documentos presentados (encuadernándolos cuando se llega a un determinado número o tope).

De esta forma, la actividad del funcionario que verifica la transcripción o el ingreso de los documentos y/o títulos al registro se restringe casi al máximo[9], siendo su actividad muy distinta a la de los registradores que hoy existen en el sistema registral peruano, los cuales, en virtud del principio

9 En este tipo de sistemas la calificación registral solo se produce excepcionalmente, cuando, por ejemplo, se está al frente de un título de calificación de hipotecas, donde el Conservador sí debe comprobar los requisitos de forma y fondo para que pueda entrar el acto al registro (también se da ante titulación de entidades públicas, verificación de datos de las personas, verificación del tracto y concordancias entre características catastrales y registrales).

de legalidad y/o de calificación, realizan un estudio y/o verificación de la validez del título y/o acto que un administrado requiere inscribir. Como se puede verificar, dicha la actividad de calificación registral[10] (como la conocemos en nuestro sistema registral) se encuentra disminuida en un sistema registral de transcripción como el francés.

Cabe precisar además que un registro con características de transcripción como el francés tiene implicancias específicas en la forma como la entidad registral otorga la publicidad de los actos y/o contratos que constan en sus registros. De esta forma, en un sistema registral de transcripción, para que los administrados puedan conocer la totalidad de las implicancias jurídicas en la vida legal de un inmueble (conocer la titularidad, cargas, gravámenes, limitaciones al derecho de propiedad, las características del predio, entre otras), deberán verificar (en base a un fichero específico) la totalidad de los documentos previamente transcritos o archivados en el archivo registral para dicho propósito; en otras palabras, deberán revisar la totalidad de los documentos y/o títulos que se inscribieron con relación a ese específico inmueble. Evidentemente, generando de esta manera una carga de trabajo considerable, pues para saber con exactitud si se contrata sin contingencias en relación un bien, deberán realizar un estudio y verificación específica de la totalidad de los títulos o documentos específicos que obran en el archivo. En caso de que no se realicen estas acciones, cualquier impedimento, contingencia en el uso y/o limitación sobre el derecho contratado no podrá ser oponible al transferente. En ese contexto, es evidente que la carga de revisión y/o de verificación legal de los documentos que afectan un predio es mayor, y, ante ello, los costos de transacción[11] en la contratación podrían también ir en la misma línea.

3.2. Sistemas registrales de inscripción

En contraposición con los sistemas de transcripción, tenemos los sistemas de inscripción, en virtud de los cuales el acto de "inscribir" termina teniendo implicancias jurídicas adicionales. Este es el sistema registral adoptado por Alemania[12], Suiza, España y también el Perú[13], donde como característica genérica podríamos indicar que el registro no solo garantiza la inoponibilidad de lo no inscrito, sino que, además, genera un aseguramiento legal de lo registrado por principios y/o normas registrales, debido específicamente a los efectos jurídicos que se le otorga a la publicidad registral.

10 Según el artículo 32 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, la calificación registral implica "(…) *c) Verificar la validez y la naturaleza inscribible del acto o contrato, así como la formalidad del título en el que éste consta y la de los demás documentos presentados. d) Comprobar que el acto o derecho inscribible, así como los documentos que conforman el título se ajustan a las disposiciones legales sobre la materia y cumplen los requisitos establecidos en dichas normas* (…)".

11 Según lo regulado por Robert Cooter y Thomas Ulen, "*Los costos de transacción son los costos del intercambio y este tiene tres pasos, Primero debe localizarse un socio para el intercambio, lo cual implica encontrar a alguien que desee comprar lo que se quiere vender o vender lo que se quiere comprar. Segundo, deberá llegarse a un arreglo entre las partes que intercambian. Este arreglo se logra mediante una negociación exitosa, lo que podría incluir la redacción de un convenio. Tercero, una vez celebrado un acuerdo, deberá ejecutarse. La ejecución implica monitorear el cumplimiento de las partes y castigar las violaciones del acuerdo. Podemos llamar a las tres formas de los costos de transacción en correspondencia con estos tres pasos de un intercambio; 1) costos de búsqueda, 2) costos del arreglo y 3) costos de la ejecución*" (COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1998): *Derecho y Economía*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, pp. 120-121).

12 Para muchos tratadistas, el sistema alemán es el sistema de inscripción por excelencia. En ese sentido se pronuncia Chico y Ortiz, quien precisa que en este sistema registral, al adoptar el sistema de inscripción, se genera un extracto de las circunstancias del título que ha de contener el asiento (Chico y Ortiz José María (2000): *Estudio sobre Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons, tomo I, p. 58).

13 Cabe precisar que el sistema registral peruano adopta la técnica de inscripción, la cual ha ido mutando en el tiempo (tomo y folios, fichas y partidas electrónicas). Hoy la inscripción se realiza en asientos dentro de una partida electrónica. El asiento corresponde a la concretización de la actividad de calificación de un registrado, donde se deberán consignar los datos relevantes del título, generando el resumen o extracto del acto o contrato que se inscribe (esto se encuentra regulado por el artículo 50 del TUO del Reglamento General de Registros Públicos).

Este tipo de sistemas, como bien indica Tarazona Alvarado, "*otorgan mayores seguridades al tercero interesado para la adquisición de un bien, o para recibir uno como garantía, debido a la presunción de exactitud de la información publicitada y a la protección que se le da al tercero que contrató de buena fe*"[14]. Es por ello por lo que, en los sistemas de inscripción, la labor del registrador resulta ser relevante, pues el análisis y/o verificación de los documentos y/o título resulta crucial para definir qué actos ingresan al registro mediante la inscripción registral, y, en consecuencia, sobre qué acto inscrito recaerán totas las presunciones y beneficios legales que dicha inscripción otorga.

En ese sentido, la calificación termina siendo una actividad de suma importancia en los procedimientos registrales, pues de ella depende la correcta e idónea publicidad del acto y/o contrato que se inscriba. Ante ello, es importante tomar en consideración lo indicado por algunos autores en relación con la calificación registral. Sobre el tema, García y García señala que "*la calificación consiste en el juicio de valor que hace el registrador con respecto a los documentos presentados* (…) *para determinar si se adaptan o no a la legalidad del ordenamiento jurídico* (…)"[15]. Por otro lado, Pau Pedrón afirma que "*la calificación es un presupuesto lógico de la eficacia del registro. La intensa eficacia del registro solo puede producirse por una previa calificación rigurosa*"[16].

Como se puede verificar los autores antes citados manifiestan su opinión en relación con la importancia que tiene la actividad calificadora, pues no solo corresponde a una verificación y/o análisis que realiza un registrador ante los documentos que conforman el título inscribible, sino que dicha actividad repercute en la eficacia de un registro jurídico. Cuanta mejor calificación registral, mayor precisión y mejor publicidad registral se generará en los actos y/o contratos que se inscriban, ya que solo podrán inscribirse actos que habrán sido evaluados por el filtro de legalidad necesario para que puedan gozar posteriormente de los efectos jurídicos (o beneficios de protección) que otorga el registro a los actos y/o contratos inscritos.

Adicionalmente a ello, es importante tener en consideración lo establecido por Ortiz Pasco[17], quien afirma que la finalidad práctica de la calificación registral subyace en dos aspectos: (i) evitar el ingreso al archivo registral de documentos nulos, insuficientes y que no justifiquen conferirles efectos publicitarios, y (ii) cumplir con el principio fundamental de la seguridad jurídica, el cual equivale a lograr la mayor concordancia entre la realidad registral y la realizada extrarregistral.

Es por tal motivo por lo que dicho acto (calificación) presupone un análisis y/o evaluación legal por parte del Registro, de la documentación presentada por las personas. En relación con ello, y en concordancia con lo expresado por GÓMEZ GÁLLIGO, podríamos definir la actividad de calificación registral como aquella actividad de análisis que permite verificar diversos aspectos del acto o instrumento inscribible, en donde se someterán al juicio de valor del registrador, para concluir, después del análisis exhaustivo y en aplicación de las normas específicas, si el acto o contrato

14 TARAZONA ALVARADO, Fernando (2010). El folio real y personal y su trascendencia en los Registros Jurídicos. En *Manual de los procedimientos registrales*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 152.

15 GARCÍA y GARCÍA, José Manuel (1993). La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del presidente del tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Registrales, tomo I, p. 264.

16 PAU PEDRÓN, Antonio (1995). *Curso de Práctica Registral*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, p. 67.

17 Información extraída de http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/calificacion_registral.pdf.

puede tener acceso al archivo registral, o si, de existir vicios, se debe denegar en la práctica del asiento[18].

Esta actividad (calificación) termina siendo entonces la garantía para que el Registro pueda publicitar actos y/o contratos válidos, lícitos y legales, generado de esta manera el mayor nivel de oponibilidad de dichos actos y/o contratos que logran quedar registrados en un registro jurídico[19].

4. Implicancias específicas de la modificación del artículo 2014 en el sistema registral peruano

4.1. Características y aspectos legales relevantes antes de la modificación del artículo 2014

Ahora bien, habiendo repasado un poco las implicancias de las características de los sistemas registrales, podemos precisar que el cambio en la redacción del artículo 2014, desde nuestra opinión, generó (de manera indirecta) un sustancial cambio en el sistema registral adoptado por el Perú, aspecto que pasaremos a explicar.

Como bien hemos indicado, los sistemas registrales de inscripción (sistema adoptado por el Perú), garantizan la inoponibilidad de lo no inscrito, especialmente por los efectos jurídicos que se le dota a la publicidad registral que los actos y/o contratos que entran al Registro[20], generando de

18 GÓMEZ GÁLLIGO, 2006: 93.

19 Este aspecto ha sido recogido por la jurisprudencia registral del Tribunal Registral, el cual en la Resolución N.º 1503-2010-SUNARP – TR (f.j. 9) ha indicado lo siguiente:

"*La calificación registral se realiza en el marco de los principios registrales, que constituyen los rasgos fundamentales que sustentan el derecho registral, delimitando de ese modo los alcances de la calificación registral.*

Así en virtud del principio de legalidad, contemplado en el primer párrafo del artículo 2011 del Código Civil y en el artículo V del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, establece que los Registradores y el Tribunal Registral, en sus respectivas instancias, califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes, y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos.

Cabe resaltar que están dentro de los alcances de la calificación registral, no solo evaluar la legalidad de los documentos que se presentan al registro (título formal), sino también la "validez del acto" (título material), es decir tanto el Registrador y como el Tribunal Registral deberían tener en cuenta al momento de realizar el control de legalidad de los títulos ingresados al registro las normas generales de validez de los actos jurídicos, así como las específicas de cada contrato en particular".

20 En la Resolución N.º 1387-2013-SUNARP-TR-L (f.j. 5), el Tribunal Registral se ha pronunciado sobre los efectos jurídicos de la publicidad registral de los actos registrados indicando:

"*En el mismo sentido, el artículo 2012 del Código Civil Señala que se presume sin admitir prueba en contrario, que* ***toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones****. Asimismo, el artículo II del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos recoge el principio de publicidad formal, por el cual se establece que siendo el Registro público, se garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo de las partidas registrales, y en general a que obtenga información del archivo registral, En virtud del referido principio registral de publicidad, se entiende que el contenido de los registros es de conocimiento general y se garantiza el efectivo conocimiento tanto de los asientos de inscripciones y de los títulos que les dieron origen, así como de los que se encuentran en trámite*" (resaltado y subrayado nuestro).

esta forma la tan ansiada "seguridad jurídica"[21]. Con ello, pues, un tercero que desea adquirir un predio se basará en la información pública, certera y vigente del registro para saber que está contratando correctamente sobre dicho predio y con su titular.

Es por tal efecto que la razón o el objetivo principal de la existencia de un Registro (con especialidad atención a un registro jurídico de Predios) es "publicitar" los actos, contratos o derechos que se inscriben, otorgando de esta forma seguridad jurídica. Ante ello, es claro entonces inferir que el efecto inmediato de la publicidad es otorgar la cognoscibilidad suficiente a la colectividad sobre el acto, bien o derecho sobre el cual se pretende contratar, lo cual a su vez genera predictibilidad con respecto de futuras transacciones. Dicha "predictibilidad" es entendida como la seguridad de que un acto determinado con implicancias jurídicas tendrá consecuencias jurídicas predecibles (o en otras palabras "*seguridad otorgada por aplicación efectiva de la ley*")[22].

En esa línea argumentativa, y en el caso concreto del registro jurídico de predios (que corresponde al registro donde se avoca el presente análisis), con la publicidad otorgada mediante la inscripción registral, se genera una adecuada oponibilidad de derechos, dando a conocer (o en otras palabras "publicitar") la situación jurídica de los predios que se encuentran registrados, generando de esta forma, oponibilidad, cognoscibilidad, protección, delimitación de derechos y, así, seguridad jurídica. Gracias a estas garantías, los titulares de los derechos o bienes inscritos puedan utilizarlos como activos susceptibles de ser transados en el mercado, o más allá de su uso y/o utilización física.

En ese contexto, la redacción que tenía el artículo 2014 antes de su modificación tuvo algunas interpretaciones en relación de hasta donde un tercero diligente tenía que verificar el contenido del registro para contratar sobre un predio y estar resguardado por el principio de buena fe registral en caso logre inscribir, o en otras palabras, hasta donde abarca los efectos jurídicos de la publicidad registral otorgada por el Registro, sobre la cual, las personas tenían que enterarse para estar en un estado de diligencia en la contratación, y que la misma este protegida, ya que, por una entelequia jurídica se presume (sin admitir prueba en contrario) que todas las personas conocen el contenido del Registro[23].

De esta forma, hasta antes de la modificación del artículo 2014, dicho aspecto fue altamente discutido en la vía judicial (por interpretaciones de la Corte Suprema), así como en la vía administrativa

21 Un concepto que consideramos muy adecuado sobre la "seguridad jurídica", corresponde a lo indicado por Juan Luis Hernández Gazzo, quien indica: "*La predictibilidad podemos explicarla como la situación en la cual los sujetos pueden conocer cuáles son las reglas de juego vigentes y, con cierta certeza, pueden confiar que estas no van a ser modificadas entre el momento de la toma de decisión y el de la ejecución. Estas reglas de juego las da el derecho y esa predictibilidad la* ***otorga la seguridad jurídica***" (resaltado nuestro). HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis (1997). Seguridad Jurídica y Costos de transacción: Algunas distorsiones en el Código civil. *Revista Derecho y Sociedad*. Año VIII, N.º 12, Segunda Etapa, p. 18.

22 Para Gunther Gonzales Barrón las "*funciones del registro son facilitar la prueba de los derechos, brindar información relevante y asegurar la eficacia de las adquisiciones*". Afirma además que "*No existe nada más cercano al ciudadano y a sus relaciones patrimoniales que el registro* (…) *en mi concepto de las cosas, el Registro es una figura de seguridad jurídica* con justicia" (GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán (2002). *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Lima: Jurista Editores, p. 19).

23 Esto se encuentra regulado en el artículo 2012 del Código Civil, donde se indica que "*Se presume sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones*". Este presupuesto ha sido también recogido, como principio base y segunda piedra angular de la protección que otorga el registro, en los acápites I y II del Título Preliminar del TUO del Reglamento de los Registros Públicos, en virtud de los cuales se desarrolla la materialización del principio de publicidad (Publicidad Material y Publicidad Formal).

por el órgano colegiado técnico de mayor nivel, es decir, el Tribunal Registral, y donde cada entidad tenía interpretaciones distintas.

La Corte Suprema, por ejemplo, emitió mucha jurisprudencia donde precisaba que la publicidad registral otorgada por el registro se extendía hasta el "título archivado", o sea, aquel conjunto de documento que dieron mérito a la inscripción respectiva (i. e., escritura pública de compraventa, por ejemplo). Para la Corte Suprema, según la interpretación del texto original del artículo 2014, cuando dicho artículo se refería a "(…) *por virtud de causas que no consten en los registros públicos*", ello debía ser interpretado en conjunto con lo indicado por los artículos 108 y 127 del Texto Único Ordenado del Reglamento de los Registros Públicos[24], y, por lo tanto, debería interpretarse que cuando el Código Civil se refería a "*lo que no conste en registros públicos*", dicha frase debía entenderse como a toda información que no se encuentre en el archivo registral (el cual bajo las normas registrales incluye los títulos archivados). Claro está que si esta fuera la interpretación correcta y vigente, los costos de transacción para la verificación de una partida registral aumentarían considerablemente, pues no solo se tendría que revisar la partida registral del predio que deseo adquirir, sino que se tendría que revisar la totalidad de los títulos (documentos) que dieron mérito a la inscripción de la totalidad de los asientos registrados, con lo cual se debería incurrir en mayores costos relacionados en la obtención de dichos documentos, y no solamente ello, sino que (en una interpretación extensiva) se debería obtener la totalidad de partidas y títulos archivados que puedan tener relación con el titular, y/o cualquier acto y/o contrato inscrito en la partida del predio, así como cualquier antecedentes a los mismos. Sostener ello implicaba que el tercero sería únicamente un tercer adquiriente de buena fe, siempre que haya verificado toda la información registral indicada en los asientos registrales y todos los títulos archivados que dieron mérito a la inscripción de dichos asientos.

Por el contrario, el Tribunal Registral, siendo el órgano colegiado especializado en temas relacionados con el derecho y sistema registral peruano, tenía una posición distinta. El Tribunal Registral sostenía que la publicidad registral emana de la información registral que se encuentra en los asientos registrales inscritos en una partida registral y no de los títulos archivados que dieron mérito a dichos asientos. Ante ello, la posición del Tribunal Registral se sustenta de un análisis funcional de la publicidad registral, del valor que poseen los asientos registrales y de la actividad de calificación que poseen los registradores como funcionarios públicos. Se explica que la tarea de dar organización de la información relevante para dar certeza y seguridad a las relaciones jurídicas entre privados, así como de incentivar el tráfico económico, supone una actividad especializada de control de la existencia y legalidad de los actos y contratos, y de selección de los mismos, con el fin de que resulten relevantes para las actividades económicas de las personas. Esta labor es conferida a los registradores en su actividad de calificación de los títulos inscribibles

24 El artículo 108 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos indica que "(…) *El archivo registral está constituido por: (a) Las partidas registrales que constan en tomos, fichas movibles, discos ópticos y otros soportes magnéticos; (b)* ***Los títulos que han dado mérito a las inscripciones conforme*** *a lo establecido en el artículo 7, acompañados de la anotación de inscripción y de los documentos en los que consten las decisiones del registrador o del tribunal registral emitidos en el procedimiento registral, los informes técnicos y demás documentos expedidos en éste*; (…)" (subrayado y sombreado nuestro).

El artículo 127 del TUO el Reglamento General de los Registros Públicos indica que "(…) *Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa y obtener del Registro, previo pago de las tasas registrales correspondientes: (a) La manifestación de las partidas registrales o exhibición de los títulos que conforman el archivo registral o que se encuentran en trámite de inscripción* (…)".

que se solicitan a los Registros Públicos para su inscripción[25]. En esa línea argumentativa, añade el Tribunal Registral que los administrados no deberían realizar un nuevo análisis de los asientos registrados, verificando nuevamente la totalidad de documentos (títulos archivados) sobre los cuales se registraron, labor que ha sido conferida (bajo el sistema registral peruano) al Estado (vía los registradores como funcionarios públicos). Esta doble labor finalmente generará que los costos de transacción aumenten, reduciendo el valor de la inscripción y desincentivándola como un mecanismo efectivo de oponibilidad.

Como se puede ver, en dicho momento, existían argumentos válidos, con posturas sustentables en relación con los alcances de la publicidad registral, siendo —en nuestra opinión— la del Tribunal Registral las más acorde para el mercado y contexto peruano, un país donde los altos costos de transacción han mermado el acceso al registro y la protección que este genera sobre los derechos de propiedad[26].

4.2. Características y aspectos legales relevantes después de la modificación del artículo 2014

La modificación efectuada por la Ley 30313, termino de zanjar la discrepancia que existía entre la Corte Suprema y el Tribunal Registral relacionada con los alcances de la publicidad registral.

Como bien se indicó en líneas anteriores, el artículo 2014 quedó redactado de la siguiente manera:

"*El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda,* ***cancele*** *(*) o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten* ***en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan****. (*)*

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro" (subrayado y enfatizado nuestro).

Como se puede verificar de la redacción del artículo, este se adaptó para los fines que perseguía la Ley 30313, modificando dos aspectos: (i) aumentó la palabra "cancelar" para poder articular el texto con la modalidad de cancelación administrativa de los asientos registrales, que también fue regulada por la Ley 30313, y (ii) precisó de manera expresa y textual que la protección del tercer adquiriente de buena fe se generará siempre que dicho tercero haya conocido (o revisado) los asientos registrales y los títulos archivados que dieron mérito a dichos asientos registrales de una partida electrónica respectiva.

25 Esta interpretación fue sustentada por el Tribunal Registral en múltiples resoluciones específicas: (i) Resolución N.º 396-2012-SUNARP-TR-T, (ii) Resolución N.º 082-2003-SUNARP-TR-T.

26 Cabe precisar que, según la ley de creación de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Ley 26366), se establecieron cuatro garantías para el Sistema Nacional de los Registros Públicos: (i) la autonomía de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones registrales, (ii) la intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio o sentencia judicial firme, (iii) la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro, y (iv) la indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a la ley.

Ahora bien, sin perjuicio de algunos requisitos adicionales que la Corte Suprema pueda haber establecido para la aplicación de la protección instaurada en el artículo 2014 del Código Civil[27], es de nuestra interpretación que con esta precisión no quedan dudas entonces de que la protección que otorga la inscripción registral ante un tercero (persona o administrado) que inscribe su derecho se gestará siempre que dicho tercero haya verificado fehacientemente el *contenido de los títulos archivados* que corresponden a los asientos Registrales de la partida registral del bien (predio) sobre el cual se está contratando.

4.3. Consecuencias y efectos de la modificación del artículo 2014 del Código Civil

4.3.1. CONSECUENCIAS EN EL SISTEMA REGISTRAL ADOPTADO POR EL PERÚ

En definitiva, la modificación ha generado que la publicidad registral para efectos de la protección del registro se extiende hasta el "título archivado", con lo cual, desde nuestra perspectiva y de manera indirecta, se están modificando las características del sistema registral que adoptó el Perú.

Afirmamos lo anterior porque esta modificación disminuye la relevancia jurídica del "asiento registral", y, por ende, de la calificación que realiza el registrador a los actos y contratos que se solicitan inscribir. De esta manera, la "inscripción registral" pierde considerablemente efectos legales[28], pues sus efectos (de manera indirecta) terminan siendo referenciales, perdiendo de esta manera su relevancia, pues si al final se requiere verificar el título archivado (es decir, el documento que sustenta el asiento), qué sentido tiene entonces revisar el asiento o prepararlo.

En esa línea argumentativa, podríamos inferir que la balanza que contiene el conjunto de características de nuestro sistema registral (en relación con la protección de los derechos patrimoniales que se publicitan al entrar al registro), se ha inclinado un poco más hacia un sistema de "transcripción". Ello lo afirmamos porque, si para que una persona contrate diligentemente sobre un bien y se encuentre protegido por la oponibilidad que el Registro otorga tendrá que verificar la totalidad de los títulos archivados que obran en el archivo registral (que correspondan a la partida registral del bien sobre el cual contrata), entonces bastará para la entidad administradora del Registro (en el caso peruano, la SUNARP), tal vez adopte mejor un sistema de fichero, donde cada persona pueda acceder a revisar y/o verificar el contenido de dichos documentos, y obviamente asumiendo los costos implicados que dicha revisión generará (i. e., costos en la visualización y/o expedición de los títulos archivados, y/o contratación de abogados especializados para que revisen la totalidad de los documentos específicos).

27 Cabe precisar, además, que la Corte Suprema, mediante Casación N.º 3187-20123 – Cajamarca, ha establecido que la diligencia ordinaria mínima que se impone al comprador es el deber de verificar el estado actual del bien que adquiere y principalmente quién o quiénes son poseedores de él, pues en aplicación de lo dispuesto en el artículo 912 del Código Civil al poseedor de un bien se le reputa propietario mientras no se demuestre lo contrario. En ese sentido, el tercer adquiriente de buena fe deberá verificar, además, si su transferente tiene la posesión del bien o inmueble transado, pues de lo contrario no estará protegido por los alcances de este artículo.

28 Indicamos considerablemente, pues no pierden todos los efectos jurídicos, incluso conservando los efectos jurídicos donde (para ciertos casos) la inscripción constituye derechos (i. e., constitución de hipotecas, inscripción del Régimen de propiedad horizontal, entre otros)

Tal vez sería novedoso, por ejemplo, que la SUNARP, a raíz y en aplicación de las implicancias jurídicas de la publicidad registral (debido al cambio normativo del artículo 2014), pueda terminar de implementar la transición del Sistema Informático Registral ("SIR"), utilizado hoy, al Sistema Automatizado de Registro Predial ("SARP"), utilizado por el antiguo Registro Predial Urbano (fusionado hoy con el Registro de Predios), pues tal vez dicho cambio conversaría mejor con las funciones del registrador, el cual, para la inscripción, únicamente tendría que llenar datos en un sistema específico, el cual de manera automática generaría el asiento registral. Y esto obviamente reforzado con la creación de algún sistema digital que permita (con bajo costo) poder acceder a la revisión de la totalidad de los títulos archivados que obran en el Registro.

4.3.2. CONSECUENCIAS INSTITUCIONALES

Es evidente que todo tipo de cambio normativo debe traer consigo modificaciones en la gestión de las instituciones que tienen a su cargo funciones que directamente se encuentran relacionadas con dichos cambios normativos o actividades.

A raíz de la promulgación de la Ley 30313, y principalmente en relación con la coyuntura de fraudes y colusiones debido a la Red Orellana, la SUNARP fue emitiendo ciertas regulaciones que permitieron a los titulares de predios poder contar con algunas herramientas de índole administrativa para actuar preventivamente y/o reactivamente ante actos fraudulentos de falsificación y/o suplantación de documentación destinada a trasferir sus predios (i. e., la alerta registral, el bloqueo y tacha por falsedad documentaria, la paralización temporal de partidas registrales, oposición al procedimiento registral, entre otras).

En relación con ello, queda la duda de si tomando en consideración todas las alternativas y/o herramientas de índole administrativo que se ha ido emitiendo inteligentemente por la SUNARP, valía la pena reformar el código civil, o acaso el Estado no estaba enfocando correctamente el problema y los mecanismos para atacarlo.

Sin perjuicio de ello, la SUNARP (principalmente en los últimos años, tal vez no motivados por el cambio normativo, pero sí por el asilamiento generado por la pandemia mundial ocasionada por el COVID-19) ha ido automatizándose para poder brindar un mejor servicio a efectos de materializar con mayor rapidez la publicidad registral. Ante ello, en los últimos años, (i) ha logrado modernizar sus vías de acceso web para la publicidad registral en línea, (ii) ha habilitado la posibilidad de búsquedas por dirección de predios (aunque aún falta mejorar esta opción), (iii) ha habilitado sistemas vía web amigables y de fácil acceso que permiten el seguimiento de los procedimientos registrales y solicitudes de certificación registral, (iii) ha habilitado (aunque de manera limitada) la posibilidad de acceder de manera gratuita a la visualización de partidas registrales (algo que antes requería un costo adicional), (iv) ha habilitado (aunque aún falta mejorar) el sistema de visualización de la base gráfica registral de partidas registrales de predios y, finalmente, (v) ha habilitado sistemas de inscripción virtual de títulos (principalmente para notarios y consulados).

Sin embargo, en relación con lo comentado, aún está pendiente la creación y/o habilitación de un sistema digital que permita (de manera segura y a bajo costo) poder tener acceso a los títulos archivados de una partida registral, justamente para materializar la posibilidad y el acceso de la

publicidad registral a las personas que desean contratar de manera segura y diligentemente sobre un determinado bien, en directa relación con lo hoy regulado por el artículo 2014 del Código Civil.

4.3.3. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS EN LA FORMALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

Uno de los problemas socioeconómicos más trascendentales sobre los cuales siempre ha adolecido el Perú es la informalidad, especialmente en el ámbito predial. Muchos de estos problemas aún continúan existiendo hoy, y de esta forma, siguen siendo —en mayor o menor medida— los mismos que tenemos hace más de veinte años, tal vez debido principalmente a la falta de políticas públicas integrales de largo aliento.

A diferencia de la década de los 90, en los últimos veinte años se han dado pocos avances para combatir, mitigar y/o erradicar la informalidad predial que tanto daño le hace a la economía peruana. Los grandes avances que se gestaron (incluso ya a finales de la década de los 80 del siglo pasado), con los esfuerzos conjuntos entre instituciones estatales claves, como lo fue el Registro Predial Urbano, que implementó un sistema electrónico de registro novedoso y eficiente, la reciente y novedosa Superintendencia Nacional de Registros Públicos, que unificó todos los registros jurídicos de propiedad inmueble en el Perú, y actuaciones de titulación masiva y gestión catastral gestionadas por la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal ("COFOPRI") y el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural ("PETT"), hoy se ralentizaron o son casi nulos, lo cual devela que el Estado no tiene un rumbo definido con relación a las políticas públicas integrales destinadas a la formalización, consolidación y protección de los derechos de propiedad predial (y obviamente menos si hablamos de combatir bandas criminales que atacan el sistema y/o protección de derechos prediales).

En los últimos veinte años han existido avances y ciertos "chispazos" normativos, que, con buenas intenciones, buscan avanzar en el desarrollo del sistema de gestión y/o protección de derechos de propiedad; sin embargo, desde nuestra perspectiva, no han tenido el impacto ni el efecto esperado.

La corrupción y estafas masivas, según lo que hemos precisado en líneas anteriores, no favorecieron el avance en las políticas públicas destinadas a salvaguardar derechos. Todos los destapes relacionados con "Red Orellana" develaron lo frágil y corrompible que pueden ser los actores (personas e instituciones) involucrados en la cadena de procesos destinados a proteger y/o formalizar los derechos de propiedad.

Ello pues, y como lo hemos comentado, generó una serie de acciones normativas (principalmente motivadas por la SUNARP), destinadas a mitigar o prevenir fraudes inmobiliarios, pero sin atacar el problema de fondo. Estas modificaciones (y especialmente la analizada en el presente artículo) finalmente sirvieron de herramienta para mitigar los eventuales fraudes. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, aumentaron considerablemente los costos de transacción, onerosidad en la contratación y los desincentivos a una cultura y/o concientización registral. Ello a la larga podría únicamente generar la desprotección de derechos de propiedad.

En resumen, hasta que el Estado no internalice la importancia y relevancia de permitir que su población utilice los activos inmobiliarios más allá de su propósito físico, no lograremos avanzar en los escalones económicos necesarios para alcanzar los objetivos de desarrollo (y menos aún con reformas mal concebidas de artículos tan trascendentales como los del Código Civil). De esta manera, si el Estado no dedica esfuerzos a desarrollar políticas públicas integrales a largo plazo (o, para algunos, programas sistémicos), es poco probable que algún cambio normativo tenga un impacto material en la formalización y protección de los derechos de propiedad. Las soluciones legales rápidas pueden sonar bien y, en ocasiones, tener efectos positivos a corto plazo, pero no alterarán la realidad predial. No debemos perder de vista el objetivo de tener un país con propietarios que gocen de derechos seguros.

5. Conclusiones

Desde la vigencia del Código Civil, el artículo 2014 no había sufrido modificaciones sustanciales hasta la promulgación de la Ley 30313. Esta ley se estableció principalmente para alterar ciertos procedimientos registrales, proporcionando a los ciudadanos herramientas legales eficaces para combatir, detener y/o prevenir actos delictivos y fraudulentos en la transferencia de propiedades. Dichos actos delictivos habían sido perpetrados por una red de delincuencia organizada liderada por Rodolfo Orellana.

Se calcula que la red criminal liderada por Rodolfo Orellana operó durante casi una década, acumulando un patrimonio ilícito cercano a los mil millones de dólares. Ante la creciente evidencia de fraude y corrupción pública asociados a esta red, los legisladores decidieron modificar algunas normativas que, en su criterio, podrían contribuir a combatir y/o reducir el fraude inmobiliario. Entre estas medidas se incluye la modificación del artículo 2014 del Código Civil por la Ley 30313.

La modificación del artículo 2014 generó un cambio en las características del sistema registral peruano, orientándolo hacia un sistema más parecido al de transcripción. En este sistema, el funcionario que actúa como registrador transcribe íntegramente el título o documento que fundamenta el acto a registrar, o emplea (esto actualmente) un sistema de archivo en el que se organizan los documentos presentados en volúmenes.

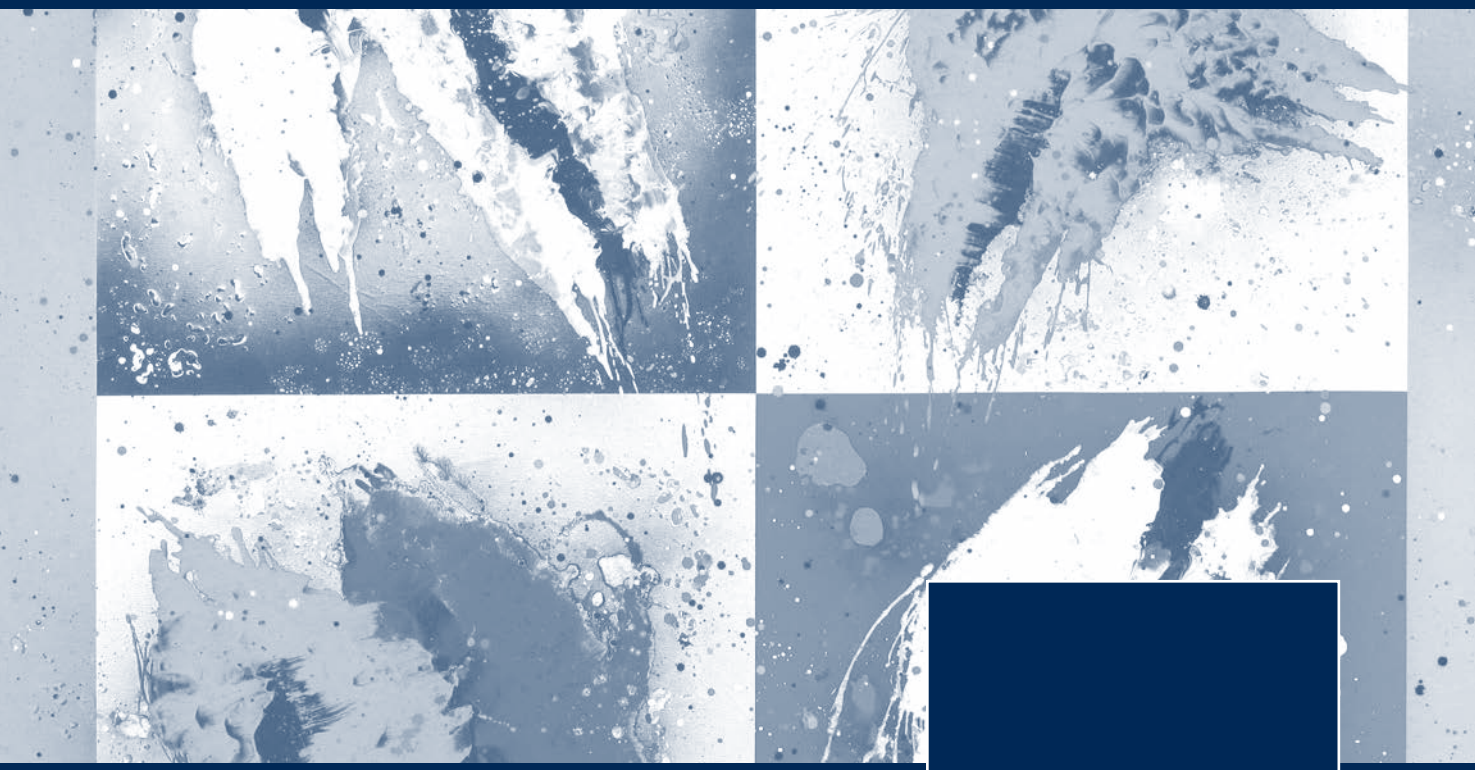
La modificación del artículo 2014 del Código Civil estipula que la protección que el Registro ofrece al tercer adquiriente que inscribe de buena fe se obtiene únicamente tras verificar no solo los asientos, sino también todos los títulos archivados de las partidas registrales. Es decir, los terceros contratantes que registren sus actos y/o contratos solo estarán protegidos por la oponibilidad que concede el registro si han verificado la totalidad de los títulos o documentos (contratos) que dieron mérito a los asientos de una partida registral respectiva.

En ese sentido, esta modificación, desde nuestra perspectiva, ha generado una variación en las características del sistema registral adoptado por el Perú, virando hacia un sistema más semejante al de "transcripción". Ante un sistema de transcripción, el funcionario que hace las veces de registrador transcribe en su integridad el título o documento que sustenta el acto que se desea registrar, o bien se utiliza un sistema de archivamiento donde se forman volúmenes con los docu-

mentos presentados. En consecuencia, si por la modificación del artículo 2014 finalmente se tienen que verificar los títulos archivados, es decir, todos los documentos o contratos que generaron las inscripciones, los asientos pierden relevancia, siendo lo principal la verificación de los títulos o documento que sustenta el acto, lo cual se asemeja a un régimen registral de transcripción.

Esta modificación (u otras que la SUNARP ha generado administrativamente) finalmente ha servido como herramienta para mitigar los eventuales fraudes. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, esto ha aumentado considerablemente los costos de transacción, la onerosidad en la contratación y los desincentivos a una cultura y conciencia registral. A largo plazo, esto podría generar únicamente la desprotección de los derechos de propiedad. Sin perjuicio de ello, la SUNARP ha estado adaptándose como institución para hacer más accesible la publicidad de sus archivos registrales a todos los privados. A pesar de haber avanzado considerablemente en los últimos años, todavía quedan automatizaciones e implementaciones por realizar.

Para lograr un desarrollo económico y la formalización de los derechos de propiedad, es esencial que el Estado establezca procedimientos y políticas públicas que permitan a la población utilizar sus predios más allá de su función física. En muchas ocasiones, las soluciones legales rápidas (que no han sido debidamente analizadas, especialmente desde una perspectiva económica) pueden parecer efectivas, pero no alteran la situación subyacente del objetivo principal, que es proteger los derechos de propiedad.



Foro de Actualidad

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 66, diciembre 2024, pp. 157-165

Foro de Actualidad

España

EL REPARTO ENTRE ADMINISTRACIONES DE LAS COMPETENCIAS SOBRE LOS TÍTULOS DE OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE: NOVEDADES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Antonio Lidón de Miguel

Abogado del Área de Derecho Público y Medioambiente de Uría Menéndez (Valencia)

El reparto entre Administraciones de las competencias sobre los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre: novedades en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2024, de 23 de abril, desestima en su mayor parte el recurso de inconstitucionalidad formulado contra Ley del Parlamento de Galicia 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia. Según el Tribunal Constitucional, aquellas Comunidades Autónomas que asumieron competencias en materia de ordenación del territorio y del litoral son también competentes para gestionar las autorizaciones y concesiones sobre el dominio público marítimo-terrestre. Los pronunciamientos contenidos en esta Sentencia pueden entenderse como una modulación de la jurisprudencia previa, pues el Tribunal Constitucional concluye que las Comunidades Autónomas pueden declararse competentes

para otorgar y gestionar las autorizaciones y concesiones sobre el dominio público marítimo-terrestre, aunque no se haya reformado el correspondiente estatuto de autonomía para reconocer expresamente estas facultades de gestión.

PALABRAS CLAVE:
Costas, Dominio público marítimo-terrestre, Concesiones, Competencias de las Comunidades Autónomas.

National and regional powers over coastal public domain occupation: new case law developments (by the spanish Constitutional Court)

Constitutional Court Judgment 68/2024 of April 23 dismissed the majority of the appeal filed against Law 4/2023 of 6 July of the Parliament of Galicia on the planning and integrated management of the Galician coastline. According to the Constitutional Court, those autonomous regions that have jurisdiction over spatial and coastal planning also have powers to grant authorisations and concessions over the coastal public domain. The Constitutional Court judgment can be understood as fine-tuning previous case law, since the court has concluded that the autonomous regions may declare their own jurisdiction to issue and manage authorisations and concessions over the coastal public domain, even if the corresponding statute of autonomy has not been expressly amended to recognise these powers.

KEYWORDS:
Coasts, coastal public domain, concessions, autonomous region's powers.

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-11-2024

Lidón de Miguel, Antonio (2024). El reparto entre Administraciones de las competencias sobre los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre: novedades en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 157-165 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Pocas materias despiertan tanta controversia en el debate público como la gestión y uso del litoral. La proximidad al mar es un factor relevante para la ubicación de diversas actividades económicas (ya sean industriales, turísticas o de otro tipo), así como uno de los grandes atractivos de los inmuebles ubicados en zonas costeras. Pero, obviamente, la utilización de la costa para las finalidades propias de la actividad económica y el uso residencial debe conjugarse con la protección medioambiental y la apertura al uso público de las playas y la zona marítimo-terrestre en los términos que proclama la Constitución.

Los sucesivos gobiernos de España han dejado su impronta en la legislación de costas y en su aplicación práctica, con soluciones más o menos restrictivas según su signo político. En los últimos años, vemos también cómo diversos gobiernos autonómicos intentan ganar mayor protagonismo en la materia. En particular, mediante la asunción de competencias en lo que se refiere al otorgamiento y gestión de las títulos que amparan la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para fines privados (es decir, las autorizaciones y concesiones reguladas por la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas —"Ley de Costas"—).

En este contexto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2024, de 23 de abril ("STC 68/2024"), al desestimar, en gran parte, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento de Galicia 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia ("Ley del Parlamento de Galicia 4/2023"), viene a confirmar que las Comunidades Autónomas pueden ejercer estas facultades, que deben entenderse incluidas dentro de la competencia más amplia relativa a la ordenación del territorio y del litoral; y ello aunque no haya mediado una reforma del Estatuto de Autonomía para reconocer expresamente dichas competencias de gestión.

Como veremos a continuación, los pronunciamientos de la STC 68/2024 son novedosos, en la medida en que pueden entenderse como una modulación o evolución de la doctrina previa del Tribunal Constitucional. Y, como también veremos, el complejo reparto competencial no queda del todo esclarecido, pues, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2024, de 25 de septiembre ("STC 119/2024"), ha acotado los pronunciamientos de la previa STC 68/2024 para matizar que las competencias autonómicas no se extienden a las concesiones denominadas como *compensatorias*.

2. Breve repaso al marco normativo en el que se desenvuelve el uso y ocupación de la costa

Como es de sobra conocido, el artículo 132 de la Constitución proclama el carácter demanial de la zona marítimo-terrestre y las playas, encontrándose la definición y alcance de estos términos en la Ley de Costas y en su reglamento de desarrollo (actualmente, el Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas), que configuran además los procedimientos necesarios para deslindar el dominio público de las propiedades privadas.

A resultas de lo anterior, la utilización de la costa para los denominados como usos comunes (pasear, bañarse, navegar, etc.) es libre y gratuita, mientras que todo uso u ocupación diferente de los anteriores por parte de particulares requerirá autorización o concesión (en este último caso, si la ocupación precisa instalaciones o construcciones no desmontables). Determinados usos quedan directamente prohibidos con carácter general por la legislación básica (v. g., residencia o habitación), mientras que los restantes son admisibles en dominio público marítimo-terrestre, siempre que no puedan tener otra ubicación, lo que debe valorarse caso por caso al otorgarse la correspondiente autorización o concesión (artículos 25 y 32 de la Ley de Costas).

El sistema se completa con el extenso régimen transitorio, del que nos centraremos en las disposiciones más relevantes, por el elevado número de personas afectadas, así como por el valor económico de los derechos implicados. Con arreglo a la disposición transitoria 1.ª de la Ley de Costas, los antiguos propietarios de suelos enclavados en dominio público pasaron a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento temporal sobre las construcciones, instalaciones y usos existentes previamente, derecho que toma la forma de concesión (de ahí que en la doctrina y jurisprudencia se las conozca como concesiones *compensatorias*). Idéntico régimen se aplica en aquellos casos en los que la Administración practica un nuevo deslinde del dominio público en un determinado tramo de costa para adaptarlo a la nueva configuración de la zona marítimo terrestre y las playas. El régimen transitorio también contempla la adecuación a la Ley de Costas de las concesiones otorgadas con arreglo a la normativa anterior (en especial, en lo que se refiere a su plazo de duración).

Una de las modificaciones más relevantes de la Ley de Costas la encontramos en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas ("Ley 2/2013"). La Ley 2/2013 aumentó el plazo de duración general de las concesiones de 30 a 75 años. Y, ante el inminente vencimiento de las concesiones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigor, instituyó una prórroga excepcional de hasta 75 años de duración que se concedería a instancias de los titulares y cuyo plazo de duración se computaría desde la fecha de solicitud de dicha prórroga.

Ciertamente, las disposiciones de la Ley 2/2013 sobre las prórrogas excepcionales de concesiones no gozaron de una aplicación pacífica. En efecto, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico acabó por propugnar una interpretación restrictiva de los preceptos que dificultó o retrasó el otorgamiento de las prórrogas excepcionales —interpretación que, en determinados casos, sería corregida por el Tribunal Supremo, por ejemplo en sus Sentencias 1530/2021, de 20 de diciembre; 260/2023, de 2 de marzo; y 271/2023, de 6 de marzo—.

A todo ello se sumó el nuevo artículo 20 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética ("Ley 7/2021"), que, entre otras disposiciones, establece que las concesiones nunca podrán tener una duración superior a 75 años (computando, a estos efectos, tanto el plazo inicial como todas sus prórrogas —frente al régimen inmediatamente anterior, que, como hemos visto, permitía prórrogas de hasta 75 años de duración, con independencia del tiempo transcurrido desde que la concesión fuera otorgada—). Asimismo, prevé expresamente que el otorgamiento de las prórrogas se sujete también a lo previsto en el título III de la Ley de Costas (que incluye las limitaciones de uso del artículo 32 a las que ya hemos hecho referencia). Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada, la aplicación del artículo 20 de la Ley 7/2021 genera no pocas dudas interpretativas. Pero, siguiendo con la doctrina del Tribunal Supremo, de lo que no cabe duda es de que sus previsiones no afectan a las prórrogas ya concedidas antes de la entrada en vigor de esta nueva disposición legal.

3. La asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas y la jurisprudencia constitucional en la materia

Dada la sensibilidad política de la materia y su relevancia para la actividad económica y para los municipios costeros, diversas Comunidades Autónomas han asumido las competencias relativas al otorgamiento y gestión de las autorizaciones y concesiones.

En concreto, Cataluña, Andalucía, Islas Baleares y Canarias vienen ejerciendo dichas competencias, tras asumirlas expresamente como propias en sus respectivos Estatutos de Autonomía y después de que entraran en vigor los correspondientes Reales Decretos de traspaso de funciones, atribuciones, servicios, medios materiales, personales y financieros —en aplicación del artículo 147.2.d) de la Constitución y las disposiciones de los propios Estatutos de Autonomía regulando las comisiones mixtas Estado-Comunidades Autónomas en materia de transferencias—.

La jurisprudencia constitucional acerca del reparto competencial se remonta, entre otras, a las Sentencias del Tribunal Constitucional 113/1983, de 6 de diciembre; y 149/1991, de 4 de julio. Resumiendo los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la atribución de titularidad al Estado sobre el dominio público marítimo-terrestre no es un criterio delimitador de competencias ni aísla la costa del resto del territorio, sobre el que las Comunidades Autónomas pueden ejercer sus competencias (en especial, la de ordenación del territorio). Pero esta atribución de titularidad en favor del Estado sí entraña la facultad exclusiva de establecer el régimen jurídico de los bienes que integran el dominio público y las medidas necesarias para su protección, con la finalidad de asegurar el mantenimiento de su integridad física y jurídica, su uso público y sus valores paisajísticos (facultad que debe interpretarse también como un mandato del constituyente dirigido al legislador estatal).

Las facultades del Estado se proyectan también sobre los terrenos colindantes al dominio público, que, si bien son de propiedad privada, están afectados por las diversas zonas de servidumbre establecidas por la Ley de Costas para proteger la costa y garantizar el libre acceso a las playas, con las diversas limitaciones sobre la propiedad que ello conlleva. Esta competencia estatal para regular limitaciones a la propiedad en terrenos colindantes a la costa ya no se basa en la titularidad dominical del Estado, sino en las competencias previstas en el artículo 149.1 de la Constitución (como son la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos —subapartado 1.º— y la legislación básica sobre protección del medio ambiente —subapartado 23.º—).

En las sentencias antes citadas, el Tribunal Constitucional recordaba que las competencias reservadas al Estado debían ser única y exclusivamente las imprescindibles para garantizar la defensa y protección integral del dominio público, sin que las normas estatales pudieran pretender ordenar el territorio o adentrarse en las competencias autonómicas en materia de medio ambiente (fundamentalmente, las de establecer normas adicionales de protección y las competencias ejecutivas o de gestión).

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, ya avanzaba que las Comunidades Autónomas podían asumir, como parte de la competencia más amplia en ordenación del territorio y del litoral (artículo 148.1.3.ª de la Constitución), la competencia para otorgar y gestionar los títulos de ocupación del dominio público.

Así, el Tribunal Constitucional afirmó que, dado que la costa forma parte del territorio, la capacidad autonómica de *ordenación* —esto es, la delimitación, mediante disposiciones de carácter general, de los diferentes usos a los que puede destinarse el suelo o espacio físico— condiciona de un modo u otro el otorgamiento de las autorizaciones y concesiones; de modo que se puede concluir que la Administración competente para *ordenar* la costa también lo es para otorgar y gestionar los títulos que permiten su utilización.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, al resolver los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de Costas, advertía que el constituyente no configuró un único modelo de reparto de competencias en la materia —*cfr*. FJ 4.ºA)—[illegible] . Por ello, el Tribunal Constitucional no estimó la impugnación dirigida contra los diversos preceptos de la Ley de Costas que reservaban al Estado la competencia para gestionar autorizaciones y concesiones, a

la espera de que fueran las Comunidades Autónomas las que asumieran esta competencia por la vía de reformas estatutarias o a través de otros mecanismos constitucionales de transferencia de competencias, como el previsto en el artículo 150.2 de la Constitución.

Y, llegado el momento, el Tribunal Constitucional reiteró y desarrolló su doctrina, precisamente para declarar constitucional que las Comunidades Autónomas asumieran por estas vías las competencias descritas —por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio (FJ 92), sobre la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; y 18/2022, de 8 de febrero, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2020, de 30 de julio, de protección y ordenación del litoral—.

Pero, como veremos seguidamente, la STC 68/2024 objeto de este foro da un paso más y modula (quién sabe si definitivamente) la doctrina constitucional en la materia.

4. La Ley del Parlamento de Galicia 4/2023 y la modulación de la doctrina constitucional

A diferencia de otros Estatutos de Autonomía, el de Galicia no incluía como competencia autonómica, de forma expresa, detallada y taxativa, la gestión de las autorizaciones y concesiones sobre el dominio público marítimo-terrestre (solo la "*ordenación del territorio y del litoral*" —compárese, por ejemplo, con el precepto equivalente del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que hace referencia a "[…] *la gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo-terrestre, especialmente el otorgamiento de autorizaciones y concesiones y, en todo caso, las concesiones de obras fijas en el mar* […]"—).

Lo anterior motivó que el presidente del Gobierno interpusiera recurso de inconstitucionalidad contra los diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 4/2023 que atribuían a la Administración autonómica el otorgamiento y gestión de autorizaciones y concesiones (atribución que se haría efectiva en el momento en que produjera el efectivo traspaso de funciones y servicios por parte de la Administración General del Estado).

Pues bien, la STC 68/2024 desestima la impugnación formulada por el presidente del Gobierno y concluye que la competencia autonómica en ordenación del territorio y del litoral engloba la competencia para gestionar los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre, sin que sea necesaria una reforma estatutaria para incluir expresa, detallada y taxativamente esta competencia entre las reservadas a la Comunidad Autónoma.

Así, el Tribunal Constitucional afirma que "*las funciones ejecutivas relativas a la gestión de títulos de utilización y ocupación del dominio público marítimo-terrestre no forman parte de competencias estatales por tener su encaje en la competencia sobre ordenación del litoral*" y que "*la competencia estatal debe entenderse limitada a establecer el régimen jurídico del dominio público para atender a las finalidades que la legitiman, quedando sustraídas del mismo la facultad de otorgar las autorizaciones para la utilización y ocupación del demanio, al pertenecer dicha facultad de ejecución a la competencia exclusiva de ordenación del litoral*" (STC 68/2024, FJ 10.a).

Esto es, conforme a la STC 68/2024, la Constitución reservaría las competencias en materia de otorgamiento y gestión de autorizaciones y concesiones sobre el dominio público marítimo-terrestre a las Comunidades Autónomas que tengan reconocida estatutariamente la competencia en ordenación del territorio y del litoral (aunque no se incluya expresamente una mención a la gestión de los títulos administrativos de ocupación del dominio público).

Aunque el Tribunal Constitucional considera que la anterior doctrina es una consecuencia lógica e ineludible de su jurisprudencia previa, lo cierto es que, en los anteriores casos sometidos a control de constitucionalidad, existía una asunción estatutaria de la competencia terminante e indubitada (al contrario que la escueta mención del Estatuto de Autonomía de Galicia a la ordenación del territorio y del litoral, ya citada). Por esta razón, el voto particular de la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, si bien coincidente en el fallo, advierte que, en su opinión, nos encontramos ante un cambio significativo en la doctrina constitucional, y no ante una mera modulación.

Sí que conviene aclarar que la legislación estatal básica en materia de costas sigue condicionando, en todo caso, las decisiones que adopten las Comunidades Autónomas tanto en la ordenación del territorio como en la gestión de autorizaciones y concesiones demaniales. De hecho, la STC 68/2024 declara la nulidad del artículo 60.3 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/2023, en tanto que admitía instalaciones de tratamiento de aguas residuales en el dominio público marítimo-terrestre, contraviniendo así la prohibición contenida en la Ley de Costas. Y obliga a interpretar otros preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 4/2023 de forma acorde con la Ley de Costas. Debe destacarse, por ejemplo, la interpretación conforme de aquellos preceptos que permiten en dominio público, bajo determinadas condiciones, instalaciones de la cadena mar-industria alimentaria. Según la STC 68/2024, esta habilitación de la ley autonómica deberá entenderse sin perjuicio de la necesidad de valorar, caso por caso, si esos establecimientos requieren realmente ubicarse en dicha zona, en los términos que prevé la normativa estatal.

A ello debe sumarse que el hecho de que las competencias en materia de gestión de títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre sean autonómicas no es óbice para que su ejercicio efectivo quede diferido hasta que se transfieran las funciones, servicios y medios ahora en manos de la Administración General del Estado, por medio de los habituales acuerdos de la Comisión Mixta de Transferencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma, acuerdos que, posteriormente, deberán ser promulgados y publicados como Reales Decretos.

5. Cuestiones pendientes tras la STC 68/2024

La complejidad de la materia implica, necesariamente, que la STC 68/2024 no pudo despejar todas las incógnitas asociadas al régimen competencial de la gestión del litoral.

En efecto, con posterioridad, la reciente STC 119/2024 complementó la doctrina anterior con un nuevo pronunciamiento. En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional concluye que las competencias autonómicas no se extienden a la gestión de las denominadas como concesiones *compensatorias*, esto es, aquellas concedidas al amparo de las normas de derecho transitorio de la Ley de Costas para compensar a aquellos propietarios cuyos terrenos pasaron a estar incluidos en el

dominio público como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Costas o de la práctica de nuevos deslindes, concesiones que no se sujetan a pago de canon o a las restricciones para determinados usos derivadas del artículo 32 de la Ley de Costas.

Para el Tribunal Constitucional, en estas concesiones (incluidas sus prórrogas) prima el carácter compensatorio, de forma que constituyen un aspecto más de las facultades reservadas al Estado para determinar el dominio público marítimo-terrestre y su régimen de protección (constituyen así un "*complemento normativo e integrador*" de los preceptos de la Ley de Costas que desarrollan el artículo 132.2 de la Constitución). En consecuencia, no cabe hablar del ejercicio de facultades de ordenación del territorio o del litoral o de la implantación *ex novo* de usos o construcciones, lo que habría determinado que la competencia fuera autonómica.

Por último, a juicio únicamente del autor de este foro, tras la STC 68/2024, queda por clarificar todavía el alcance de las competencias autonómicas de gestión de autorizaciones y concesiones en lo que se refiere al mar territorial, espacio sobre el que no se proyectan las competencias autonómicas de acuerdo con el principio de territorialidad, salvo contadas excepciones.

Si bien Cataluña, Andalucía, Islas Baleares y Canarias también asumieron dicha competencia (y así se suele reflejar en los respectivos Estatutos de Autonomía), dista de ser una cuestión cerrada en el caso de Galicia y de otras Comunidades Autónomas que puedan seguir la senda de esta última. Nótese que la Ley del Parlamento de Galicia 4/2023 indica que su ámbito de aplicación es el litoral, que a estos efectos se extiende "*mar adentro, hasta el límite exterior del mar territorial*" (un concepto autónomo que no bebe de ninguna definición previa efectuada en el bloque de la constitucionalidad). El legislador autonómico completa lo anterior declarando que las competencias autonómicas sobre el mar territorial se deben entender circunscritas a aquellas actuaciones que no invadan competencias del Estado (artículo 2.3 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/2023), salvaguarda que no termina de despejar las dudas interpretativas y que la STC 68/2024 tampoco aclara. Quizás, como decimos, el Tribunal Constitucional podría aprovechar futuros casos para clarificar esta cuestión.

6. Conclusiones

Galicia se sumó a diversas Comunidades Autónomas, como Cataluña, Andalucía, Islas Baleares y Canarias, al asumir la competencia para gestionar los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre. Galicia no reivindicó esta competencia por medio de una reforma del estatuto de autonomía, sino a través de una ley autonómica ordinaria, quedando solo pendiente la transferencia de funciones y servicios a acordar por la Comisión Mixta de Transferencias entre el Estado y Galicia.

La Ley del Parlamento de Galicia 4/2023 ha recibido, en su mayor parte, el aval del Tribunal Constitucional. En concreto, la STC 68/2024 permite concluir que aquellas Comunidades Autónomas que hayan asumido la competencia en materia de ordenación del territorio y del litoral pueden reivindicar también las facultades para otorgar y gestionar los títulos de ocupación del dominio público marítimo terrestre; pues estas facultades forman parte de las competencias referidas en

primer lugar. De esta forma, el Tribunal Constitucional, modulando su jurisprudencia previa, acepta que Galicia asuma las competencias para gestionar autorizaciones y concesiones sobre el dominio público marítimo-terrestre sin necesidad de una previa reforma de su estatuto de autonomía. En una sentencia posterior, la STC 119/2024, el Tribunal Constitucional ha matizado, no obstante, que las competencias autonómicas no se extienden a la gestión de las concesiones compensatorias y sus prórrogas, en la medida en que la razón de ser de estas concesiones no es la ordenación del territorio y del litoral, sino compensar a los antiguos propietarios afectados por la entrada en vigor de la Ley de Costas y la práctica de nuevos deslindes.

El movimiento de Galicia podría ser replicado por otras Comunidades Autónomas, especialmente en un contexto en que la gestión realizada por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfica ha sido cuestionada por adoptar interpretaciones restrictivas de la normativa y por lo que en ocasiones se percibe como excesiva demora a la hora de responder las solicitudes dirigidas por los particulares.

En todo caso, las competencias de las Comunidades Autónomas, tanto en la materia más amplia de ordenación del territorio como en lo que se refiere a la gestión de autorizaciones y concesiones sobre el dominio público, deberán seguir respetando lo dispuesto en la legislación básica y, en particular, en la Ley de Costas.

España

LÍMITES ENTRE LA PUBLICIDAD DE PRODUCTOS SANITARIOS Y LA DE CENTROS Y SERVICIOS SANITARIOS

Montiano Monteagudo Monedero y Gonzalo Mesalles Garau

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

Límites entre la publicidad de productos sanitarios y la de centros y servicios sanitarios

En este foro se analiza la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que confirma que la publicidad realizada por una cadena de clínicas de ortodoncia en la que figuraban influencers y profesionales de la salud no constituye publicidad ilícita de productos sanitarios por hallarse amparada en el régimen jurídico de publicidad de centros y servicios sanitarios. La sentencia constituye un precedente relevante que contribuye a aclarar los límites entre los regímenes jurídicos publicitarios en liza.

PALABRAS CLAVE:
Publicidad, Productos sanitarios, Centros sanitarios, Influencers, Competencia desleal

Distinction between advertising medical devices and advertising health centres and related services

This article analyses the Barcelona Court of Appeal judgment that confirmed that advertising by a chain of orthodontic clinics that featured influencers and health professionals does not constitute unlawful advertising of medical devices because it is covered by the legal framework for advertising health centres and related services. This judgment is an important precedent as it clarifies the boundaries between the different legal frameworks at stake concerning advertising.

KEYWORDS:
Advertising, medical devices, health centres, influencers, unfair competition.

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-11-2024

Monteagudo Monedero, Montiano; Mesalles Garau, Gonzalo (2024). Límites entre la publicidad de productos sanitarios y la de centros y servicios sanitarios. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 166-172 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción: reseña de la sentencia

En su sentencia n.º 816/2024, de 24 de julio, la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Col·legi Oficial d'Odontòlegs i Estomatòlegs de Catalunya (el "COEC") contra la sentencia que desestimó su demanda de competencia desleal por publicidad ilícita contra una cadena de centros odontológicos (la "Cadena").

La Cadena difundió en 2023 diversos materiales publicitarios en televisión y redes sociales en los que figuraban personajes notorios (i. e., *influencers*, actrices, cantantes y modelos) y un profesional de la salud. En dicha publicidad, los personajes notorios aparecían sosteniendo férulas dentales transparentes en entornos propios de consultas odontológicas, donde el instrumental habitualmente empleado por los profesionales de la odontología era visible. En otros casos, los personajes notorios aparecían en entornos cotidianos ajenos a los de un centro sanitario. Las imágenes se acompañaban de diálogos o texto como "*tratamientos discretos, cómodos y removibles*" u "*ortodoncia invisible*", principalmente centrados en destacar los elementos característicos de los servicios que ofrece la Cadena. Los materiales también contenían menciones genéricas a alineadores dentales y otros productos del ámbito de la odontología.

Ante esta publicidad, el COEC interpuso una demanda de competencia desleal contra la Cadena ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Barcelona. La demandante consideró que la Cadena había cometido un acto de publicidad ilícita *ex* artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, dado que, según el COEC, la Cadena había realizado publicidad de productos sanitarios específicos con personajes notorios y profesionales de la salud, lo que entraría en el ámbito de la prohibición del artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios[1], y del artículo 80.8 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (el "RD Productos Sanitarios" y la "LGURMPS").

Por su parte, la Cadena opuso que el régimen jurídico de la publicidad de productos sanitarios (y, por ende, sus prohibiciones) no era de aplicación a su publicidad. Antes bien, en la medida en que el objeto de dicha publicidad era promocionar los centros sanitarios y los servicios que en ellos se prestaban, y no concretos y específicos productos sanitarios, a la publicidad de la Cadena le era aplicable el régimen del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios (el "RD Centros Sanitarios").

El Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Barcelona desestimó la demanda del COEC al entender, en síntesis, que la publicidad de la Cadena, al valerse no solo de imágenes de férulas transparentes, sino

de muchos otros elementos que indicaban la calidad, objetivos y el modo de prestar sus servicios en los centros de odontología, estaba amparada por el RD Centros Sanitarios.

Frente a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Barcelona, el COEC interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona. En esencia, el recurrente alegó que el Juzgado *a quo* había errado en su determinación del objeto de la publicidad realizada por la Cadena, y que lo que esta había promocionado no eran sus centros odontológicos, sino productos sanitarios específicos. Por lo tanto, el COEC consideró que la sentencia de instancia había aplicado un régimen jurídico —el de los centros sanitarios— incorrecto y que a la publicidad de la Cadena le era aplicable la prohibición de publicitar productos sanitarios mediante personajes notorios prevista en el RD Productos Sanitarios y la LGURMPS.

La sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona desestima íntegramente el recurso de apelación del COEC y confirma el pronunciamiento del Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Barcelona.

2. Comentario

2.1. Contexto normativo: dos regímenes jurídicos diferenciados

La publicidad de productos sanitarios está regulada en el RD Productos Sanitarios y en la LGURMPS. De un lado, el artículo 38.8 del RD Productos Sanitarios establece que "*En la publicidad de los productos dirigida al público se prohíbe cualquier mención que haga referencia a una autoridad sanitaria o a recomendaciones que hayan formulado científicos, profesionales de la salud u otras personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar a su utilización* [...]". De otro lado, el artículo 80.8 de la LGURMPS estipula que "*La publicidad de las técnicas o procedimientos médicos o quirúrgicos ligados a la utilización de productos sanitarios específicos respetará los criterios contemplados en la publicidad de productos sanitarios*".

Por lo tanto, el RD Productos Sanitarios y la LGURMPS, que conforman el régimen jurídico de la publicidad de productos sanitarios, prohíben que, en la publicidad de productos sanitarios y de técnicas ligadas a la utilización de productos sanitarios específicos, aparezcan personajes notorios o profesionales de la salud. El fundamento de esta prohibición es evitar que, debido a la influencia de los personajes notorios y los profesionales sanitarios, se incite la utilización de concretos y específicos productos sanitarios.

Al margen del régimen jurídico aplicable a la publicidad de productos sanitarios, en nuestro ordenamiento existe un régimen específico que regula la publicidad de centros y servicios sanitarios, contenido en el RD Centros Sanitarios, cuyo artículo 6.2 establece que "*Sólo los centros, servicios y establecimientos sanitarios autorizados podrán utilizar en su publicidad, sin que induzca a error, términos que sugieran la realización de cualquier tipo de actividad sanitaria, limitándose aquella a los servicios y actividades para los que cuenten con autorización* [...]"[2].

Como es de ver, el punto de partida del artículo 6.2 del RD Centros Sanitarios es el reconocimiento del derecho de los centros sanitarios a publicitarse a sí mismos y la actividad sanitaria que desarrollan, con el límite de que cuenten con autorización administrativa y que no induzcan a error. De modo que, a falta de prohibición expresa en el RD Centros Sanitarios, los personajes notorios y los profesionales de la salud pueden figurar en la publicidad de centros y servicios sanitarios.

En suma, en nuestro ordenamiento coexisten dos regímenes jurídicos diferenciados que regulan de forma separada la publicidad de productos sanitarios y la de centros y servicios sanitarios. En este sentido, como corresponde al principio de integridad de nuestro sistema normativo, cada régimen jurídico dispone de su propio ámbito de aplicación, que dependerá de cuál sea el objeto de la concreta publicidad enjuiciada.

2.2. La fundamentación jurídica de la Audiencia Provincial

Como se ha apuntado anteriormente, la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona desestima de forma íntegra el recurso de apelación del COEC.

En primer lugar, la Audiencia Provincial analiza la campaña publicitaria de la Cadena para determinar cuál es su objeto. El tribunal constata que "*es una constante en los mensajes publicitarios la referencia a un concreto servicio de odontología, la ortodoncia invisible, así como a los "alineadores invisibles", esto es, un instrumento a través del cual se presta ese servicio*". Estos mensajes promocionales —dice la Audiencia Provincial— podrían sugerir que el objeto de la publicidad de la Cadena es un producto sanitario específico. Sin embargo, el tribunal señala que las referencias al mencionado servicio sanitario e instrumento ortodóncico se realizan con carácter general, de manera que los consumidores no percibirán que la Cadena es la única que presta dicho servicio. Por ello, en atención a las referencias genéricas realizadas en la publicad denunciada, la Audiencia Provincial concluye que el consumidor medio, conocedor de que la Cadena no es la única que presta el servicio de ortodoncia invisible ni que emplea las férulas transparentes en exclusiva, percibirá que lo que se publicita son unos concretos centros en los que se presta el mencionado servicio.

Así, desde la perspectiva del consumidor medio, la Audiencia Provincial considera que aquel percibirá que el objeto de la publicidad es un establecimiento de odontología. En efecto, para el tribunal, las referencias genéricas a tratamientos y productos odontológicos constituyen "*una forma indirecta*" de publicitar un centro sanitario.

Una vez concretado el objeto de la publicidad de la Cadena, la Audiencia Provincial señala que el régimen jurídico aplicable es el RD Centros Sanitarios.

La sentencia reconoce que en nuestro ordenamiento jurídico coexisten dos regímenes jurídicos diferenciados (i. e., de un lado, el RD Productos Sanitarios y la LGURMPS y, de otro, el RD Centros Sanitarios) con sus respectivos ámbitos de aplicación. De este modo, la Audiencia Provincial delimita y precisa cuándo resulta procedente aplicar uno u otro. Así, el tribunal distingue entre (i) la promoción de un centro de odontología y de los servicios de alineación dental que en él se realizan; y (ii) la publicidad de concretos y específicos productos sanitarios y de tratamientos que impliquen la utilización de un producto sanitario específico. Para el primer supuesto, la Audiencia

Provincial afirma que lo correcto será aplicar el RD Centros Sanitarios y, para el segundo, la prohibición contenida en el RD Productos Sanitarios.

No obstante, puede haber casos en los que ambos regímenes se yuxtapongan y sean de aplicación simultánea. Dichos casos se darían cuando, además de promocionar un servicio o centro sanitario, la publicidad realizada promocionase también de forma concreta un producto sanitario específico. Así, para este concreto supuesto, aunque se estuviera publicitando un centro sanitario y, por lo tanto, fuese de aplicación el RD Centros Sanitarios, también lo serían el RD Productos Sanitarios y la LGURMPS.

Concluye la Audiencia Provincial que las referencias a "*alineadores invisibles*" contenidas en la publicidad de la Cadena no integran el concepto de producto sanitario específico. Ciertamente, la sentencia considera que dichas menciones son meras referencias genéricas a un producto de carácter usual en el campo de la odontología. De acuerdo con el razonamiento del tribunal, ello viene refrendado, entre otros elementos, por el hecho de que la publicidad de la Cadena no destaca las características concretas del producto sanitario ni publicita las férulas de un fabricante específico frente a las de otro. Antes bien, según la Audiencia Provincial, la publicidad denunciada se sirve de las referencias genéricas a los alineadores dentales para limitarse a comunicar al público interesado que la Cadena presta unos concretos servicios de ortodoncia y que ofrece prestarlos de una forma determinada.

3. Conclusiones

La sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona constituye un relevante precedente que contribuye a delimitar los lindes entre la publicidad de productos sanitarios y la de centros y servicios sanitarios. Del razonamiento del tribunal se extraen los siguientes criterios:

i. El artículo 38.8 del RD Productos Sanitarios proscribe la publicidad de productos sanitarios específicos en la que medien personajes notorios o profesionales de la salud. Por lo tanto, una publicidad en la que aparezca un famoso promocionando, por ejemplo, una marca concreta de alineadores bucales entraría dentro del ámbito de la prohibición de dicha disposición.

ii. En línea con el ordinal anterior, el artículo 80.8 de la LGURMPS prohíbe que personajes notorios o profesionales sanitarios realicen publicidad de técnicas ligadas a la utilización de productos sanitarios específicos. En este sentido, una publicidad en la que un personaje famoso publicitase, por ejemplo, un tratamiento de odontología mediante el uso de alineadores de una marca concreta y específica podría ser incardinable en la prohibición del artículo 80.8 de la LGURMPS.

iii. El régimen publicitario de productos sanitarios y técnicas ligadas al uso de productos sanitarios específicos tiene como fundamento evitar que, en lugar de los profesionales sanitarios, sean los pacientes y usuarios de la medicina los que demanden o reclamen la adquisición o uso de productos sanitarios concretos e identificables. Por lo tanto, la interpretación teleológica de dicho régimen sugiere la necesidad de preterir cualesquiera criterios ajenos

a las necesidades médicas en el uso de productos sanitarios (y, en particular, el recurso a personajes famosos o profesionales sanitarios) y primar el criterio médico y la salud pública en la prescripción y dispensación de dichos productos.

iv. Por otro lado, a la vista del artículo 6.2 del RD Centros Sanitaros, la finalidad del régimen jurídico aplicable a los centros y servicios sanitarios es la de permitir que estos se publiciten en el mercado con la limitación de que se ajusten a sus respectivas autorizaciones administrativas y que no induzcan a error sobre sus prestaciones. La justificación de la permisividad con carácter general de la publicidad de centros y servicios sanitarios, en contraste con la de productos sanitarios específicos, tiene sentido en relación con la protección de la salud pública. En efecto, la publicidad realizada mediante personajes notorios o profesionales de la salud de centros sanitarios autorizados no supondría un riesgo para la salud pública desde el momento en que están autorizados por las Administraciones correspondientes, los servicios que en ellos se prestan están supervisados por profesionales sanitarios y que estos gozan de total autonomía para emplear los productos sanitarios necesarios y pertinentes sin condicionantes externos. Por esta misma razón, tiene pleno sentido que los profesionales sanitarios puedan figurar y promocionar centros y servicios sanitarios. ¿Quién mejor que un profesional sanitario para explicar las prestaciones profesionales de un centro y sus correspondientes servicios sanitarios? Desde luego, tiene sentido que un profesional de la salud pueda explicar (o publicitar) los servicios sanitarios prestados por un centro sanitario debidamente autorizado.

v. Para aplicar uno u otro régimen, es preciso analizar en detalle si una determinada publicidad tiene por objeto promocionar, o bien (a) productos sanitarios específicos o procedimientos y técnicas médicos ligados a la utilización de productos sanitarios específicos, o bien (b) centros y servicios sanitarios.

vi. Las referencias genéricas a servicios sanitarios o géneros de productos sanitarios de carácter usual en la práctica médica de que se trate hallarían amparo en el RD Centros Sanitarios por constituir publicidad indirecta de centros y servicios sanitarios, de modo que estarían permitidas. En palabras de la Audiencia Provincial:

"*Ya hemos adelantado que la referencia al "alineador invisible" no integra propiamente una referencia a un "producto sanitario específico" sino que se trata de una simple referencia genérica a un producto de carácter usual, ya que la publicidad no pretende destacar las características concretas del producto de un concreto fabricante frente a otros sino que se limita a servir de instrumento para comunicar al público interesado que se prestan unos concretos servicios de ortodoncia y se ofrece la posibilidad de hacerlo de una forma concreta (con alineadores invisibles)*".

Parece lógico que así sea. La publicidad de los servicios odontológicos prestados en una clínica, aun recurriendo a personajes famosos, puede motivar el interés de los potenciales pacientes por esos servicios, pero no entraña riesgo de que los pacientes soliciten concretos productos cuya utilización siempre quedará a criterio del profesional de la ortodoncia que prescriba y supervise ese concreto tratamiento.

Notas

1 Este Real Decreto está actualmente derogado por la disposición derogatoria única del Real Decreto 192/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios, con efectos de 23 de marzo de 2023. Pese a estar derogado, en virtud de dicha disposición derogatoria única los artículos del Real Decreto 1591/2009 relativos a la publicidad de productos sanitarios (artículos 38, 39 y 40) se mantienen vigentes.

2 En el Anexo I del RD Centros Sanitarios se relacionan los centros, servicios y establecimientos sanitarios amparados por dicha norma, entre los que se encuentran las clínicas dentales y los servicios de odontología.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 66, diciembre 2024, pp. 173-185

Foro de Actualidad

España

EL TRIBUNAL SUPREMO ESTABLECE QUE LA EXCLUSIÓN DE LA CADUCIDAD ES APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS A INSTANCIA DEL INTERESADO Y A LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO

Patricia Pareja Pérez, Val Del Valle Aguiar

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

El Tribunal Supremo establece que la exclusión de la caducidad es aplicable a los procedimientos iniciados a instancia del interesado y a los procedimientos iniciados de oficio

En su sentencia de 14 de marzo de 2024, el Tribunal Supremo establece que la posibilidad de excluir la caducidad por razones de interés general aplica no solo a los procedimientos iniciados a instancia de parte, sino también a los iniciados de oficio, y en especial al procedimiento de revisión de oficio. Considera que es difícil imaginar qué interés general puede existir en un procedimiento iniciado a instancia de parte, y por tanto en su beneficio, de forma que es más propio pensar que ese interés general esté presente en los procedimientos iniciados por la misma Administración.

PALABRAS CLAVE:
Caducidad, interés general, exclusión, procedimientos iniciados de oficio

The possibility of excluding the expiry of administrative procedures for general interest reasons applies whether the procedures are initiated by the interested party or the public authority

In its judgment of 14 March, the Supreme Court held that the possibility of excluding the expiry of administrative procedures for general interest reasons applies not only to procedures that the interested party initiates, but also to those that the public authority initiates ex officio – especially ex officio review procedures. The Supreme Court could not see what general interest arises from a procedure that a party initiates for its own interest (and thus its own benefit), understanding that a general interest is more likely to be present in procedures that the public authority initiates itself.

KEYWORDS:
Expiration, general interest, exclusion, ex officio procedures.

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-11-2024

Pareja Pérez, Patricia; Valle Aguiar, Val Del (2024). El Tribunal Supremo establece que la exclusión de la caducidad es aplicable a los procedimientos iniciados a instancia del interesado y a los procedimientos iniciados de oficio. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 173-185 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El pasado 14 de marzo de 2024, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (el "Tribunal") dictó la Sentencia n.º 466/2024, de 14 marzo (Rec. n.º 5572/2022) (la "Sentencia"), por la que desestimó el recurso de casación 5572/2022 (el "Recurso"), interpuesto por la representación de una entidad mercantil (la "Recurrente") contra la Sentencia n.º 137/2022, de 28 de febrero, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el rollo de apelación 148/2020.

La cuestión de interés casacional consiste en determinar si la exclusión de la caducidad por razones de interés general o conveniencia, en los procedimientos de revisión de oficio, resulta aplicable tanto a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado como a los iniciados de oficio. Todo ello en el contexto de una norma que, de acuerdo con la doctrina anterior del Tribunal Supremo, estaba prevista únicamente para los procedimientos iniciados a instancia de parte.

Con este artículo se pretende, en primer lugar, hacer un repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la exclusión de la caducidad, para a continuación analizar las consideraciones jurídicas de la Sentencia de 14 de marzo de 2024. Finalmente, se harán una serie de reflexiones finales, más bien tranquilizadoras, en la medida en que se trata de una sentencia que interpreta la institución de la caducidad en los procedimientos de revisión de oficio.

2. Interpretación jurisprudencial del artículo 95.4 de la Ley 39/2015

Antes de analizar la Sentencia es fundamental repasar la institución de la caducidad de los procedimientos administrativos y cómo ha venido interpretando la jurisprudencia la excepción a su declaración por causas de interés general.

2.1. La institución de la caducidad como modo de terminación del procedimiento

El artículo 95 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (la "Ley 39/2015") se integra en el título IV "De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común", capítulo V "Finalización del procedimiento", sección 4.ª "Caducidad". La caducidad se contemplaba ya en la Ley de 17 de julio de 1958 sobre Procedimiento Administrativo, junto con desistimiento y la renuncia del derecho, como forma de terminación del procedimiento (al igual que en la actual Ley 39/2015).

El presupuesto de la caducidad es el mero transcurso del tiempo sin que, entre otras posibilidades, se haya promovido el impulso del procedimiento por quien, conforme a su regulación, debe promoverlo. Aunque el procedimiento administrativo comporta una secuencia de tramites abocados a la resolución, que es el medio normal de terminación de los procedimientos, el legislador debe arbitrar mecanismos para la terminación de los procedimientos en tales supuestos de paralización, por exigencia del principio de seguridad jurídica.

Por lo tanto, la razón de ser de la figura de la caducidad es la satisfacción del principio de seguridad jurídica —así se establece, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1998 (Rec. n.º 11684/1990), de 14 de octubre de 1998 (Rec. n.º 1605/1991), de 12 de marzo de 2019 (Rec. n.º 676/2018), y de 14 de marzo de 2024 (Rec. n.º 5572/2022)— evitando la prolongación indefinida de los procedimientos administrativos, habida cuenta de que la Administración tiene el deber de dictar resolución expresa en los plazos marcados por la ley. El incumplimiento de dichos plazos conlleva como consecuencia jurídica la caducidad del procedimiento, lo que no impide la apertura de un nuevo expediente sobre el mismo objeto, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción. Al respecto cabe tener en cuenta que los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción.

La caducidad se puede producir tanto en los procedimientos iniciados a instancia del interesado como en los procedimientos incoados de oficio.

Respecto a los procedimientos iniciados a instancia del interesado, la caducidad se regula en el artículo 95 de la Ley 39/2015. Se trata de un modo anormal de terminación del procedimiento que tiene lugar por la paralización de las actuaciones a causa del comportamiento del interesado, que, requerido a realizar cierta conducta por el órgano administrativo, desoye el requerimiento y adopta una actitud pasiva. La pasividad del particular debe referirse a la cumplimentación de un trámite esencial para la continuación de las actuaciones (indispensable para entrar a valorar el fondo).

Cuando se produzca la paralización por causa imputable al interesado, la Administración debe advertirle que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del procedimiento. Además, para que decaiga el deber de la Administración de dictar resolución, la caducidad debe ser declarada de forma expresa. Podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento. Como vemos, la excepción a la caducidad la encontramos únicamente en el artículo 95 de la Ley 39/2015, artículo dedicado a la caducidad en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado.

Respecto a los procedimientos iniciados de oficio, la caducidad se regula en el artículo 25.1.b) de la Ley 39/2015. La inactividad resolutoria del órgano administrativo (obligado a dictar y notificar la resolución —artículo 21.1 Ley 39/2015—) puede dar lugar a la caducidad del procedimiento, que se produce de forma automática por el mero transcurso de plazo. Así, la caducidad es la forma de extinción de un procedimiento administrativo que se encuentra inactivo o suspendido y que tiene por finalidad evitar la pendencia indefinida del procedimiento sobre el particular que podría ser perjudicado por la resolución de dicho procedimiento, eliminando la inseguridad jurídica antes citada.

2.2. Exclusión de la caducidad por causa de interés general

Como ya se ha adelantado, el artículo 95.4 de la Ley 39/2015 regula la posibilidad de excluir la aplicación de la caducidad cuando la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento.

La redacción del artículo 95.4 es idéntica a la que recogía el artículo 92.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (la "Ley 30/1992").

En este epígrafe vamos a exponer cómo ha interpretado la jurisprudencia tradicionalmente dicho precepto, para analizar, en el apartado tercero, cómo la Sentencia de 14 de marzo de 2024 se aparta de dicha doctrina.

PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS: EL TRIBUNAL SUPREMO NO ANALIZA LA APLICABILIDAD DEL PRECEPTO A LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO, ASUME SU APLICACIÓN ÚNICAMENTE EN PROCEDIMIENTOS INICIADOS A INSTANCIA DEL INTERESADO

La primera sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia sobre esta cuestión es la de 2 de junio de 2004 (Rec. n.º 5086/2002). La recurrente interpone recurso de casación contra la Sentencia de 25 de enero de 2002 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso interpuesto por esa parte contra la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 1997, de aprobación de un deslinde, y la subsiguiente Orden de 19 de diciembre del mismo año, de rectificación de errores, dictadas por el Director General de Costas, por delegación del Ministro de Medio Ambiente. La sentencia declara ambas conformes al ordenamiento jurídico en lo que se refiere a los terrenos de la parte recurrente.

La recurrente considera que la Sala de instancia ha infringido lo dispuesto en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, al no haber estimado la Sala la caducidad del procedimiento de deslinde concluido con la Orden Ministerial impugnada, cuando se trataba de un procedimiento susceptible de producir efectos desfavorables (artículo 44.2 de la Ley 30/1992 y actual artículo 25.1.b de la Ley 39/2015).

Al respecto, el Tribunal Supremo señala que ni la Ley de Costas ni su Reglamento establecen un plazo máximo para dictar resolución, sin que pueda aplicarse el supletorio de tres meses, que establecía el artículo 42.2 de la referida Ley 30/1992. Esto es debido a que el procedimiento en cuestión fue iniciado de oficio y no a solicitud de los interesados, sin que, además, pueda calificarse de limitador o restrictivo de derechos, pues el procedimiento de deslinde tiene como finalidad la protección del interés general en declarar o constatar el dominio público marítimo terrestre definido por la Ley. Al hacer referencia al interés general de este procedimiento iniciado de oficio, por contraposición, se remite al artículo 92.4 de la Ley 30/1992 para señalar que, en los procedimientos iniciados a instancia de los particulares, el artículo 92.4 de la Ley 30/1992 prevé la inaplicabilidad de la caducidad cuando la cuestión suscitada afecte al interés general o fuese conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento. Por lo tanto, el Tribunal Supremo ni siquiera plantea un debate al respecto, asumiendo que el artículo 92.4 se refiere en exclusiva a los procedimientos iniciados a instancia de los particulares.

Esta es la interpretación que mantiene el Tribunal Supremo en las posteriores sentencias dictadas en procedimientos con un objeto similar (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2004 —Rec. n.º 2668/2002—, de 19 de julio de 2005 —Rec. n.º 1064/2002—, de 20 de julio de 2005 —Rec. n.º 1056/2002—, de 22 de julio de 2005 —Rec. n.º 1051/2002—, de 22 de julio de 2005 —Rec. n.º 1231/2002—, de 22 de julio de 2005 —Rec. n.º 886/2002—, de 28 de julio de 2005 —Rec. n.º 3967/2002—, de 29 de julio de 2005 —Rec. n.º 3805/2002— y de 19 de julio de 2010 —Rec. n.º 4165/2006—, entre otras). En estos pronunciamientos el Tribunal no entra a realizar una interpretación del citado artículo 92.4 más allá que para afirmar que se aplica a procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin que existiese debate al respecto.

Lo mismo ocurre años después en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2012 (Rec. n.º 2010). También en un procedimiento relativo al deslinde, el Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2009 que anuló la Orden que aprobó el deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre realizado en un tramo de la costa por haber caducado el procedimiento de deslinde. Respecto a la aplicación del artículo 92.4 de la Ley 30/2012, la Sala señala que dicho artículo "*está previsto para los procedimientos iniciados a instancia de particulares, como resulta de su apartado 1, y el procedimiento de deslinde litigioso se inició de oficio por la Administración, como antes se ha dicho*". Además, matiza que la remisión que se hace en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992 (actual artículo 25.1.b de la Ley 39/2015) al artículo 92 (actual artículo 95 de la Ley 39/2015) "*no es para impedir la caducidad del procedimiento, cuando ha transcurrido el plazo máximo previsto para la notificación de la resolución, sino para que la resolución que declare esa caducidad ordene el archivo de las actuaciones con los efectos previstos en ese artículo 92, que supone, entre otros, que la caducidad no producirá por si sola la prescripción de acciones (número 3 de ese artículo 92)*".

También cabe hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2008 (Rec. n.º 4777/2004) relativa a la caducidad del expediente de petición de autorización de vertido de aguas residuales, que analiza la aplicación del art. 92.4 de la Ley 30/1992. El Tribunal examina si concurren los requisitos dispuestos en el artículo 92 de la Ley 30/1992 para que tenga lugar la caducidad del procedimiento iniciado a solicitud del interesado y, tras concluir que tales exigencias concurren en este caso, analiza si es aplicable la exclusión de la caducidad en aras del interés general y concluye que no puede considerarse la cuestión relativa al vertido de aguas residuales de una vivienda unifamiliar como una cuestión que afecte al interés general.

Como podemos observar, en los supuestos iniciados de oficio, el Tribunal Supremo en ningún caso se plantea aplicar la exclusión de la caducidad por causas de interés general, únicamente en la última de las sentencias citadas (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2008 —Rec. n.º 4777/2004—) analiza la aplicabilidad de dicha exclusión, ya que se trata de un procedimiento iniciado a instancia del interesado.

PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

Posteriormente, cabe hacer referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2006 (Rec. n.º 3599/2003), de 9 de marzo de 2006 (Rec. n.º 5739/2003) y de 16 de mayo de 2006 (Rec. n.º 7884/2003).

En estos pronunciamientos, el Tribunal analiza la conformidad a derecho de los requerimientos realizados por el organismo supervisor del mercado de las telecomunicaciones a diversas empresas del sector. Dichas empresas recurren las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por las que se les requería a proporcionar determinada información en relación con diversos acuerdos contractuales.

Entre los motivos de casación esgrimidos, las recurrentes señalan la caducidad del expediente informativo en el que se había solicitado la información, puesto que los requerimientos de información se practicaron cuando habían transcurrido más de tres meses desde la apertura del procedimiento de información previa (considerando aplicable a los supuestos enjuiciados el artículo 42.3 de la Ley 30/1992 —actual artículo 21.3 de la Ley 39/2015—).

Al respecto, el Alto Tribunal considera que el supuesto enjuiciado no es un procedimiento administrativo. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones simplemente está solicitando información que puede tener transcendencia para su actividad supervisora. La apertura de un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento no puede entenderse como la incoación de un procedimiento administrativo de oficio sometido a plazo de duración concreto y a caducidad.

En estos pronunciamientos, a pesar de que el Tribunal hace referencia al artículo 92.4 de la Ley 30/1992, lo hace simplemente para reforzar el argumento de solicitud de información transcendental, en aras de satisfacer el interés general, ya que, como podemos ver del razonamiento expuesto, el Tribunal concluye señalando que no estamos ante un procedimiento administrativo iniciado de oficio, sino ante un simple requerimiento de información.

PRONUNCIAMIENTOS EN LOS QUE EL TRIBUNAL SUPREMO PARECE ABRIR LA PUERTA A LA EXCLUSIÓN DE LA CADUCIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO

Hasta el momento, ninguna de las sentencias analizadas considera posible la aplicación de la exclusión de la caducidad por causas de interés general a los procedimientos iniciados de oficio.

No obstante, en los pronunciamientos de 27 de octubre de 2009 (Rec. n.º 1726), de 23 de diciembre de 2011 (Rec. n.º 306/2010) y de 5 de marzo de 2019 (Rec. n.º 1423/2016), el Tribunal Supremo parece abrir la puerta a la aplicación del artículo 92.4 de la Ley 30/1992 a los procedimientos iniciados de oficio, aunque sin entrar en el fondo de la cuestión.

En el primer caso, en un procedimiento iniciado de oficio por el que se declara la caducidad de ciertas concesiones de explotación mineras, la recurrente sostiene que el artículo 92.4 de la Ley 30/1992 regula exclusivamente los supuestos de caducidad de los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, mientas que en los procedimientos iniciados de oficio, como el examinado, la caducidad se prevé de forma automática. El Tribunal Supremo no entra a valorar la aplicación o no del precepto a los procedimientos iniciados de oficio, simplemente valora la existencia o no de causa de interés general. Así, concluye que procede la caducidad porque no se aprecia causa de interés general, sin hacer distinción entre la aplicabilidad del precepto a procedimientos iniciados a solicitud del interesado o de oficio. No obstante, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio y analizar la aplicación del artículo 92.4 de la Ley 30/1992, parece dejar la puerta abierta a la aplicabilidad del precepto a dichos procedimientos.

En el segundo caso, en un expediente de jubilación por incapacidad permanente para el ejercicio de funciones judiciales en grado total iniciado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal concluye que es de aplicación al caso el límite que respecto a la caducidad se autoriza en el artículo 92.4 de la Ley 30/1992, ya que "*no cabe duda de que la incapacidad de cuya declaración aquí se trata produce, de manera muy trascendente, esa afectación al interés general que el anterior precepto legal toma en consideración para autorizar la inaplicación de la caducidad que dispone*; *y la produce por esa directa relación, que con anterioridad fue subrayada, existe entre el recto ejercicio de la potestad jurisdiccional y el derecho fundamental de tutela judicial efectiva que asiste a todo ciudadano*". Finaliza su reflexión señalando que la remisión que hace el artículo 44 de la Ley 30/1992 (actual artículo 25.1.b de la Ley 39/2015) al artículo 92 no puede quedar circunscrita solamente a lo regulado en el apartado primero de este segundo precepto. Por lo tanto, aplica la exclusión de la caducidad a un procedimiento iniciado de oficio.

Por último, en el tercer caso, el Tribunal Supremo confirma la Orden del Ministerio de Justicia que acordó no nombrar fiscal de carrera a la recurrente por "*carecer de la necesaria aptitud intelectual*". Respecto a la aplicación al caso del artículo 92.4 de la Ley 30/1992, el Tribunal considera que en los procedimientos de incapacidad para el ejercicio de la función judicial (aquí para la función fiscal) la referencia a la caducidad como efecto previsto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 (actual artículo 25.1.b de la Ley 39/2015) implica que le sea aplicable el artículo 92, en concreto la excepción del apartado 4.

PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE CONSIDERAN LA APLICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN ÚNICAMENTE A LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS A SOLICITUD DEL INTERESADO

La Sentencia de 12 de marzo de 2019 (Rec. n.º 676/2018) realiza una reflexión muy interesante respecto a la inaplicabilidad del artículo 92.4 de la Ley 30/1992 a los procedimientos iniciados de oficio.

La cuestión de interés casacional pasaba por determinar el plazo máximo de tramitación y resolución de los expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el título VII de la Ley General Presupuestaria, regulados por el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio. Se trataba de determinar, en concreto, si dichos expedientes están o no sujetos al plazo máximo de tres meses para la notificación de su resolución establecido por el artículo 42.3 de la Ley 30/1992 (actual artículo 21.3 de la Ley 39/2015).

La sentencia del Tribunal de Cuentas impugnada en casación rechazó la alegación de la caducidad del procedimiento sobre la base de diversos argumentos. Entre todos estos argumentos, el Tribunal de Cuentas señala la aplicación al caso del artículo 92.4 de la Ley 30/1992, alegando la complejidad del procedimiento y la existencia de abundante documentación, a lo que añade que la integridad de los fondos públicos es una cuestión de interés general.

El Tribunal Supremo dedica el fundamento de derecho sexto a responder a esta cuestión. En una reflexión que suscribimos al completo, el Tribunal señala que la mención al "interés general" contenida en el artículo 92.4 de la Ley 30/1992 "*no permite entender que todo expediente administrativo destinado a obtener fondos públicos o reintegrarse de los perjuicios sufridos pueda quedar comprendido en esta excepción, pues de interpretarse en tal sentido la mayoría de los procedimientos administrativos iniciados de oficio, en cuanto persiguen un interés general, o así debería ser, no estarían sujetos a los plazos de caducidad*", y concluye que esa interpretación laxa de lo que es una excepción a la aplicación de la caducidad no puede ser compartida.

Para reforzar su argumentación se remite a la sentencia dictada por el mismo Tribunal de 23 de junio de 2015 (Rec. n.º 2879/2013) que interpreta cuál es la idea de interés general contenida en el artículo 92.4 de la Ley 30/1992: "*La idea de interés general tiene allí un significado más restringido, pues tiene que ver con la relevancia del asunto para un círculo de personas más amplio que el de los interesados en el concreto procedimiento administrativo; es decir, se trata de que la resolución que haya de adoptarse pueda ser de interés para el público en general o, al menos, para una fracción significativa del mismo*".

3. Pronunciamiento del Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de marzo de 2024

3.1. Antecedentes

El 7 de junio de 2006 le fue concedida a la Recurrente licencia para edificar 29 viviendas en un suelo que según el Plan General Transitorio de Denia estaba calificado como suelo no urbanizable protegido.

A consecuencia de ello, el 18 de agosto de 2006 se incoó un primer procedimiento de revisión de oficio por parte del Ayuntamiento de Denia, con el fin de obtener la anulación de la licencia. Sin embargo, el 21 de marzo de 2007 se declaró la caducidad de este primer procedimiento de revisión de oficio, por la tardanza en emitirse un dictamen por parte del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Autónoma. Al mismo tiempo, la Recurrente interpuso recurso de reposición contra el Plan General Transitorio de Denia.

El 29 de marzo de 2007 se inició un segundo procedimiento de revisión de oficio contra la mencionada licencia. Posteriormente, por acuerdo municipal de 27 de septiembre de 2007, se decide la suspensión del segundo procedimiento de revisión de oficio de la licencia hasta que quedase firme la decisión de la Consellería del Territorio de la Generalitat Valenciana que, estimando el recurso de reposición presentado por la Recurrente contra el Plan General Transitorio de Denia, declara el suelo concernido por la licencia de obras como urbano. Contra dicha resolución recurre el Ayuntamiento de Denia, recurso que es estimado por Sentencia de 24 de marzo de 2009, que declara el suelo como no urbanizable.

Tras esta última sentencia, la Recurrente formula dos peticiones al Ayuntamiento de Denia: que se declarase la caducidad del segundo procedimiento de revisión de oficio de la licencia para la construcción de viviendas (por haber transcurrido el plazo de tres meses desde que se adoptó el acuerdo de inicio) y que, en consecuencia, se alzase la suspensión de las obras. Es la desestimación presunta por parte del Ayuntamiento de Denia de estas peticiones la que da lugar al proceso resuelto por la Sentencia.

Frente a la desestimación presunta, la Recurrente interpuso recurso contencioso administrativo, que dio lugar a la Sentencia 368/2019, de 3 de diciembre, dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo n.º 3 de Alicante (la "Sentencia de instancia"), también desestimatoria.

La Recurrente interpuso entonces recurso de apelación frente a la Sentencia de instancia. Dicho recurso dio lugar a la Sentencia 137/2022, de 28 de febrero, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (la "Sentencia de apelación"). Con respecto a la caducidad del procedimiento de revisión de oficio, que es a lo que a nuestros efectos interesa, la Recurrente sostiene que se sobrepasaron los tres meses establecidos para los procedimientos incoados de oficio, según el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, desde que se adoptó el acuerdo de inicio con fecha 29 de marzo de 2007 hasta el acuerdo de suspensión de fecha 27 de septiembre de 2007. Añade que el interés general alegado por el Ayuntamiento para evitar la caducidad solo cabe en

los procedimientos iniciados a instancia de parte, pero no respecto de los que se inician de oficio. La Sentencia de apelación rechaza este planteamiento, de forma que frente a esta, la Recurrente interpuso recurso de casación, que da lugar a la Sentencia en análisis. La cuestión que suscita interés casacional es la de reafirmar, complementar, matizar y, en su caso, rectificar o corregir la doctrina de esta Sala en cuanto a si la excepción de interés general prevista en el actual artículo 95.4 de la Ley 39/2015, respecto a la aplicabilidad de la caducidad, únicamente se podrá aducir en procedimientos iniciados a solicitud del interesado o resultará también de aplicación en aquellos procedimientos que se inicien de oficio.

3.2. Argumentos del tribunal y respuesta a la cuestión de interés casacional

Se pasará a continuación a examinar la argumentación que lleva a la Sala a afirmar que la exclusión de la caducidad por motivos de interés general es también aplicable a los procedimientos iniciados de oficio.

INAPLICACIÓN DE LA CADUCIDAD A LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS POR EL INTERESADO

El Tribunal empieza señalando la incidencia que puede tener el transcurso del tiempo en los procedimientos administrativos, especialmente en relación con su terminación. El legislador ha determinado el tiempo total de duración de los procedimientos, de forma que en primer lugar los actos que puedan beneficiar a los ciudadanos no queden a la mera disposición de la Administración, porque sería suficiente con que no se concluya el procedimiento para que no pueda reconocerse o denegarse el derecho que los administrados reclaman a la Administración, y, en segundo lugar, para que los ciudadanos no tengan que soportar la incertidumbre de esa posible resolución durante más tiempo del que resulte necesario.

La caducidad está vinculada a la institución del silencio administrativo, de forma que en los procedimientos que se han iniciado a instancia de los ciudadanos, la caducidad no tiene ninguna incidencia ni es admisible —indica la Sentencia—. Si no fuera así, el procedimiento perdería su eficacia y los ciudadanos deberían formular una nueva petición de inicio. De esta forma, el legislador ha establecido que en los procedimientos iniciados a instancia de los interesados el cumplimiento del plazo para dictar la resolución es que se produce una resolución presunta, con efecto positivo o negativo en función de la naturaleza de su petición.

APLICACIÓN DE LA CADUCIDAD A LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO

En cuanto a los procedimientos iniciados de oficio, la Sentencia sí considera admisible la caducidad, conforme al artículo 25 de la Ley 39/2015, si el procedimiento comporta el reconocimiento de una situación jurídica favorable para el ciudadano. La demora en la tramitación hace aplicable el régimen del silencio, como si de un procedimiento iniciado a instancia de parte se tratara. En cambio, si la finalidad del procedimiento es la de concluir con un acto de gravamen o desfavorable (como es el caso de la Sentencia), la demora en la adopción de la resolución correspondiente conlleva la caducidad del procedimiento, de modo que se pone fin a él. Conviene recordar que el plazo para dictar resolución en los procedimientos de revisión de oficio es de seis meses con la

regulación actual. En esta regulación debe interpretarse el artículo 95.4 de la Ley 39/2015, como se verá a continuación.

APLICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE LA CADUCIDAD A LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO

Con la finalidad de determinar si la exclusión de la caducidad puede aplicarse a los procedimientos iniciados de oficio, el Tribunal comienza citando la jurisprudencia existente, en la que no se admite la posibilidad de que pueda aplicarse a los procedimientos iniciados de oficio la exclusión de la caducidad. Posteriormente, examina dicha interpretación del artículo 95.4 de la Ley 39/2015 en su proyección sobre el procedimiento de revisión de oficio.

En primer lugar, el Tribunal señala que el artículo 95 regula la caducidad (así se rubrica la sección en la que se integra), y en concreto sus "requisitos y efectos". El precepto tiene cuatro apartados, que regulan los requisitos (en los dos primeros) y los efectos de la caducidad (en los dos últimos). El artículo 95 es el único que regula la caducidad con ese contenido, y considera el Tribunal que cada apartado tiene un contenido autónomo, por más que todos ellos regulan la institución de la caducidad.

Por ello, si bien el apartado primero se refiere a "los procedimientos iniciados a solicitud del interesado", no puede pensarse que esté condicionando el resto del precepto, de forma que los demás apartados solo sean aplicables también a los procedimientos iniciados a instancia de parte. A juicio del Tribunal Supremo, esa consecuencia sería contraria a la lógica y a los términos empleados en el precepto. Lo que se regula en los dos primeros apartados son los requisitos para que se produzca la caducidad en los procedimientos iniciados por el interesado, pues para los iniciados por la Administración estos requisitos, al estar vinculados con el silencio, ya se regulan en el artículo 25 de la Ley 39/2015.

Lo que dispone el apartado cuarto es que no se producirá la terminación del procedimiento cuando afecte al interés general o fuera conveniente sustanciar la cuestión para su definición y esclarecimiento. Para el Tribunal, tan efecto de la caducidad es la terminación del procedimiento y exclusión automática de la prescripción como la exclusión de la terminación en los supuestos que contempla el apartado cuarto, porque efecto no es sino aquello que se sigue por virtud de una causa. En este caso, la causa sería la caducidad, y tan efecto de la caducidad es el archivo del procedimiento con la exclusión de la prescripción como su exclusión cuando concurran los supuestos del apartado cuarto.

En segundo lugar, considera el Tribunal que de limitarse la exclusión de los efectos generales de la caducidad solo a los procedimientos iniciados a instancias de los particulares y, por tanto, en su propio beneficio, es difícil imaginar qué interés general puede existir en su continuación cuando el debate está referido al derecho de un particular. Más propio es que ese interés general esté presente en los procedimientos iniciados por la Administración.

Hay que destacar que la interpretación que realiza el Tribunal acerca de la interpretación de la caducidad en los procedimientos iniciados de oficio y de la doctrina casacional que fija debe consi-

derarse únicamente aplicable a los procedimientos de revisión de oficio —de conformidad con lo delimitado en el auto de admisión—, pero no a otro tipo de procedimientos iniciados a instancia de la Administración.

4. Reflexiones finales

La Sentencia de 14 de marzo de 2024 es criticable puesto que se separa de la doctrina del propio Tribunal Supremo anterior, que entendía aplicable la exclusión de la caducidad únicamente a los procedimientos iniciados a instancia de parte.

La interpretación que realiza la Sentencia de la exclusión de la caducidad cuando la cuestión suscitada afecta al interés general abre la puerta a que la institución de la caducidad desaparezca en los procedimientos iniciados de oficio. La Sentencia se aparta del espíritu de la norma concretado por el propio Tribunal Supremo en las anteriores Sentencias de 23 de junio de 2015 (Rec. n.º 2879/2013) y de 12 de marzo de 2019 (Rec. n.º 676/2018). En efecto, la idea de "interés general" contenida en el artículo 95.4 de la Ley 39/2015 no es la afección al interés general en el sentido de "*proteger el interés general implícito en los procedimientos iniciados de oficio*", pues esa interpretación tan laxa llevaría a la desaparición de la institución de la caducidad, ya que todos los procedimientos administrativos iniciados de oficio llevan implícita la protección del interés general.

Por el contrario, la idea de "interés general" contenida en el artículo 95.4 de la Ley 39/2015 es "*que la resolución que haya de adoptarse pueda ser de interés para el público en general o, al menos, para una fracción significativa del mismo*" (Sentencia de 23 de junio de 2015 (Rec. n.º 2879/2013). De modo que la exclusión de la caducidad vendría determinada por el alcance más general (mayor número de interesados o relevancia) del procedimiento y no por el concepto de interés general, entendido como aquel interés implícito en todo procedimiento iniciado de oficio.

Una interpretación distinta del precepto llevaría a que la excepción a la caducidad se aplicaría por sistema o, lo que es lo mismo, estos procedimientos no estarían sujetos a los plazos de caducidad. Con la Sentencia, la excepción —la exclusión de la caducidad— devendría la regla general.

Si la caducidad es el mecanismo dispuesto por el legislador para la terminación de los procedimientos en supuestos de paralización, la interpretación de artículo 95.4 de la Ley 39/2015 realizada por la Sentencia supone dejar al arbitrio de la Administración la duración de los procedimientos, en detrimento de los administrados y del principio de seguridad jurídica, que es uno de los principios que inspiran nuestro ordenamiento. La propia Sentencia menciona que establecer mecanismos de terminación de los procedimientos en supuestos de paralización es acorde con el principio de seguridad jurídica, para luego concluir que la Administración puede evitar la caducidad alegando motivos de interés general en los procedimientos por ella iniciados.

A pesar de la rotundidad del fallo de la Sentencia, representa un supuesto aislado, alejado de la mayoría de los pronunciamientos sobre la exclusión de la caducidad que el Tribunal había dictado hasta el momento, y está específicamente delimitada al caso concreto que analiza (la exclusión de la caducidad en los procedimientos de revisión de oficio). Esto significa que sus efectos y razona-

mientos se aplican únicamente a las circunstancias particulares de la controversia planteada y, por tanto, no es probable que se extiendan a otros casos sin características similares.

Al tratarse de un supuesto tan concreto y ser tan clara la doctrina anterior, es deseable que el Tribunal Supremo revise la cuestión y complete la doctrina de la Sala respecto a la interpretación del precepto, no solo para los procedimientos de revisión de oficio, sino para el resto de procedimientos administrativos. Además, si, como señala la doctrina del Tribunal, el interés general se encuentra implícito en los procedimientos iniciados de oficio, debería aclarar qué interés general "cualificado" debe existir en los procedimientos iniciados de oficio para que tenga la entidad suficiente como para llevar a la exclusión de la caducidad.

España

LOS LÍMITES AL DERECHO DE MARCAS: EL CASO "ZARA"

Marc Calvo Carmona y Francisco Javier García Pérez

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

Los límites al derecho de marcas: el caso "ZARA"

En el caso "ZARA", el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia se han pronunciado sobre la posibilidad de utilizar la marca de un tercero al amparo del límite al derecho de marcas contenido en el artículo 37.1.c) de la Ley de Marcas, así como sobre el distinto alcance que tienen la versión original y la versión actual de este precepto. La interpretación de este límite que han realizado los tribunales podrá tener incidencia en las campañas publicitarias que se realicen en el futuro.

PALABRAS CLAVE:
Derecho de marcas, Límites al derecho de marcas, ZARA.

Trademark right limitation: the "ZARA" case

In the "ZARA" case, the Spanish Supreme Court and the CJEU ruled on the possibility of using a third-party trademark under the trademark rights limitation contained in article 37.1.c) of the Trademark Law, as well as under the differing scope of the original and current versions of this provision. How the courts have interpreted this limitation could impact future advertising campaigns.

KEYWORDS:
Trademark law, trademark law limitation, ZARA.

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-11-2024

Calvo Carmona, Marc; García Pérez, Francisco Javier (2024). Los límites al derecho de marcas: el caso "Zara". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 186-192 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

De primeras, el funcionamiento de una marca puede parecer relativamente sencillo: se trata de un registro que confiere a su titular el derecho, exclusivo y excluyente, a utilizar un determinado signo para identificar el origen empresarial de sus productos o servicios. Y, como parte de este derecho, al titular de la marca también se le concede la facultad de prohibir a terceros el uso de un signo idéntico o similar para productos y servicios idénticos o similares (el conocido *ius prohibendi*).

No obstante, cuando se empieza a profundizar en la materia, se advierte que el derecho marcario está lleno de matices. Uno de los casos en los que esta complejidad se muestra de forma más clara es en el de las limitaciones del derecho de marca establecidas en el artículo 37 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (la "Ley de Marcas") y, a los efectos que nos interesan, en su apartado 1.c), relativo al denominado "*uso referencial*".

En su versión original, este precepto establecía que "*el derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir a terceros el uso en el tráfico económico, siempre que ese uso se haga conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial* (...) *c) De la marca, cuando sea necesaria para indicar el destino de un producto o de un servicio, en particular como accesorios o recambios*". Este artículo es la transposición a nuestro derecho nacional del artículo 6.1 de la Primera Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, que fue sustituido por el artículo 6.1 de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (la "Directiva 2008/95"), con idéntico contenido.

Mediante la reforma introducida en la Ley de Marcas a través del Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, también se modificó este precepto, que en la actualidad establece que "*una marca no permitirá a su titular prohibir a un tercero hacer uso en el tráfico económico* (...) *c) De la marca, a efectos de designar productos o servicios como correspondientes al titular de esa marca o de hacer referencia a los mismos, en particular cuando el uso de esa marca sea necesario para indicar el destino de un producto o de un servicio, en particular como accesorios o piezas de recambio*". Mediante este precepto, se transpuso a nuestro ordenamiento el artículo 14.1.c) de la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (la "Directiva 2015/2436").

Como puede observarse al comparar ambas versiones del precepto, el nuevo redactado es, al menos desde un punto de vista puramente literal, más amplio. En efecto, la redacción vigente del artículo 37.1 de la Ley de Marcas menciona supuestos adicionales —designar productos o servicios como correspondientes al titular de esa marca o para hacer referencia a los mismos— en los que el uso de una marca ajena será lícito.

La interpretación de esta reforma ha dado lugar a un interesante debate sobre si se había producido una ampliación del alcance del artículo 37.1.c) de la Ley de Marcas o, por el contrario, simple-

mente se estaban expresando de forma más clara límites que ya debían entenderse incluidos de forma implícita en la anterior redacción del precepto.

Pues bien, como expondremos a lo largo del presente artículo, esta cuestión ha sido abordada en el marco del conflicto que, durante los últimos catorce años, ha enfrentado a Industria de Diseño Textil, S.A. ("Inditex"), titular, entre otras, de la marca "ZARA", y a la sociedad italiana Buongiorno Myalert, S.A. ("Buongiorno").

2. Breve exposición del conflicto y de las primeras fases de su recorrido judicial

Buongiorno es un proveedor de servicios de entretenimiento a través de la red de Internet y telefonía móvil. En particular, este proveedor ofrece a sus clientes, a través de distintas páginas web, la posibilidad de acceder y descargar distintos contenidos multimedia a cambio del pago de una suscripción.

En 2010, Buongiorno lanzó una campaña para promocionar uno de sus servicios, denominado "Club Blinko". En particular, en dicha campaña, Buongiorno anunció que aquellos usuarios que se suscribieran al "Club Blink" y mantuvieran dicha suscripción durante un mínimo de treinta días participarían en un sorteo. Entre otros premios, Buongiorno ofrecía la opción de ganar una "*tarjeta regalo de ZARA*" por valor de 1.000 euros. Asimismo, si el usuario accedía al sorteo, veía aparecer en la pantalla el signo "ZARA" enmarcado en un rectángulo, evocando el formato típico de las tarjetas regalo.

El 20 de diciembre de 2010 Inditex remitió un requerimiento formal a Buongiorno en el que le exigió que cesara en el uso de su marca y le anunció que le iba a reclamar una compensación por los daños y perjuicios sufridos. Por su parte, Buongiorno negó que estuviera infringiendo los derechos exclusivos de Inditex sobre el signo "ZARA", aunque retiró todas las piezas publicitarias en las que se utilizaba este signo.

En julio de 2013 Inditex presentó una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid por la infracción de sus derechos de exclusiva. En particular, Inditex basó sus acciones en la existencia de riesgo de confusión entre su marca y el signo utilizado por Buongiorno (artículo 34.2.b de la Ley de Marcas) y en el aprovechamiento del renombre de "ZARA" por parte de Buongiorno, así como en el perjuicio que a dicho renombre causaba la conducta de la demandada (artículo 34.2.b de la Ley de Marcas). Por su parte, Buongiorno negó la existencia de infracción y, entre otros motivos, argumentó que el uso de la marca "ZARA" estaría amparado por el artículo 37.1 de la Ley de Marcas.

En un primer momento, las acciones de Inditex fueron desestimadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid en su Sentencia n.º 87/2016, de 15 de marzo de 2016, posteriormente confirmada por la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia n.º 289/2018, de 18 de mayo de 2018.

El Juzgado de lo Mercantil consideró que el límite del artículo 37.1 de la Ley de Marcas no resultaba aplicable, puesto que Buongiorno no estaba utilizando el signo "ZARA" para informar de las características de sus propios servicios. No obstante, ambos tribunales concluyeron que la conducta de Buongiorno no había perjudicado ninguna de las funciones económicas de la marca y que, en consecuencia, no cabía reproche alguno.

3. El planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia

Ante los recursos planteados por Inditex, y tras una serie de vaivenes procesales en los que no nos vamos a detener, el Tribunal Supremo decidió en su auto de 12 de mayo de 2022 plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el "TJUE") sobre la interpretación que debía darse al redactado original del artículo 37.1.c) de la Ley de Marcas.

Como ya hemos expuesto, la nueva (y vigente) redacción del artículo 37.1.c) de la Ley de Marcas es, desde una perspectiva puramente literal, algo más amplia. En efecto, de permitirse el uso "*de la marca, cuando sea necesaria para indicar el destino de un producto o de un servicio, en particular como accesorios o recambios*", pasa a considerarse lícito el uso "*de la marca, a efectos de designar productos o servicios como correspondientes al titular de esa marca o de hacer referencia a los mismos, en particular cuando el uso de esa marca sea necesario para indicar el destino de un producto o de un servicio, en particular como accesorios o piezas de recambio*".

Como explicaba el Tribunal Supremo en auto de remisión de la cuestión perjudicial, la redacción actual de este límite parecía encajar mucho mejor con el caso de Buongiorno, quien no necesitaba en absoluto utilizar la marca "ZARA" para indicar el destino de sus servicios, pero sí debía utilizar este signo para poder explicar a sus usuarios que el premio del sorteo era, precisamente, una tarjeta regalo de "ZARA". Por lo tanto, era necesario saber en qué medida la conducta de Buongiorno podía quedar o no amparada por la versión original de este límite, que era la aplicable en el momento en el que los hechos tuvieron lugar.

Las dudas del Tribunal Supremo se basaban principalmente en los siguientes dos motivos:

i. En primer lugar, el empleo de la expresión "*en particular*" para ligar la nueva conducta —designar productos o servicios como correspondientes al titular de esa marca o de hacer referencia a los mismos—, mucho más general, con la conducta más concreta que sí aparecía en la redacción original del precepto —indicar el destino de un producto o de un servicio—, le hacía pensar que quizás se estaba explicitando algo que ya debía entenderse incluido en la redacción del precepto.

ii. No obstante, la jurisprudencia del TJUE siempre había interpretado este límite de forma particularmente restrictiva, constriñendo sus efectos a aquellos usos realmente necesarios para indica el destino de un producto. En particular, el TJUE había considerado que el propósito de este límite era únicamente "*permitir a los proveedores de productos o servicios, que son complementarios de productos o servicios ofrecidos por el titular de marca, que utili-*

cen esta marca para informar al público del vínculo funcional entre sus productos o servicios y los de dicho titular de la marca".[1]

Por lo anterior, el Tribunal Supremo decidió plantear la siguiente cuestión prejudicial al TJUE: «*¿Debe interpretarse el art. 6.1.c) de la Directiva 89/104/CE en el sentido de entender implícitamente incluida en el límite al derecho de marca la conducta más general a la que hace referencia ahora el art. 14.1.c) de la Directiva UE 2015/2436: uso "(d)e la marca, a efectos de designar productos o servicios como correspondientes al titular de esa marca o de hacer referencia a los mismos"?*».

4. La posición del TJUE

El TJUE resolvió la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de enero de 2024 (asunto C-361/22). En primer lugar, el TJUE simplificó los términos de la cuestión, explicando que "*lo que pregunta dicho órgano jurisdiccional es, en esencia, si el artículo 6, apartado 1, letra c), de la Directiva 2008/95 debe interpretarse en el sentido de que se refiere a cualquier uso de la marca en el tráfico económico por un tercero, conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial, a efectos de designar* productos *o servicios como correspondientes al titular de esa marca o de hacer referencia a los mismos, o solamente a un uso de la marca que sea necesario para indicar el destino de un producto comercializado o de un servicio ofrecido por ese tercero*".

Pues bien, según el TJUE, de la comparación de la literalidad de las dos disposiciones se deduce que el alcance del artículo 6.1.c) de la Directiva 2008/95 —que se refiere únicamente al uso, en el tráfico económico, de la marca cuando esta sea necesaria para indicar el destino de un producto o de un servicio— es más limitado que el del artículo 14.1.c) de la Directiva 2015/2436.

Esta interpretación literal se vería corroborada, además, por los siguientes argumentos:

i. Tal y como ya había apuntado el Tribunal Supremo al justificar el planteamiento de una cuestión prejudicial, hasta el momento el TJUE había interpretado este límite de forma estricta. Siguiendo esta línea, el TJUE concluyó que "*el ámbito de aplicación del artículo 6, apartado 1, letra c), de la Directiva 2008/95 comprende el uso de la marca a efectos de designar productos o servicios como correspondientes al titular de esa marca o de hacer referencia a los mismos solamente cuando dicho uso se limite a la situación en la que es necesario para indicar el destino de un producto comercializado o de un servicio ofrecido por ese tercero. Pues bien, en el contexto del artículo 14, apartado 1, letra c), de la Directiva 2015/2436, tal situación solo corresponde a uno de los supuestos en los que el titular de la marca no puede prohibir el uso de esta*".

ii. Para alcanzar esta decisión, el TJUE también tuvo en cuenta la voluntad expresada por el legislador comunitario en los trabajos preparatorios de la Directiva 2015/2436. En concreto, en la propuesta de esta directiva la Comisión había explicado que era "*oportuno*

1 *Vid*. las sentencias del TJUE de 17 de marzo de 2005, caso Gillette (C-228/03,EU:C:2005:177), y de 8 de julio de 2010, caso Portakibin (C-558/08, EU:C:2010:416).

establecer […] *una limitación explícita que comprenda el uso referencial en general*". De ello se deduciría que el legislador comunitario no había buscado simplemente aclarar esta limitación, sino que tenía la voluntad crear límites *ex novo*.

En conclusión, el TJUE resolvió que el artículo 6.1.c) de la Directiva 2008/95 debía interpretarse en el sentido de que se refiere a un uso de la marca de un tercero a efectos de designar productos o servicios como correspondientes al titular de esa marca o de hacer referencia a ellos solamente cuando tal uso de la marca sea necesario para indicar el destino de un producto comercializado o de un servicio ofrecido por ese tercero.

5. La Sentencia del Tribunal Supremo

La Sentencia del Tribunal Supremo n.º 485/2024, de 10 de abril, pone fin a este prolongado debate jurídico.

En primer lugar, y en contraste con lo que habían concluido las instancias inferiores, el Tribunal Supremo consideró que el uso del signo "ZARA" por parte de Buongiorno había supuesto un aprovechamiento indebido de su carácter distintivo y renombre y, en consecuencia, una infracción marcaria. En este sentido, la mención del signo por parte de Buongiorno al publicitar sus servicios conllevaba una transferencia de la imagen de la marca o de las características proyectadas por esta hacia los productos de la demandada que no había sido consentida por Inditex.

A continuación, el Tribunal Supremo analizó si, a la luz de la respuesta del TJUE, cabía aplicar la limitación de marca prevista en el artículo 37.1.c) de la Ley de Marcas a este caso. Pues bien, el Tribunal Supremo consideró que el uso del signo ZARA por Buongiorno no respondía a la función de indicar el destino de un producto o servicio (única conducta amparada, según el TJUE, por la anterior redacción de este precepto), sino de ilustrar uno de los premios del sorteo que se ofrecía como señuelo para captar nuevos clientes.

Por ello, el Tribunal Supremo declaró la infracción de la marca y condenó a Buongiorno a cesar en su conducta, a indemnizar a Inditex en la suma de 2.215,60 euros y a publicar una nota informativa con el fallo de la sentencia en sus sitios web.

6. Conclusión e implicaciones prácticas

La relevancia del caso que hemos expuesto no está en su concreta resolución, puesto que se aplica un precepto que ya no se encuentra en vigor, sino en las implicaciones prácticas que pueden tener las reflexiones del TJUE y del Tribunal Supremo.

En particular, aunque se declaró que la conducta de Buongiorno infringía los derechos marcarios de Inditex sobre el signo "ZARA", las dudas planteadas por el Tribunal Supremo en el auto de remisión de la cuestión prejudicial al TJUE —al sostener que "*la conducta realizada por Boungiorno podría encajar mejor en la dicción actual del art. 14.1.c) de la Directiva UE 2015/2436, que en la*

del art. 6.1.c) de la Directiva 89/104/CE"— pueden entenderse como una señal de que, de haber resultado aplicable la versión actual del artículo 37.1.c) de la Ley de Marcas, el resultado de la *litis* podría haber sido distinto.

Como hasta ahora, deberá continuar haciéndose un análisis caso por caso —ciertamente complejo— para determinar la licitud de cualquier campaña en la que se cite la marca de un tercero. No obstante, lo que queda claro es que la nueva redacción del artículo 37.1.c) de la Ley de Marcas y la interpretación realizada por el TJUE y el Tribunal Supremo en las resoluciones comentadas suponen una ampliación de los límites al derecho de marcas preexistentes hasta la fecha.

Tendremos que estar atentos a la evolución de las prácticas comerciales, así como a la jurisprudencia que las interprete, para terminar de delimitar el alcance del precepto objeto de controversia.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 66, diciembre 2024, pp. 193-203

Foro de Actualidad

España

NOVEDADES INTRODUCIDAS EN LA NORMATIVA SOCIETARIA POR LA LEY ORGÁNICA DE REPRESENTACIÓN PARITARIA Y PRESENCIA EQUILIBRADA DE MUJERES Y HOMBRES

Carla Alonso Cogollos

Abogada del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

Novedades introducidas en la normativa societaria por la Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres

La Ley Orgánica 2/2024 modifica, entre otras normas, la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, e introduce nuevas obligaciones en materia de equilibrio de género en los consejos de administración y la alta dirección de las sociedades cotizadas y las entidades de interés público que cumplan con determinados umbrales.

PALABRAS CLAVE:
Ley Orgánica 2/2024, Directiva (UE) 2022/2381, Equilibrio de género, Consejo de administración, Alta dirección, Sociedades cotizadas, Entidades de interés público.

Changes introduced into corporate regulations by Basic Law on equal representation and a balanced presence of women and men

Basic Law 2/2024 amends, among other legislation, the Companies Law and the Securities Markets and Investment Services Law and introduces new gender-balance obligations for boards of directors and senior management in listed companies and public-interest entities that meet specific thresholds.

KEYWORDS:
Basic Law 2/2024, Directive (EU) 2022/2381, gender-balance, board of directors, senior management, listed companies, public-interest companies.

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 11-11-2024

Alonso Cogollos, Carla (2024). Novedades introducidas en la normativa societaria por la Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 193-203 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres ("LO 2/2024") modifica, entre otras normas, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio ("LSC"), y la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión ("LMV"), e introduce nuevas obligaciones en materia de equilibrio de género en los consejos de administración y la alta dirección de las sociedades cotizadas y las entidades de interés público que cumplan con determinados umbrales.

La LO 2/2024 traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y medidas conexas ("Directiva 2022/2381"), pero no se limita a la trasposición de la norma comunitaria, sino que va más allá, entre otros aspectos, al extender su aplicación a entidades de interés público distintas de las sociedades cotizadas.

Además de estas modificaciones en la normativa societaria, la LO 2/2024 afecta a normativa de otros ámbitos que no es objeto de esta publicación.

2. Ámbito de aplicación

2.1. Alcance

La novedades introducidas por la LO 2/2024 se aplican a:

i. sociedades cotizadas en mercados regulados; y

ii. sociedades no cotizadas en mercados regulados que, de acuerdo con la normativa de auditoría de cuentas, tengan la consideración de entidad de interés público y, además, cumplan con los dos requisitos siguientes (disposición adicional decimosexta LSC):

   A. que el número medio de trabajadores durante el ejercicio sea superior a 250; y

B. que el importe neto de la cifra anual de negocios sea superior a 50 millones de euros o el activo sea superior a 43 millones de euros.

Las entidades que superen estos dos umbrales deberán cumplir con las obligaciones de la LO 2/2024 desde el ejercicio siguiente al que eso ocurra. Igualmente, aunque la LO 2/2024 no lo precisa, una interpretación razonable nos llevaría a entender que estas entidades no estarán sujetas a esta norma de forma permanente (como lo están las sociedades cotizadas en mercados regulados), sino que dejarán de estarlo si dejaran de cumplir con estos requisitos, desde el ejercicio siguiente al que ello acontezca.

Como se ha indicado, esta extensión del alcance de la norma a las entidades de interés público supone ir más allá de lo contemplado en la Directiva 2022/2381, que limita su ámbito de aplicación a las sociedades cotizadas en mercados regulados.

2.2. Concepto de entidad de interés público

Para determinar qué sociedades tienen la consideración de entidad de interés público hay que acudir al art. 3.5 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas ("Ley de Auditoría de Cuentas") y al art. 8.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas aprobado por el Real Decreto 2/2021, de 12 de enero ("Reglamento de Auditoría de Cuentas").

En síntesis, son entidades de interés público las siguientes:

i. Determinadas entidades reguladas, tales como entidades de crédito, entidades aseguradoras, entidades que coticen en mercados regulados de la UE o en el segmento de empresas en expansión de BME Growth, empresas de servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva y fondos de pensiones que cumplan determinados requisitos, o las fundaciones bancarias, establecimientos financieros de crédito, entidades de pago y entidades de dinero electrónico (arts. 3.5.a de la Ley de Auditoría de Cuentas y 8.5.a-d del Reglamento de Auditoría de Cuentas).

ii. Por tamaño, aquellas entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios y plantilla media durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, sea superior a 2.000 millones de euros y a 4.000 empleados, respectivamente (art. 8.1.e del Reglamento de Auditoría de Cuentas).

iii. Los grupos de sociedades en los que la sociedad dominante sea una de las entidades indicadas en los puntos (i) y (ii) anteriores (art. 8.1.f del Reglamento de Auditoría de Cuentas).

Podría discutirse si, a estos efectos, la referencia a "grupos de sociedades" del punto (iii) estaría aludiendo al grupo en su conjunto o a cada una de las filiales que integra dicho grupo. Dado que el grupo no tiene personalidad jurídica propia ni, como tal, podría cumplir con las obligaciones previstas en la LO 2/2024, nos parece que la única interpretación posible es entender que a estos efectos la norma estaría refiriéndose a cada una de las filiales que integran el grupo. No obstante,

para que una filial estuviera sujeta a las obligaciones de la LO 2/2024 sería necesario que, además, cumpliera, a nivel individual (no consolidado), con los umbrales cuantitativos previstos en dicha norma.

En nuestra opinión, las filiales que, por sí mismas, no tengan la consideración de entidad de interés público (por no ser entidades reguladas y no superar los umbrales de tamaño previstos en el Reglamento de Auditoría de Cuentas) deberían haber quedado expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la LO 2/2024, independientemente de que su matriz sea una entidad de interés público y de que superaran los umbrales de la LO 2/2024. La LO 2/2024 ya ha ido más allá de lo previsto en la Directiva 2022/2381 al ampliar su alcance a entidades de interés público distintas de las sociedades cotizadas y con esto estaría yendo aún más lejos al capturar a través de este apartado (iii) a las filiales de entidades de interés público que superaran los umbrales cuantitativos previstos en la LO 2/2024.

3. Nuevas obligaciones

3.1. Introducción

Como se ha indicado, la LO 2/2024 establece nuevas obligaciones en materia de equilibrio de género en los consejos de administración y la alta dirección de las sociedades cotizadas en mercados regulados y las entidades de interés público.

La norma no resuelve la cuestión de si las entidades de interés público que no tengan un consejo de administración están obligadas a tener un consejo para cumplir con estas obligaciones o si estas solo son exigibles en el caso de que el órgano de administración de la entidad sea un consejo de administración.

A nuestro juicio, lo más razonable es entender que las sociedades solo estarán obligadas a cumplir con estos requisitos cuando tengan un consejo de administración. Esta interpretación la apoyaría la literalidad de la disposición adicional decimosexta de la LSC, que se refiere solamente a los apartados 3 y siguientes del art. 529 bis LSC, omitiendo el apartado 1, que es el que exige que las sociedades (cotizadas) estén administradas por un consejo de administración. La interpretación contraria supondría una carga desproporcionada para aquellas entidades que por ley no están obligadas a contar con un consejo de administración y funcionan habitualmente con una estructura de administrador único o administradores solidarios, que se verían obligadas a cambiar su sistema de administración para cumplir con el principio de presencia equilibrada.

3.2. Consejo de administración

3.2.1. COMPOSICIÓN

Presencia equilibrada (40 % - 60 %)

La LO 2/2024 obliga a las sociedades a asegurar que el consejo de administración cuente con una presencia mínima del 40 % de personas del sexo menos representado, entendido como el número de consejeros que determine el porcentaje más cercano al 40 % sin superar el 49 % (art. 529 bis.3 LSC). Por ejemplo, en un consejo de ocho ese número sería tres (37,5 %) y en un consejo de doce ese número sería cinco (41,7 %).

Alcanzar el umbral del 40 % no parece que, en general, vaya a presentar un gran desafío para las sociedades cotizadas, dado que ese objetivo ya estaba incluido en la recomendación 15 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, lo que hace que en la práctica muchas de las sociedades ya hayan logrado este porcentaje o tuvieran entre sus objetivos alcanzarlo. De acuerdo con los datos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ("CNMV") correspondientes al ejercicio 2023, la proporción de mujeres en los consejos de las sociedades cotizadas es del 34,5 % (40,1 % en las sociedades del IBEX 35).

Respecto de las entidades de interés público controladas, directa o indirectamente, por una familia, la LO 2/2024 permite excluir del cómputo del umbral del 40 %, a criterio de la sociedad, a los consejeros ejecutivos y dominicales. A estos efectos, la disposición adicional decimosexta de la LSC se remite al artículo 42 del Código de Comercio para el concepto de *control* y considera *familia* a las personas relacionadas entre sí en línea directa, ascendente y descendente, sin límite, y en línea colateral hasta el cuarto grado. La LO 2/2024 no hace referencia a los conceptos de consanguinidad y afinidad al definir qué se entiende por *familia*, con lo que puede plantearse la duda de si las personas relacionadas entre sí por vínculos de afinidad quedarían incluidas en esta definición. A nuestro juicio, esa sería la interpretación más razonable.

En aquellos casos en los que no se alcance el umbral del 40 % a raíz del fallecimiento u otras circunstancias sobrevenidas (por ejemplo, pérdida de capacidad de obrar, inhabilitación legal, renuncia, etc.), las sociedades deben alcanzar ese porcentaje al nombrar al nuevo consejero que cubra esa vacante por cooptación y recuperarlo de forma definitiva en la primera junta general que se celebre.

Excepción al principio de presencia equilibrada

La disposición adicional primera de la LO 2/2024 establece una excepción al principio de presencia equilibrada (asimétrica, por cierto, pues solo se aplica en el caso de las mujeres), de acuerdo con la cual se permite no aplicar el principio de presencia equilibrada (40 % - 60 %) cuando las mujeres sean el sexo más representado (esto es, cuando tengan una presencia superior al 60 %), siempre y cuando ello se justifique.

Conforme a esta regla, si, por ejemplo, una sociedad cuenta con un consejo de diez miembros en el que hay siete mujeres y tres hombres, esta no estaría obligada a modificar su composición conforme al art. 529 bis. 3 LSC si justifica por qué el porcentaje de mujeres ha de ser superior al 60 %; pero si, por el contrario, la sociedad contara con un consejo de siete hombres y tres mujeres, debería ajustar su composición para asegurar que la proporción de consejeras alcance el 40 %.

Podría plantearse la duda de si esta disposición adicional entra en contradicción con la Directiva 2022/2381, que, al hacer referencia al porcentaje de presencia del sexo menos representado en el considerando 37 y el artículo 5, señala que este será el más próximo al 40 %, pero no superior al 49 %, y no introduce ninguna excepción a ese principio general, lo que parecería estar descartando la posibilidad de que cualquiera de los sexos superara el 60 %.

3.2.2. PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

La LO 2/2024 introduce varias reglas que afectan a los procedimientos de selección de consejeros.

En primer lugar, exige al consejo velar por que los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la igualdad entre mujeres y hombres (art. 529 bis.2 LSC). Esto supone un cambio respecto de la redacción anterior, que hacía referencia simplemente a que los procedimientos favorecieran la diversidad de género. Esta modificación afecta solo a las sociedades cotizadas, no a las entidades de interés público, pues la disposición adicional decimosexta de la LSC (que es la que extiende a estas entidades la aplicación del art. 529 bis LSC) se remite únicamente a los apartados 3 y siguientes del art. 529 bis LSC.

Además, la LO 2/2024 establece que, si no se alcanza el porcentaje del 40 % de presencia mínima del sexo menos representado en el consejo, las sociedades deben ajustar los procesos de selección conforme a determinadas reglas para garantizar la consecución de dicho objetivo (art. 529 bis. 4 LSC). En particular, se exige lo siguiente:

i. El procedimiento debe permitir la apreciación comparativa de las competencias y capacidades de cada candidato.

ii. El sistema debe estar diseñado con base en unos criterios claros, neutrales en su formulación y no ambiguos, que aseguren un proceso no discriminatorio a lo largo de todas las fases de selección (incluyendo las de preparación de los anuncios de vacantes, de preselección, de preparación de la lista restringida y la creación de grupos de selección de candidatos).

   La norma se limita en este punto a reproducir lo previsto en la Directiva 2022/2381, sin concretar ni delimitar el contenido del procedimiento ni el alcance de algunas de sus fases, como la de preparación de la lista restringida o la creación de grupos de selección, lo que podría dificultar su aplicación en la práctica.

iii. Los criterios que deben regir la selección deben establecerse con anterioridad al inicio del proceso.

iv. Si varios candidatos tienen la misma capacitación desde un punto de vista de competencia, prestaciones profesionales y aptitud, se debe dar preferencia al candidato del sexo menos representado. Únicamente se puede incumplir esta obligación en supuestos excepcionales, cuando existan motivos de mayor alcance jurídico, como que se persigan otras políticas de diversidad, que se aduzcan tras una evaluación individualizada y una apreciación objetiva por parte de la sociedad y siempre sobre la base de criterios no discriminatorios.

Las sociedades deben informar a los candidatos que lo soliciten y cuya candidatura se haya examinado en el proceso de selección de (a) los criterios de capacitación en que se ha basado la elección, (b) la apreciación comparativa que se ha realizado de los candidatos y (c), en su caso, los motivos que han llevado a elegir a un candidato que no fuese del sexo menos representado (art. 529 bis. 5 LSC).

3.2.3. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS JUDICIALES

Como medida coercitiva, además de tipificar como infracción en la LMV las nuevas obligaciones del art. 529 bis LSC, la LO 2/2024 introduce una regla de inversión de la carga de la prueba, de forma que, si un candidato descartado del sexo menos representado inicia un proceso judicial, y siempre que de sus alegaciones se deduzca la existencia de una capacitación igual a la del candidato seleccionado, la sociedad debe demostrar que actuó correctamente al no seleccionar a la persona del sexo menos representado (art. 529 bis. 7 LSC).

A nuestro juicio, no parece que esta vaya a ser una medida muy efectiva en la práctica, toda vez que parece poco probable que un candidato a consejero vaya a estar interesado en iniciar acciones legales frente a una sociedad (especialmente cuando se trate de una sociedad cotizada), con el impacto que hacerlo podría tener en su reputación y en la posibilidad de ocupar un puesto de relevancia en esa u otras sociedades en el futuro.

3.2.4. INFORMACIÓN

La LO 2/2024 introduce varias obligaciones en materia de información. En particular, se obliga a las sociedades a:

i. Informar anualmente a la junta general sobre las medidas exigidas en materia de equilibrio entre mujeres y hombres en el consejo y las posibles sanciones por incumplimiento (art. 529 bis.6 LSC).

ii. Elaborar y publicar anualmente y en la página web, integrada en el informe de sostenibilidad, determinada información sobre la representación del sexo menos representado en el consejo, que debe ser fácilmente accesible y, en el caso de las sociedades cotizadas, además, remitir esa información a la CNMV (art. 529 bis.9 LSC).

La información debe distinguir entre miembros del consejo ejecutivos y no ejecutivos y recopilar las medidas que se hubiesen adoptado para alcanzar el objetivo del 40 %, incluyendo, en caso de que no se hubiese alcanzado dicho porcentaje, los motivos de ese incumplimiento y una descrip-

ción exhaustiva de las posibles medidas que se hayan adoptado o se tenga previsto adoptar para alcanzarlo (art. 529 bis.10 LSC).

Esta información se tiene que difundir como otra información relevante de forma simultánea al informe anual de gobierno corporativo y al informe anual sobre remuneraciones de los consejeros y mantenerse accesible en la página web de la sociedad y de la CNMV durante un periodo mínimo de diez años (art. 529 bis.11 LSC).

3.3. Alta dirección

3.3.1. OBLIGACIONES

La LO 2/2024 establece también obligaciones en relación con la alta dirección (art. 529 bis. 8 LSC). En particular, exige a las sociedades:

i. Velar por que la alta dirección tenga una presencia mínima del 40 % de personas del sexo menos representado, debiendo explicar en la memoria de las cuentas anuales el grado de cumplimiento de este objetivo.

ii. En caso de que no se cumpla este porcentaje, proporcionar una explicación detallada de los motivos y medidas adoptadas para alcanzarlo en el ejercicio económico inmediatamente posterior y sucesivos.

El cumplimiento de este objetivo cuantitativo en la alta dirección se configura, por tanto, como una obligación de cumplir o explicar.

En el caso de la alta dirección, al contrario de lo que ocurre con el objetivo de presencia de mujeres en el consejo, el porcentaje concreto no está detallado en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, que en su recomendación 14 se limita a recomendar que las sociedades cuenten con una política de promoción de la diversidad que incluya medidas que fomenten que haya un número significativo de altas directivas. En consecuencia, las sociedades cotizadas se encuentran actualmente algo más lejos de cumplir con el objetivo del 40 %, con lo que llegar a ese umbral puede suponer un desafío para algunas de ellas. De acuerdo con los datos de la CNMV correspondientes al ejercicio 2023, el porcentaje de mujeres en la alta dirección de las sociedades cotizadas (excluidas altas directivas consejeras) es del 23,1 % (24,7 % en las sociedades del IBEX 35).

3.3.2. CONCEPTO DE ALTA DIRECCIÓN

La LO 2/2014 no define el concepto de alta dirección. A nuestro juicio, hay dos interpretaciones posibles:

i. Una primera interpretación sería entender que, a los solos efectos de la LO 2/2024, son altos directivos quienes tienen un contrato de alta dirección. Esta interpretación encontraría su apoyo en que la exposición de motivos de la LO 2/2024 utiliza la expresión *alta dirección* en los mismos términos en referencia tanto al sector privado como al sector público ins-

titucional y que el art. 84 bis de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, introducido por la LO 2/2024, explícitamente identifica el concepto de alto directivo con el hecho de tener un contrato de alta dirección.

ii. Por otro lado, una interpretación sistemática de la LSC nos llevaría a asimilarlo al concepto de alto directivo de la LSC, entendiendo por tal a quien tuviera dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros de acuerdo con el art. 249 bis h). Esta segunda interpretación es la que nos parece más razonable.

4. Régimen sancionador y organismos responsables

4.1. Régimen sancionador

El incumplimiento de las nuevas obligaciones previstas en la LSC por las sociedades cotizadas constituye una infracción grave. En particular, el art. 292 LMV, modificado por la LO 2/2024, tipifica dos nuevas infracciones:

i. La falta de inclusión en la memoria de la información a la que se refiere el art. 529 bis.8 LSC respecto de la alta dirección o la inclusión de dicha información con omisiones o datos falsos o engañosos (art. 292.1.a LMV).

ii. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 529 bis.3 a 7 y 9 a 11 LSC, relativos a las exigencias de representación equilibrada de mujeres y hombres entre los consejeros de las sociedades cotizadas y a la publicación de información relativa a dicha representación equilibrada (art. 292.1.c LMV).

Llama la atención que, entre las nuevas infracciones, la LO 2/2024 parece haber incluido el incumplimiento del objetivo de presencia mínima del 40 % del sexo menos representado en el consejo al hacer referencia en el art. 292.1.c LMV al apartado 3 del art. 529 bis LSC. Este supuesto no está contemplado en la Directiva 2022/2381, la cual no solo no lo incluye entre las infracciones sancionables del artículo 8, sino que en su considerando 48 indica que las sociedades que cumplan las obligaciones no deben ser sancionadas por no alcanzar los objetivos cuantitativos. A nuestro juicio, la tipificación de este incumplimiento como infracción podría presentar un problema de incompatibilidad con la Directiva 2022/2381, salvo que se interpretara que el apartado 3 del art. 529 bis LSC no impone una obligación de resultados (alcanzar el objetivo del 40 %), sino una obligación de medios (realizar las acciones necesarias para alcanzarlo, como por ejemplo adaptar los procedimientos de selección en caso de no lograrlo).

La LO 2/2024 no determina las sanciones aplicables a estas nuevas infracciones, con lo que habría que aplicar el régimen general previsto en el art. 313 LMV para infracciones graves.

En línea con esta modificación de la LMV, la disposición adicional séptima de la LSC, modificada por la LO 2/2024, incluye el art. 529 bis LSC, apartados 3 a 11, entre las normas de ordenación y

disciplina del mercado de valores, cuya supervisión, así como la incoación e instrucción de expedientes sancionadores por incumplimiento, corresponde a la CNMV.

Este régimen sancionador previsto en la LMV no se aplica a entidades de interés público distintas de las sociedades cotizadas en mercados regulados, que no están sujetas al alcance del art. 292 LMV.

4.2. Organismos responsables de la promoción, análisis, seguimiento y apoyo

La disposición adicional cuarta de la LO 2/2024 encomienda la promoción, análisis, seguimiento y apoyo al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la LSC:

i. a la CNMV y al Instituto de las Mujeres (Ministerio de Igualdad), en relación con las sociedades cotizadas;

ii. a la CNMV y al Instituto de las Mujeres, en colaboración con los organismos homólogos de las distintas comunidades autónomas, en relación con las restantes entidades de interés público (salvo las entidades aseguradoras); y

iii. a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en relación con las entidades aseguradoras, que debe informar anualmente a la CNMV y al Instituto de las Mujeres.

La LO 2/2024 no regula el contenido ni el ejercicio de estas funciones por parte de estos órganos.

5. Periodo transitorio

Las modificaciones introducidas por la LO 2/2024 en la LSC y la LMV se aplican a las sociedades cotizadas desde:

i. El 30 de junio de 2026 para las 35 sociedades con mayor capitalización bursátil al cierre del día 22 de agosto de 2024. Cabe señalar que estas sociedades que, por tanto, ya están a día de hoy definidas, no necesariamente coincidirán con las sociedades integrantes del IBEX 35 en junio de 2026, tanto por el desfase temporal entre el momento de observación de la capitalización y el fin del plazo transitorio de la norma como por el hecho de que la inclusión en el índice tiene en cuenta otros criterios además de la capitalización, tales como la liquidez y el volumen diario de contratación, y porque el índice puede incluir sociedades extranjeras a las que no les es de aplicación la normativa española.

ii. El 30 de junio de 2027 para el resto de sociedades cotizadas en mercados regulados.

El periodo de *vacatio legis* de la LO 2/2024 es superior al que da la Directiva 2022/2381, que exige que las sociedades cotizadas alcancen el objetivo de presencia del sexo menos representado antes del 30 de junio de 2026.

Para las entidades de interés público distintas de las sociedades cotizadas, estas nuevas obligaciones se aplican de forma gradual, debiendo alcanzar el 33 % del sexo menos representado en el consejo y en la alta dirección no más tarde del 30 de junio de 2026 y el 40 % no más tarde del 30 de junio de 2029.

6. Conclusiones

Dentro del ámbito del derecho de sociedades, la LO 2/2024 introduce importantes novedades en materia de equilibrio de género en los consejos de administración y la alta dirección de las sociedades cotizadas y las entidades de interés público que superen determinados umbrales. Como novedades más relevantes podemos destacar las siguientes obligaciones:

i. Asegurar que los consejos de administración tengan una presencia mínima del 40 % de personas del sexo menos representado y, en caso de que no se cumpla dicho umbral, ajustar los procesos de selección conforme a determinadas reglas que garanticen un proceso no discriminatorio para conseguir dicho objetivo.

ii. Informar anualmente a la junta general sobre las medidas exigidas en materia de equilibrio entre mujeres y hombres en el consejo y las posibles sanciones por incumplimiento, y elaborar y publicar anualmente, integrada en el informe de sostenibilidad, determinada información sobre la representación del sexo menos representado en el consejo.

iii. Velar por que en la alta dirección el sexo menos representado tenga una presencia mínima del 40 %, debiendo detallarse en la memoria de las cuentas anuales el cumplimiento de este umbral y, en caso de que no se cumpla, explicar los motivos y medidas adoptadas para alcanzar ese porcentaje.

El cumplimiento de las nuevas exigencias legales indudablemente dará lugar a un aumento del número de mujeres en los consejos de administración y, en menor medida, en la alta dirección de las sociedades españolas. No obstante, no puede obviarse el riesgo de que, para garantizar el cumplimiento formal de este requisito, haya sociedades que terminen primando en sus procesos de selección el objetivo de alcanzar un número determinado de mujeres por encima de la capacitación e idoneidad individual de los candidatos, lo cual no es el objetivo que busca la Directiva 2022/2381 (que no impone un régimen de cuotas, sino de preferencia del sexo menos representado en situaciones de igual capacitación).

Además, la deficiente técnica legislativa empleada y la poca claridad y concreción de algunos de los preceptos de la LO 2/2024 pueden dificultar su aplicación por parte de los destinatarios de la norma, especialmente a aquellas sociedades que no alcancen el porcentaje del 40 % y deban cumplir con obligaciones adicionales, tales como la adaptación de sus procesos de selección.

España

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANULA LA OBLIGACIÓN DE OFRECER UN ALQUILER SOCIAL A LOS OCUPANTES DE VIVIENDA SIN TÍTULO HABILITANTE EN CATALUÑA

Carlota Bescós Puyuelo, Javier Carvajal Cervera y Carlos Cervera Yñesta

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

El Tribunal Constitucional anula la obligación de ofrecer un alquiler social a los ocupantes de vivienda sin título habilitante en Cataluña

El Tribunal Constitucional declara inconstitucionales y nulas ciertas previsiones en materia de vivienda, reguladas por el legislador autonómico en Cataluña, por vulneración de competencias reservadas al Estado, como son la legislación procesal y las bases de las obligaciones contractuales. En concreto, se anula la obligación de ofrecer un alquiler social antes de llevar a cabo acciones ejecutivas o antes de interponer demandas de desahucio frente a ocupantes de vivienda sin título habilitante para ello. También se anulan otras previsiones, como la obligación de renovar el alquiler social o la subrogación de las personas jurídicas en la posición del propietario anterior en casos de incumplimiento.

PALABRAS CLAVE:
Vivienda, Cataluña, Alquiler social, Ley 1/2022, Derecho de propiedad, Competencias.

Some provisions of Law 1/2022 of march 3 that amended Law 18/2007, Law 24/2015 and Law 4/2016 to address the housing emergency are declared unconstitutional

The Constitutional Court has declared unconstitutional some provisions related to the obligation to offer social rented housing for infringing State-reserved powers, such as procedural legislation and the bases of contractual obligations. The obligation to offer social rented housing before initiating executive actions or bringing specific legal actions, such as eviction lawsuits in cases of illegal occupation, is annulled. Other provisions are also annulled, such as the obligation to extend the social rented housing arrangement or the subrogation of a legal entity in the position of the previous owner to assume the consequences in infringement cases.

KEYWORDS:
Housing, Catalonia, social rented housing, Law 1/2022, ownership right, powers.

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 11-11-2024

Bescós Puyuelo, Carlota; Carvajal Cervera, Javier; Cervera Yñesta, Carlos (2024). El Tribunal Constitucional anula la obligación de ofrecer un alquiler social a los ocupantes de vivienda sin título habilitante en Cataluña. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 204-228 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El Tribunal Constitucional en Pleno ("TC"), mediante Sentencia 120/2024, de 8 de octubre, BOE n.º 277, de 16 de noviembre de 2024, ECLI:ES:TC:2024:120 (la "Sentencia"), ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad n.º 3955-2022 interpuesto contra la Ley 1/2022, de 3 de marzo, del Parlamento de Cataluña ("Ley 1/2022"), por la que se modifican diversas leyes en materia de vivienda en Cataluña, declarando inconstitucionales y nulos varios de sus preceptos.

La Ley 1/2022, que no es extensa —se estructura en apenas quince artículos y tres disposiciones (una adicional, una transitoria y otra final)—, introdujo, sin embargo, importantes modificaciones en la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda en Cataluña ("Ley 18/2007"), en la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética en Cataluña ("Ley 24/2015"), y en la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial en Cataluña ("Ley 4/2016").

Esas modificaciones consistieron, principalmente, en reproducir el contenido de algunos de los preceptos contemplados previamente por el Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda en Cataluña ("Decreto-ley 17/2019"), que fueron declarados inconstitucionales y nulos por la STC 16/2021, de 28 de enero (recurso de inconstitucionalidad n.º 2577-2020). A pesar de que estos preceptos establecían medidas intensas, no fueron anulados por vulnerar el derecho de propiedad consagrado en el art. 33 de la Constitución española ("CE") u otras razones de carácter sustantivo. La declaración de inconstitucionalidad no se apoyó en razones de fondo o materiales, sino, en cierto modo, formales, por entender el TC que la técnica legislativa de urgencia escogida entonces excedía de los límites constitucionales previstos para los decretos-leyes con arreglo a lo dispuesto en los arts. 86.1 CE y 64.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña ("EAC"). La Sentencia que nos ocupa ahora ha entrado a enjuiciar, esta

vez sí —en los términos y con el alcance que veremos—, tachas de índole competencial y sustantiva (aunque, respecto a estas últimas, en menor medida de lo esperado y deseado) que no fueron examinadas por la citada STC 16/2021.

Además del ataque al conjunto de la Ley 1/2022 por posible vulneración del art. 149.1.1.ª CE (competencia exclusiva del Estado en la regulación básica) en relación con los arts. 14 (principio de igualdad), 33 y 139 (igualdad de los españoles en todo el territorio) CE, los recurrentes plantearon, a título subsidiario, quejas concretas contra los siguientes preceptos de la Ley 1/2022:

- *Artículo 1.1*, que modifica la redacción de la letra b) del art. 5.2 de la Ley 18/2007, según el cual existe un incumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda o edificio de viviendas si permanecen desocupados de forma injustificada más de dos años.

- *Artículo 1.3*, que modifica la letra f) del citado art. 5.2 de la Ley 18/2007 haciendo extensivo el incumplimiento de la función social de la propiedad al incumplimiento de todos los supuestos de ofrecer alquiler social previstos en la Ley 24/2015.

- *Artículo 7,* que añade un apartado 5 al art. 126 de la Ley 18/2007, referido a la responsabilidad de las infracciones, en virtud del cual en caso de transmisión de una vivienda, el nuevo propietario, si es persona jurídica, se subroga en la posición del anterior al efecto de asumir las consecuencias del incumplimiento.

- *Artículo 8*, que añade una disposición adicional, la vigésimo séptima, a la Ley 18/2007, en virtud de la cual se crea el Registro de grandes tenedores de vivienda.

  La Sentencia desestima la impugnación del art. 8 de la Ley 1/2022 sin entrar a desarrollar su enjuiciamiento, ya que la pretensión de nulidad formulada por los recurrentes carecía de argumentación alguna, y es doctrina consolidada del TC que es carga de quien recurre justificar pormenorizadamente las transgresiones de índole constitucional que se susciten, sin que baste para ello la sola invocación del precepto impugnado ni la mera solicitud expresa de declaración de inconstitucionalidad (SSTC 96/2013, de 23 de abril, y 90/2022, de 30 de junio). Por tanto, al igual que la Sentencia, dejaremos al margen de este trabajo lo referente al art. 8 de la Ley 1/2022.

- *Artículo 9.2*, que modifica la definición del concepto de *gran tenedor* prevista en el art. 5.9.b) de la Ley 24/2015.

- *Artículo 10*, que modifica el apartado 1 del art. 7 de la Ley 24/20215, ampliando el plazo de cesión obligatoria de viviendas al Fondo de Alquiler de Viviendas para Políticas Sociales ("FAVPS"), que pasa de tres a siete años, y regulando *ex novo* una letra c), referida al requisito de que, para poder iniciar y resolver el procedimiento de cesión obligatoria, el propietario debe incumplir previamente el requerimiento que le formule la Administración para que la vivienda se ocupe legalmente en el plazo de un mes.

- *Artículo 11*, que añade el art. 10 a la Ley 24/2015, referido a la obligación de renovación de los contratos de alquiler social.

- *Artículo 12*, que añade a la Ley 24/2015 una disposición adicional primera ("DA 1.ª"), en virtud de la cual:

  i. "*La obligación del art. 5.2 de la Ley 24/2015, de ofrecer un alquiler social antes de interponer determinadas acciones judiciales*" (demanda judicial de ejecución hipotecaria y demanda judicial de desahucio por impago de alquiler), se hace extensiva a "*cualquier acción ejecutiva derivada de la reclamación de una deuda hipotecaria*" (ap. 1 DA 1.ª); a "*demandas de desahucio por vencimiento de la duración del título que habilita a la ocupación de la vivienda*" (ap. 1.a DA 1.ª); a "*demandas de desahucio por falta de título jurídico que habilite la ocupación de la vivienda, si la falta de título proviene de un proceso instado por un gran tenedor, ya sea de ejecución hipotecaria o de cualquier acción ejecutiva derivada de la reclamación de una deuda hipotecaria contra el actual ocupante de la vivienda*" (ap. 1.b DA 1.ª), y a "*demandas de desahucio por falta de título jurídico que habilite la ocupación de la vivienda*", si se cumplen ciertos requisitos (ap. 1.c DA 1.ª).

  Este apartado 1.c) DA 1.ª también fue recurrido en el recurso de inconstitucionalidad n.º 8118-2022, que ha sido resuelto por la reciente STC 130/2024, de 22 de octubre (BOE n.º 286, de 27 de noviembre), por la que se declara la extinción del recurso por desaparición sobrevenida del objeto como consecuencia de la Sentencia objeto de análisis. Existe otro recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 1/2022 (rec. n.º 4038-2022), que está pendiente de ser resuelto y que previsiblemente correrá la misma suerte que el rec. n.º 8118-2022.

  ii. "*Los procedimientos iniciados en los que no se haya acreditado la formulación de la oferta de alquiler social deben interrumpirse para que pueda formularse y acreditarse*" (ap. 2 DA 1.ª).

  iii. Se establece que los contratos de alquiler social obligatorio "*deben tener una duración mínima igual que la fijada por la normativa vigente en materia de arrendamientos urbanos y, en cualquier caso, no inferior a cinco años si el titular de la persona física y no inferior a siete si es una persona jurídica*" (ap. 3 DA 1.ª).

- *Disposición transitoria* ("DT"), que extiende las obligaciones de ofrecer y renovar un alquiler social, a las que se refieren la DA 1.ª de la Ley 24/2015 y el art. 10 de la Ley 24/2015, "*en caso de que los correspondientes procedimientos judiciales se hayan iniciado antes de la entrada en vigor de la presente ley y todavía estén en tramitación*".

La Ley 1/2022 entró en vigor el 8 de marzo de 2022 (disposición final de la Ley 1/2022; DOGC n.º 8620, de 7 de marzo de 2022). Sin embargo, la Sentencia no aclara (a pesar de sus casi cien páginas) qué se entiende por procedimiento "*iniciado*" y procedimiento "*en tramitación*" respecto de la fecha de entrada en vigor de la Ley.

El hecho de que la DA 1.ª Ley 24/2015 a la que se remite la DT hable de "*antes de interponer determinadas demandas*" impide considerar "*iniciado*" un procedimiento en un mo-

mento distinto al de la interposición de la demanda, como pudiera ser el de la admisión a trámite u otro momento anterior o posterior al de la interposición de la demanda.

En cuanto al inciso final "*en tramitación*", cabe razonablemente entender que el legislador se refiere exclusivamente al procedimiento que inicia la correspondiente demanda o acción ejecutiva, según corresponda. Es decir, como en caso de inquilinos y ocupantes sin título el legislador autonómico solo se refiere a demandas judiciales de desahucio (art. 5.2 y letras a, b y c del apartado 1 DA 1.ª Ley 24/2015), el procedimiento "*en tramitación*" a considerar a efectos de la DT solo sería el procedimiento judicial declarativo iniciado con la referida demanda (i. e., art. 250.1.7.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –"LEC"–), sin tener en cuenta acciones ejecutivas. Sin embargo, en caso de deudores hipotecarios, el legislador decidió anudar la obligación no solo a la demanda de ejecución hipotecaria (art. 5.2 Ley 24/2015), que se sustancia en el correspondiente procedimiento declarativo, sino también "*a cualquier acción ejecutiva*" (apartado 1 DA 1.ª Ley 24/2015), acción que daría lugar a un procedimiento ejecutivo, por definición y configuración legal, distinto y autónomo al de naturaleza declarativa (i. e., art. 517 LEC). En la medida en que la norma es un cajón de sastre en este punto, "*cualquier acción ejecutiva*" también podría referirse al lanzamiento material del ocupante en cuestión.

Dicho esto, la Administración catalana ha venido realizando en la práctica una interpretación, a nuestro juicio, excesivamente amplia del inciso "*en tramitación*", puesto que ha venido aplicando la DT en supuestos de inquilino y ocupante sin título en los que el procedimiento judicial declarativo ya había finalizado a la entrada en vigor de la Ley 1/2022 por haberse dictado la correspondiente sentencia y haber adquirido ésta firmeza, de modo que no estaba "*en tramitación*", siendo indiferente si sobre los mismos pendía un procedimiento de naturaleza ejecutiva o el propio lanzamiento material y efectivo del ocupante, en su caso (hitos que, a efectos de la DT, solo serían relevantes cuando el ocupante fuera deudor hipotecario).

Esta interpretación amplia, y a nuestro juicio errónea, conduciría a una posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, por un lado (ante la imposibilidad de obtener la ejecución de lo resuelto de manera legítima en un procedimiento declarativo frente a ocupantes sin título o inquilinos), así como del principio de tipicidad *ex* art. 25 CE, por otro (en los casos en los que esa interpretación excesivamente amplia del inciso "*en tramitación*" sirviera como base para determinar un incumplimiento que diese lugar a un procedimiento de naturaleza sancionadora, donde debe primar y aplicarse una interpretación restrictiva).

Sentado lo anterior, el TC emplea una suerte de metodología deductiva y comienza con el enjuiciamiento de la impugnación dirigida al conjunto de la Ley 1/2022, ya que, de estimarse, no sería necesario estudiar el resto de quejas. Descartada la impugnación general, se realiza un análisis de los motivos específicos en materia de atribución competencial bajo la misma premisa de que, en caso de estimación, se hace innecesario evaluar lo motivos de carácter sustantivo, que pasan a enjuiciarse en último lugar y solo respecto de aquellas cuestiones que hayan superado el test de constitucionalidad previo por motivos competenciales.

Por otra parte, si bien es cierto que las tachas competenciales suelen tener menor recorrido cuando el Estado aún no ha regulado la materia en cuestión, por la dificultad que entraña analizar la transgresión sin una norma de contraste (lo que podía suceder en el momento de interposición del recurso ante la falta de una regulación estatal en materia de vivienda), la Sentencia no ha pasado por alto el hecho de que, durante la pendencia del procedimiento, se ha aprobado por el Estado la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda ("Ley 12/2023"). De este modo, en la medida en que el recurso planteaba reproches de naturaleza competencial, la resolución de la controversia debía efectuarse teniendo en cuenta el marco jurídico vigente en el momento de dictar sentencia, de conformidad con la doctrina del *ius superviens* (STC 86/2019, de 29 de junio), es decir, teniendo en cuenta la Ley 12/2023.

Así las cosas, la Sentencia declara inconstitucionales y nulos los arts. 1.3, 7, 11, 12 (salvo el primer inciso del apartado 3 de la DA 1.ª) y la DT de la Ley 1/2022.

2. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

2.1. Sobre la queja general dirigida contra el conjunto de la Ley 1/2022: desestimación

Los recurrentes argumentan que la Ley 1/2022 vulnera el art. 149.1.1.ª CE, en relación con sus arts. 14, 33 y 139, al regular las condiciones básicas del derecho de propiedad en Cataluña.

En particular, consideran que la Ley 1/2022 restringe en exceso el derecho de los propietarios a ejercer el dominio sobre sus bienes, interviniendo en el contenido esencial de la función social del derecho de propiedad, un aspecto que, en su opinión, debería ser regulado exclusivamente por el Estado. Afirman que el legislador autonómico carece de competencias para introducir este tipo de medidas sin que previamente el Estado haya contemplado los aspectos básicos.

A este respecto, el TC realiza dos precisiones preliminares:

- El recurso tiene carácter genérico y los argumentos sobre cómo la Ley 1/2022 vulnera el art. 149.1.1.ª CE no son claros. El TC tiene establecido que no puede invocarse el citado artículo de forma abstracta, sino que debe detallarse qué "*condición básica*" del derecho constitucional se ve afectada (STC 152/2003, de 17 de julio). No obstante, el TC concede en este caso que, como a fecha de interposición del recurso, el Estado todavía no había legislado específicamente en materia de vivienda, pero sí lo hizo *a posteriori* con la aprobación de la Ley 12/2023, los recurrentes quedan dispensados de esa carga, asumiendo el TC la tarea de examinar la queja a la luz de dicha Ley en conexión con el art. 149.1.ª CE.

- El presente recurso difiere del enjuiciamiento realizado por la STC 16/2021. Como se ha anticipado, en la STC 16/2021 no se evaluó una infracción del art. 149.1.1.ª CE, ya que su *ratio decidendi* quedó limitada a una cuestión de técnica legislativa.

Sentado lo anterior, y con base en la doctrina constitucional sobre el art. 149.1.1.ª CE, el TC rechaza la queja de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2022 por las siguientes razones:

i. El art. 149.1.1.ª CE no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica (STC 27/2017, de 16 de febrero).

   Según el TC, el art. 149.1.1.ª CE otorga al Estado un título competencial autónomo y habilitante para establecer una regulación en ciertas materias. Sin embargo, esta regulación está limitada a las "*condiciones básicas*" necesarias para garantizar la igualdad en el ejercicio de derechos y deberes constitucionales de los españoles en todo el territorio nacional. El TC aclara que esta competencia no implica una potestad absoluta para regular una materia como el derecho de propiedad. Por consiguiente, las comunidades autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre esa materia, pueden aprobar normas complementarias relacionadas con el régimen jurídico de ese derecho. En conclusión, la competencia estatal sobre las condiciones básicas permite cierto margen al legislador autonómico, siempre que no se afecte la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales.

ii. El título competencial otorgado por el art. 149.1.1.ª CE no puede equipararse a los contenidos derivados de otros preceptos constitucionales (STC 61/1997, de 20 de marzo).

   El TC aclara que el título competencial del art. 149.1.1.ª CE no puede identificarse con otros preceptos constitucionales, como los arts. 138.2 (los estatutos de autonomía no pueden implicar privilegios económicos o sociales) y 139.1 CE, que son límites, y no títulos competenciales; ni con el art. 139.2 CE, que se refiere a la unidad de mercado. Asimismo, el art. 14 CE, aunque consagra el principio de igualdad, no otorga competencias. Además, se distingue entre "*condiciones básicas*" y el contenido esencial de los derechos según el art. 53.1 CE. Este contenido esencial protege los derechos individuales de abusos de los poderes públicos, actuando como una garantía que debe respetar el legislador. Y, tanto el legislador estatal como el autonómico deben asegurar el respeto al contenido esencial del derecho de propiedad, cumpliendo los límites constitucionales en el ejercicio de sus competencias.

iii. El art. 149.1.1.ª CE no otorga al Estado la facultad de regular el contenido sustantivo de los derechos constitucionales (STC 247/2007, de 27 de diciembre).

   Según el TC, el art. 149.1.1.ª CE permite al legislador estatal establecer "*condiciones básicas*" que garanticen la igualdad en el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales. Por tanto, no deben confundirse estas condiciones básicas con el contenido normativo de los derechos. Estas condiciones solo permiten al Estado crear una cierta homogeneidad en el ejercicio de los derechos cuando es necesario para evitar una diversidad excesiva que pueda afectar la esencia del derecho en cuestión.

iv. En particular, en relación con la función social de la propiedad, el TC ha sostenido que su definición no debe derivar de una regulación única del derecho de propiedad (STC 37/1987, de 27 de marzo).

En opinión del TC, no es aceptable que, bajo la premisa de una ordenación uniforme, se anulen las competencias de las comunidades autónomas en materias que involucren la propiedad y los derechos patrimoniales. El TC indica que la función social de la propiedad privada no puede ser igual para todos los bienes, lo que hace innecesaria una regulación abstracta y uniforme de esta función. La dimensión institucional de la propiedad debe estar conectada con la regulación de los intereses generales, que exigen una delimitación específica de su contenido. Por tanto, corresponde a quien debe tutelar esos intereses, es decir, a cada comunidad autónoma según sus competencias, establecer las limitaciones y deberes asociados a la función social de la propiedad. Así, aunque el art. 149.1.1.ª CE permite al Estado regular las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos de propiedad, esta competencia no debe interpretarse de manera que limite o vacíe las competencias legislativas que las comunidades autónomas tienen sobre estos derechos y deberes.

En conclusión, el TC rechaza la queja de inconstitucionalidad presentada contra el conjunto de la Ley 1/2022 porque (i) el art. 149.1.1.ª CE no concede al legislador estatal la exclusividad plena en la regulación de la función social o del contenido esencial del derecho de propiedad, y (ii) no puede estimarse que exista una contradicción entre los objetivos de la legislación estatal en materia de vivienda, y el modelo que configura, y la regulación establecida por la Ley 1/2022.

2.2. Sobre el examen de las tachas de índole competencial: estimación parcial

En segundo lugar, los recurrentes plantean tachas de índole competencial en relación con los arts. 1.1, 1.3, 10, 11, 12 y DT de la Ley 1/2022, que son tratadas por la Sentencia en dos bloques:

i. Los arts. 1.1 y 10 de la Ley 1/2022 no invaden competencias exclusivas del Estado

En primer lugar, los recurrentes plantean que los arts. 1.1 y 10 de la Ley 1/2022 vulneran el art. 149.1.1.ª CE, en conexión con los arts. 149.1.8.ª (competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil) y 33 CE.

En particular, aducen que la infracción se produce por la definición de un supuesto de incumplimiento de la función social de una vivienda o edificio de viviendas, que puede dar lugar a reacciones negativas sobre el propietario, así como por la regulación de una cesión obligatoria de viviendas al FAVPS sin una compensación adecuada, que sería contrario al principio de igualdad y a las condiciones básicas del régimen de propiedad del suelo urbano consolidado, además de una vulneración de las normas sobre expropiación forzosa. Igualmente, los recurrentes consideran que los citados preceptos entrarían en conflicto con la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, por incidir materialmente en el derecho privado, al regular un derecho patrimonial.

La Sentencia parte de una negación a la mayor considerando que no se produce vulneración del art. 149.1.1.ª CE por los mismos argumentos expuestos en relación con la queja vertida contra el conjunto de la Ley 1/2022, que se dan por reproducidos, sin que, según

la Sentencia, exista en la Ley 12/2023 una regulación infringida por los arts. 1.1 y 10 de la Ley 1/2022.

No obstante lo anterior, el TC considera preciso analizar si se produce un incumplimiento de los otros preceptos con los que se conectaba el reproche general, comenzando su examen por el de índole competencial (art. 149.1.8.ª CE) para, en su caso, analizar después el de índole sustantivo (art. 33 CE).

Pues bien, en cuanto a la posible infracción del art. 149.1.8.ª CE, se ha de dilucidar si la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene competencias para regular, por medio de la Ley 1/2022, los extremos que, en este punto concreto, son objeto de impugnación. Atendiendo a la vertiente institucional del derecho de propiedad privada, de conformidad con el art. 137 EAC, la Sentencia confirma, con apoyo en la doctrina establecida al respecto (STC 16/2018, de 22 de febrero), que la Comunidad Autónoma tiene competencias para tutelar los intereses generales relacionados con garantizar a los ciudadanos el derecho a una vivienda digna y, por tanto, para delimitar el derecho de propiedad en lo que se refiere a su función social.

Según la Sentencia, esta interpretación sobre la delimitación del derecho de propiedad en relación con la competencia para legislar en materia de vivienda permite a la Comunidad Autónoma de Cataluña definir supuestos en los que se produce un incumplimiento de la función social, de modo que el art. 1.1 de la Ley 1/2022 no supondría una invasión de la competencia estatal sobre legislación civil. Del mismo modo, la vertiente institucional del derecho de propiedad permite regular previsiones legales como la del art. 10 de la Ley 1/2022, por lo que dicho precepto tampoco infringiría el art. 149.1.8.ª CE. Asimismo, el TC considera que, mediante el reproche al art. 10 de la Ley 1/2022 —que solo modifica parcialmente el art. 7 de la Ley 24/2015—, lo que en realidad pretenden los recurrentes es atacar el régimen de cesión obligatoria del art. 7 Ley 24/2015 en su conjunto, pretensión que estaría vedada en la medida en que el presente recurso de inconstitucionalidad se dirige (y solo podía dirigirse) contra la Ley 1/2022 (STC 131/2020, de 22 de septiembre). Por este motivo, el TC tampoco podría entrar a examinar la queja sobre la presunta falta de compensación adecuada en los casos de cesión obligatoria al FAVPS. Es decir, las quejas sustantivas que se derivarían de la posible vulneración del art. 33 CE se quedan sin ser examinadas.

ii. Por el contrario, los arts. 1.3, 11, 12 (en parte) y DT de la Ley 1/2022 sí invaden competencias exclusivas del Estado

En este caso, la posible invasión competencial se plantea desde una doble perspectiva: por vulneración del art. 149.1.6.ª CE (competencia exclusiva del Estado en legislación procesal) o del 149.1.8.ª CE (competencia exclusiva del Estado en legislación civil, referida específicamente a la regulación básica sobre obligaciones contractuales):

A. *Análisis desde la perspectiva del art. 149.1.6.ª CE*

En relación con la queja sobre innovación procesal prohibida para el legislador autonómico, la Sentencia comienza matizando que la competencia exclusiva del Estado en legislación procesal no es absoluta, ya que admite ciertas limitaciones que operan cuando dicha innovación tiene una conexión clara y directa con el derecho sustantivo autonómico en cuestión (STC 28/2022, de 14 de febrero).

En efecto, como específicamente señala la STC 13/2019, de 31 de enero, invocada por la Sentencia, las comunidades autónomas también tienen competencia en materia procesal, pero su alcance es limitado, tiene un carácter restrictivo y está circunscrito a las "*necesarias especialidades*" que se deriven del derecho sustantivo de esa comunidad autónoma, entendida dicha expresión en el sentido de que "*sólo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la comunidad autónoma*". Por tanto, no cabe interpretar esta salvedad competencial "*de modo tal que quede vacía la competencia general en materia de legislación procesal atribuida al Estado*".

En este sentido, la Sentencia insiste en que la competencia asumida por las comunidades autónomas al amparo de esa salvedad "*no les permite introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, sino que las singularidades procesales que las comunidades autónomas pueden adoptar han de limitarse a aquellas que, por conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas*".

Para considerar cumplidamente justificada una "*necesaria especialidad procesal*" y determinar si procede aplicar la salvedad competencial aludida, la Sentencia explica que deben completarse tres operaciones: (a) identificar el derecho sustantivo que presenta particularidades, (b) señalar respecto de qué legislación procesal estatal se produce un conflicto y (c) determinar si, entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo autonómico y las singularidades procesales incorporadas por la norma procesal impugnada, existe una conexión directa tal que justifique las especialidades procesales.

Dicho esto, la Sentencia rechaza en primer lugar, y con razón, la impugnación competencial dirigida contra el art. 11 de la Ley 11/2022 por vulneración del art. 149.1.6.ª CE, ya que dicho precepto se refiere simplemente a la renovación de los contratos de alquiler social obligatorio, sin que, por tanto, puedan advertirse reglas procesales de ningún tipo. En consecuencia, el debate competencial en relación con este artículo se traslada a la posible vulneración del art. 149.1.8.ª CE en materia de obligaciones contractuales al que nos referiremos más adelante.

En cambio, sí contienen referencias procesales los arts. 1.3, 12 y DT de la Ley 1/2022, debiendo dirimirse si constituyen regulación procesal prohibida o no:

- El art. 1.3 plantea una definición de la función social en términos de incumplimiento que, según la Sentencia, "*va más allá*" de la vertiente institucional que puede ser objeto de desarrollo por parte del legislador autonómico; y ello, en la medida en que la norma enjuiciada, "*bajo la apariencia de un supuesto de incumplimiento*", está imponiendo a determinados propietarios "*una carga que han de satisfacer previamente al acceso a la jurisdicción*". El art. 1.3 Ley 1/2022 establece una causa de incumplimiento que, a la postre, se traduce en "*una condición previa para el acceso a la jurisdicción*", de modo que tiene carácter procesal. Esta calificación como "*condición previa*" es extrapolable a las obligaciones de ofrecer alquiler social que se regulan en el art. 12 Ley 1/2022 y, por extensión, en la DT.

  En este sentido, y aunque no lo afirme expresamente, la Sentencia vendría a acoger el reproche de los recurrentes sobre que condicionar el ejercicio de acciones judiciales legítimas vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva *ex* art. 24 CE. Y ello, no solo como consecuencia de la obligación de tener que efectuar un trámite previo (atender el requerimiento por incumplimiento de la función social o realizar la propuesta de alquiler social; por cierto, cuya validez a efectos de acudir a la vía judicial podría depender del tercero ocupante), sino también porque tal condición previa disuade del ejercicio de ese derecho fundamental, ya que —como reconoce la Sentencia— el ejercicio del derecho, sin antes haber cumplido adecuadamente el régimen de obligaciones previsto en la Ley 24/2015, podría dar lugar a la imposición de una sanción. El reconocimiento por parte de la Sentencia del régimen sancionador aplicable en este ámbito tiene relevantes consecuencias que expondremos en el epígrafe dedicado a los efectos de la Sentencia.

- Por lo que respecta al art. 12 de la Ley 1/2022 (DA 1.ª introducida en la Ley 24/2015), su carácter procesal ha sido reconocido por la propia letrada del Parlamento de Cataluña, al menos parcialmente, en lo relativo al apartado 2 DA 1.ª, que directamente impone la interrupción (quizás debiera decir *suspensión*, para evitar confusiones) de los procedimientos judiciales. En cuanto al apartado 1 DA 1.ª, el TC concluye que el precepto no se limita a establecer una obligación verificable por la Administración, sino que se trata de una norma dirigida en última instancia a los jueces, que deben evaluar si procede admitir la acción judicial de que se trate en función del cumplimiento o no de aquella obligación, confirmando, por tanto, su naturaleza procesal. No obstante, que se sepa, esta traslación a la esfera judicial no se ha producido ni se está produciendo en la práctica, ya que infinidad de demandas han sido admitidas y resueltas por jueces de lo civil, que, sin embargo, no han apostillado nada en relación con la posible falta de cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley 24/2015 como presupuesto de admisibilidad. Por último, al igual que ocurría con el art. 11 de la Ley 1/2022, el apartado 3 DA 1.ª no tiene carácter procesal porque se refiere a la duración de los contratos de alquiler social obligatorio, de modo que su análisis se hará desde la óptica del art. 149.1.8.ª CE.

- Respecto a la DT Ley 1/2022, la Sentencia aduce que, en la medida en que los apartados 1 y 2 de la DA 1.ª Ley 24/2015 a la que se remite la DT se consideran normas

que pertenecen al ámbito procesal, la DT queda igualmente sujeta a los límites del art. 149.1.6.ª CE.

Confirmado el carácter procesal de los citados preceptos, la Sentencia examina si han sido aprobados con arreglo a los cánones de conexión y necesidad apuntados en relación con las normas de derecho sustantivo autonómicas o sí, por el contrario, infringen el art. 149.1.6.ª CE.

En primer lugar, la Sentencia reconoce que los tres preceptos de naturaleza procesal impugnados tienen una —al menos aparente— proyección en el art. 5.2 de la Ley 24/2015, precepto que no ha sido introducido por la Ley 1/2022 objeto de recurso, que está vigente y no ha sido declarado inconstitucional, siendo inatacable en este procedimiento. En efecto, el art. 5.2 de la Ley 24/2015 fue recurrido en su día (rec. de inconstitucionalidad n.º 2501-20169), pero se desistió de las pretensiones y quejas vertidas contra él, desistimiento que fue aceptado por STC 13/2019, de 31 de enero (no obstante, el precepto estuvo suspendido de vigencia entre el 5 de mayo de 2016 y el 31 de enero de 2019).

A este respecto, la Sentencia apunta que, cuando una ley (i. e., Ley 24/2015) es parcialmente modificada por otra posterior (i. e., Ley 1/2022), es posible impugnar los preceptos de aquella en la redacción dada por la ley modificadora (STC 131/2020, de 22 de septiembre). Por el contrario, el hecho de que los preceptos modificados se integren en una norma que, en todo lo demás, resulta inatacable, no permite cuestionar esa norma inicial porque habrían "*transcurrido más que sobradamente los plazos en los que el art. 33 LOTC permite*" interponer el recurso.

Sentado lo anterior, el TC se plantea si con las remisiones que los preceptos impugnados hacen al art. 5.2 de la Ley 24/2015 no se está cuestionando en realidad dicho artículo, lo que estaría vedado, ya que dicho artículo era inatacable por el recurso que nos ocupa y, por ende, no ha sido declarado inconstitucional por la Sentencia.

Sin embargo, a juicio del TC, "*no se produce ese pernicioso efecto*", pues los preceptos impugnados tendrían autonomía propia. En el caso del art. 1.3, la razón que ofrece la Sentencia estriba en que las remisiones no se hacen exclusivamente al art. 5.2 Ley 24/2015, sino al conjunto de preceptos de la Ley 24/2015 que regulan el ofrecimiento de alquiler social obligatorio (incluyendo también los preceptos correspondientes modificados por la propia Ley 1/2022). Esta justificación solo es aplicable al citado art. 1.3 Ley 1/2022, y precisamente por ello hace suscitar dudas acerca de la decisión de la Sentencia en relación con el art. 12 de dicha Ley, que sí se remite expresa y específicamente al art. 5.2 Ley 24/2015 (primer párrafo del apartado 1 DA 1.ª). A este respecto, la Sentencia entiende de una manera un tanto escurridiza que es "*la consideración conjunta*" de los apartados 1 y 2 (norma de indudable carácter procesal, como se ha indicado) lo que "*conduce a la conclusión de que la regla del apartado 1*" supone también innovación procesal prohibida. Esta apreciación conjunta es algo artificiosa, puesto que el apartado 2 se refiere únicamente a "*los procedimientos iniciados*" y no impediría que el apartado 1 quedase limitado a los procedimientos nuevos. La Sen-

tencia guarda silencio al respecto. Por el contrario, el TC sí llega a plantearse si, dado que la remisión específica al art. 5.2 Ley 24/2015 viene dada solamente por el primer párrafo del apartado 1 DA 1.ª, debiera dicho párrafo subsistir —al contar con una conexión clara con el derecho sustantivo (art. 5.2 Ley 24/2015)— en contraposición con el destino de nulidad que ha de aguardar necesariamente al resto de párrafos del apartado 1 de la DA 1.ª —letras a), b) y c) que le siguen—. No obstante, considera que "*ha de entenderse el conjunto del apartado como un todo, de suerte que el resto de sus determinaciones carecen de autonomía al margen de aquel párrafo*". Sin embargo, no aclara por qué el efecto arrastre que se produce dentro del apartado 1, en lugar de producirse por el párrafo primero (que se remite al art. 5.2 Ley 24/2015), viene dado por los párrafos que comprenden las letras a), b) y c) de dicho apartado 1, que además son consecuenciales al primer párrafo.

En definitiva, si bien compartimos con el TC que estos preceptos impugnados suponen innovación procesal prohibida, creemos que la Sentencia adolece de una falta de claridad y concreción en su argumentación que (le) permita desvincular completamente al apartado 1 DA 1.ª de la norma sustantiva del art. 5.2 Ley 24/2015, precepto que paradójicamente se encuentra vigente en el ordenamiento catalán, al menos, en tanto no sea expresamente derogado por el legislador autonómico.

Por otra parte, el TC también descarta que la especialidad procesal inherente a los preceptos impugnados esté conectada directamente con la norma autonómica de derecho sustantivo por motivos de índole material, como que la Ley 1/2022 incide, en sí misma, sobre el derecho de propiedad. Esto ocurriría de manera más clara con el art. 1.3 (al identificar el cumplimiento de la función social con la satisfacción de un requisito previo al ejercicio de acciones judiciales). Sin embargo, la aportación de argumentos de este tipo en relación con los arts. 12 y DT de la Ley 1/2022 parece, de nuevo, ciertamente insuficiente.

En fin, atendiendo al canon de conexión directa y vínculo necesario o inevitable, la Sentencia considera que "*la competencia autonómica en materia de vivienda permite a la comunidad autónoma desarrollar la actividad a que se refiere el art. 137.1*" EAC, "*pero no establecer un requisito de acceso al proceso no previsto por el legislador estatal*", tal y como pretenden los preceptos impugnados. Por tanto, sobre la base del carácter restrictivo que debe otorgarse al art. 149.1.6.ª —por cuanto, de lo contrario, "*podría vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con la que materia procesal se contempla*" en la CE—, la Sentencia concluye que los arts. 1.3, 12 (en lo referente a los apartados 1 y 2 DA 1.ª) y la DT de la Ley 1/2022 (en lo relativo a la extensión de la obligación de ofrecer alquiler social *ex* DA 1.ª) infringen el art. 149.1.6.ª CE y deben, por ello, ser declarados inconstitucionales y nulos, lo que "*supone la expulsión del ordenamiento jurídico de los preceptos referidos*". Por ello, siguiendo la metodología descrita, "*pierde objeto el resto de quejas articuladas contra ellos*".

B. *Análisis desde la perspectiva del art. 149.1.8.ª CE*

La otra queja de índole competencial se examina en relación con los preceptos que han superado el test de constitucionalidad anterior, esto es, los arts. 11 (régimen de renovación obligatoria de los contratos de alquiler social) y 12 (en lo relativo al apartado 3 DA 1.ª Ley 24/2015, sobre la duración mínima de tales contratos) de la Ley 1/2022. Esta queja se refiere a la vulneración de la competencia estatal exclusiva en materia de bases de las obligaciones contractuales.

Con carácter previo, la Sentencia llama la atención sobre que, aunque la Ley 1/2022 solo mencione, como títulos competenciales al amparo de los cuales se dicta, los arts. 137 EAC (vivienda) y 123 EAC (consumo), "*este Tribunal no se encuentra vinculado por las incardinaciones competenciales contenidas en las normas sometidas a su enjuiciamiento*" (STC 132/2019, de 13 de noviembre), ni tampoco por "*el encuadramiento competencial que realicen las partes en el proceso*" (STC 18/2016, de 4 de febrero). Por consiguiente, es posible realizar el examen en torno a otras materias, tales como el derecho civil y, más específicamente, las obligaciones contractuales en contratos de arrendamiento. En cualquier caso, debe apuntarse que el ámbito de vivienda "*no constituye un título competencial autónomo*" (STC 59/1995, de 17 de marzo), sino que "*puede recaer bajo distintos títulos competenciales estatales o autonómicos dependiendo de cuál sea el enfoque*", como consecuencia de "*las distintas dimensiones constitucionales que presenta la vivienda ('económica' y 'social', STC 152/1998, de 20 de julio)*". En este orden de consideraciones, no puede obviarse, como apunta la Sentencia, que "*la vivienda constituye un importante activo patrimonial y, por ende, el objeto de un sector del mercado —el mercado inmobiliario—, lo cual le otorga una innegable relevancia desde la perspectiva de la actividad económica, el mercado único y la regulación del tráfico patrimonial privado*".

Así las cosas, los arts. 11 y 12 (en la parte que ahora se examina) son normas "*que afectan a sendos aspectos de la relación contractual arrendaticia, por lo que tienen una naturaleza eminentemente civil, de manera que su contenido ha de analizarse atendiendo a la doctrina constitucional relativa a la distribución competencial en este ámbito*", es decir, a partir del art. 149.1.8.ª CE.

Este precepto reserva al legislador estatal la regulación sobre las bases de las obligaciones contractuales, con algún matiz, ya que se trata de una competencia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas que cuentan con derecho civil foral o especial propio, como ocurre en Cataluña. El Estado asumirá, en todo caso, la competencia de todo aquello que deba entenderse "*por básico en materia civil contractual*", es decir, en términos de la Sentencia, "*aquellas reglas que contengan los elementos esenciales que garanticen un régimen contractual común para todos los ciudadanos*".

Dentro de esas materias con cobijo en las normas estatales se encuentran aquellas "*que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de los contratos*". Si bien, claro está, la Sentencia recuerda que "*la definición de lo básico ha de permitir a las comunidades autónomas su desarrollo a través de la consecución de opciones legis-*

lativas propias, de forma que la legislación básica no agote completamente la materia" (STC 32/1981, de 28 de julio).

Sentado lo anterior, la Sentencia apunta que "*el legislador estatal no ha llevado una concreción formal de lo que ha de considerarse 'bases de las obligaciones contractuales'*", de modo que, siendo razonable que "*las comunidades autónomas no pueden quedar obligadas a esperar el pronunciamiento específico del legislador estatal*", las comunidades autónomas deben poder ejercer su competencia, pero respetando, al menos, tanto los principios que se deriven de la CE como, en lo que aquí interesa, las categorías generales de las obligaciones contractuales reguladas en el Código Civil. Dichas categorías "*son las mismas en todo el territorio nacional*" y se refieren a aspectos como los elementos esenciales de los contratos (art. 1261 del Código Civil) o la autonomía de la voluntad y libertad de pactos (art. 1255 del Código Civil).

Procede en este punto subsumir las anteriores premisas dogmáticas al caso que nos ocupa, para lo cual se ha de comenzar con el reconocimiento evidente, como indica la Sentencia, de que en el contrato de alquiler social obligatorio, de entrada, falta "*el elemento esencial del consentimiento de los contratantes*", hallándonos, más bien, ante una relación jurídica privada constituida "*de manera forzosa y heterónoma*". Por ello, la regulación impugnada también afecta al art. 38 CE, por el que se reconoce la libertad de empresa.

El TC reconoce que "*uno de los ámbitos en los que se ha manifestado en mayor medida la intervención del legislador ha sido el de los arrendamientos urbanos*", a través de importantes medidas de modulación sobre la duración o el precio con el fin de acomodar el marco jurídico-contractual a las coyunturas económicas, a las necesidades del mercado y a las exigencias sociales. Pero esas modulaciones, dice la Sentencia, cuando incidan sobre elementos tan nucleares como los indicados (i. e. principios de autonomía de la voluntad o libertad de pactos), quedan incluidas "*dentro del ámbito de la competencia exclusiva del legislador estatal*". En efecto, "*corresponde en exclusiva al Estado, al amparo del art. 149.1.8 CE, la determinación y, en su caso, la modificación de las bases de las obligaciones contractuales al definir el régimen de la relación arrendaticia urbana*".

En definitiva, concluye el TC, "*se puede afirmar que, desde el momento en que el art. 10 de la Ley 24/2015 (añadido por el art. 11 de la Ley 1/2022) está imponiendo al propietario de la vivienda la formalización de un nuevo contrato, una vez llegada su extinción por cumplimiento del plazo (...), está excluyendo todo atisbo de libertad de contratación y desvirtuando el principio de autonomía privada, ya que despoja al propietario de la iniciativa o decisión libre para concertar un nuevo contrato*", razón por la cual debe ser declarado inconstitucional y nulo por exceder de los límites que impone el art. 149.1.8.ª CE. Por consiguiente, estos efectos se extienden a la DT Ley 1/2022 en la parte que se refiere a la obligación de renovar un alquiler social en los términos del art. 10 Ley 24/2015.

Por último, en lo que respecta al apartado 3 DA 1.ª Ley 24/2015 (art. 12 Ley 1/2022), si bien es cierto que el precepto vincula la duración de los contratos de alquiler social obligatorio a "*la normativa vigente en materia de arrendamientos urbanos*", no lo es menos que, a renglón seguido, en su inciso final, dispone que, "*en cualquier caso*", dicha duración no será inferior a cinco años si el titular de la vivienda es una persona física y siete años si es una persona jurídica. Este inciso supone que "*si la normativa sobre arrendamientos urbanos estableciera un periodo menor de duración*", la norma impugnada sería contraria a ella porque incurriría en "*un exceso competencial*", lo que determina su inconstitucionalidad y nulidad, pero solo en lo referente a ese inciso final.

2.3. Sobre las quejas sustantivas dirigidas contra los artículos 1.3, 11, 12 y DT de la Ley 1/2022: desestimación

Contra los arts. 1.3, 11, 12 y DT de la Ley 1/2022 también se realizan quejas de carácter sustantivo por vulneración de los arts. 9.3, 10, 24, 33 y 118 (cumplimiento de resoluciones judiciales) CE. Sin embargo, la Sentencia no examina tales quejas debido a que los preceptos impugnados no han superado el test de constitucionalidad por razones competenciales, dejando sin objeto el análisis sustantivo, salvo en lo relativo al primer inciso del apartado 3 de la DA 1.ª Ley 24/2015 (introducido por el art. 12 Ley 1/2022). Dicho inciso —recordemos— establece que los contratos de alquiler social tendrán la duración que esté fijada en cada momento por la normativa estatal en materia de arrendamientos urbanos.

En líneas generales, los recurrentes critican que los poderes públicos catalanes estarían desplazando "*las responsabilidades que les incumben, conforme al art. 47 CE, a los propietarios, a quienes se les obliga a asumir unas cargas económicas y unos deberes y obligaciones que no les corresponde en absoluto*".

En relación con los preceptos que han sido declarados inconstitucionales por razones competenciales, los recurrentes criticaban que a aquellos propietarios que cumplieran con las obligaciones les impedían lograr ante los Tribunales la efectividad real de pretensiones legítimas, ya que estas podían verse frustradas si, por ejemplo, el ocupante decidía aceptar la oferta de alquiler social, privando al propietario de la recuperación de la posesión. La letrada de la Generalitat de Cataluña responde que por medio de la Ley 1/2022 no se ha hecho más que ampliar o desarrollar las categorías jurídicas ya establecidas en la Ley 24/2015, que es inatacable por medio de este recurso. En el mismo sentido, el TC rechaza la queja específica relativa a la insuficiente (y no garantizada) renta que el propietario obtendría por el alquiler social obligatorio, en tanto que apunta que no se trata de una determinación novedosa a través de la Ley 1/2022, sino que se reguló con anterioridad en la Ley 24/2015. En cualquier caso, como se trata de quejas asociadas a preceptos inconstitucionales por razones competenciales, la Sentencia no termina de pronunciarse sobre esos aspectos sustantivos.

Por lo que se refiere al primer inciso del apartado 3 DA 1.ª, introducido por el art. 12 de la Ley 1/2022 (fijación de los plazos de duración del alquiler social), única norma de las impugnadas por razones competenciales que ha superado tal examen, el TC considera que la queja no puede pros-

perar. La razón es sencilla: el primer inciso se refiere a unos plazos aplicables por pura remisión a la normativa vigente en materia de arrendamientos urbanos (lo que no ocurre con el inciso final). El TC rechaza analizar si el primer inciso del apartado 3 de la DA 1.ª infringe otros preceptos constitucionales, toda vez que, a su juicio, el examen requeriría revisar los apartados 2 y 7.a) del art. 5 de la Ley 24/2015, que estaban en vigor previamente y son inatacables por medio del presente recurso. No obstante, se desestima el ataque contra el primer inciso del apartado 3 DA 1.ª, que se mantiene vigente.

2.4. Sobre la vulneración del artículo 25 CE: estimación parcial

La siguiente queja se plantea frente al art. 1.1 de la Ley 1/2022 (que superó, como hemos viso, el test de constitucionalidad por razones de índole competencial) y al art. 7 de la Ley 1/2022 (contra el que solo se realiza la presente tacha sustantiva).

El reproche que se invoca en este caso es de carácter sustantivo porque se refiere a la vulneración del art. 25 CE. En particular, se imputa una vulneración del principio de responsabilidad o culpabilidad en la medida en que nadie puede ser sancionado por infracciones que no ha cometido, es decir, por acciones u omisiones que, para el sujeto en cuestión, no constituyen infracción administrativa.

Sin embargo, no cabe apreciar tal infracción por parte del art. 1.1 de la Ley 1/2022, que, como se indicó, se limita a modificar la redacción en lo atinente al incumplimiento de la función social de la propiedad. Además, cuando este precepto se refiere a que ni la ocupación sin título ni la transmisión de su titularidad a favor de una persona jurídica alteran la situación de incumplimiento de la función social de la propiedad, no está trasladando la responsabilidad a nadie, sino simplemente enfatizando que esas situaciones no eliminan la situación de incumplimiento preexistente; situación que solo activaría consecuencias sancionadoras, en su caso, si se incumple el requerimiento a que se refiere el art. 10 de la Ley 1/2022 (que ha superado el test de constitucionalidad por razones competenciales y que, sin embargo, no ha sido atacado desde un punto de vista sustantivo).

En otras palabras, el art. 1.1 regula la delimitación de un incumplimiento (y por ende las bases sobre las que puede imponerse una posible sanción), pero lo hace de manera aséptica, sin lindar ni siquiera con los elementos que abarca el principio de culpabilidad. Como sostiene la Sentencia, este principio "*proscribe la responsabilidad objetiva o sin culpa, exigiendo no sólo la autoría de la acción o de la omisión sancionables, sino también la necesidad de determinar la presencia de dolo o imprudencia (STC 76/2022, de 14 de junio), lo que implica, igualmente, el principio de la responsabilidad personal por hechos propios y no ajenos —principio de la personalidad de la pena o sanción—*". Está claro, por tanto, que el art. 1.1 es una norma que "*no pertenece a la esfera sancionadora, ni de ella se derivan directamente consecuencias de esa naturaleza*", ya que se encuentra incardinada en un precepto más amplio que "*persigue un fin constitucionalmente lícito*".

Contraria conclusión se alcanza en relación al art. 7 de la Ley 1/2022, que añade un apartado 5 al art. 126 de la Ley 18/2007 (ubicado específicamente en sede sancionadora) y contempla un supuesto de subrogación de la responsabilidad. De acuerdo con este precepto, la persona jurídica adquirente en una transmisión de vivienda "*ha de asumir las responsabilidades en las que hubiera*

incurrido el transmitente debido al incumplimiento de las previsiones de la Ley 18/2007", imponiéndosele así "*una especie de responsabilidad objetiva aneja a la vivienda que adquiere, que le lleva a responder incluso por los hechos ajenos, lo que resulta contrario al principio de culpabilidad*". Es cierto que existen regulaciones que abogan por una responsabilidad próxima a la objetiva (i. e., en materia de residuos), pero son normas sectoriales muy específicas que, en todo caso y aunque el debate ahora no sea de índole competencial, cuentan con amparo en la legislación estatal. En definitiva, el art. 7 de la Ley 1/2022 infringe el art. 25 CE y se declara por tal motivo inconstitucional y nulo.

2.5. Sobre la impugnación del art. 9.2 de la Ley 1/2022 por vulneración del art. 9.3 CE: desestimación

La última queja del recurso de inconstitucionalidad se presenta en relación con el art. 9.2 de la Ley 1/2022, que modifica el art. 5.9.b) de la Ley 24/2015, relativo al concepto de *gran tenedor*. Con base en su doctrina jurisprudencial, el TC rechaza la queja de inconstitucionalidad contra el art. 9.2 de la Ley 1/2022 por las siguientes razones:

i. No existe infracción del principio de seguridad jurídica

Los recurrentes argumentan que la constante modificación del concepto de *gran tenedor* ha generado inseguridad jurídica. Originalmente, la Ley 24/2015 definía a los grandes tenedores como aquellas personas jurídicas que poseían más de 1250 m² de superficie habitable. Posteriormente, el Decreto-ley 17/2019 cambió este criterio a más de quince viviendas. La Ley 5/2020, de 29 de abril, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente, precisó que dichas viviendas debían estar "*situadas en territorio del Estado*". Finalmente, la Ley 1/2022 ha reducido el umbral a "*más de diez viviendas ubicadas en territorio del Estado*", lo que ha contribuido a las quejas sobre la falta de estabilidad y claridad en la definición de este término.

Sin embargo, el TC considera que el art. 9.2 de la Ley 1/2022 no infringe el principio de seguridad jurídica. Este principio, en su aspecto más elemental, se traduce en la "*claridad y certeza del Derecho*", y el precepto impugnado cumpliría con este criterio, ya que su redacción es clara y precisa. Las modificaciones que se han realizado en el concepto de *gran tenedor* a lo largo de los últimos años no generan un riesgo de incertidumbre.

El legislador autonómico tiene la potestad de adoptar medidas que respondan a las circunstancias del momento para implementar políticas públicas en materia de vivienda y afrontar situaciones de exclusión residencial, en virtud de las competencias establecidas en el art. 137 EAC. Destaca que el art. 9.3 CE no prohíbe el cambio normativo. Si bien prohíbe la irretroactividad de las normas, no se puede afirmar que haya una irreversibilidad absoluta en las previsiones legales. La flexibilidad legislativa es esencial para preservar valores constitucionales como el pluralismo político, lo que permite al legislador optar por diferentes enfoques según las prioridades políticas del momento. Por tanto, el TC no tendría la responsabilidad de juzgar la oportunidad de estas decisiones políticas.

ii. No existe infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad

Para que una acusación de arbitrariedad contra el legislador prospere, se requieren generalmente dos condiciones: primero, que quien formule la crítica la justifique detalladamente con argumentos que cuestionen la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada; segundo, que la arbitrariedad denunciada sea el resultado de una discriminación normativa o de una falta total de justificación racional para la medida adoptada, sin necesidad de un análisis exhaustivo de todas las motivaciones y consecuencias de la norma. En este caso:

- En cuanto a la justificación detallada, los recurrentes argumentan que la ley ha obviado factores como la ubicación, la rentabilidad o la existencia de préstamos pendientes asociados a los inmuebles, y que se impone la obligación de ofrecer alquileres forzosos a cambio de rentas antieconómicas. Además, sostienen que, a los efectos de la Ley 24/2015, no se debería considerar como *gran tenedor* a personas jurídicas que no tengan viviendas en Cataluña, y piden que el Tribunal verifique la existencia de una discriminación no concretada.

  Sin embargo, se desestima la alegación sobre discriminación por falta de argumentos, y se señala que el legislador autonómico ha definido el concepto de gran tenedor sin que fuera necesario evaluar todas las posibles variables.

  Por un lado, según el TC, las situaciones casuísticas por aplicación de la ley deben resolverse, precisamente, con su implementación, ya que el TC no puede basar su control en el análisis preventivo de las posibles consecuencias, lo cual es en cierto modo incoherente con la decisión de haber declarado inconstitucional el inciso final del apartado 3 de la DA 1.ª de la Ley 24/2015 por un motivo de igual naturaleza preventiva, basado en la hipótesis de que podría entrar en conflicto con una posible legislación estatal futura sobre arrendamientos urbanos.

  Por otro lado, el TC considera evidente que las personas jurídicas que tengan todas sus propiedades fuera Cataluña no están sujetas a las disposiciones de la Ley 24/2015. Sin embargo, no aclara los efectos de aplicación sobre propietarios que tengan algunas propiedades en Cataluña y otras fuera de Cataluña. En nuestra opinión, una interpretación que confirmase que la normativa autonómica incide sobre bienes ubicados en el territorio de esa comunidad autónoma, pero con *afectación* a, o en, otra, sería inconstitucional por vulneración del principio de territorialidad. En efecto, se invadirían competencias tanto de esas otras comunidades afectadas como las del propio Estado (competente por lo general si la materia afecta a más de una comunidad autónoma).

- En cuanto a la vertiente material del análisis, se destaca que el preámbulo de la Ley 1/2022 proporciona una justificación lógica para la modificación del concepto de *gran tenedor*. En particular, establece que las personas jurídicas son consideradas grandes tenedores si poseen más de diez viviendas, en lugar de las quince que se estipulaban anteriormente, adaptándose a normativas estatales, como el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito

social y económico para hacer frente a la COVID-19, que también define como gran tenedor a quienes tienen más de diez inmuebles urbanos.

Se señala que esta definición es esencial para la aplicación de la ley, ya que fundamenta otras disposiciones legales que no han sido impugnadas. Además, se aclara que la existencia de esta definición no impide que las comunidades autónomas establezcan sus propias definiciones en el marco de sus políticas de vivienda. Por tanto, la regulación impugnada no interfiere con el desarrollo de políticas autonómicas en materia de vivienda, ya que las comunidades tienen la capacidad de definir criterios adicionales conforme a sus necesidades y contextos específicos, lo que respeta su autonomía en la gestión de competencias en este ámbito.

En resumen, la modificación operada por la Ley 1/2022 sobre el concepto de *gran tenedor* estaría razonablemente justificada y alineada con criterios utilizados por el legislador estatal. El TC no evalúa la conveniencia o el acierto de las decisiones legislativas, sino que su función se limita a determinar si las normas se ajustan a la CE. Por tanto, se rechaza la tacha de inconstitucionalidad contra el art. 9.2 de la Ley 1/2022.

3. Votos particulares

Sin perjuicio del fallo emitido por el Pleno, procede señalar que varios de los magistrados formularon votos particulares, todos ellos en el sentido de que la declaración de inconstitucionalidad debería haber sido más amplia y más intensa.

El primer voto particular lo formulan conjuntamente los magistrados R. Enríquez y E. Arnaldo al considerar que el recurso de inconstitucionalidad también debió ser estimado en relación con el art. 10 de la Ley 1/2022, que modificó el art. 7.1 de la Ley 24/2015 sobre la cesión obligatoria de viviendas. La ratio de esta consideración es que, según entienden, se ha eludido pronunciarse sobre este artículo argumentando incorrectamente que no pueden anularse preceptos relativos a normas anteriores. Sin embargo, en su opinión, ello no obsta que para enjuiciar la validez de las previsiones impugnadas pueda tenerse en consideración lo previsto en normas anteriores. Así, consideran que la cesión obligatoria de viviendas constituye una expropiación que, de conformidad con el art. 33 CE, exige necesariamente el pago de una indemnización al propietario afectado. Sin embargo, la Ley 1/2022 no sigue este esquema porque la renta del alquiler social no cumple con los requisitos de compensación. Por tanto, y aunque esa renta estuviera fijada *ex ante*, debería declararse que dicha la cesión vulnera el art. 33.3 CE.

El segundo voto particular lo formula el magistrado J. M.ª Macías, que aboga por que la Sentencia también debería haber declarado inconstitucional el art. 9.2 de la Ley 1/2022, por generar una situación de inseguridad jurídica, prohibida por el art. 9.3 CE, a la vista del concepto delimitado por la legislación estatal. En efecto, según señala, nos encontraríamos ante una situación que facilita antinomias sobrevenidas que podrían evitarse. Además, también rechaza la posibilidad de que el legislador catalán pueda alterar la condición básica de la normativa estatal sobre el número "*mínimo y común*" de viviendas para ser considerado gran tenedor porque ello desplazaría la norma

básica estatal y defraudaría el principio de prevalencia. También critica que no se han revisado adecuadamente ni la crítica global a la norma ni el reproche sobre la falta de compensación económica adecuada por la cesión obligatoria.

El tercer voto particular lo formula el magistrado C. Tolosa. Su crítica se dirige específicamente contra el análisis de compatibilidad entre la Ley 12/2023 y la Ley 1/2022. Considera que la Ley 1/2022 contradice el modelo estatal establecido en la Ley 12/2023 en cuanto al derecho de acceso a la vivienda y la función social de la propiedad. A diferencia del enfoque estatal, que apuesta por incentivos, ayudas directas y fondos para ampliar el parque de vivienda asequible sin afectar la seguridad jurídica de los propietarios, la ley catalana traslada la responsabilidad de garantizar el acceso a la vivienda a los propietarios privados mediante la obligación de ocupar sus viviendas. El análisis sostiene que, mientras la Ley 12/2023 crea un marco básico y uniforme de fomento de vivienda, la Ley 1/2022 interfiere en el mercado inmobiliario, imponiendo deberes que desincentivan la inversión y afectan la creación de vivienda nueva. Esta carga sobre los propietarios se considera incompatible con los principios de igualdad territorial y con el derecho a la propiedad, según los arts. 149.1.1.ª y 149.1.13.ª CE.

El cuarto y último voto particular lo formula la magistrada C. Espejel. La primera discrepancia se centra en el momento elegido para emitir la Sentencia, puesto que toma como base un marco jurídico cambiante que ya ha sido parcialmente alterado (por la STC 79/2024, de 21 de mayo). En efecto, la Ley 12/2023, en relación con la cual ha de realizarse el contraste competencial, podría sufrir nuevas modificaciones en caso de que se estimen otros recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra ella y que aún no han sido resueltos (recs. n.º 5514-2023, 5515-2023, 5518-2023, 5580-2023, 1278-2024, 1301-2024 y 1306-2024). En todo caso, considera que el análisis comparativo realizado entre ambas leyes, estatal y autonómica, es superficial. Por último, sostiene que el TC se equivoca cuando afirma que los recurrentes solo impugnaron el art. 10 de la Ley 1/2022 (modificación del régimen de obligación de cesión al FAVPS) desde una perspectiva competencial, ya que también se reprochaba una vulneración del art. 33 CE por constituir la modificación operada por la Ley 1/2022 una forma de expropiación temporal que debería ir acompañada de una compensación adecuada.

4. Principales efectos de la sentencia

Desaparece la obligación de ofrecer un alquiler social antes de iniciar cualquier acción ejecutiva contra deudores hipotecarios, único tipo de ocupantes respecto a los que se había previsto la obligación de ofrecer un alquiler social antes de este tipo de acciones. También desaparece la obligación de ofrecer alquiler social antes de interponer demandas de desahucio frente a inquilinos cuyo contrato de alquiler hubiera expirado y frente a ocupantes de viviendas sin título jurídico para ello (tanto aquellos que carecían de título como consecuencia de una ejecución hipotecaria como aquellos ocupantes ilegales que reunieran determinados requisitos). De igual modo, desaparece la obligación de renovar el alquiler social en los casos en los que todavía no se hubiera renovado. Por último, desaparece la subrogación *ex lege* que se producía en aquellas personas jurídicas adquirentes de viviendas cuando el anterior propietario hubiera incurrido en determinados incumplimientos.

No obstante lo anterior, la Sentencia establece expresamente que la declaración de inconstitucionalidad no puede tener efectos respecto a las situaciones jurídicas ya consolidadas (i. e., contratos de alquiler social obligatorio celebrados antes de la publicación de la Sentencia).

Ahora bien, de conformidad con el art. 40.1 *in fine* de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y la doctrina que lo interpreta, la Sentencia establece que los efectos del fallo deberán extenderse "*igualmente, a las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del incumplimiento de los preceptos ahora declarados inconstitucionales y nulos*", pues "*está en juego la exclusión de una pena o de una sanción administrativa* (...) *incluso sobre las situaciones jurídicas declaradas por Sentencia con fuerza de cosa juzgada*". En términos de la Sentencia, el fundamento de ello reside, "*como no podía ser de otro modo, en la misma Constitución y, precisamente, en el art. 25.1 que impide, entre otras determinaciones, que nadie pueda sufrir condena penal o sanción administrativa en aplicación de normas legales cuya inconstitucionalidad se haya proclamado por este Tribunal Constitucional*".

Por consiguiente, todos los procedimientos sancionadores que estén en tramitación o pendientes de resolución, y tengan como base el incumplimiento de alguno de los preceptos anulados, deberán archivarse. Del mismo modo, los recursos administrativos o judiciales interpuestos frente a resoluciones sancionadoras deberían estimarse. Las sanciones ya impuestas por incumplimiento de alguno de los preceptos anulados también debería revisarse.

Entre los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece para recuperar el importe abonado, más los intereses correspondientes en su caso, podrían contemplarse los siguientes: si la sanción hubiera sido confirmada por sentencia firme, promover un incidente de nulidad de actuaciones en el plazo de cinco años desde la publicación de la sentencia en cuestión (STC 30/2017, de 27 de febrero); si se hubiera dejado firme en vía administrativa, la solicitud a instancia del interesado de una revisión de oficio, o en cualquier caso, la vía de la responsabilidad patrimonial, entre otros mecanismos. De todos modos, la solución revisora o resarcitoria deberá atender al caso concreto en función de las circunstancias concurrentes.

En otro orden de consideraciones, más allá de los efectos que se derivan de la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley 1/2022 que hayan servido de cobertura legal para imponer sanciones, debemos llamar la atención sobre una cuestión, ya anticipada y no menor, cual es la de que la Sentencia reconoce expresamente el régimen sancionador aplicable a los incumplimientos de las obligaciones introducidas por la Ley 1/2022.

La Sentencia afirma que dichos incumplimientos podrían dar lugar a la imposición de una sanción "*como consecuencia de incurrir en la infracción grave del art. 124.2.i) de la Ley 18/2007*". Misma conclusión alcanza la letrada del Parlamento de Cataluña cuando, en su escrito de alegaciones, afirma que el incumplimiento de la obligación de ofrecer alquiler social establecida en la Ley 24/2015 "*se tipifica como infracción administrativa en el art. 124.2.i) y j) de la Ley 18/2007*" (*cfr*. en la Sentencia). Y ello es así por cuanto, como recoge la Sentencia, "*la Ley 1/2022 se encuadra en la materia de vivienda*", de modo que el régimen sancionador aplicable, en caso de incumplimientos, será el previsto en la norma que tutele los derechos y obligaciones en materia de vivienda, es decir, la Ley 18/2007.

Lo anterior confirma lo que ya era evidente con arreglo a los criterios metodológicos comúnmente aceptados en materia sancionadora: que el régimen sancionador aplicable en caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley 24/2015 es el establecido en la Ley 18/2007 y, en particular —si la obligación es la de ofrecer alquiler social—, en el art. 124.2.i) de dicha Ley, cuyo tenor literal reza que constituye una infracción grave "*No formular la propuesta obligatoria de alquiler social en los supuestos en que lo requiere la Ley 24/2015*".

Este precepto constituye la norma específica que delimita perfectamente el tipo infractor consistente en el incumplimiento de la obligación de ofrecer alquiler social. Por tanto, en aplicación del principio de tipicidad consagrado como derecho fundamental en el art. 25 CE, en su vertiente aplicativa del principio de especialidad normativa (STC 47/2023, de 10 de mayo, y STS 529/2022, de 4 de mayo), las sanciones impuestas por infracciones derivadas del incumplimiento de la obligación de ofrecer alquiler social prevista en la Ley 24/2015 deben imponerse siempre sobre la base del art. 124.2.i) de la Ley 18/2007 (tras la Sentencia, ello ocurrirá solamente por incumplimiento de los supuestos de obligación previstos en el art. 5.2 de la Ley 24/2015).

La letra i) del art. 124.2 Ley 18/2007 fue introducida por el Decreto-ley 17/2019, que entró en vigor el 31 de diciembre de 2019 (no fue anulada por la STC 16/2021). Por tanto, los incumplimientos de la obligación de ofrecer alquiler social *ex* Ley 24/2015 que se hubieran producido antes de la entrada en vigor de dicha letra *i)* carecerían de base jurídica para ser objeto de sanción alguna, tal y como ha reconocido el TSJCAT en su sentencia 256/2024, de 31 de enero. Por otra parte, el hecho de que el art. 124.2 de la Ley 18/2007 se refiera en su rúbrica a infracciones "*en materia de protección de los consumidores de usuarios de vivienda*" no hace automáticamente aplicable otro bloque normativo distinto al de vivienda, como puede ser la normativa sobre consumidores y usuarios. Es más, sin entrar en mayores consideraciones al respecto, pues excede con creces del objeto de este trabajo, la propia Ley 18/2007 también atribuye potestad sancionadora al organismo competente en materia de consumo en determinados supuestos que no vienen al caso, pero incluso en los que dicho organismo tendría que aplicar el régimen sancionador previsto en la Ley 18/2007.

Esta cuestión es sumamente importante si tenemos en cuenta que, en la práctica, la Administración catalana ha venido sorteando sistemáticamente el régimen sancionador contenido en la Ley 18/2007 en favor de normas sancionadoras genéricas en materia de consumidores y usuarios. En efecto, la Agencia Catalana de Consumo —organismo de la Administración autonómica que con carácter general ha asumido (a nuestro juicio, sin competencias para ello *ex* arts. 130 y 131 Ley 18/2007) el ejercicio de la potestad sancionadora en este ámbito— ha venido imponiendo sanciones por incumplimiento de la obligación de formular alquiler social (confirmadas normalmente en alzada por la Dirección General de Empresa y Trabajo de la Generalitat) y haciéndolo, no sobre la base del art. 124.2.i) de la Ley 18/2007, sino del tipo infractor del art. 331.5.c) de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña ("Ley 22/2010"), cuyo tenor literal reza que constituye una infracción grave en materia de consumidores y usuarios "*realizar prácticas que excluyan o limiten los derechos de las personas consumidoras*".

El carácter genérico del art. 331.5.c) Ley 22/2010, en contraposición con la especificidad del art. 124.2.i) Ley 18/2007, está fuera de toda duda. Y así parece asumirlo la propia Sentencia.

Por consiguiente, la Ley 22/2010 no debería servir como base jurídica para imponer sanciones por incumplimiento de la obligación de ofrecer un alquiler social, tal y como, dicho sea de paso, están entendiendo las sentencias dictadas en este ámbito (Sentencia 209/2024, de 15 de julio, del JCA n.º 4 de Barcelona y Sentencia 284/2024, de 11 de octubre, del JCA n.º 17 de Barcelona). No obstante, pretender la revisión de sanciones firmes únicamente por este motivo (aplicación de la Ley 22/2010) tendría menos recorrido o sería más complejo que la revisión de una sanción impuesta por aplicación de alguno de los preceptos declarados nulos por la Sentencia. Y es que, aunque la Sentencia afirma que el régimen sancionador es el de la Ley 18/2007, lo cierto es que no anula la Ley 22/2010 (en particular, su art. 331.5.c), de modo que una eventual revisión en estos casos versaría sobre aspectos adjetivos o de apreciación en relación con la norma escogida, pero no sobre una sanción que ha sido impuesta al amparo de una norma inconstitucional (piénsese, por ejemplo, en una sanción impuesta por incumplimiento del art. 5.2 Ley 24/2015 —que sigue vigente— sobre la base del art. 331.5.c Ley 22/2010).

Sentado lo anterior, es preciso apuntar que las sanciones impuestas en aplicación de los preceptos anulados de la Ley 1/2022, y/o en el art. 331.5.c) de la Ley 22/2010, están ascendiendo en torno a los 25.000 euros por sanción. Si bien estas sanciones podrían no ser especialmente gravosas individualmente consideradas si tenemos en cuenta el perfil del potencial sujeto sancionado, lo cierto es que, de manera acumulada, un mismo sujeto sí acusaría sustancialmente estas sanciones. Además, en caso de acudir a la vía judicial, el importe de estas sanciones impide conducir la controversia a través del procedimiento ordinario. Por tanto, obliga a plantearse si es preferible el procedimiento abreviado (que no permite acceder a una segunda instancia y que además suele demorarse unos dos años) o el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales *ex* arts. 144 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (vía mucho más ágil, que además permite la apelación y que, en principio, estaría abierta por la vulneración que se produciría de los arts. 24 y 25 CE, pero que no está exenta de limitaciones y particularidades importantes). De todos modos, ambas vías (abreviado y protección de los derechos fundamentales) no son excluyentes.

Dicho esto, hay quien estima que los expedientes sancionadores promovidos por incumplimientos de la obligación de ofrecer alquiler social superarían los 15 millones de euros en sanciones (FUENTES-LOJO RIUS, 2024). A este respecto, simplemente hay que señalar que es difícil saber con precisión el importe total al que pueden ascender estas sanciones, sobre todo cuando, como han apuntado los propios tribunales de Cataluña (STSJCAT 1239/2022, de 31 de marzo), la información sobre sanciones constituye un límite al acceso a la información pública por el perjuicio que causa a los legítimos intereses comerciales y económicos de los sujetos sancionados (cuestión que, no obstante, ha mostrado recientemente interés casacional objetivo y será sometida a debate por el Tribunal Supremo según el ATS de 16 de octubre de 2024, rec. n.º 6675/2024). Además, de acuerdo con la doctrina de la Comisión de Garantía de Acceso a la Información Pública de Cataluña (Resolución 164/2020, de 27 de febrero, dictada en el expte. n.º 804/2019 y confirmada por STS n.º 547/2023, de 4 de mayo), un tercero no puede acceder, en ningún caso, a información sancionadora que no sea firme, lo que impediría acceder a la información sobre sanciones que hubieran sido impugnadas en vía administrativa o judicial y todavía no fueran firmes.

Sea como fuere, no podemos dejar de llamar la atención sobre las implicaciones que la Sentencia puede tener en la actividad sancionadora ejercida por la Administración catalana en este ámbito, ya que podría suponer que miles de euros tuvieran que ser devueltos a los sujetos sancionados que hubieran abonado las sanciones, devoluciones que, en términos de intereses legales y costas procesales, podrían tener efectos lesivos para la Administración y, por extensión, para el contribuyente.

En definitiva, y con mayor razón a la luz de la Sentencia que analizamos, sería razonable que la Administración catalana revisase sus políticas de actuación para ejercitar la potestad sancionadora en este ámbito.

5. Conclusiones

i. El Estado tiene atribuida la competencia sobre legislación procesal y bases de las obligaciones contractuales. No obstante, el legislador autonómico puede regular en materia procesal cuando obedezca a necesarias particularidades derivadas de una conexión directa con el derecho sustantivo autonómico. De igual modo, las comunidades autónomas con derecho foral o civil propio pueden regular en materia civil, siempre que respeten los principios básicos y las categorías generales aplicables en todo el territorio. Asimismo, el Estado no tiene exclusividad plena para regular la función social o el contenido esencial del derecho de propiedad. De igual modo, por razones de política legislativa en las que el TC no puede entrar, el legislador autonómico puede delimitar el concepto de gran tenedor, sin que por ello se infrinja la norma estatal de vivienda.

ii. Con carácter general, la subrogación en sede sancionadora es contraria al art. 25 CE por vulneración del principio de culpabilidad o de responsabilidad de la infracción.

iii. Tras la Sentencia, el marco jurídico de las obligaciones de ofrecer alquiler social en Cataluña queda del siguiente modo: (i) no existe obligación de ofrecer alquiler social antes de interponer acciones ejecutivas, las que sean y en relación con el tipo de ocupante que sea, y (ii) en cuanto al resto de acciones, solo subiste la obligación antes de interponer demandas judiciales de ejecución hipotecaria o de desahucio por impago de alquiler.

iv. Carecen de base jurídica todas las sanciones por incumplimiento de las obligaciones de ofrecer alquiler social que tuvieran como fundamento alguno de los preceptos anulados de la Ley 1/2022 y/o que se hubieran impuesto al subsumir la conducta en un tipo infractor distinto al del art. 124.2.i) de la Ley 18/2007.

v. La duración de los contratos de alquiler social obligatorio será la prevista en la normativa de arrendamientos urbanos. Estos contratos no podrán renovarse forzosamente, salvo que la prórroga se hubiera iniciado antes de la publicación de la Sentencia.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 66, diciembre 2024, pp. 229-243

Foro de Actualidad

España

EL PERMISO DE CUIDADOS POR ENFERMEDAD Y EL PERMISO POR FUERZA MAYOR: INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Y CUESTIONES PENDIENTES TRAS LA REFORMA DE 2023

Elena Velar Rojo

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

El permiso de cuidados por enfermedad y el permiso por fuerza mayor: interpretación jurisprudencial y cuestiones pendientes tras la reforma de 2023

La reforma nacional del régimen de permisos retribuidos introducida por el Real Decreto-ley 5/2023 ha generado diversas dudas en cuanto su aplicación práctica, así como sobre su adecuación a la normativa europea. Dos de los principales cambios introducidos son la nueva redacción del permiso por accidente, enfermedad grave u hospitalización previsto en el artículo 37.3.b), y la introducción del nuevo permiso de cuatro días por fuerza mayor en el artículo 37.9 del Estatuto de los Trabajadores. A partir de un análisis normativo y contextual, y mediante el estudio de la reciente y aún escasa doctrina judicial, se examinarán las principales cuestiones que plantea la aplicación de estos permisos en la práctica laboral diaria.

PALABRAS CLAVE:
Conciliación familiar, Permisos retribuidos, Permiso para cuidadores, Permiso por fuerza mayor, Transposición de directivas comunitarias.

Sick leave and force majeure leave: court rulings and unresolved issues after the 2023 reform

The reform of the paid leave regime that Royal Decree-Law 5/2023 implemented in Spain has given rise to uncertainty regarding its application in practice, as well as whether it is in line with European legislation. Two of the main changes are the new wording of the now five- day leave for serious accident, illness or hospitalisation provided in article 37.3.b); and the new four-day leave for force majeure in article 37.9 of the Statute of Workers. This article analyses from a regulatory and in-context perspective, and based on recent — but still rather scarce — court rulings on the matter, the main issues arising from applying these two leaves in practice.

KEYWORDS:
Work-life balance, paid leave, carer leave, force majeure leave, transposition of EU directives.

FECHA DE RECEPCIÓN: 3-12-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-12-2024

Velar Rojo, Elena (2024). El permiso de cuidados por enfermedad y el permiso por fuerza mayor: interpretación jurisprudencial y cuestiones pendientes tras la reforma de 2023. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 229-243 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 29 de junio de 2023 se publicó el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio[1] (el "RDL 5/2023"), que introdujo relevantes modificaciones en el régimen de permisos retribuidos previsto en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores ("ET") con el fin de adaptar la normativa nacional a las directrices de la Directiva (UE) 2019/1158[2].

Este artículo versa sobre dos de las modificaciones introducidas por el RDL 5/2023: la nueva redacción del permiso por accidente, enfermedad grave u hospitalización previsto en el artículo 37.3.b) del ET, y la introducción del nuevo permiso de cuatro días por fuerza mayor en el artículo 37.9 del ET. Así, el artículo 37 del ET queda actualmente redactado como sigue:

"*3. La persona trabajadora, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:* (...)

b) Cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguineidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella; (...)

9. La persona trabajadora tendrá derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata. Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio

colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras aportando las personas trabajadoras, en su caso, acreditación del motivo de ausencia".

Veamos ahora cuál es el contexto en el que se enmarca esta reforma y cuáles han sido las primeras reacciones de los tribunales españoles tras la entrada en vigor del RDL 5/2023.

2. Contexto y antecedentes

El plazo previsto en la Directiva (UE) 2019/1158 (la "Directiva") para que España transpusiera sus disposiciones al ordenamiento interno finalizó el día 2 de agosto de 2022 sin que el legislador español hubiera "cumplido" con su parte. Finalmente, como viene siendo habitual en los últimos años, este cumplimiento se materializó en forma de disposición adoptada por el Gobierno (y no por el legislativo) al concurrir extraordinaria y urgente necesidad[3].

Entre el variado contenido del RDL 5/2023 se encuentran algunas de las modificaciones más relevantes del año 2023 en el día a día de los laboralistas y gestores de personal: la introducción de cambios en los mecanismos de conciliación familiar regulados en el Estatuto de los Trabajadores a través de la modificación, entre otros, del régimen de las reducciones de jornada (artículo 34.8 ET), los permisos retribuidos (arts. 37.3, 37.4 y 37.6 ET) y las excedencias (artículo 46.3 ET) por razones de conciliación familiar.

Como sabemos, las directivas europeas son bloques de construcción que el legislador nacional (o, en este caso, el ejecutivo) debe apilar y disponer de forma coherente con el ordenamiento interno, adaptando y modelando la estructura final para alcanzar una verdadera armonización.

Sin embargo, a criterio de quien suscribe este artículo, la transposición de la Directiva por vía del RDL 5/2023 carece de la precisión normativa necesaria para ser aplicable de forma sencilla e inequívoca en el marco normativo español. Más de un año después de su entrada en vigor aún quedan cuestiones pendientes, que están siendo interpretadas por la jurisprudencia (como los supuestos de disfrute del permiso de cinco días por cuidado de familiares) o han quedado a la espera de que el legislador adopte medidas armonizadoras adicionales (como el carácter retribuido del permiso de ocho semanas).

3. Nueva regulación del permiso retribuido por enfermedad grave u hospitalización de familiares y convivientes

3.1. Contexto y antecedentes

El permiso retribuido por el empleador en supuestos de enfermedad grave u hospitalización de familiares es un derecho reconocido históricamente por la legislación laboral española. Su intro-

ducción a través del artículo 25 de la preconstitucional Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, determinó su posterior inclusión en el artículo 37 del primer Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980 de 10 de marzo). En ambos textos, el permiso consistía en dos días de ausencia retribuida por "*nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad*", ampliable a cuatro días si existiera necesidad de desplazamiento.

En consecuencia, la legislación española siempre ha partido con ventaja en cuanto a la comunitaria en una doble vertiente: por un lado, el ámbito subjetivo del permiso siempre ha sido más amplio (incluyendo a familiares de hasta el segundo grado, cuestión que la Directiva introduce de forma novedosa y no vinculante); y, por otro, siempre se ha tratado de un permiso de carácter retribuido (a diferencia de lo previsto en la Directiva, que separa el artículo 8 sobre derechos económicos de los trabajadores de la regulación del permiso de cuidados en su artículo 6, como bien recuerda CASTRO ARGÜELLES)[4].

Ejemplo de ello es que en el año 2010, cuando se publica la primera directiva europea en materia de conciliación familiar[5], España cumple con su cláusula séptima sin necesidad de introducir modificación alguna en el ET, al contar ya con un permiso que permitía al trabajador ausentarse del trabajo para atender asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente. Así, tanto el ET como los convenios colectivos sectoriales y de empresa vienen configurando una sólida red de permisos retribuidos, al margen de la configuración propuesta desde Europa.

Como veremos a continuación, la preexistencia de este régimen puede ser el escollo principal con el que se encuentra la reforma introducida por el RDL 5/2023. Las categorías comunitarias se alicatan directamente sobre un articulado que había permanecido prácticamente inalterado desde el año 1976, con toda la problemática interpretativa y sistemática que ello conlleva.

3.2. La nueva redacción del artículo 37.B del Estatuto de los Trabajadores

La entrada en vigor del RDL 5/2023 desgaja el artículo 37.b) del ET en dos: por un lado, el permiso por fallecimiento, que se mantiene en dos días (ampliables a cuatro por desplazamiento) y se recoge en el 37.b).bis; y, por otro, el permiso por accidente o enfermedad grave, que se mantiene en el 37.b), pero con importantes cambios que pretenden transformar este permiso en un "permiso para cuidadores" conforme a la Directiva.

En primer lugar, se mantiene la redacción previa del artículo 37.b) en cuanto a los supuestos de hecho que dan lugar al permiso (accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario), pero se alarga la duración del permiso al sustituir la palabra *dos* por la palabra *cinco*.

En segundo lugar, el sujeto causante del derecho se amplía conforme al artículo 3 de la Directiva y queda referido al "*cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguineidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella*".

Así, en su afán por replicar las definiciones y conceptos de la Directiva, el ejecutivo nacional mejora muy sustancialmente el régimen comunitario: se amplía el ámbito subjetivo del permiso a los convivientes conforme a la definición de la Directiva, pero manteniendo simultáneamente los hechos causantes anteriormente previstos. Donde el artículo 3 de la Directiva solamente menciona como causas los "motivos médicos graves", el artículo 37.3.b) prevé su disfrute en dos tipos de supuestos: accidente o enfermedad grave, y hospitalización o intervenciones quirúrgicas sin hospitalización, pero con reposo domiciliario, sin necesidad en este caso (*a priori*, y salvo interpretación judicial en contrario) de ponderar su gravedad.

Sea como fuere, el ejecutivo nacional hace suya la recomendación del artículo 16 de la Directiva[6] y vuelve a situarse un paso por delante del resto de Estados miembros. Veamos ahora cuáles están siendo los retos aplicativos de este nuevo régimen.

3.3. Inicio del permiso: especial atención a la concurrencia del hecho causante en días no laborables

Empezando por el principio, una de las preguntas fundamentales que se plantean es cuándo empieza a contar el cómputo del disfrute de los cinco días. El Tribunal Supremo ha determinado reiteradamente[7] que si el hecho causante del permiso sucede en día no laborable (festivo o día reconocido como tal en el calendario laboral de la empresa), el disfrute del permiso empieza a contar a partir del primer día laborable inmediatamente siguiente. Por el contrario, si el hecho causante se produce en día laborable, este será el día inicial para el cómputo del permiso.

En cuanto a la coincidencia del hecho causante con un día de vacaciones, tanto la jurisprudencia nacional como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[8] parecen coincidir al afirmar que los cinco días de permiso no son recuperables. Si el hecho causante sucede en vacaciones, la persona trabajadora no tiene derecho a alargar su ausencia en cinco días adicionales a su vuelta. Para llegar a esta conclusión, se sigue la lógica de que no puede aplicarse un permiso cuya finalidad es dispensar de la obligación de trabajar en un día en el que no existe obligación de trabajar (de forma análoga a lo que sucede cuando un festivo coincide en un periodo de vacaciones, en cuyo caso tampoco se recupera *a posteriori*).

Todo aparentemente claro hasta que hace unos meses la Audiencia Nacional ("AN") declara rotundamente que el disfrute del permiso no tiene por qué producirse de forma consecutiva a la concurrencia del hecho causante, por lo que el cómputo de los cinco días de disfrute no tiene por qué seguir necesariamente la lógica apuntada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de septiembre de 2024 (rec. 167/2024).

En una argumentación muy breve, la AN estima que es contraria a derecho una interpretación que obligue a que el permiso se inicie el día que se produce el hecho causante. Así, bajo una interpretación finalista y sociológica del precepto, concluye que, "*ante la ausencia de previsión normativa en el Convenio, el inicio del cómputo del permiso en cuestión no tiene por qué coincidir con la fecha del hecho causante, pues la finalidad del permiso y la realidad del tiempo en el que la norma debe ser aplicada permiten que sean los/as trabajadores/as afectados/as quienes determinen la fecha de inicio en función de sus posibilidades de conciliación y mientras el hecho causante permanezca*".

Aterrizando esta cuestión, imaginemos que el hecho causante (accidente) se produce un lunes y le sigue un periodo de hospitalización de dos semanas. En este caso, es plenamente factible que la persona trabajadora solicite el disfrute del permiso de cinco días a partir del martes de la semana siguiente al accidente (nueve días naturales después del hecho causante), siempre que persista la necesidad de cuidado.

Esto también permite, por ejemplo, que varios hermanos sincronicen sus respectivos permisos en cada una de sus empresas empleadoras para poder cuidar de su madre durante todo su ingreso hospitalario, o que se pueda planificar la ausencia al trabajo para estar disponible en fases posteriores del proceso médico en las que la necesidad de cuidado es más relevante (ej., fase postoperatoria o reposo domiciliario consecutivo, como veremos más adelante).

Ahora bien, esta interpretación tan flexible de la AN genera tantas preguntas como las que resuelve, ya que altera sustancialmente el régimen preexistente, supeditando el disfrute del permiso a una cuestión tan casuística como la "*permanencia del hecho causante*". En este escenario, resulta indiferente que el hecho causante suceda en vacaciones, días de descanso, días festivos o incluso durante un periodo de suspensión del contrato (ej., excedencia o incapacidad temporal). Si las necesidades de cuidado persisten el día en el que se reanude la obligación de trabajar, se podrá disfrutar de los cinco días del permiso con total normalidad.

Convendría, pues, algún pronunciamiento adicional de nuestros tribunales o un desarrollo reglamentario o legislativo que delimite dos cuestiones básicas: bajo qué circunstancias se considera que permanece el hecho causante y cuáles son las vías adecuadas para probar ante el empleador dicha permanencia.

3.4. Duración del permiso: debate jurisprudencial sobre la concesión de cinco días íntegros y su encaje con la Directiva

En cuanto a la duración del permiso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias como la de 12 de julio de 2018 (rec. 182/2017), ya venía aparejando la duración del permiso a la existencia de una necesidad de cuidado. Así, se afirmaba que el derecho a disfrutar del permiso no cesaba en el momento en el que se producía el alta hospitalaria, sino que permanecía mientras se mantuviera la necesidad de cuidados al familiar (es decir, el alta hospitalaria no equivale al alta médica, ya que a esta suele sucederse un periodo de reposo obligatorio).

Esta conclusión se apoya, además de en la pervivencia de la necesidad de reposo del sujeto causante, en la analogía con otro de los hechos que dan origen al permiso: la intervención quirúrgica sin hospitalización que precisa de reposo domiciliario. La comparación es clara: si el reposo domiciliario por sí mismo (sin hospitalización) genera derecho al disfrute del permiso, no cabría entender que este ha de terminar necesariamente de forma simultánea al alta hospitalaria si facultativamente se prescribe un periodo de reposo consecutivo.

En esta línea, el Alto Tribunal expresa de forma contundente su perspectiva sobre el disfrute de este permiso, vinculándolo indefectiblemente a la necesidad de cuidado del sujeto causante:

"*El "reposo domiciliario" está relacionado directamente con la intervención quirúrgica sufrida por el familiar y su finalidad no está referida únicamente a eximir de trabajo al paciente, sino también a la necesidad de que repose en casa, lo cual deduce la referida sentencia incluso del Diccionario de la RAE, que comporta descansar, interrumpir la actividad para recuperarse, lo que se predica lógicamente del trabajo y también de las actividades que se realicen en el domicilio o fuera de él, como limpiar, hacer la compra, cocinar, así como cualquiera otra que pudiera ser incompatible con la recuperación. Consiguientemente, el presupuesto, para que el reposo domiciliario sea efectivo, es que el paciente cuente con la atención de terceros, en este caso del trabajador, siendo esa la razón de ser del permiso retribuido*[9]".

En estos términos también se ha pronunciado la AN (ya sobre el permiso ampliado a cinco días) en su reciente sentencia de 24 de julio de 2024 (rec. 157/2024). En una demanda de conflicto colectivo interpuesta frente a varias empresas del grupo Campofrío, se interesa que se dicte sentencia que declare "*el derecho de las personas trabajadoras a disfrutar la totalidad del permiso de cinco días* (...) *si tras el alta hospitalaria no se han agotado dichos cinco días y se ha prescrito reposo domiciliario al familiar o persona conviviente*".

Cabe destacar que, en este supuesto, era de aplicación el artículo 50 del Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas, que a fecha del litigio no había sido actualizado conforme a la modificación del ET, y que incluía una regulación adicional consistente en que "*los días de las licencias serán siempre naturales e ininterrumpidos, estando siempre el hecho que motiva el permiso dentro de los días del mismo* (...)*. No obstante, el inicio de los permisos regulados en el apartado b) y c)* [siendo el apartado c) el permiso por enfermedad] *del presente artículo se producirá el día laborable para el trabajador*".

En este contexto y referenciando las sentencias del Tribunal Supremo anteriormente citadas, la AN reconoce que los criterios apuntados son "*perfectamente aplicables*" al caso. Así, se entiende que no es posible que las condiciones establecidas por convenio para el inicio del cómputo o la finalización de su disfrute fijen condiciones más perjudiciales que las del ET.

Llegados a este punto, la AN adiciona a la interpretación literal y sistemática del nuevo texto del artículo 37.3.b) una interpretación de carácter sociológico. Sin ahondar especialmente en los motivos que justifican esta afirmación, el tribunal determina que limitar el derecho al disfrute del permiso al alta hospitalaria contraviene el principio de igualdad real, ya que quien asume generalmente los cuidados (la mujer) vería mermados sus derechos, a la par que se desincentivaría que los hombres asuman deberes de corresponsabilidad.

Sea como fuere, la respuesta es clara: "*El alta hospitalaria no determina, por sí misma, la finalización de la licencia retribuida por hospitalización de familiares pues el Estatuto prevé expresamente un permiso de 5 días para los casos de "hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario", siendo equiparables los conceptos del asistencia continuada y reposo domiciliario a los efectos de disfrutar del correspondiente permiso*".

Con este contexto en mente, podemos abordar la principal pregunta pendiente sobre el disfrute del permiso: ¿es necesario que el empleador conceda cinco días en todos los supuestos, o se reconocen exclusivamente los días necesarios para ejercer las funciones de cuidado que justifican el

disfrute del permiso? Esta pregunta quedaba fuera de debate cuando la duración del permiso era de dos días, porque resulta complicado imaginar una situación de enfermedad, accidente, intervención quirúrgica, etc., que no requiera, como mínimo, dos días de cuidados.

Ahora bien, cinco días equivalen a una semana completa de trabajo, por lo que despejar esta incógnita ya no es baladí, tal y como evidencia el creciente surgimiento de pronunciamientos judiciales recientes sobre este tema. Poniendo en relación la jurisprudencia del Tribunal Supremo anteriormente citada (especialmente la sentencia de 21 de septiembre de 2010) con la definición de cuidados prevista en la Directiva (teniendo en cuenta que la regulación de los cinco días laborables *al año* se rubrica bajo el título "*permiso para cuidadores*"), parece que la respuesta desde un punto de vista teórico es evidente.

Sin embargo, nada en la redacción introducida por el RDL 5/2023 supedita la duración del permiso a la concurrencia de sus causas. Si bien es cierto que podríamos entender que el inciso incluido en el final del artículo 37.3.b) "*y que requiera el cuidado efectivo de aquella*" podría ser un guiño a esta condición, la interpretación gramatical resulta contradictoria: esta expresión se sitúa al final de la frase y parece aplicarse solamente a los supuestos de convivientes.

En estas circunstancias nos encontrábamos cuando la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ("TSJ") de Cataluña dicta su sentencia de 6 de junio de 2024 (rec. 15/2024). En la línea propuesta por el Tribunal Supremo, se concluye categóricamente que hay que ajustarse a una interpretación finalista del permiso, que impide la concesión automática de cinco días en todos los supuestos. Así, queda sentenciado que "*el tiempo de prolongación del permiso ex art. 37.3, b) ET está vinculado a la concurrencia de causa legal que lo justifique, y ello sin perjuicio de que su aplicación deba flexibilizarse en los términos adoptados por la doctrina jurisprudencial referida y, por tanto, sin necesidad de justificante diario cuando se acredite ex post la concurrencia de causa durante los días en que se ha disfrutado de dicho permiso laboral*".

Sin embargo, pocos días después se publica la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 27 de junio de 2024 (rec. 17/2024), que propone una interpretación radicalmente opuesta. En una sentencia muy breve, pero que reconoce basarse en los términos de la Directiva y el RDL 5/2023, se concluye que procede conceder el permiso de forma íntegra (cinco días) cuando existe vínculo familiar ("*conyugal o more uxorio, consanguíneo o por afinidad*"), sin necesidad de acreditar ni la convivencia con el enfermo, ni la necesidad de cuidado de este.

Por el contrario, sí será necesario acreditar tanto la convivencia como la necesidad de cuidados cuando hablamos de convivientes no unidos por vínculo familiar. A los ojos de la Sala, "*la distinción entre ambos supuestos es clara y nos lleva a alcanzar la conclusión de que solo para los supuestos en los que se trate de cuidado de personas sin vínculo familiar de los señalados en la primera parte del precepto será exigible, para el disfrute del permiso, que se acredita la convivencia y la necesidad de cuidado por parte de quien solicita el permiso*".

En consecuencia, parece que solamente es cuestión de tiempo que el Tribunal Supremo acabe pronunciándose en sede de casación para la unificación de doctrina sobre la interpretación correcta de este precepto. Si bien la respuesta, como mencionábamos, parece evidente a la luz de los precedentes, no podemos descartar una interpretación proconciliación que abogue por favorecer

la concesión de cinco días íntegros en los términos propuestos por el TSJ de Galicia, con base en el último inciso del artículo 37.3.b).

Sin embargo, esta opción plantearía problemas adicionales, por cuanto crearía una discriminación artificial entre familiares y convivientes que podría ser contraria al espíritu mismo de la Directiva, que parece equiparar a ambos a todos los efectos.

3.5. La sucesión de permisos: ¿la concurrencia de un nuevo hecho causante del mismo familiar genera el derecho a cinco días adicionales?

Abordemos en último lugar otra de las cuestiones más controvertidas sobre este permiso: si dentro de un mismo proceso médico o enfermedad del mismo sujeto causante se producen varios hechos causantes (ej., hospitalización a la que sobreviene una intervención quirúrgica), ¿se regenera el derecho a disfrutarlo?, ¿existe algún límite para el número de permisos disfrutables al año? Sobre este punto, la regulación de la Directiva es también más restrictiva que la nacional, puesto que prevé la existencia de un permiso de cinco días *al año*, mientras que el RDL 5/2023, en adaptación de la anterior redacción del ET, confiere cinco días "*por cada hecho causante*".

La sentencia del TSJ de Aragón de 6 de marzo del 2000 (1137/1998) se pronuncia sobre un supuesto concreto en el que el convenio colectivo de empresa aplicable ya extendía el disfrute del permiso a cinco días (previa valoración del Servicio Médico de Empresa de la gravedad de la situación). Por ello, la interpretación resulta particularmente extrapolable al caso presente: realizar una interpretación restrictiva que limite el permiso a cinco días por proceso y paciente supone incluir un requisito no previsto en la regla y, por ende, es necesario "*dar por sentado que es obligado concederlo por cada una de las intervenciones quirúrgicas*".

En la misma línea, la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2005 (1236/2005) confirma la posibilidad de disfrutar del permiso de forma sucesiva, incluso aunque los hechos causantes se deriven del mismo sujeto proceso médico. Si bien aclara que una misma enfermedad da derecho a un único permiso, confirma que "*una persona puede padecer una determinada dolencia de tipo crónico que, estando normalmente estabilizada, le ocasione episodios de agudización que generen una situación de gravedad objetiva y puntual. En tales casos, acreditada la gravedad del pariente, el trabajador tendría derecho a obtener el permiso de dos días al que alude el precepto*".

Dado el tiempo transcurrido desde que se dictaron estas dos sentencias, es previsible que surjan nuevos pronunciamientos de órganos de competencia territorial nacional, como el Tribunal Supremo o la AN, sobre esta cuestión, que, tras la reforma del RDL 5/2023, ha cobrado más relevancia que nunca.

4. La introducción del permiso por fuerza mayor

4.1. Cumplimiento de las previsiones de la Directiva

Mediante la introducción de un nuevo apartado 9 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, se regula *ex novo* un permiso retribuido para supuestos de fuerza mayor, con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 7 de la Directiva, que determina lo siguiente: "*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Los Estados miembros podrán limitar el derecho de cada trabajador a ausentarse del trabajo, por causa de fuerza mayor, a un tiempo determinado por año, por caso, o por año y por caso*".

De la lectura conjunta de este artículo y el considerando 28 de la Directiva, se llega a las siguientes conclusiones sobre el permiso:

i. ha de regularse de forma separada y adicional al permiso de cuidadores, de forma que el legislador nacional no podría regular el disfrute de un único permiso que abarcara los dos supuestos de hecho (necesidades de cuidado y supuestos de fuerza mayor);

ii. su disfrute no puede suponer un menoscabo de los derechos laborales adquiridos o en proceso de adquisición;

iii. el supuesto de hecho que da origen a su disfrute requiere de la concurrencia simultánea de causa de fuerza mayor por enfermedad o accidente, suceso urgente e inesperado y afección a la familia o convivientes de la persona trabajadora; y

iv. el legislador nacional puede limitar el tiempo de disfrute del permiso, tanto de forma específica (acotando el tiempo de disfrute caso por caso) como genérica (limitando el número de veces al año que puede disfrutarse).

A este respecto, la regulación es muy similar a la contenida en la anterior Directiva 2010/18/UE, por lo que el valor añadido y verdaderamente novedoso de la Directiva es la afirmación clara de que este permiso debe regularse de forma diferenciada al permiso por cuidados (en contravención de lo que se venía haciendo anteriormente en España).

4.2. Transposición al ordenamiento nacional del permiso por fuerza mayor

Hasta la transposición de la Directiva, las interrupciones de la prestación laboral por causas de fuerza mayor estaban previstas exclusivamente en los artículos 45.1.i), 47.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores. En concreto, la fuerza mayor se erigía en el orden laboral como una causa habilitante para que el empleador iniciase un procedimiento reglado para implementar, o bien la reducción de jornada, o la suspensión de los contratos de trabajo. Como consecuencia de lo anterior, las horas no trabajadas por causa mayor no tenían carácter retribuido.

Desde un plano meramente teórico, nada obsta para el encuadramiento de una circunstancia de enfermedad o accidente familiar dentro del concepto "clásico" de fuerza mayor, previsto en el artículo 1105 del Código Civil y desarrollado por autores como DÍEZ PICAZO[10] (circunstancia imprevisible o inevitable externa al deudor y no atribuible a su conducta o negligencia).

Sin embargo, el contexto de la práctica jurídica nos lleva a pensar en sucesos de naturaleza muy distinta cuando hablamos de fuerza mayor. Por ello, la introducción de un nuevo apartado 9 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores supone un doble cambio de paradigma: en primer lugar, define un concepto de fuerza mayor que se desvincula de la concepción tradicional que había venido justificando el recurso a expedientes de regulación de empleo; y, en segundo lugar, cambia el foco subjetivo de la acción ante este tipo de supuestos. Si antes era el empleador quien debía instar la suspensión del contrato no retribuida, ahora es la persona trabajadora quien debe solicitar y justificar los motivos que amparan el disfrute de este permiso.

En este contexto, el artículo 37.9 queda redactado de la siguiente manera:

"*La persona trabajadora tendrá derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata. Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras aportando las personas trabajadoras, en su caso, acreditación del motivo de ausencia*".

Sobre esta línea se plantea, aunque por causas muy distintas a las que se analizan en este artículo, la introducción en noviembre de 2024 de un nuevo apartado g) del artículo 37 ET para regular el nuevo permiso retribuido de hasta cuatro días por "imposibilidad *de acceder al centro de trabajo o transitar por las vías de circulación necesarias para acudir al mismo, como consecuencia de las recomendaciones, limitaciones o prohibiciones al desplazamiento establecidas por las autoridades competentes, así como cuando concurra una situación de riesgo grave e inminente, incluidas las derivadas de una catástrofe o fenómeno meteorológico adverso*", introducido mediante el Real Decreto-ley 8/2024 de 28 de noviembre[11] como respuesta a las catástrofe provocada por la DANA en Valencia.

Volviendo al tema que nos ocupa, la redacción del permiso por fuerza mayor introducida por el ejecutivo se ajusta a los supuestos de hecho que dan lugar al disfrute del permiso conforme a la Directiva, lo regula de forma diferenciada al permiso por enfermedad del artículo 37.3.b), y "limita" los supuestos de disfrute a cuatro días disfrutables por horas conforme a la habilitación del artículo 7 de la Directiva.

4.3. Familiares incluidos en el ámbito protector del permiso de fuerza mayor

Atendiendo a la literalidad de la legislación aplicable, y siguiendo una postura conservadora, cabría entender que los titulares del derecho a disfrutar de este permiso son las personas trabajadoras que ostenten la condición de cuidadores, y que los sujetos pasivos incluidos en el término

familiar son solamente los definidos en la letra e) del artículo 3 de la Directiva (padres, hijos y cónyuge o pareja de hecho).

De nuevo, el ejecutivo amplía lo previsto en la Directiva para incluir a los convivientes en el artículo 37.9, pero sin incorporar matización alguna para delimitar el grado de parentesco al que se refiere el término *familiar*. Como consecuencia de esta imprecisión conceptual y atendiendo al objetivo general de la Directiva, cabría afirmar, conforme a una interpretación más proconciliación, que el concepto de familiar es el mismo que viene previendo el ET para el resto de supuestos, esto es, incluye al segundo grado.

4.4. Primeras interpretaciones judiciales sobre el permiso de fuerza mayor

Además del interrogante planteado en el apartado anterior, la mera lectura de la redacción del artículo 37.3.b) del ET ya vaticinaba de forma clara y previsible las dudas prácticas que su implementación está generando actualmente, a saber: (i) si se trata de un permiso retribuido de hasta cuatro días en todos los casos o es necesario que exista previsión expresa en el convenio colectivo o acuerdo de empresa que así lo habilite; (ii) de qué forma y en qué momento han de acreditarse los motivos de la ausencia por fuerza mayor; y (iii) en qué se diferencia el supuesto de hecho que da derecho a este permiso con el supuesto de hecho del permiso por cuidados del artículo 37.3.b) del Estatuto.

La Sala de lo Social de la AN ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las dos primeras cuestiones en su Sentencia de 13 de febrero de 2024 (rec. 315/2023). Con base en la interpretación gramatical del texto del artículo, la exposición de motivos del Real Decreto y el texto de la nota de la Vicepresidencia Segunda del Gobierno y el Ministerio de Trabajo y Economía Social[12], la Sala de lo Social de la AN concluye de forma clara (y no sin antes denunciar que la redacción del artículo resulta "*mejorable*"), que el permiso es retribuido en todos los casos, y que la remisión al Convenio Colectivo o al acuerdo de empresa solamente opera para "*determinar la forma de acreditación del motivo de ausencia*".

De nuevo, la interpretación sociológica propuesta por la AN replica lo ya dicho en sentencias anteriores al concluir que "*cualquier duda interpretativa que pueda surgir debe resolverse efectuando un enjuiciamiento con perspectiva de género*". Al resultar innegable que el disfrute mayoritario de los permisos por cuidados se asigna tradicionalmente a las mujeres, una interpretación que supeditara su retribución a la existencia de pacto expreso sería contraria al principio de igualdad, por cuanto implicaría que la persona que tradicionalmente asume los cuidados viera "*mermada su retribución por esta causa, a la par que supone un desincentivo para que los hombres asuman el deber de corresponsabilidad en las cargas familiares*".

En conclusión, la AN nos proporciona dos claves interpretativas fundamentales: las personas trabajadoras pueden disfrutar de hasta cuatro días o jornadas laborales de ausencia retribuidos (disfrutables de forma separada y por horas) para atender causas de fuerza mayor por enfermedad o urgencia familiar; y el tiempo, modo y forma de acreditar el cumplimiento de los requisitos para el disfrute del permiso pueden regularse mediante pacto convencional, ya sea por convenio o acuerdo de empresa.

En cuanto a la interpretación judicial de este permiso, solamente cabe citar otra recientísima sentencia de la Sala de lo Social de la AN, de 28 de octubre de 2024 (rec. 227/2024), que determina expresamente que su disfrute (junto con el del resto de los mecanismos de conciliación) no puede ser computable como absentismo de cara a aplicar una reducción de los incentivos y la retribución variable de las personas trabajadoras.

Al albur de estas últimas interpretaciones de la AN, sería conveniente algún pronunciamiento que fijase qué sucede cuando se rebasa el límite de cuatro días retribuidos, pero siguen dándose causas de fuerza mayor que justifiquen la ausencia al trabajo. Siguiendo la estela marcada por la doctrina judicial citada, no cabe sino concluir que las personas trabajadoras podrán seguir beneficiándose de la protección que otorga este permiso una vez superados los cuatro días, computándose sus ausencias por causa de fuerza mayor como no retribuidas, pero sin ser sancionables ni registrables como absentismo.

En un tema en constante transformación, resultaría de gran utilidad la determinación (o bien por la vía reglamentaria, que sería el mecanismo ideal en aras a aportar mayor seguridad jurídica, o bien por la vía de la interpretación judicial) de los supuestos de hecho, límites y condiciones de disfrute de este permiso, así como de las diferencias existentes con el permiso por accidente o enfermedad grave.

Sobre esta última cuestión, y a la espera de pronunciamientos judiciales que esclarezcan los criterios de disfrute de uno y otro permiso, la diferencia técnica entre ambos la delimita el concepto de urgencia e inmediatez. Así, el permiso de cuatro días disfrutable por horas servirá para atender situaciones inesperadas y súbitas, aunque no sean graves (ej., lesión de un hijo o accidente leve de un familiar), mientras que el permiso de cinco días seguirá cubriendo supuestos graves o de hospitalización o intervención quirúrgica sin reposo domiciliario que requieran un cuidado continuado de la persona trabajadora.

En este contexto, en muchos supuestos será el empleador quien deberá guiar al trabajador sobre el permiso que le corresponde en función de sus circunstancias, debiendo aplicar una valoración caso por caso. Por ejemplo, no es descartable que las horas de ausencia de la persona trabajadora ante el accidente grave de un familiar puedan imputarse inicialmente al permiso de cuatro días, y una vez se constate el carácter grave del accidente o la sucesiva hospitalización, el mismo hecho causante dé derecho al disfrute consecutivo (o cuando la persona trabajadora así lo decida en atención a sus necesidades de conciliación) del permiso de hasta cinco días.

5. Conclusión

Si bien el impacto de la reforma podría parecer limitado en comparación con otra normativa laboral de mayor calado, los permisos analizados en este artículo tienen una relevancia singular en el día a día de las personas trabajadoras, ya que amparan situaciones personales de especial vulnerabilidad. A este respecto, el valor intrínseco de la Directiva no reposa exclusivamente en la ampliación o creación de nuevos permisos, sino el reconocimiento expreso de que en el pano-

rama actual tienen cabida modelos diversos de familia, en los que figuras como los convivientes desempeñan un papel fundamental.

Precisamente porque estas medidas afectan a cuestiones de tal relevancia, la implementación legislativa de los mecanismos de conciliación debe ser clara e inequívoca. Dejando a un lado el punto de vista utilitario de evitación de la conflictividad judicial en el orden laboral, o las disquisiciones teóricas sobre la perfección técnica de la norma, nos encontramos aquí ante la simple necesidad de permitir una gestión transparente y sencilla de situaciones tan delicadas como la enfermedad de un familiar o la necesidad de atender a un hijo.

Por ello, esperamos nuevas perspectivas en cuanto al desarrollo legislativo y jurisprudencial de estas medidas, que se unen a otras cuestiones pendientes de gran relevancia, como el cumplimiento por parte de España de la obligación incluida en la Directiva de que el permiso parental de ocho semanas del artículo 48. bis del Estatuto sea retribuido. Durante la espera, solamente cabe recordar que toda interpretación de estos mecanismos debe hacerse siempre en favor de la conciliación familiar, velando por el respeto a la vida personal de la persona trabajadora y adoptando una postura que permita simultáneamente no perjudicar a la mujer por asumir un rol de cuidados e incentivar al hombre a asumir una mayor corresponsabilidad.

Notas

1 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, publicado en el BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023.

2 Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, publicada en el DOUE núm. 188, de 12 de julio de 2019.

3 Conforme a lo previsto en el artículo 86.1 de la Constitución española tras la habilitación otorgada por la STC 1/2012 de 13 de enero de 2012 (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012), conforme recuerda CASTRO ARGÜELLES, M. A. (2024). Conciliación de la vida familiar y laboral de progenitores y cuidadores: la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 por el Real Decreto-Ley 5/2023. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 271, Sección Estudios.

4 CANO GALÁN, Y. (2023). Diseccionando el Real Decreto ley ("ómnibus") 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de seguridad social. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9.

5 Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE, publicada en el DOUE núm. 68, de 18 de marzo de 2010.

6 "*Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones que sean más favorables para los trabajadores que las establecidas en la presente Directiva*".

7 Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2023 (rec. 239/2021).

8 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18, respondiendo a una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional planteada mediante auto de 3 de septiembre de 2018.

9 Esta conclusión parte de la jurisprudencia sentada por la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2010 (RJ\2010\7568), que determina claramente que "*El permiso no está previsto «para que el trabajador pueda disfrutar de tres días de asueto, retribuidos, mientras que el familiar hospitalizado ya se encuentra recuperado, o incluso trabajando. Pero aunque, ciertamente, esas situaciones no permitirían seguir haciendo uso, hasta agotarlo, del permiso cuestionado, tal consecuencia no puede ser el resultado del simple alta hospitalaria [no lo regula así el texto del convenio] sino del alta médica, que habría hecho desaparecer la razón última del permiso, justificado por la situación patológica del familiar*".

10 DÍEZ-PICAZO, L. (1997). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 479-535 (10.ª ed.)

11 Real Decreto-ley 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el marco del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024, publicado en el BOE núm. 288, de 29 de noviembre de 2024.

12 Nota emitida con ocasión de los acuerdos adoptados en el Consejo de Ministros del día 27 de junio de 2023 en la que se afirma que "*el permiso para ausentarse del puesto de trabajo con derecho a remuneración* [sería de] *cuatro días retribuidos para el nuevo derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor*")..

España

EL CONFLICTO ENTRE LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA STS 1143/2024, DE 26 DE JUNIO DE 2024 (REC. 7664/2022)

Gloria Marín Benítez y Jorge Ruiz de Angulo Imedio
Abogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)

El conflicto entre la primacía del derecho de la Unión y la confianza legítima. Reflexiones críticas sobre la STS 1143/2024, de 26 de junio de 2024 (rec. 7664/2022)

La STS 1143/2024, de 26 de junio de 2024, concluye que el efecto vinculante del criterio interpretativo establecido en una consulta de la Dirección General de Tributos en el que el contribuyente amparó su autoliquidación debe ceder ante la interpretación que de la cuestión hace una sentencia posterior del TJUE. Esta conclusión propicia algunas reflexiones críticas sobre el conflicto entre el principio de primacía del derecho de la Unión y el de confianza legítima, sobre los límites a la eficacia retroactiva de los cambios interpretativos, y sobre el efecto vinculante de las consultas emitidas por la Dirección General de Tributos en un ordenamiento especialmente necesitado de seguridad jurídica como es el tributario.

PALABRAS CLAVE:
Consultas vinculantes, Confianza legítima, Retroactividad de los cambios interpretativos, Primacía del derecho de la Unión, Seguridad jurídica.

The conflict between the primacy of European Union law and legitimate expectations: critical reflections on Spanish Supreme Court judgment 1143/2024, of june 26, 2024 (case no. 7664/2022)

The Spanish Supreme Court (STS 1143/2024, 26 June 2024) has ruled that the binding nature of a tax ruling issued by the Directorate-General for Taxation and relied upon by a taxpayer in its self-assessment is superseded by a subsequent judgment of the Court of Justice of the European Union. This decision raises critical questions about the balance between the primacy of European Union law and the principle of legitimate expectations, the retroactive effect of changes in interpretation, and the binding effect of tax rulings. It also highlights the particularly acute need for legal certainty in tax matters.

KEYWORDS:
Binding rulings, legitimate expectations, retroactive changes, primacy of EU law, legal certainty.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-12-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 11-12-2024

Marín Benítez, Gloria; Ruiz de Angulo Imedio, Jorge (2024). El conflicto entre la primacía del derecho de la Unión y la confianza legítima. Reflexiones críticas sobre la STS 1143/2024, de 26 de junio de 2024 (rec. 7664/2022). *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 244-250 (ISSN: 1578-956X).

La Sentencia de la Sala Tercera, sección 2.ª, del Tribunal Supremo, de 26 de junio de 2024 (rec. 7664/2022), aborda los efectos temporales de los cambios de jurisprudencia. En concreto, analiza si el criterio establecido en una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") que concreta para un caso, modificándola, una interpretación anterior puede prevalecer en la regularización de un contribuyente que autoliquidó basándose en una consulta vinculante de la Dirección General de Tributos ("DGT") dictada al amparo del criterio anterior.

1. Los antecedentes del caso

La controversia versa sobre la tributación en el IVA de los servicios de gestión discrecional de carteras de inversión. En 2010 y 2011, el contribuyente los autoliquida como exentos, en aplicación de una reiterada doctrina administrativa de la DGT según la cual "*estos servicios de gestión discrecional de valores estarán exentos por aplicación del artículo 20, apartado uno, número 18, letra k) de la Ley 37/1992*" (v.gr., en consultas n.os V0097/2004, de 20.09.2004; V0273/2004, de 16.11.2004; V0274/2004, de 16.11.2004 ; V0471/2004, de 22.12.2004). Se basaba esa doctrina en la previa sentencia del TJUE de 13 de diciembre de 2001 (*CSC Financial Services*, C-235/00), que, sin mayor precisión y en aplicación del artículo 135, apartado 1, letra f) de la Directiva, había considerado sujetas y exentas las operaciones relativas a títulos-valores en la medida en que conllevan una modificación jurídica de los derechos de sus titulares.

En 2012, el TJUE se pronuncia expresamente sobre la aplicación del artículo 135, apartado 1, letra f) a los servicios de gestión discrecional de carteras, y concluye, en su sentencia de 19 de julio de 2012 (*Deutsche Bank*, C-44/11), que no resulta aplicable la exención, puesto que el servicio incluye no solo la compraventa de títulos valores —que al conllevar una modificación jurídica de los titulares podría quedar amparada por la exención—, sino también una actividad —el análisis y supervisión de activos— que no implica necesariamente modificaciones de derechos y obligaciones sobre títulos-valores.

En enero de 2013, la DGT acoge esta interpretación del TJUE en sus consultas n.ºs V0001-13 y V0002-13. En 2014, se inicia el procedimiento de inspección que culmina con la notificación de un acuerdo de liquidación por el importe del IVA devengado por aquellos servicios de gestión discrecional de carteras que el contribuyente había dejado de repercutir e ingresar en la asunción, basada en la previa doctrina administrativa de la DGT, de que resultaba aplicable la exención.

En los diversos procedimientos entablados frente a la regularización administrativa, el contribuyente había esgrimido que un cambio de criterio jurisprudencial supone una modificación del marco jurídico vigente en un momento determinado y que, por tanto, no puede ser aplicado en perjuicio del contribuyente que ajusta su actuación al criterio administrativo existente en el momento de devengo del tributo.

El auto que admite el recurso de casación ante el Tribunal Supremo identifica como cuestiones de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia "*precisar si las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interpretando el derecho de la Unión Europea en materia de IVA en una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial de otro estado miembro, tienen efectos ex tunc o ex nunc sobre la administración tributaria española*", y "*determinar si un cambio de criterio adoptado por la Dirección General de Tributos en cumplimiento de la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de la aplicación de una exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido a una determinada prestación de servicios, permite a la Administración regularizar la situación tributaria de los contribuyentes que se hubieran acogido al criterio consolidado anterior respecto de ejercicios no prescritos previos a tal cambio de doctrina*".

2. La sentencia

Para pronunciarse sobre la primera cuestión de interés casacional, el Tribunal Supremo acude a la jurisprudencia del propio TJUE, según la cual "*la interpretación que el Tribunal de Justicia realiza en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, sobre las normas del Derecho de la Unión, aclara y precisa el significado y alcance de dichas normas, tal como debieron ser entendidas y aplicadas desde su entrada en vigor*" (v., entre otras, SSTJUE de 6.03.2007, Meilicke y otros, C-292/04; de 22.01.2015, Balazs, C-401/13 y C-432/13).

En aplicación de esta doctrina, que es equivalente a la de nuestro Tribunal Constitucional cuando afirma (SSTC 95/1993, 16/2015, 34/2015, 35/2015, 36/2015 o 53/2015, entre otras muchas) que la sentencia que introduce un cambio jurisprudencial "*hace decir a la norma lo que la norma desde el principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice*", el Tribunal Supremo entiende también que, como la interpretación derivada de la jurisprudencia más reciente aclara el significado latente en la norma desde un inicio, es esa interpretación la que debe regir la actuación de los órganos de gestión e inspección tributaria en los procedimientos que comprueban la aplicación de la norma que hizo el contribuyente, incluso si dicha aplicación tuvo lugar antes de la nueva interpretación jurisprudencial.

Esa vinculación de las distintas autoridades de los Estados miembros para con la interpretación sentada por el TJUE es imprescindible, según el Tribunal Supremo, para garantizar la primacía y uniformidad del derecho de la Unión. De esta forma, los órganos judiciales y administrativos de los Estados miembros *deben aplicar*, tan pronto como tengan noticia del cambio de jurisprudencia, la norma comunitaria conforme a la última interpretación dada por el Tribunal de Justicia. El hecho de que el contribuyente se hubiera amparado en un estado de la cuestión diferente no es óbice para que el Tribunal Supremo afirme con rotundidad que "*el cambio jurisprudencial debe aplicarse a relaciones jurídicas que no hayan adquirido firmeza ni estén afectadas por la cosa juzgada, incluso si se remontan a periodos anteriores al pronunciamiento del TJUE*".

En cuanto a la cuestión de si dicha retroactividad vulnera el principio de confianza legítima, entendido como la expectativa razonable de que la Administración mantendrá su actuación conforme a criterios previos y consolidados, es consciente el Tribunal del potencial conflicto entre la retroactividad de la jurisprudencia y la seguridad jurídica del contribuyente. Entiende, sin embargo, que el principio de confianza legítima no puede ser invocado para exigir la perpetuidad de un criterio jurisprudencial o administrativo y que no da derecho a una jurisprudencia reiterada, pues ello contribuiría en cierto modo a una petrificación del ordenamiento jurídico desacorde con la naturaleza dinámica y cambiante de la realidad social. Añade que la confianza legítima está suficientemente protegida por los mecanismos de prescripción, preclusión y firmeza de los actos.

Todas estas razones conducen al Tribunal Supremo a concluir que las sentencias dictadas por el TJUE tienen efectos retroactivos —*ex tunc*— para la Administración tributaria española y que la interpretación del TJUE, que rige desde el momento de la entrada en vigor de la norma en cuestión, debe aplicarse retroactivamente a situaciones anteriores, incluso aunque en ellas existiera una jurisprudencia distinta.

Con este razonamiento, concluye también que el cambio de criterio administrativo que se basa en un cambio jurisprudencial no impide regularizar periodos impositivos previos, en la medida en que pueda revisarse esa situación por no haber transcurrido el plazo de prescripción. Considera que así se deduce del artículo 89 de la Ley General Tributaria cuando limita el alcance del efecto vinculante de las consultas "*en tanto no se modifique la legislación o la jurisprudencia aplicable al caso*".

En virtud de lo anterior, se establece como doctrina que "*las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interpretando el derecho de la Unión Europea en materia de IVA en una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial de otro estado miembro, tienen efectos* ex tunc *sobre la administración tributaria española, a menos que la sentencia hubiera limitado sus efectos*" y "*un cambio de criterio adoptado por la Dirección General de Tributos en cumplimiento de la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respeto de la aplicación de una exención en el impuesto sobre el valor añadido a una determinada prestación de servicios, permite a la Administración regularizar la situación tributaria de los contribuyentes que se hubieran acogido al criterio consolidado anterior respecto de ejercicios no prescritos previos a tal cambio de doctrina*".

3. Algunas reflexiones críticas

Entre las cuatro exigencias básicas de un buen sistema impositivo ya Adam Smith, en *La riqueza de las naciones*, mencionaba —junto con la capacidad económica, la eficiencia en la recaudación y la necesidad de evitar los costes excesivos de cumplimiento— la certeza de las obligaciones materiales.

Esta idea de certeza sería luego considerada por NEUMARK (*Principios de la imposición*, IEF, Madrid, 1994, pp. 364-373) como una de las dos facetas básicas de lo que él llamaba "principio de transparencia fiscal". La otra faceta de este principio sería, para NEUMARK, la intelegibilidad o claridad de las normas tributarias.

Estas dos facetas (previsibilidad y claridad) son parte también de los requisitos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") exige a la ley que autoriza cualquier injerencia en la propiedad de los justiciables, para evitar que tal injerencia constituya una vulneración del derecho reconocido en el artículo 1 del Protocolo n.º 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos. Interesa subrayar que el TEDH también exige esos dos requisitos (previsibilidad y claridad) cuando es una ley tributaria la que autoriza la injerencia en el derecho de propiedad (SSTEDH de 3.7.2003, *Buffalo Srl c. Italia,* apdo. 30*;* 16.4.2002 S.A. *Dagenville c. Francia, apdo. 51;* 23.9.1982, *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*, apdo. 61; 21.2.1986, *James y otros c. Reino Unido*, apdo. 37; 9.12.1994, *Santos Monasterios c. Grecia*, apdo. 56; 22.1.2009 *Bulves c. Bulgaria*, apdo. 60; 23.10.1997, *Yorkshire Building Society c. Reino Unido*, apdo. 79). Toda injerencia tributaria en el derecho de propiedad solo es admisible, por tanto, cuando se realiza según lo previsto en una ley que cumple unas ciertas condiciones cualitativas de accesibilidad, claridad y, en lo que ahora interesa, previsibilidad (v. por todas, SSTEDH de 9.11.1999, *Spacek c. República Checa*, apdo. 54; 14.10.2010, *Shichokin c. Ucrania*, apdo. 51 y de 7.7.2011, *Serkov c. Ucrania*, apdo. 34).

De hecho, parecería que esta necesidad de certeza o previsibilidad sobre el derecho aplicable es especialmente necesaria en materia tributaria. El TJUE ha entendido que la necesaria previsibilidad de toda ley "*se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias económicas, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que se les imponen*" (STJUE de 15.12.1987, *Irlanda c. Comisión*, C-325/85, apdo. 18) y, si esto es así para toda normativa que "puede implicar consecuencias económicas", con mayor razón debería serlo cuando esas consecuencias económicas dependen de decisiones previas que toma el propio justiciable y cuando es el propio justiciable quien —como sucede en nuestro ordenamiento como resultado de la generalización del sistema de autoliquidación— queda obligado a determinar el importe de esas consecuencias económicas en un proceso previo al de pago que obliga a seleccionar y calificar los hechos relevantes, identificar la norma aplicable, interpretarla y declarar el resultado de todo este proceso de aplicación de la ley como paso previo. Sobre todo si se tiene en cuenta que un error o discrepancia en la selección y calificación de los hechos relevantes, o en la identificación e interpretación de la norma aplicable puede tener como resultado que se aprecie la comisión de alguna de las infracciones tributarias tipificadas en la LGT.

Pues bien, teniendo en cuenta esta especial exigencia de certeza en materia tributaria, la sentencia que comentamos propicia algunas reflexiones críticas de tres órdenes distintos.

La primera reflexión guarda relación con el aforismo —tan común en nuestros tribunales de justicia— que la sentencia toma como punto de partida de su razonamiento: el de que un cambio interpretativo jurisprudencial "*aclara y precisa el significado y alcance de dichas normas, tal como debieron ser entendidas y aplicadas desde su entrada en vigor*", o de que un cambio jurisprudencial "*hace decir a la norma lo que la norma desde el principio decía*".

En nuestra opinión, este aforismo contiene una regla general que debe quedar exceptuada cuando aplicar la norma retroactiva —aplicarla como si hubiera dicho desde el principio lo que solo después se ha dicho que dice— implica el sacrificio del derecho de algún justiciable. La jurisprudencia del TEDH ofrece ejemplos en los que esa excepción a la regla general que recoge el aforismo es posible y, en ocasiones, necesaria. En su sentencia de 26 de mayo de 2020, *Gil Sanjuán c. España*, declaró que la aplicación retroactiva del cambio jurisprudencial establecido por el Tribunal Supremo sobre los requisitos exigibles a los recursos de casación no es aceptable por vulnerar el derecho a un proceso equitativo del artículo 6 del Convenio. En sus sentencias de 19 de enero de 2023, *Domenech Aradilla and Rodríguez González c. España*, y de 26 de enero de 2023, *Valverde Digon c. España*, declaró que la exigencia retroactiva de un requisito sobre el acceso a una pensión establecido por vía jurisprudencial después de que tuvieran lugar los hechos relevantes del acceso a la pensión no era aceptable por vulnerar el derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio. Y también en materia tributaria se ha exceptuado esa regla general, por entender que la aplicación retroactiva de un cambio de criterio jurisprudencial puede poner de manifiesto la falta de previsibilidad de la ley tributaria que autoriza la injerencia en el derecho de la propiedad (SSTEDH de 7 de julio de 2011, *Serkov c. Ucrania*, , apdo. 35 y de 14 de octubre de 2010, *Shichokin c. Ucrania*, apdo. 52).

La segunda reflexión surge de la prevalencia indubitada que el Tribunal Supremo otorga al principio de primacía del derecho de la Unión para resolver el conflicto entre legalidad y seguridad jurídica que se pone de manifiesto en el caso y también de la constatación de que, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal prevalencia no es un apriorismo incontrovertible. De hecho, según una interpretación del TJUE más alineada con la jurisprudencia del TEDH que la sentencia comentada, cuando están en juego los derechos de los justiciables, el principio de primacía del derecho de la Unión es una manifestación del principio de legalidad que puede ceder —y que de hecho cede en ocasiones— ante el principio de confianza legítima. En su sentencia de 17 de abril de 1997 (*De Compte*, C-90/95, apdo. 35), el TJUE recuerda que "*la revocación con efectos retroactivos de un acto administrativo favorable está sujeta generalmente a unos requisitos muy estrictos (véase la sentencia de 9 de marzo de 1978, Herpels/Comisión, 54/77, Rec. p. 585. apdo. 38)*" y que "*con arreglo a reiterada jurisprudencia, si bien debe reconocerse a toda institución comunitaria, que declara que el acto que acaba de adoptar adolece de una ilegalidad, el derecho a revocarlo dentro de un plazo razonable con efectos retroactivos, dicho derecho puede verse limitado por la necesidad de respetar la legítima confianza del beneficiario del acto, el cual pudo confiar en la legalidad de éste (sentencias de 3 de marzo de 1982, Aplpha Steel· Comisión, 14/81, Rec. p. 749, apdos. 10 a 12; de 26 de febrero de 1987m Consorzio Cooperative d'Abruzzo/ Comisión, 15/85, Rec. p. 1005, apdos. 12 a 17; de 20 de junio de 1991, Cargill/Comisión, C-248/89, Rec. p. I-2987, apdo. 20 y Cargill C-365/889, Rec. p. I-3045, apdo. 18*".

Entendemos que el mismo razonamiento debería resultar extrapolable a una situación en la que, si bien no se trata de revocar un acto administrativo, sí se trata de revisar una autoliquidación que

se presentó basada en un criterio administrativo expreso que, según la ley (art. 89.1 LGT), resulta vinculante para la Administración. Este entendimiento nuestro se encuentra respaldado por el pronunciamiento del TJUE en su sentencia de 14 de septiembre de 2006 (*Elmeka NE*, asuntos acumulados C-181/04, C-182/04 y C-183/05, apdos. 31 a 33), en el que, tras recordar que "*los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica forman parte del ordenamiento jurídico comunitario*" y que "*deben ser respetados por las instituciones comunitarias y también por los Estados miembros en el ejercicio de los poderes que les confieren las directivas comunitarias*", afirma que el principio de confianza legítima del operador económico exige, primero, "*determinar si los actos de las autoridades administrativas generaron, en un operador económico prudente y diligente, una confianza razonable*" y, segundo, "*determinar el carácter legítimo de esa confianza*". En el caso de una consulta emitida por el órgano al que el propio derecho nacional designa como autoridad nacional competente para responder a las preguntas planteadas por los justiciables sobre problemas interpretativos relativos a la fiscalidad —la DGT en nuestro ordenamiento—, tanto la existencia como la legitimidad de esa confianza no presenta ninguna duda. Por tanto, si de la jurisprudencia del TJUE se deduce que, entre el conflicto entre legalidad y seguridad jurídica, el principio de primacía del derecho de la Unión no obliga a hacer prevalecer la primera cuando existe una confianza legítima merecedora de protección, de las disposiciones de nuestro ordenamiento se deprende que esa confianza legítima puede ser creada, sin la menor duda, por una consulta de la DGT sobre la cuestión. Cualquier otra alternativa llevaría a un resultado contrario a la *voluntas legis* (y *legislatoris*) de dotar a la aplicación de un ordenamiento tributario basado en el sistema de autoliquidación de un mecanismo para ofrecer seguridad jurídica a los contribuyentes que se concreta, precisamente, en la posibilidad de obtener una consulta vinculante.

Enlazando con esta última cuestión, la tercera y última reflexión propiciada por la sentencia trae causa de la inexistencia de disposiciones transitorias sobre el efecto vinculante de las consultas ante un cambio de jurisprudencia o de doctrina administrativa. El artículo 89.1 de la LGT dispone que "*en tanto no se modifique la legislación o la jurisprudencia aplicable al caso, se aplicarán al consultante los criterios expresados en la contestación, siempre y cuando la consulta se hubiese formulado en el plazo al que se refiere el apartado 2 del artículo anterior y no se hubieran alterado las circunstancias, antecedentes y demás datos recogidos en el escrito de consulta*". En su sentencia, el Tribunal Supremo parece entender que la literalidad de esta norma ampara la aplicación de un nuevo criterio jurisprudencial en la revisión de autoliquidaciones que se presentaron bajo el criterio vinculante de la consulta previa. Entendemos nosotros, no obstante, que cabe una interpretación del precepto que, alineando las conclusiones que se extraigan para la modificación legislativa a la modificación jurisprudencial, enerve el carácter vinculante de las consultas solo respecto de autoliquidaciones que se presenten tras la modificación del estado de la cuestión normativo o interpretativo.

Pensamos, por tanto, que hay razones más que justificadas para revisitar esta cuestión —la de la eficacia temporal de los criterios interpretativos sentados por los tribunales—; para que en esa revisión no se pierda de vista que el derecho, entendido como ordenamiento jurídico positivo, surge precisamente para dar respuesta a la doble necesidad de que el individuo pueda conocer las consecuencias de sus actuaciones frente a las de los demás y pueda confiar, con ello, en que esas actuaciones serán objeto de protección si se conforman a lo que prescriben las reglas jurídicas aplicables; y para que se halle una solución que no pierda de vista tampoco que ese fin primordial que tiene el derecho puede naufragar del todo si no se pone algún límite a la aplicación retroactiva del cambio de criterio jurisprudencial.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 66, diciembre 2024, pp. 251-264

Foro de Actualidad

Latinoamérica

EL COBRO DE PATENTES POR NO USO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN CHILE: CAUSALES DE EXENCIÓN DE PAGO Y EXTINCIÓN

María Gabriela Barros Sepúlveda

Abogada de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Chile)

El cobro de patentes por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas en Chile: causales de exención de pago y extinción

El presente artículo tiene por objeto analizar la normativa de aguas chilena sobre el cobro de patentes por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas. De esta forma, se examina brevemente el objeto que se tuvo para su establecimiento y la principal causal de exención, analizando cómo esta ha sido entendida por los tribunales de justicia. Si los derechos aparecen por determinado periodo de tiempo, según lo establece la ley, estos podrían estar sujetos a la extinción.

PALABRAS CLAVE:
Cobro de patentes, Aprovechamiento de aguas, Exención, Extinción.

Patent charges for not using water rights in Chile: exemption and extinction

This article analyses Chilean water regulations in relation to the fees due for not using water rights. We briefly look at the reasons for establishing this fee and its main exemption, as well as how the courts have interpreted the latter. If the rights are granted for a specific period, as established by law, they could be subject to an extinction.

KEYWORDS:
Patent fee, water use, exemption, extinction.

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-11-2024

Barros Sepúlveda, Maria Gabriela (2024). El cobro de patentes por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas en Chile: causales de exención de pago y extinción. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 251-264 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Según el artículo 595 del Código Civil chileno y 5.° del Código de Aguas, las aguas son bienes nacionales de uso público, por lo que su dominio corresponde a todos los habitantes de la nación. En razón de aquello, en la normativa de aguas chilena, para que un particular pueda usar y gozar de las aguas, se requiere una concesión denominada "derecho de aprovechamiento de aguas", el cual es otorgado por la Dirección General de Aguas, máxima autoridad de aguas en el país.

En el año 2005, y con el objeto de incorporar un desincentivo a la acumulación de DAA por algunos titulares, se modificó el Código de Aguas de 1980, mediante la Ley N.° 20.017, y se creó la patente por no uso. Esta patente se cobra a los titulares que no tuvieran construidas obras aptas y suficientes para la extracción de sus derechos de aprovechamiento de aguas, y que aparecieran en un listado respectivo que elaboraría el Director General de Aguas.

Posteriormente, en el año 2022, se modificó sustancialmente el Código de Aguas, mediante la Ley N.° 21.435, la cual introdujo una serie de enmiendas y reestructuraciones del derecho de aguas chileno. Así, por ejemplo, y para lo que nos interesa en el presente artículo, introdujo la figura de la extinción de los DAA por aparecer por un cierto periodo de tiempo en los listados de derechos afectos al pago de patentes. Asimismo, incluyó una exención para el pago de patentes denominada "derechos no extractivos", los cuales implican el no uso del agua para fines de conservación ambiental, desarrollo de turismo sustentable, recreacional o deportivo.

Pues bien, diversas y relevantes discusiones han existido en relación con este tributo y, especialmente, con las causales de exención para su cobro y pago. En el presente artículo quisiéramos destacar dos: en primer lugar, sobre la interpretación de las Cortes, especialmente de la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, sobre qué debe entenderse por obras aptas y suficientes; y, en segundo lugar, cómo se relaciona la obligación de pago de patente con la figura de extinción de los DAA incorporada por la Ley N.° 21.435.

2. Sobre el cobro de patentes por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas en Chile

El Código de Aguas de 1980 contemplaba una total libertad del uso de las aguas, lo cual significaba que los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas podían usar o no las aguas que se les otorgaban mediante los DAA[1].

En razón de lo anterior, y dado que existía una gran acumulación de DAA en algunos titulares, es que el Poder Ejecutivo buscó "sancionar" el no uso de DAA y, por ello, se estimó que era necesario establecer un desincentivo para ello, naciendo la patente por no uso de derechos, la cual implicaba que quien no usara las aguas cuyo derecho de aprovechamiento les autorizada a utilizar debía pagar un tributo a beneficio fiscal. En este sentido, el mensaje del Presidente de la República, indicó que la legislación adolecía de *"excesiva permisividad y pasividad frente a la administración y conservación de este recurso escaso y finito"*, y que *"la acumulación de derechos de aguas en forma desmesurada sin que exista un uso actual o futuro previsible, sino únicamente la posibilidad de lucrar con ellos, no obstante su obtención original gratuita, constituye el germen de dificultades muy graves para el desarrollo futuro del país*"[2].

Sin embargo, si bien aquel fue el objetivo principal —desincentivar el no uso de las aguas—, lo cierto es que la fórmula legislativa que finalmente se diseñó no fue totalmente acorde al fin perseguido. En efecto, el artículo 129 bis 4.° y 5.° del Código de Aguas dispone que los DAA no consuntivos y consuntivos —respectivamente— respecto de los cuales su titular no haya construido las obras señaladas en el artículo 129 bis 9 del CA estarán sujetos al pago de una patente anual a beneficio fiscal en la proporción no utilizada de sus caudales. Es decir, lo relevante para el legislador no es que el derecho se use o no, sino que el titular no haya habilitado las obras aptas y suficientes exigidas.

Cabe tener presente que, de conformidad con el artículo 13 del Código de Aguas, un derecho consuntivo "*es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad*", mientras que un derecho no consuntivo "*es aquel que permite emplear el agua sin consumirla, y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho*".

Ahora bien, para que un titular tome conocimiento de si su derecho de aprovechamiento de aguas está o estará sujeto al pago de patente, el artículo 129 bis 8 del Código de Aguas establece que el Director General de Aguas, deberá determinar y singularizar los DAA cuyas aguas no se encuentren total o parcialmente utilizadas al 31 de agosto de cada año, previa consulta a las organizaciones de usuarios. A partir de ello, elaborará un listado con estos derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patente, el cual se publicará en el *Diario Oficial* los días 15 de enero de cada año y, si aquel día fuere inhábil, al día hábil siguiente.

A partir de día de la publicación del listado de derechos afectos al pago de patente, los titulares de estos pueden reconsiderar ante el Director General de Aguas, o bien reclamar ante la Corte de Apelaciones de Santiago, aduciendo que la inclusión de su derecho como afecto al pago de patente no se ajusta a derecho, pues cuentan con las obras aptas y suficientes; por ello, es de suma importancia comprender qué se entiende por este concepto.

Otra opción es que el titular del derecho de aprovechamiento de aguas renuncie a este derecho, la cual no puede ser en perjuicio de sus acreedores. Ahora bien, para que esta renuncia tenga efectos en el contexto del pago de patentes, debe hacerse con anterioridad al 31 de agosto del año en curso, con el objeto de no aparecer el respectivo listado, y lograr que la Dirección General excluya el derecho, al resolver un recurso de reconsideración.

En consecuencia, se tendrá que pagar este tributo si el derecho aparece en el listado referido. Sin embargo, aquella no es la única consecuencia: con la dictación de la Ley N.° 21.435 se introdujo que si los derechos consuntivos aparecen por más de cinco años en el listado de patentes, y por diez años los derechos no consuntivos, estos se extinguirán, según veremos más adelante.

3. Las causales exención para el pago

Existen dos causales de exención para el pago de patente: la construcción de obras aptas y suficientes, o el cambio de modalidad del derecho a no extractivo. En el presente artículo nos referiremos con mayor profundidad a la causal consistente de construir las obras aptas y suficientes, sin perjuicio de que se hará una breve referencia a los derechos no extractivos.

En este marco, ha existido discusión sobre si la primera de estas causales, esto es, la habilitación o construcción de obras aptas y suficientes para extraer el respectivo derecho, es de derecho estricto o no. En otras palabras, la discusión viene dada si es que podrían existir otras causales, razones o motivos que permitan que un titular pudiera eximirse del pago de patente, o bien solo esto es posible si construye las referidas obras.

A continuación, pasaremos a revisar y analizar las normas pertinentes, así como los casos judiciales más destacados —a juicio de la autora— que han existido sobre la materia.

3.1. La construcción de obras aptas y suficientes

En relación con la normativa aplicable, es necesario tener presente el artículo 129 bis 9.° del Código de Aguas chileno. Este establece qué es lo que debe entenderse por obras aptas y suficientes, diferenciando si se trata de aguas superficiales o aguas subterráneas. Es importante destacar que los conceptos que analizaremos fueron introducidos por la Ley N.° 21.435, ya que, con anterioridad a su dictación, estos se encontraban en normativas administrativas de la Dirección General de Aguas.

Pues bien, el artículo citado en su inciso 1.°, segunda parte, preceptúa que, para el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas sobre aguas subterráneas, las obras deben ser "*aquéllas que permitan su alumbramiento, tales como, bombas de extracción, instalaciones mecánicas, instalaciones eléctricas y, tuberías, entre otros*".

El inciso referido utiliza la palabra *alumbrar*, que quiere decir, de acuerdo con el *Diccionario* de la Real Academia Española, en su sexta acepción, que las obras deben ser aptas para extraer las aguas y sacarlas a la superficie. Por tanto, una obra será apta si está destinada o tiene como finalidad la captación de aguas subterráneas.

En este marco, importantes son los ejemplos que la misma ley entrega (bombas de extracción, instalaciones mecánicas, instalaciones eléctricas y tuberías), dado que muchas veces todas o un conjunto de estas serán necesarias para que pueda considerarse por la Dirección General de Aguas que un titular cuenta con obras aptas. Así, por ejemplo, no basta con la instalación de una bomba

de extracción si esta no se encuentra conectada a energía eléctrica, debido a que, sin ella, no puede realmente funcionar.

Si bien lo dicho cobra mucho sentido, lo cierto es que, al menos en Chile, aquello tiene diversos obstáculos prácticos. Pensemos, por ejemplo, en un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas ubicado en un Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común que se ubica en una zona desértica —lo cual es usual, dada la geografía del país— y que se encuentra solo la habilitación de pozo. Pues bien, para eximirse del pago de patentes no bastará con instalar una bomba de extracción, sino que será necesario conectarla a energía eléctrica mediante un generador —el cual, a su vez, requiere de combustible— debido a que será casi imposible, dependiendo del lugar, conectarse a la red pública de energía eléctrica.

Lo anterior implica que no basta con la existencia de las obras y su aptitud teórica, sino que aquellas deberán estar operativas y en funcionamiento para la efectiva captación de las aguas.

Por su parte, en el caso de las aguas superficiales, estas obras de captación deben "*ser aquellas que permitan incorporarlas a los canales y a otras obras de conducción, aun cuando tales obras sean de carácter temporal y se renueven periódicamente*". Así, para que la obra de captación pueda ser considerada como apta, debe poder extraer las aguas y llevarlas a la bocatoma o canal de que se trate.

Es importante tener presente que el requisito se cumple, por ejemplo, con la existencia de bombas móviles ubicadas en balsas en la orilla del río, o bien con obras provisorias mientras permitan la extracción de las aguas. Ahora bien, en caso de que las obras de captación consistan en una bocatoma que requiera permiso de la Dirección General de Aguas, de acuerdo con el mismo Servicio, esta obra deberá ser autorizada y recibida por dicha autoridad para poder calificarla como una obra apta y eximir del pago de la patente. Sin embargo, la Corte Suprema es de una opinión distinta, y considera que la recepción de obras no es necesaria, por cuanto lo que se requiere por las normas pertinentes es la construcción de obras cuya finalidad sea la extracción de las aguas.

Como indicamos, las obras también deben ser suficientes, lo que quiere decir que estas deben tener la capacidad nominal de extraer el caudal que se ha otorgado en el derecho respectivo. Así, por ejemplo, si un DAA de aguas subterráneas es por 50 l/s, para que la obra sea considerada como apta, será necesario que se instale una bomba de extracción que pueda extraer dicho caudal, según las especificaciones técnicas del fabricante, las cuales comúnmente indican el caudal teórico que la bomba puede captar.

Tiene mucho sentido que se trate una cuestión "nominal", debido a que existen un sinfín de condiciones que, en la práctica, podría modificar el caudal que puede extraer una bomba de extracción (el nivel dinámico de las aguas, la altura de la bomba de acuerdo con dicho nivel, etc.), por lo que se requiere un criterio neutro y de fácil aplicación.

Si bien el criterio anterior es el que ha sido reiterada y generalmente aceptado por la Dirección General de Aguas, últimamente este Servicio ha ido construyendo otro, en el cual ya no se tiene en cuenta solo la capacidad nominal establecida en las especificaciones técnicas, sino que considera otros elementos, por ejemplo, el diámetro de las tuberías o la velocidad del fluido. Incluso,

a veces, utiliza una fórmula o ecuación para el cálculo de la capacidad, que incluso presume —incorrectamente— que las obras tienen un rendimiento del 60 %. Lo anterior conduce indefectiblemente a que el Servicio estaría validando una capacidad de las obras más baja que la nominal, lo a su vez implica que la exención no operará respecto de la parte que no se encuentre cubierta por el cálculo de la capacidad. Desafortunadamente, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre este nuevo criterio, validándolo:

"*Que, en efecto, en la Ficha de Verificación levantada en visita de 21 de abril de 2023, se da cuenta de la inspección de las obras de captación y es a partir de los datos arrojados en ella, que se hizo el cálculo conforme a la ecuación de continuidad, considerando el diámetro de la tubería de conducción de 6,5" y la velocidad del fluido de 1,5 m/s, estimándose un caudal de extracción de 32 l/s aproximadamente.*

Así, la existencia de la bomba con capacidad suficiente para la extracción de las aguas, no es, como pretende la reclamante, el único elemento a considerar, haciéndose necesario constatar, como lo hizo la Dirección General de Aguas, que al momento de la visita inspectiva el pozo estaba funcionando a capacidad pretendida, cuestión que no sucedió en el presente caso.

Undécimo: Que siendo un hecho que el pozo puede sacar 32 l/s aproximadamente, forzoso es concluir que aún cuando se hubiere acogido la Reconsideración interpuesta, la resolución respectiva, habría sido redactada en los mismos términos y con la misma limitación establecida en la modificación de oficio que efectuó la Dirección General de Aguas a la Resolución 3847 de 29 de diciembre de 2022"[3].

3.2. ¿Existen otras causales de exención?

Si bien el artículo 129 bis 9.° del Código de Aguas establece una lista taxativa de causales de exención muy específicas —entre las que se encuentran los derechos no extractivos, que veremos más adelante—, cabe preguntarse si los titulares podrían alegar causales distintas a las establecidas legalmente.

Como señalamos con anterioridad, tal como quedó redactado, y sin perjuicio del fin que se tuvo a la vista para la incorporación del cobro de patentes, lo relevante para el legislador no es que el derecho se use o no, sino que no se cuente con obras aptas y suficientes.

Por su parte, en primer término, la jurisprudencia de los tribunales de justicia, han dictaminado que, para que un titular de un DAA pueda eximirse del pago de patente, debe contar con las obras aptas y suficientes, pero sin perder de vista el fin que se persiguió con la imposición del cobro de patentes: la finalidad es el uso efectivo y real del agua, y, por lo tanto, del derecho de aprovechamiento de aguas otorgado por la Administración.

Respecto de esto, la Corte Suprema ha asentado el criterio de que la existencia misma de las obras es un elemento objetivo que da cuenta del uso de las aguas. De esta forma, en la sentencia dictada en causa rol N.° 97.922-2016, dispuso:

"*Así, el legislador exige obras que habiliten la efectiva extracción del recurso hídrico y, en tal sentido, el artículo 129 bis 9 consagra que no podrán considerarse como sujetos al pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento para los cuales existan obras de captación de las aguas y, en el caso de derechos de aprovechamiento no consuntivos, deberán existir también las obras necesarias para su restitución. En este sentido, el inciso final del mismo precepto estatuye que se entienden por obras de captación de aguas superficiales aquellas que permitan incorporarlas a los canales y a otras obras de conducción, aún cuando tales obras sean de carácter temporal y se renueven periódicamente. Es decir, tratándose de aguas superficiales, la exigencia legal comprende no sólo las obras para la captación de las aguas, sino también aquellas necesarias para la conducción de las mismas. La finalidad de tales reglas es el uso efectivo y real del agua y, por tanto, del derecho constituido*"[4].

El criterio precedentemente citado ha sido reiterado en diversos fallos del Máximo Tribunal. Así, por ejemplo, en el fallo dictado en la causa rol N.º 24.900-2017, este estableció:

"*Por tal razón, en atención a que lo natural es que los derechos de aprovechamiento de aguas se soliciten y obtengan por quien realmente necesite de ese elemento, nuestro legislador ha previsto consecuencias para el titular de tales derechos que no los use, o los aproveche en una medida muy menor, estableciendo un elemento objetivo que sea representativo de tal circunstancia, esto es, el no tener construidas obras de captación suficientes en relación de caudal respectivo. Establecida tal circunstancia material, o de hecho, el titular de los derechos deberá pagar patente*"[5].

En segundo término, han existido algunos fallos en los cuales, y teniendo en cuenta el fin que tuvo a la vista el legislador de aguas, los tribunales de justicia han estimado que basta con la utilización de las aguas sin necesidad de contar con obras aptas y suficientes en el punto autorizado para extraer las aguas —debido a que existen solicitudes de cambios de puntos de captación pendientes ante la Dirección General de Aguas—, o bien se ha reconocido que en algunas situaciones un titular de derecho de aprovechamiento de aguas se puede ver imposibilitado de construir las obras, o bien de utilizarlas por cuestiones regulatorias.

Así, por ejemplo, paradigmático es el caso en el cual la Corte de Apelaciones y luego la Corte Suprema aceptaron que un titular podía verse eximido del pago de patentes, debido a que se encontraba en la imposibilidad de construir o habilitar las obras aptas y suficientes necesarias para excluirse el pago de la patente. En específico, este titular no podía construir obras para ejercer su derecho, debido a que existía la orden de otra autoridad —la autoridad ambiental— que había ordenado clausurar el pozo, lo que implicaba, en los hechos, la orden de su total deshabilitación.

En dicho caso, el recurrente alegó que existía caso fortuito o fuerza mayor, en el entendido de que se encontraba en una imposibilidad absoluta de poder construir las obras necesarias para habilitar el pozo, debido a que, si la reclamante hacía aquello, habría desconocido la orden de la autoridad ambiental.

En dicho caso, la Corte de Apelaciones de Santiago estableció:

"*Que, el hecho que aparece gravado con la patente a beneficio fiscal, conforme a lo dispuesto en el artículo 129 bis 5 del Código de Aguas, es la falta de construcción de las obras de captación de aguas lo que, por cierto, supone que el titular del derecho haya tenido la posibilidad legal de hacerlo. En*

este caso, antes de la dictación de la resolución administrativa que dispuso el pago de la patente, la titular del derecho se vio afectada por Resolución SMA N°234 de 16 de marzo de 2016, la cual sancionó a la reclamante con la clausura definitiva del sector de pozos de extracción (pozos RA-1, RA-2 y RA-3). Atendido lo anterior es que malamente puede imponérseles una patente que grava conductas omisivas que se relacionan, en último término, con acumulaciones especulativas del derecho de aprovechamiento lo que, hasta ahora, no puede ser predicado respecto de la reclamante"[6].

En este sentido, el fallo citado reconoce que el legislador establece como una causal de exención el hecho de no contar con las obras respectivas, pero que claramente es obvio que se debe necesariamente estar en la posibilidad legal de construirlas, situación en la que claramente el reclamante no se encontraba.

Ahora bien, es importante destacar que la Dirección General de Aguas dedujo un recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, con el objeto de dejar sin efecto la sentencia referida. Sin embargo, el Máximo Tribunal rechazó el recurso de casación disponiendo que era improcedente que se le cobrara un tributo a la reclamante, debido a que "*el no uso de las aguas*", atendida la orden de clausura del pozo "*no es posible que sea susceptible de algún tipo de carga, como ocurre con el pago de la patente que se reclama, toda vez que, precisamente no se hace uso del bien de que se trata, por un acto de autoridad, dispuesto por la Superintendencia de Medio Ambiente*"[7].

Otra cuestión relevante dice relación con las solicitudes de cambios de puntos de captación o traslados pendientes. Los derechos de aprovechamiento de aguas tienen tres elementos esenciales: una fuente de abastecimiento, un caudal y un punto desde el cual pueden extraerse las aguas. Así, para que un titular de un derecho de aprovechamiento de aguas pueda extraer las aguas a las que tiene derecho, debe solicitar el respectivo cambio de punto de captación (para aguas subterráneas) o traslado (aguas superficiales) ante la Dirección General de Aguas, gestión que demora algunos años.

Pues bien, la Dirección General de Aguas ha incluido derechos de aprovechamiento de aguas debido a que estos no cuentan con obras aptas y suficientes en los puntos autorizados por ella, y, respecto de ello, los titulares han alegado que, no obstante no encontrarse habilitados los derechos en los puntos autorizados, lo cierto es que ellos sí se encuentran utilizando los derechos, pero en el punto de destino solicitado a la Dirección General de Aguas mediante una solicitud de cambio de punto de captación, y no en el punto original.

La jurisprudencia ha sido vacilante respecto a si un cambio de punto de captación (para aguas subterráneas), o bien un traslado (denominación utilizada para las aguas superficiales), pueden constituir una causal de exención del pago de patente, considerando que las aguas igualmente son utilizadas, pero en un punto distinto. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, dictaminó en una causa:

"*Que, como informa la recurrida, la reclamante no contaba con las obras de captación habilitadas en el punto autorizado por el Servicio para el uso del recurso hídrico, resultando procedente la inclusión en el cobro de patente.*

Por último, es necesario destacar que al no encontrarse autorizado el traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento singularizado en la resolución, el recurrente está imposibilitado de ejercer su derecho de aprovechamiento en el nuevo punto desde donde pretende extraer el caudal total, pues se trata solo de una mera expectativa.

En consecuencia, la inclusión de la recurrida en la resolución que determina el cobro de patente, se ajusta a derecho, motivo por el que se descarta ilegalidad o arbitrariedad por parte de la recurrida"[8].

También es relevante destacar un caso similar al anteriormente referido, en el cual el reclamante era titular de dos derechos de aprovechamiento de aguas, y había solicitado los cambios de punto de captación de ellos, contando con obras en los puntos de destino, no así en los puntos de origen, pero este titular no utilizaba las aguas en el punto de destino. Esgrimió que por un hecho de la Administración pública no podía extraer las aguas en el punto de destino, aun cuando contaba con las obras necesarias para ello. La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la reclamación, indicando:

"*Que, con todo, el atraso en el pronunciamiento por parte de la Dirección General de Aguas con respecto a la solicitud de traslado del punto de captación del derecho de aprovechamiento del reclamante, no constituye una causal que lo autorice a no pagar patente por el no uso de sus derechos de aprovechamiento, desde que las únicas exenciones en la materia han sido establecidas en los 129 bis 4, 129 bis 5 , 129 bis 6 y 129 bis 9 del Código de Aguas para casos diferentes a los que plantea el recurrente y que, por lo demás, desde el 27 de febrero de 2019, el actor no cuenta con un derecho adquirido sino tan solo con una mera expectativa en orden a que el ente especializado autorice el traslado del punto de captación requerido*".

No obstante esta decisión, el reclamante decidió recurrir de casación en el fondo ante la Corte Suprema, aduciendo que sí contaba con las obras de captación aptas y suficientes, y el Máximo Tribunal, acogió el recurso estableciendo lo siguiente:

"*En las condiciones descritas, es evidente que Agrícola Lo Orrego S.A. estuvo en la imposibilidad de usar el recurso hídrico, a pesar de contar con las obras necesarias para la captación de las aguas en los términos a que se refiere el citado inciso primero del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas en los puntos de captación respectivos. En este sentido, se debe recordar que el establecimiento del pago de la patente tiene por objeto hacer gravoso para el titular el no uso del recurso hídrico amparado por los derechos de aprovechamiento, cuestión que, en el caso de autos, carece de lógica, en la medida que es la autoridad la que ha faltado a su obligación de afinar el procedimiento administrativo en un plazo razonable* (…)".

Es posible advertir que los casos citados se diferencian en algo sustancial: en el primer caso, el reclamante hacía uso de las aguas, mientras que en el segundo caso no, lo cual es de vital importancia, debido a que la extracción de aguas en un punto no autorizado constituye una infracción administrativa que puede ser sancionada con una multa que va de 10 a 500 Unidades Tributarias Mensuales (UTM) si no afecta la disponibilidad de las aguas, de conformidad con los artículos 173 y 173 ter del Código de Aguas. Esta diferencia esencial creemos que pudo haber llevado a que la Corte Suprema acogiera el recurso de casación en el fondo, en tanto los hechos eran diferentes y no se configuraba una infracción.

A su vez, en esta última sentencia es posible apreciar una similitud con la situación ya descrita referida a la deshabilitación total del pozo, en tanto la Corte Suprema considera la imposibilidad total de uso como una posible eximente para el pago de patente por no uso, teniendo en cuenta el fin por el cual el legislador estableció el pago de patente, que no era otro más que hacer gravoso el no uso de los recursos hídricos para el titular de un derecho.

En definitiva, en los casos citados, y que han sido seleccionados a modo de muestra, la Corte Suprema no solo efectúa una interpretación literal de la norma, específicamente de los artículos 129 bis 4.° y 5.° del Código de Aguas, sino que tiene a la vista el fin del legislador a la hora de interpretar dichos artículos.

3.3. El cambio de modalidad del derecho a no extractivo

Con la modificación realizada mediante la Ley N.° 21.435, actualmente existen otras formas de eximirse del cobro de la patente. Así, de conformidad con los artículos 129 bis 9 N.° 4, artículo 129 bis 1 A y 4.° transitorio de la Ley N.° 21.435, los derechos pueden cambiar su modalidad a no extractivo, los cuales estarán exentos del pago de patente.

La modalidad de derecho no extractivo supone que estos derechos solo podrán utilizarse para fines de conservación ambiental, desarrollo de turismo sustentable, recreacional o deportivo, es decir, en ningún caso para fines extractivos o que supongan el uso del agua. Dado lo anterior, y claramente como un incentivo, estos derechos estarán exentos del pago de patente y, en consecuencia, no estarán sujetos a la extinción debido a que no aparecerán en los listados de derechos de aprovechamiento afectos al pago de patentes.

Para que opere tal exención, el titular de un derecho de aprovechamiento debe obtener la autorización de la Dirección General de Aguas. Según el artículo 129 bis 1 A del Código de Aguas, el procedimiento para el otorgamiento de dicha autorización deberá ser regulado en un Reglamento, el cual aún no ha sido dictado por el Ministerio de Obras Públicas. Lo anterior ha hecho que en los hechos esta figura no se haya aplicado, puesto que no se han constituido derechos con tal modalidad o no han existido cambios de modalidad de extractivo a no extractivo.

Ahora bien, una vez que se dicte el respectivo reglamento y existan titulares que hayan podido cambiar la modalidad de sus derechos, la ley contempla que ellos podrían cambiar nuevamente la modalidad de su derecho a extractivo. Sin embargo, para ello resultará necesario acreditar el pago de una multa a beneficio fiscal ante la Tesorería General de la República por un monto equivalente a la suma de las patentes por no uso expresadas en UTM, que se deberían haber pagado desde que se produjo el cambio de modalidad del derecho de aprovechamiento de aguas, con intereses y con un recargo del 5 %. De todos modos, aun cuando deba pagarse dicha multa, el derecho no estará expuesto a la extinción mientras dure la modalidad no extractiva, dado que estos derechos están exentos del pago de patente.

4. La extinción de los DAA como consecuencia de aparecer en los listados de derechos afectos al pago de patentes

La Ley N.° 21.435 incluyó diversas modificaciones al Código de Aguas chileno, entre las cuales se encuentra la figura de extinción de los derechos por aparecer estos en los listados de patentes, según ya tuvimos la oportunidad de mencionar. Por lo tanto, y dada esta gravosa consecuencia, resulta de gran importancia conocer los criterios técnicos para determinar cuándo se está ante una obra que es apta y suficiente, como tuvimos la oportunidad de revisar.

El artículo 6 bis del Código de Aguas —introducido por la referida ley— dispone que los derechos se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del recurso en los términos dispuestos en el artículo 129 bis 9.°, es decir, si no cuentan con la habilitación de las obras de captación que permitan o tengan la capacidad de extraer efectivamente el caudal autorizado por su derecho. Por su parte, el artículo 129 bis 5 letra d) establece que un titular de un derecho constituido con anterioridad a la publicación de la Ley N.° 21.435, y que no haya construido las obras, se encontrará sujeto a la extinción de su derecho de acuerdo con el procedimiento establecido en el mismo Código.

Es importante destacar que la figura de la extinción operará respecto de los derechos constituidos con anterioridad a la ley desde su inclusión en el listado publicado al año siguiente de su entrada en vigencia, es decir, el año 2023.

En este entendido, todos los derechos consuntivos que aparezcan durante cinco años contados desde el proceso del año 2023, es decir, por los años 2023, 2024, 2025, 2026 y 2027, se encontrarán sujetos a esta extinción. Ahora bien, para evitar tal situación, los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas deberán construir las obras aptas y suficientes antes del 31 de agosto del año 2026.

5. Conclusiones

El legislador de aguas chileno incorporó el pago de un tributo por el no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas con el objeto de desincentivar la acumulación de derechos de aguas sin que existiera un uso actual o futuro de ellos. Por ello, y teniendo en consideración dicho fin, se estableció una causal de exención consistente en contar con obras aptas y suficientes para ejercer los derechos que habiliten la efectiva extracción del recurso hídrico.

La jurisprudencia judicial ha procurado determinar qué debe entenderse por obras aptas y suficientes, proveyendo de útiles e importantes criterios. Asimismo, en algunos casos, ha ampliado el listado taxativo de causales de exención, estableciendo que, por ejemplo, la imposibilidad de habilitar obras de captación para extraer el derecho, o la imposibilidad de uso por existir una

solicitud de cambio de punto de captación pendiente ante la Dirección General de Aguas, puede considerarse como una exención para el pago de la patente.

Finalmente, la Ley N.° 21.435 incorporó una figura jurídica que es importante destacar: la extinción de los derechos por aparecer estos por más de cinco o diez años —dependiendo de la naturaleza del derecho— en los listados de patentes que elabore el Director General de Aguas. Así, de esta forma, se consolida la política legislativa de desincentivar la acumulación y no uso de los derechos, en tanto que, una vez que estos derechos se extingan, las aguas, de acuerdo con el artículo 5 ter del Código de Aguas, quedarán libres para ser reservadas por el Estado y para la constitución de nuevos derechos sobre ellas.

Bibliografía

Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 24 de julio de 2023, caratulada Inmobiliaria Linderos S.A./Ministerio de Obras Públicas - Dirección General de Aguas, N.º de ingreso 477-2023.

Corte de Apelaciones, causa rol N.º 246-2022, sentencia de 24 de noviembre de 2022, considerando quinto.

Corte de Apelaciones de Santiago, causal rol N.º 369-2021, sentencia de 16 de junio de 2022, considerando quinto

Corte Suprema, causa rol N.º 9-2023, sentencia de 16 de agosto de 2023, considerando octavo.

Corte Suprema, causal rol N.º 24.900-2017, sentencia de 21 de marzo de 2018, considerando duodécimo.

Corte Suprema, causa rol N.º 97.922-2016, sentencia de 26 de noviembre de 2018, considerando decimosexto.

Mensaje del Presidente de la República de 2 de diciembre de 1992, Ley N.º 20.017.

RIVERA BLANCO, Daniela y VERGARA BLANCO, Alejandro (2015). Patente por no uso de aguas. Aplicación práctica y conflictos interpretativos. *Derecho de Aguas. Revista Colecciones Jurídicas*.

Notas

1 Rivera Blanco, Daniela y Vergara Blanco, Alejandro (2015). Patente por no uso de aguas. Aplicación práctica y conflictos interpretativos. *Derecho de Aguas. Revista Colecciones Jurídicas*, p. 2.

2 Mensaje del Presidente de la República de 2 de diciembre de 1992, Ley N.° 20.017.

3 Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 24 de julio de 2023, caratulada Inmobiliaria Linderos S.A./Ministerio de Obras Públicas - Dirección General de Aguas, N° de ingreso 477-2023

4 Corte Suprema, causa rol N.° 97.922-2016, sentencia de 26 de noviembre de 2018, considerando decimosexto.

5 Corte Suprema, causal rol N.° 24.900-2017, sentencia de 21 de marzo de 2018, considerando duodécimo.

6 Corte de Apelaciones, causa rol N.° 246-2022, sentencia de 24 de noviembre de 2022, considerando quinto.

7 Corte Suprema, causa rol N.° 9-2023, sentencia de 16 de agosto de 2023, considerando octavo.

8 Corte de Apelaciones de Santiago, causal rol N.° 369-2021, sentencia de 16 de junio de 2022, considerando quinto.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 66, diciembre 2024, pp. 265-272

Foro de Actualidad

Unión Europea

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE EN ASUNTO GOOGLE SHOPPING: UN CASO SOBRE UN MOTOR DE BÚSQUEDA QUE SE TRANSFORMÓ EN UN MOTOR DE CAMBIO EN LA APLICACIÓN DE LAS PROHIBICIONES DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Isaque Leite Mendes

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

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en asunto Google Shopping: un caso sobre un motor de búsqueda que se transformó en un motor de cambio en la aplicación de las prohibiciones de abuso de posición de dominio

La sentencia de 10 de septiembre de 2024 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Google Shopping pone fin a uno de los casos más importantes y más mediáticos de la Comisión Europea en los últimos años en aplicación del artículo 102 TFUE. Como aspecto destacable, la STJUE adopta una interpretación restrictiva de la Doctrina Bronner, lo que, a efectos prácticos, requerirá mayor cautela por parte de las empresas dominantes a la hora de diseñar políticas comerciales innovadoras.

PALABRAS CLAVE:
Abuso, Google Shopping, Self-Preferencing, Méritos

Google Shopping judgment: a case about a search engine that became a game-changer in applying prohibitions on abuse of dominant position

The CJEU judgment of 10 September 2024 in the Google Shopping case puts an end to one of the European Commission's most important and high-profile cases in recent history applying Article 102 TFEU. Remarkably, the CJEU has adopted a restrictive interpretation of the Bronner doctrine which, in practice, will require that dominant companies be more cautious when designing innovative commercial policies.

KEYWORDS:
Abuse, Google Shopping, self-preferencing, merits.

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-11-2024

Leite Mendes, Isaque (2024). Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en asunto Google Shopping: un caso sobre un motor de búsqueda que se transformó en un motor de cambio en la aplicación de las prohibiciones de abuso de posición de dominio. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 265-272 (ISSN: 1578-956X).

1. Antecedentes

El caso Google Shopping abierto por la Comisión Europea ("Comisión") en el año 2010 contra el gigante tecnológico se saldó con una de las sanciones más altas impuestas por la Comisión hasta la fecha. El capítulo final de dicha saga se selló casi quince años más tarde con la sentencia[1] del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") el 10 de septiembre de 2024 ("STJUE" o "Sentencia") que se comenta en este Foro.

El caso que dio lugar a la Sentencia del TJUE (*Case AT.39740 – Google Search (Shopping)*) tuvo como catalizador una denuncia presentada el año anterior por Foundem, una página web británica de comparación de precios. Foundem alegaba haber sido víctima de un trato desfavorable en los resultados del motor de búsqueda de Google.

Como seguramente conocen los lectores, el funcionamiento del motor de búsquedas de Google puede describirse de la siguiente manera: al realizar una consulta en el campo de texto habilitado a estos efectos, el motor de búsquedas arroja un listado de enlaces azules "orgánicos" (i. e., no patrocinados) y otra información (p. e., anuncios publicitarios patrocinados) en respuesta a una consulta. El servicio de búsqueda es gratuito y se financia con los anuncios y resultados patrocinados que se mezclan con el texto descriptivo del enlace o que aparecen cerca de él.

Para gestionar anuncios enriquecidos con imágenes de productos y enlaces directos a vendedores, Google había desarrollado una funcionalidad dentro de su motor de búsqueda genérico: *Google Shopping*. A través de esta funcionalidad, los anuncios de diferentes vendedores aparecen en recuadros separados (*boxes*) y destacados en los resultados de búsqueda, lo que permite al usuario comparar las opciones de compra fácilmente y de forma visualmente atractiva.

La conducta que motivó la denuncia de Foundem había consistido en la combinación de dos conductas diferenciadas que se aplicaban de forma simultánea en el motor de búsqueda de Google: por una parte, Google degradaba los enlaces a las páginas web de comparadores de productos competidores de Google Shopping que se mostraban tras una consulta concreta y, por otra parte, el hecho de que Google reservara con carácter exclusivo a su servicio de comparación de productos la posibilidad de posicionarse de forma destacada en las *shopping boxes*.

Finalmente, tras casi siete años de investigación y hasta tres intentos de terminación convencional, la Comisión dictó resolución el 27 de junio de 2017 ("Decisión") en la que sancionaba a Google por una conducta de abuso de posición de dominio y le imponía una multa de 2,4 mil millones de euros.

Según la Decisión, las prácticas denunciadas habían reducido el tráfico procedente de sus páginas de resultados generales hacia los comparadores de productos de la competencia, aumentando ese tráfico hacia el suyo. Estas prácticas habrían producido efectos contrarios a la competencia tanto en los mercados nacionales de búsqueda especializada para la comparación de productos como en los mercados nacionales de búsqueda general en Internet.

Como era de esperarse[2], Google recurrió la Decisión de la Comisión ante el Tribunal General de la Unión Europea ("TGUE"). El TGUE desestimó en lo esencial el recurso interpuesto por Google contra la Decisión y, en el ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, mantuvo en toda su cuantía la multa impuesta por la Comisión. Google interpuso ante el TJUE un recurso de casación en el que solicitaba, con carácter principal, la anulación de dicha sentencia y de la Decisión de la Comisión. Finalmente, la STJUE desestimó el recurso de casación de Google en su totalidad.

2. Pronunciamiento del TJUE

2.1. La inaplicabilidad de la doctrina Bronner

Una de las estrategias de defensa de Google desde el principio de la investigación consistió en caracterizar la conducta como una *negativa de acceso* a sus competidores al servicio Google Shopping. En este sentido, es relevante destacar que el estándar probatorio que se requiere a la Comisión para probar que una negativa de acceso es abusiva es muy elevado.

Según la doctrina Bronner[3], una negativa de acceso solo será reputada abusiva si el insumo en cuestión (insumo entendido en sentido amplio: el acceso a una infraestructura, el acceso a un producto o servicio, a una tecnología, etc.) se considera esencial e indispensable para que cualquier competidor pueda acceder a un mercado en el que opera la empresa dominante.

Al invocar la aplicabilidad de la doctrina Bronner, Google señalaba que el servicio de comparación de productos posicionado de forma destacada en su motor de búsqueda (Google Shopping) no constituía un insumo esencial para sus competidores y que, en consecuencia, su negativa a dar acceso a dicho servicio no podía considerarse abusiva.

En este primer punto, la STJUE validó la postura adoptada por el TGUE en su sentencia y declaró que no todos los problemas de acceso deben analizarse a través de los criterios de la doctrina Bronner. Además, el TJUE destacó que la descripción de la conducta sancionada en la Decisión deja claro que la conducta enjuiciada consistía en el posicionamiento y presentación discriminatorias de los enlaces a los servicios de comparación competidores en las páginas de resultados generales del servicio de búsqueda general de Google, y no en la negativa de acceso las *shopping boxes* de la funcionalidad Google Shopping.

En esencia, aunque el asunto versaba sobre acceso en general, el TJUE concluyó que las disfunciones derivadas de la conducta de Google estaban relacionadas con las condiciones de acceso al servicio de motor de búsqueda de Google y no con la negativa en dar acceso a las funcionalidades de Google Shopping. Esto se podía constatar claramente en el hecho de que los servicios de comparación de productos rivales ya habían obtenido acceso del motor de búsqueda de Google, por lo que no podía considerarse que la conducta relevante supusiera una *negativa de acceso*, lo que a su vez significaba que los criterios de la doctrina Bronner devenían inaplicables (párr. 113).

2.2. El trato preferencial por parte de una empresa dominante puede ser abusivo

Uno de las principales cuestiones que permeaba el recurso de casación admitido por el Tribunal de Luxemburgo era si el artículo 102 TFUE permitía extraer una obligación general de "igual trato" para las empresas dominantes en sus relaciones con empresas competidoras.

En su párrafo 186, la Sentencia afirma que "*no puede considerarse, de manera general, que una empresa dominante que aplica a sus productos o a sus servicios un trato más favorable que el que concede a los de sus competidores adopte, independientemente de las circunstancias del caso, un comportamiento ajeno a la competencia basada en los méritos*". En sentido contrario, no se reconoce una obligación general de trato igualitario aplicable a empresas dominantes.

Así, el TJUE concluyó que la combinación de un trato preferente a su propio servicio de comparación de productos en combinación con el mecanismo de degradación de los resultados de los servicios de comparación competidores suponía una práctica compleja que iba más allá de una simple conducta de trato preferencial. En este sentido, resultaba especialmente relevante el hecho de que Google habría usado el algoritmo Panda, que degradaba automáticamente los resultados de búsqueda relacionados con servicios comparadores competidores.

En soporte de su conclusión, la STJUE también se refirió a circunstancias externas a la propia conducta de trato preferencial, pero íntimamente relacionadas con la conducta, que habían servido para demostrar su falta de compatibilidad con la noción de competencia en los méritos.

Concretamente, el TJUE tuvo en cuenta el contexto y las características del mercado en cuestión para confirmar que la conducta en cuestión no constituía competencia en los méritos: "*La Comisión constató que, en la medida en que la capacidad de un comparador de productos para competir dependía del tráfico, ese comportamiento discriminatorio de Google había tenido un impacto importante en la competencia en la medida en que había permitido a esta sociedad desviar, beneficián-*

dose de su comparador de productos, una gran proporción del tráfico anteriormente existente entre las páginas de resultados generales de Google y los comparadores de productos pertenecientes a sus competidores, sin que estos pudieran compensar esta pérdida de tráfico recurriendo a otras fuentes de tráfico, ya que una mayor inversión en fuentes alternativas no habría constituido una solución «económicamente viable»" (párr. 267).

3. Consideraciones

Más allá de fijar el marco analítico para el tratamiento de las conductas de *self-preferencing*, la STJUE también reviste un gran interés al abordar una serie de aspectos críticos que trascienden ese tipo de abuso y se proyectan sobre el marco analítico general de las conductas de abuso.

El marco analítico de las conductas de empresas dominantes ha estado en constante evolución desde su origen. A grandes rasgos, se puede distinguir una primera etapa en la que la jurisprudencia del TJUE respaldaba una aplicación más formalista del artículo 102 TFUE (en la que se ponía más énfasis en el análisis de la forma de la conducta para deducir su carácter abusivo) y una segunda etapa en la que la jurisprudencia del TJUE se decantó por un enfoque más económico (se ponía más énfasis en la aptitud de la conducta para producir efectos anticompetitivos —exclusionarios— en el mercado afectado que en su forma). Por ello, la STJUE reviste una especial importancia para determinar el estado de la cuestión, aclarando el marco analítico a las conductas de abuso de posición de dominio.

3.1. El resurgir de la "competencia en los méritos" como parte del test genérico de las conductas de abuso

Como se ha avanzado, la estrategia de defensa de Google había consistido, principalmente, en afirmar que el trato preferente dispensado a su propio servicio de comparación de productos no era sino una muestra clara de competencia en los méritos: según Google, su conducta había consistido en la mejora de la calidad sus servicio de comparación de productos. Una conducta de estas características no podría entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 102 TFUE, al tratarse, por definición, de una de las modalidades de competencia en los méritos.

Al pronunciarse sobre este motivo, la STJUE lleva a cabo un análisis exhaustivo de los méritos de la conducta controvertida, con lo que (de forma implícita) valida un marco de análisis genérico para las conductas de abuso que requiere una evaluación tanto de los méritos de la conducta como de su aptitud para producir efectos exclusionarios en el mercado; es decir, dentro del marco genérico de análisis de las conductas de abuso siempre será necesario que la Comisión acredite tanto que la conducta investiga no constituye competencia en los méritos como que la conducta investigada es apta para producir efectos exclusionarios sobre competidores igualmente eficientes.

En este caso concreto, tras valorar tanto la conducta de forma aislada como su contexto, la STJUE concluye que la Comisión había acertado al concluir que la conducta sancionada no podía considerarse como una forma de competencia en los méritos en tanto que no se limitaba a un trato preferencial a los servicios de comparación propios, sino que se estaba ante una conducta com-

pleja (que incluía la degradación simultánea de los servicios de comparación competidores) que no se correspondía a una competencia en los méritos (párr. 172).

Con carácter adicional, la Sentencia también concluyó que la Decisión no había incurrido en error al considerar que la conducta era apta para tener efectos potenciales sobre los competidores de Google en tanto que había generado un desvío del tráfico de usuarios desde los servicios de comparación competidores hacia el servicio de comparación de Google. En cualquier caso, la STJUE no identificó como efecto anticompetitivo potencial este desvío del tráfico en sí mismo, sino que identificó dicho trasvase de tráfico (que la STJUE consideró probado por la Decisión) como medio apto para producir los efectos de exclusión de competidores y de reducción de la innovación en el mercado de servicios de comparación de productos (párr. 220).

3.2. A vueltas con el principio AEC y test AEC

Otro de los aspectos ampliamente discutidos recientemente en la jurisprudencia del TJUE en aplicación del artículo 102 TFUE ha sido el papel y la relevancia del test del competidor igualmente eficiente (en inglés, *as efficient competitor test* o *AEC test*, por sus siglas) en el análisis de las conductas de las empresas dominantes.

En el asunto Google Shopping, la empresa de Palo Alto también invocó la defensa del competidor igualmente eficiente. Concretamente, Google alegó que tanto la Decisión como la sentencia del TGUE habían errado al no tener en consideración la ineptitud de la conducta para generar efectos exclusionarios sobre competidores igualmente eficientes. Además, afirmaba que dicho análisis requiere, como paso previo, la constatación del grado de eficiencia relativa de sus competidores actuales y potenciales. Esta obligación sería una consecuencia necesaria del principio general derivado del artículo 102 del TFUE, según el cual la protección de empresas menos eficientes no se encuentra entre los objetivos perseguidos por él.

La línea argumental de la STJUE reitera el criterio sentado en sentencias previas (y da la razón a Google) al reafirmar, en primer lugar, que el artículo 102 TFUE no persigue la protección de empresas menos eficientes (párr. 263). En segundo lugar, el TJUE parece hacer una distinción entre el *principio* del competidor igualmente eficiente, que es de aplicación siempre, y el *test* del competidor igualmente eficiente, que solo será de aplicación cuando sea pertinente (párr. 166 y 265). Se considera que dicho test será pertinente cuando la empresa investigada aporte evidencias de que su conducta no era apta para excluir a competidores igualmente eficientes. Este criterio se ha confirmado, además, en la recentísima sentencia del TJUE asunto *Intel II*[4]. Por último, la STJUE aclara que la aplicación del test AEC no requiere la verificación del nivel de eficiencia de competidores concretos al consistir dicho análisis en un ejercicio hipotético[5].

4. Conclusión

Como se ha avanzado al principio de este comentario, la STJUE había generado una gran expectación por varios motivos, entre otros, la novedad de la conducta enjuiciada, el importe de la sanción, el sector afectado y los criterios que cabía esperar que el TJUE aclarara (p. e., en qué casos

resulta pertinente el test de negativa de acceso, qué peso debe tener el criterio de la competencia en los méritos para valorar el carácter abusivo de la conducta, el papel del principio y del test AEC, etc.). Sin perjuicio de lo anterior, la publicación por parte de la Comisión del Borrador de Directrices sobre la aplicación del artículo 102 TFUE a conductas de abuso exclusionario ("Borrador") en agosto de 2024 fue, sin duda, el hecho que hizo que la Sentencia cobrara mayor interés.

El Borrador, que sigue en fase de consulta a fecha de redacción de esta contribución, presenta un proyecto de reforma del marco analítico del artículo 102 TFUE para conductas de abuso exclusionario verdaderamente ambicioso. Entre otras cosas, el Borrador innova al tratar las conductas de *self-preferencing* como una categoría autónoma de tipo de abuso. Este enfoque no resultó respaldado por la STJUE, que, a su vez, optó por un análisis de la conducta de Google a través del marco analítico general. Otros puntos del Borrador, como por ejemplo la consolidación de un marco analítico general compuesto por dos criterios acumulativos (necesidad de acreditar una desviación de la competencia en los méritos y necesidad de acreditar la aptitud para producir efectos de exclusión sobre competidores igualmente eficientes) han salido reforzados por la Sentencia.

Más allá del impacto que la STJUE pueda llegar a tener en la versión final del Borrador (que no deja de ser un instrumento que recoge la interpretación —no vinculante— de la Comisión del marco analítico de las conductas de abuso), este pronunciamiento del TJUE merece una valoración muy positiva en la medida que contribuye a aclarar y consolidar los criterios básicos para la aplicación del artículo 102 TFUE a las conductas de abuso exclusionario. En este sentido, resulta destacable la interpretación restrictiva de la Doctrina Bronner, lo que, a efectos prácticos, requerirá mayor cautela por parte de las empresas dominantes a la hora de diseñar políticas comerciales innovadoras.

Notas

1 STJUE en el asunto *Google LLC and Alphabet Inc. v European Commission* C-48/22 P.

2 Google también había sido investigada por las mismas conductas en relación con su comparador de productos Google Shopping por las autoridades de la competencia de, entre otros países, EE. UU. (2013), Alemania (2013) y Reino Unido (2016). En todos estos casos la investigación se había cerrado sin la imposición de una sanción.

3 STJUE en el asunto *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs* C-7/97.

4 STJUE en el asunto *Intel II* C-240/22 P.

5 Este criterio también se ha confirmado en la STJUE en el asunto *Intel II* C-240/22 P.

Foro de Actualidad

Unión Europea

EL CASO ILLUMINA/GRAIL: ¿UN VIAJE A NINGUNA PARTE?

Violeta Marinas Serra

Abogada del Área de Competencia y Derecho de la UE de Uría Menéndez (Madrid)

El caso Illumina/GRAIL: ¿un viaje a ninguna parte?

Este foro resume la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Illumina/GRAIL, que reinstaura la utilidad original del artículo 22 del Reglamento de Concentraciones y devuelve cierta seguridad jurídica a las operaciones de M&A.

PALABRAS CLAVE:
Control de concentraciones económicas, Artículo 22 del Reglamento de Concentraciones, Abuso de posición de dominio.

The Illumina/GRAIL case: a road to nowhere?

This article summarises the CJEU's recent judgment in the Illumina/GRAIL case, which reinstates the original use of Article 22 of the Merger Regulation and restores some legal certainty to M&A transactions.

KEYWORDS:
Merger control, Article 22 of the Merger Regulation, abuse of dominant position.

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-11-2024

Marinas Serra, Violeta (2024). El caso Illumina/ Grail: ¿un viaje a ninguna parte? *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 273-279 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El temor ante la insuficiencia del régimen de control de concentraciones económicas para capturar las llamadas *killer acquisitions* ha resultado en unos años tumultuosos para el régimen de concentraciones económicas.

Para suplir estas supuestas lagunas, las autoridades de defensa de la competencia se han armado de inventiva y han recurrido a la reinterpretación de figuras y jurisprudencia que parecían haber quedado superadas tras el establecimiento de un régimen de control de concentraciones en la Unión Europea ("UE") y en los Estados miembros.

En un artículo anterior ya tratamos el caso *Towercast*, que se enmarca en esta corriente. En esta ocasión nos centraremos en el asunto *Illumina/GRAIL*. De manera contraria a lo que ocurrió en el caso *Towercast*, en *Illumina/GRAIL* el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") ha recortado los poderes de la Comisión Europea ("CE") y de las autoridades nacionales de competencia ("ANC") en pos de la seguridad jurídica.

La saga *Illumina/GRAIL* ha captado la atención de la comunidad jurídica debido a sus implicaciones significativas en el ámbito del control de concentraciones económicas en la UE. En este foro se analiza el desarrollo del caso, las decisiones de las distintas instancias judiciales y las implicaciones de la sentencia del TJUE para el futuro del control de concentraciones en la UE. Además, se exploran las soluciones y ajustes normativos que se podrían adoptar o ya se han adoptado para abordar las deficiencias identificadas por la CE en el sistema actual de control de concentraciones.

2. Breve resumen del caso *Illumina/GRAIL*

2.1. El inicio

En septiembre de 2020, Illumina, una empresa de biotecnología de Estados Unidos, decidió adquirir GRAIL por 8.000 millones de dólares (la "Operación"). GRAIL, una empresa también de Estados Unidos, era en 2020 prácticamente una *start-up* de pruebas de detección temprana multicáncer.

La firma del contrato fue anunciada públicamente por las empresas y la concentración se notificó exclusivamente en Estados Unidos, ya que la Operación no cumplía los umbrales para ser notificada ante la CE ni ante ningún Estado miembro o en los demás Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo ("EEE").

2.2. La remisión

Mientras el asunto se estaba analizando por la *Federal Trade Commission* en Estados Unidos, la CE actuó de manera inusual: tras recibir una denuncia, escribió a las ANC de los 27 Estados miembros de la UE invitándoles a que le remitieran el caso y, así, poder analizar la operación (la "Invita-

ción"). La autoridad de competencia francesa cursó tal solicitud y la CE informó entonces a las partes de que había surtido efectos la obligación de suspender la ejecución de la Operación. A esa solicitud inicial se adhirieron tres ANC adicionales (Bélgica, los Países Bajos y Grecia), junto con las ANC de Islandia y Noruega.

Tanto el acercamiento proactivo de la CE como la respuesta de las ANC causó conmoción, particularmente por dos motivos:

En primer lugar, reinterpretó el mecanismo de remisión de operaciones de concentración por parte de las ANC a la CE previsto en el artículo 22 del Reglamento de Concentraciones (el "Reglamento"). Desde hacía tiempo, la CE admitía operaciones que remitían las ANC solo cuando estas últimas tenían jurisdicción sobre la concentración (i. e., se cumplían los umbrales de notificación en al menos un Estado miembro de la Unión Europea) y la operación afectaba al comercio entre Estados miembros y amenazaba la competencia en el Estado solicitante de la remisión de manera significativa.

En segundo lugar, este cambio de rumbo se realizó con un calendario cuestionable. La Invitación tuvo lugar antes de que la CE adoptara las (entonces) nuevas orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento. Si bien la posibilidad de tal reforma no era desconocida (como se ha comentado en la introducción, la preocupación de la CE por las *killer acquisitions* era patente), la Comisaria Vestager había indicado que cualquier política revisada en relación con el artículo 22 del Reglamento no se aplicaría antes de que la CE hubiera publicado orientaciones al respecto, declarando que necesitaban *"tiempo para que todo el mundo se adapte al cambio y tiempo para establecer orientaciones sobre cómo y cuándo aceptaremos estas remisiones*".

2.3. El recurso y la sentencia del Tribunal General y la sentencia de casación del Tribunal de Justicia

La decisión de la CE de aceptar la remisión y solicitar la notificación de la operación fue recurrida por Illumina ante el Tribunal General de la UE ("TG") en abril de 2021.

En primer lugar, el recurso cuestionaba la competencia de la CE y su interpretación del artículo 22. Defendía que este artículo no confería a la CE la facultad de aceptar una solicitud de remisión de una ANC en casos en que esta no tenía jurisdicción para revisar una operación, y que, por lo tanto, la CE tampoco era competente para revisarla.

En segundo lugar, defendía que la solicitud de remisión de Francia era extemporánea, ya que se presentó mucho después de los quince días hábiles de que disponen las ANC para remitir una operación a la CE después de que se haya comunicado (*made known* en la versión en inglés, por lo que en el recurso se utiliza más bien el sentido de "haber tenido conocimiento") a la ANC. Se alegó que el requisito de conocimiento se había cumplido con anterioridad a la Invitación por la amplia cobertura de prensa que el anuncio de la Operación había tenido meses antes. También se cuestionó el retraso de la CE en enviar la Invitación, considerándolo contrario tanto al principio de seguridad jurídica como a la obligación de actuar en un plazo razonable en virtud del principio de buena administración.

Por último, se alegó que la CE había actuado en contra del principio de seguridad jurídica y de las expectativas legítimas de Illumina al enviar la Invitación antes de publicar sus orientaciones en relación con el artículo 22.

En su sentencia de 13 de julio de 2022, el TG se pronunció a favor de la CE. En esencia, el TG consideró que la CE era competente para revisar la Operación, que la solicitud de remisión de Francia no era extemporánea y que, si bien el *timing* de la CE era "irrazonable", no generaba indefensión a Illumina, que no podía tener legítimamente las expectativas que alegaba.

Posteriormente, la sentencia del TG fue recurrida en casación por Illumina y GRAIL ante el Tribunal de Justicia, cuya sentencia es la que nos ocupa en este artículo y se trata en el apartado siguiente.

De manera paralela, la CE había ordenado la suspensión de la Operación y multó a las partes por no hacerlo con más de 432 millones de euros. Novedosa en este punto fue la multa sin precedentes a la *target*, simbólica (EUR 1.000), por haber jugado un papel activo en la ejecución de la Operación siendo conocedora de la obligación de no cerrarla. Adicionalmente, la CE analizó y prohibió la concentración en septiembre de 2022 y obligó a desinvertir el negocio.

Por su parte, la notificación en Estados Unidos dio como resultado una prohibición de la *Federal Trade Commission* que fue recurrida en casación sin éxito. Finalmente la prohibición no se recurrió ante el Tribunal Supremo.

3. La sentencia del Tribunal de Justicia

En su sentencia, el TJUE falló a favor de Illumina y GRAIL, anulando la sentencia del TG y también las decisiones por las que la CE aceptó las solicitudes de remisión de las ANC.

El TJUE consideró que el TG se había equivocado al concluir que, en virtud de una interpretación literal, histórica, contextual y teleológica del Reglamento, la CE estaba autorizada a revisar casos que no cumplían los requisitos para ser notificados en los Estados miembros solicitantes. En concreto:

i. En cuanto a la interpretación histórica, el TJUE niega que el artículo 22 pueda considerarse como un "mecanismo corrector" de las supuestas deficiencias derivadas de la rigidez de los umbrales de notificación.

   Los trabajos preparatorios del Reglamento solo demuestran que el artículo 22 tuvo su origen en el hecho de que algunos Estados miembros no disponían de una regulación propia de control de concentraciones *ex ante*. El artículo 22 permitía entonces solicitar a la CE que examinara las operaciones que pudieran afectar a la competencia en esos Estados miembros que no tenían su propio control de concentraciones. No obstante, en la actualidad todos los Estados miembros (salvo Luxemburgo) tienen un régimen propio de control de concentraciones.

Posteriormente, el propósito del artículo 22 fue ampliar el principio de "ventanilla única" para permitir a la CE revisar una concentración notificada/sujeta a notificación en varios Estados miembros con el objetivo de evitar múltiples procedimientos y aportar seguridad jurídica. Los propios trabajos preparatorios del Reglamento reconocían, además, que, independientemente del tipo y del importe de los umbrales elegidos, algunas concentraciones que podían afectar al mercado interior escaparían, en cualquier caso, a un control *ex ante.*

Sin embargo, no se demostró que el legislador de la UE pretendiera en algún momento que el artículo 22 fuese un "mecanismo corrector" que subsanara las deficiencias de un sistema de control de las concentraciones basado principalmente en umbrales de volumen de negocios.

ii. En lo que se refiere a la interpretación contextual, el TJUE considera que el TG no había tenido en cuenta diversas cuestiones relevantes. Entre ellas se encuentra el hecho de que las concentraciones que se revisan *ex* art. 22 suponen una sustitución de la jurisdicción de la ANC, pues las concentraciones examinadas por la CE sobre la base del artículo 22 del Reglamento no revisten dimensión europea.

En consonancia con esta observación, solo el Estado o los Estados miembros que hayan formulado una solicitud al amparo del artículo 22 del referido Reglamento quedan privados, de conformidad con el párrafo tercero del apartado 3 de esa disposición, de la posibilidad de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a la concentración de que se trate.

La sustitución bajo la que funciona el artículo 22 presupone que la normativa nacional de control de concentraciones no excluya la competencia de la ANC en cuestión, en particular porque la operación se sitúe por debajo de los umbrales de control que se incluyan en esta norma. En otros términos, si la normativa nacional excluye la jurisdicción de la ANC para revisar la operación, tal potestad de revisión (inexistente) no puede ser suplida por la CE bajo el artículo 22 del Reglamento.

iii. Bajo la interpretación teleológica, el TJUE considera que el artículo 22 cumple dos objetivos. Uno de estos es permitir un control de las concentraciones cuando el Estado miembro no disponga de normativa nacional en materia de control de concentraciones. Otro es establecer un sistema de control de las concentraciones eficaz y previsible, basado en el principio de "ventanilla única".

A la vista de estas dos finalidades, el TJUE declara que el artículo 22 no es un mecanismo corrector que amplía o reduce la jurisdicción, sino que corrige el reparto de competencias entre la CE y las ANC. Este sistema se basa tanto en un reparto claro de las tareas asignadas a la CE y a los Estados miembros como en una definición precisa de las condiciones de notificación y suspensión impuestas a las partes de una concentración. A este respecto, la interpretación de la CE del artículo 22 ponía en peligro la eficacia, la previsibilidad y la seguridad jurídica que deben garantizárseles a las partes de una concentración.

Finalmente, la sentencia del TJUE propone una suerte de potenciales soluciones alternativas para alcanzar los objetivos que pretendía la CE con la reinterpretación del artículo 22:

A. La necesidad de controlar operaciones que queden fuera del alcance del control de concentraciones puede resolverse con la revisión de umbrales (tanto de la UE como nacionales).

B. Las ANC pueden seguir evaluando concentraciones que no alcancen los umbrales de notificación de manera *ex post* como un potencial abuso de posición de dominio, bajo la jurisprudencia *Towercast* (que ya comentamos en un foro anterior).

4. El control de concentraciones tras la sentencia

Las consecuencias de la sentencia más inmediatas han sido la revocación por la CE de varias decisiones derivadas de la Operación (inicio de la Fase II, prohibición de la Operación, sanción por *gun jumping*, etc.). Otros asuntos que la CE había asumido por un reenvío bajo artículo 22 en situaciones análogas a las del caso Illumina/GRAIL quedaron también sin efecto.

Adicionalmente, puede que Illumina y/o GRAIL reclamen daños y perjuicios a la CE por su actuación. No obstante, si se produce dicha demanda, la CE podría alegar que, en cualquier caso, no se ha cerrado pues se prohibió en Estados Unidos (por lo que su actuación no habría generado este resultado).

Otra posible consecuencia, o quizás más bien un interrogante, es cómo actuarán la CE y las ANC ahora para hacer frente a las *killer acquisitions*. La Comisaria Vestager restó importancia a las implicaciones de la sentencia en relación con esta cuestión, señalando que varios Estados miembros habían modificado sus umbrales o introducido recientemente reformas que permiten a las ANC avocarse (y por tanto tener jurisdicción sobre) concentraciones por debajo de los umbrales nacionales. Afirmó que, en consecuencia, las posibilidades de remisión a la CE en virtud del artículo 22 son ya más amplias de lo que eran en el momento de la remisión que dio lugar al caso *Illumina-GRAIL*.

En la actualidad, varios Estados miembros, entre ellos Italia, pueden ejercer su jurisdicción sobre este tipo de concentraciones exigiendo una notificación cuando surgen problemas de competencia, incluso sin alcanzar los umbrales nacionales.

La sentencia del TJUE en el caso *Illumina/GRAIL* podría incitar a más Estados miembros a introducir mecanismos de avocación (*call-in* en inglés). Sin embargo, el recurso de las ANC a asignarse poderes de *call-in* que permitirían la remisión a la CE plantea ciertas cuestiones: puesto que cada ANC con capacidad de *call-in* debería ser contactada individualmente por las partes de una concentración para que evalúe la conveniencia de utilizar estos poderes, ¿entraría esta dinámica en conflicto con el principio de ventanilla única y la seguridad jurídica que pretende salvaguardar la sentencia del TJUE?

Italia ya ha hecho uso de sus poderes de *call-in* y ha remitido a la CE una operación bajo la reintroducida interpretación del mecanismo del artículo 22. La operación en cuestión no alcanza los

umbrales de notificación de la UE ni de ningún Estado miembro y fue notificada en Italia a petición de la ANC.

No parece que ningún Estado miembro se haya unido a esta solicitud, lo que sirve como ejemplo de otro interrogante que plantea la Sentencia, y es si un Estado miembro que no tiene jurisdicción para revisar una operación puede siquiera adherirse a la remisión de otra ANC.

Por otro lado, la sentencia recuerda que las concentraciones que se sitúan por debajo de los umbrales de control de las concentraciones pueden ser objeto de un examen a posteriori en virtud de las normas sobre abuso de posición dominante para aquellas operaciones que sigan sin estar sujetas a control *ex ante*. La Autoridad francesa de la competencia, que, coincidentemente, fue la autoridad que aceptó la Invitación y remitió la Operación a la CE y también en la que se originó el caso *Towercast,* emitió un comunicado en el que recalca que, tras la Sentencia, estudiará los medios existentes o necesarios para garantizar que ninguna concentración, aunque no esté sujeta a notificación previa, perjudique a la competencia en el territorio francés. A tal efecto, podrá recurrir a la revisión bajo el prisma del abuso de posición de dominio.

Finalmente, los Estados miembros podrían también plantearse si es necesario ajustar sus umbrales nacionales. La CE ha dejado claro que no pretende modificar los suyos. En nuestro país, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tampoco parece abogar por esa vía.

5. Conclusión

El caso *Illumina/GRAIL* ha puesto de manifiesto las complejidades y desafíos del control de concentraciones en la UE, especialmente en lo que respecta a las operaciones que no cumplen los umbrales de notificación establecidos. La sentencia del TJUE, que anuló la decisión de la CE de aceptar la remisión del caso, ha devuelto cierta seguridad jurídica y a las empresas involucradas en operaciones de concentración económica en la UE.

No obstante, el panorama actual no es el mismo que había al inicio del caso *Illumina/GRAIL*. Varios Estados miembros han modificado sus umbrales y se han arrogado sistemas de avocación de concentraciones para evitar que operaciones relevantes escapen al control *ex ante*. No cabe descartar que otras jurisdicciones sigan ese mismo camino.

Adicionalmente, la revisión *ex post* de las concentraciones bajo las normas sobre abuso de posición dominante es ahora una herramienta adicional de la que disponen las ANC y de las que algunas ya han hecho uso.

En última instancia, el caso Illumina/GRAIL ha generado un debate crucial sobre el equilibrio entre la flexibilidad en el control de concentraciones y la certitud y seguridad jurídica que deben poder tener las partes que se enfrentan a una concentración económica. Las lecciones aprendidas serán, sin duda, clave para la evolución futura de la política de competencia en la UE.

Internacional

REGÍMENES TRIBUTARIOS ESPECIALES PARA IMPATRIADOS: UNA COMPARACIÓN CON ITALIA Y PORTUGAL A LA LUZ DE LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN 2024

Alberto Artamendi Gutiérrez y Reyes Nieto Arévalo*

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

Regímenes tributarios especiales para impatriados: una comparación con Italia y Portugal a la luz de los cambios introducidos en 2024

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

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

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

* Con la colaboración de Matteo Viani, dottore commercialista, y Joana Carvalhinho, abogado.

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

Special tax regimes for expats in Spain compared to Italy and Portugal in the light of the changes introduced in 2024

On 23 December 2022, Law 28/2022 to foster the startup ecosystem in Spain entered into force introducing, among other things, some improvements in the Special tax regime for workers that move their tax residence to Spain.

This article compares the main characteristics of the Spanish tax regime to those of the analogous regimes in Italy and Portugal, two countries that, due to their location and economic and political context, are probably Spain's main competitors in terms of attracting international talent.

This comparative-law analysis will hopefully bring to light principles and ideas that will help cast a critical eye over the legislator's approach to updating the Spanish special tax regime.

KEYWORDS:
Expats, special tax regime, Personal Income Tax, Italy, Portugal, Spain.

FECHA DE RECEPCIÓN: 24-10-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 28-10-2024

Artamendi Gutiérrez, Alberto; Niego Arévalo, Reyes (2024). Regímenes tributarios especiales para impatriados: una comparación con Italia y Portugal a la luz de los cambios introducidos en 2024. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 280-301 (ISSN: 1578-956X).

1. Prefacio

En diciembre de 2023 publicamos el artículo denominado "Regímenes tributarios especiales para impatriados: una comparación con Italia y Portugal desde la modificación operada por la Ley de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes" en el número 63 de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, artículo que habíamos remitido a finales de septiembre de 2023 y que puede leerse en el siguiente link.

Aquel artículo analizaba las diversas mejoras que en el régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español (el "Régimen de Impatriados"), regulado en el artículo 93 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (la "Ley del IRPF"), fueron introducidas por la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de Fomento del ecosistema de las empresas emergentes que entró en vigor el 23 de diciembre de 2022 (la "Ley"). También incluía una descripción de los regímenes análogos que competían con el Régimen de Impatriados en Italia y en Portugal y una comparación de estos con el Régimen de Impatriados, así como algunas reflexiones sobre la posición competitiva del sistema español en relación con los otros dos sistemas.

Sin embargo, los cambios normativos que acontecieron poco tiempo después de publicarlo hicieron que el artículo naciera casi obsoleto. Como Von Kirchmann dijo antes y mejor que nosotros

con mordaz ironía, "*Tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras de Derecho se convierten en papel mojado*"[1].

A principios de octubre de 2023 el Gobierno portugués anunció el fin de su régimen de impatriados y su sustitución por un régimen diferente con efectos para el periodo 2024. Pocos meses más tarde se anunció lo propio con uno de los regímenes que componen el sistema italiano, que fue derogado con efectos 1 de enero de 2024 y reemplazado por un nuevo régimen de características diversas. Finalmente, el 7 de diciembre de 2023 entraron en vigor las disposiciones de desarrollo del Régimen de Impatriados (Real Decreto 1008/2023, de 5 de diciembre), que, si bien no afectaron a la esencia de este régimen, sí que introdujeron alguna novedad digna de mención.

Por esta razón, hemos creído que era obligatorio actualizar el artículo para reflejar el impacto de todo lo acontecido tras la remisión del artículo, si bien creímos conveniente dar unos meses de margen para que se terminaran de asentar las novedades y en su caso se aclararan algunas incógnitas que las nuevas regulaciones suscitaban. Además, en el momento de abordar la redacción de las novedades nos dimos cuenta de que su relevancia era tal que trascendía la mera actualización de lo ya publicado, en tanto que las conclusiones del artículo original ya no eran válidas y, por tanto, existía la duda legítima de si sería más honesto publicar un nuevo artículo.

Hemos optado por la vía intermedia de considerar este artículo como una nueva publicación, pero reciclando las partes del artículo anterior que todavía considerábamos válidas, que son los apartados 2, 3 (salvo las reflexiones relativas a las disposiciones de desarrollo de la Ley), la introducción del apartado 4 y los subapartados 4.1.2 —que, no obstante, recoge la actualización de la normativa italiana con efectos desde agosto de 2024— y 4.1.3 de este artículo. En estos apartados hemos mantenido en esencia lo escrito previamente con las modificaciones mínimas que exigía la coherencia del nuevo texto y las precisiones que hemos considerado oportuno introducir. También en el resto del cuerpo hemos recolocado alguna reflexión o párrafo aislado que creíamos podía seguir siendo válido, si bien nos hemos encargado en estos casos de precisarlo. Rogamos al lector que sepa perdonarnos por este atajo bienintencionado con el fin de superar la "maldición" de Von Kirchmann y no lo considere un autoplagio.

2. Introducción

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

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

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

3. Novedades introducidas por la Ley en el Régimen de Impatriados y su normativa de desarrollo

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

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

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

Sobre estas condiciones, la Ley añadió las siguientes modificaciones:

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

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

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

El artículo 118.3 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo ("Reglamento del IRPF"), sujeta la aplicación del Régimen de Impatriados a los referidos familiares a condiciones adicionales a las recogidas en el artículo 93.3 de la Ley del IRPF. En particular, exige que el familiar que puede aplicar el Régimen de Impatriados por extensión debe mantener las condiciones de edad o situación de discapacidad (no así al mantenimiento del vínculo matrimonial).

No acaba de entenderse qué razones de política legislativa habrían llevado al legislador a querer excluir del régimen de impatriados a un contribuyente por el hecho de cumplir 25 años o por el hecho de perder una discapacidad. Además, podría interpretarse que estas condiciones adicionales suponen un exceso reglamentario por la forma en la que está redactado el artículo 93.3 de la Ley del IRPF. En particular, el primer párrafo de este artículo regula las condiciones de acceso al Régimen de Impatriados estableciendo que pueden acceder a él los familiares del contribuyente desplazado se sujeta al cumplimiento de las "*siguientes condiciones"* y, a renglón seguido lista las condiciones relativas a (i) el desplazamiento con el trabajador principal o en el año siguiente, (ii) la adquisición residencia fiscal en España, (iii) los cinco años de no residencia (por remisión al artículo 93.1.a), (iv) la no obtención de rentas a través de un establecimiento permanente (por remisión al artículo 91.1.c) y (v) el requisito de que conjuntamente obtengan menos rentas que el contribuyente desplazado.

A continuación, el último párrafo señala que el régimen continuará siendo aplicable en ejercicios sucesivos "*cumpliéndose tales condiciones*" (y siempre que el contribuyente principal pueda seguir aplicando el régimen). Pues bien, esta mención a "*tales condiciones*" debería por lógica entenderse referida a las mismas condiciones que ya se han mencionado, es decir, las que están a continuación de la expresión "*siguientes condiciones*", entre las que no está el requisito de mantenimiento de la edad o de la condición de discapacidad.

Por tanto, cabría argumentar que el Reglamento del IRPF se excede en su regulación de este supuesto habilitante para la opción por el Régimen de Impatriados, ya que sujetar el mantenimiento de la aplicación del régimen a mantener la situación de discapacidad o de no cumplir más de 25 años extralimitaría lo dispuesto en la Ley del IRPF.

iii. Nuevas causas de desplazamiento habilitante para la aplicación del Régimen de Impatriados, que son:

A. para teletrabajar (por voluntad del contribuyente) desde España mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación;

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

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

La forma de acreditar la condición de profesional altamente cualificado, así como la determinación de los requisitos para calificar las actividades como de formación, investigación, desarrollo e innovación han sido precisados por el apartado 2 del artículo 113 Reglamento del IRPF.

Así, se considera profesional altamente cualificado a la persona que cuente con la titulación a la que se refiere el artículo 71 de la citada Ley 14/2013[2]. El Reglamento establece como presunción que se entenderá cumplido el requisito de formación anterior cuando el contribuyente disponga de la autorización de residencia a que se refiere el citado artículo 71 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ("Ley 14/2013") con carácter previo a su desplazamiento a territorio español.

En cuanto a los requisitos para calificar una actividad como de formación, investigación, desarrollo e innovación, el Reglamento del IRPF se remite de nuevo a la Ley 14/2013, en concreto al artículo 72.1, según el cual se consideran actividades de formación, desarrollo o innovación tecnológica las desarrolladas por las siguientes personas:

A. El personal investigador al que se refieren el artículo 13 y la disposición adicional primera de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

B. El personal científico y técnico que lleve a cabo trabajos de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica, en entidades empresariales o centros de I+D+i establecidos en España.

C. Los investigadores acogidos en el marco de un convenio por organismos de investigación públicos o privados.

D. Los profesores contratados por universidades, órganos o centros de educación superior e investigación, o escuelas de negocios establecidos en España.

Nuevamente, el Reglamento del IRPF establece como presunción del cumplimiento de las condiciones para considerar que se desarrolla una actividad de formación, desarrollo o innovación tecnológica el hecho de que el contribuyente disponga de la autorización de residencia prevista en el citado artículo 72 de la Ley 14/2013, con carácter previo a su desplazamiento a territorio español.

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

De nuevo el Reglamento del IRPF parece excederse en su regulación en tanto que el artículo 113.2 *in fine* establece que *las únicas actividades económicas que podrán desarrollar* los contribuyentes acogidos al Régimen de Impatriados son la actividad económica de carácter emprendedor, la prestación de servicios a empresas emergentes o las actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación previstas en los números 3.º y 4.º del artículo 93.1.b) de la Ley del IRPF.

Del tenor literal del Reglamento del IRPF se diría que los contribuyentes desplazados no podrían desarrollar ningún tipo de actividad económica, prohibición que no se contempla en la Ley del IRPF, donde solo se proscribe la obtención de rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente.

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

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

La Ley no previó ningún régimen transitorio para quienes estuvieran aplicando el Régimen de Impatriados antes de la entrada en vigor de la nueva normativa, de modo que entendemos que les resultará de aplicación la nueva norma. Respecto de las personas que cuando se trasladaron a España no cumplían los requisitos para optar por el Régimen de Impatriados con la norma anterior, pero sí los cumplirían con la nueva, lamentablemente entendemos que no tendrían posibilidad de optar ante la ausencia de previsión normativa expresa y por encontrarse fuera de plazo para ello.

4. Regímenes tributarios para impatriados en Italia y Portugal

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

La modificación del Régimen de Impatriados en 2023 con la introducción de la Ley y la modificación del Reglamento del IRPF en consonancia en 2024 son una oportunidad idónea para analizar los regímenes fiscales similares que prevén los otros países de nuestro entorno económico que compiten con nosotros en esta tarea.

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

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

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

4.1. Los regímenes tributarios especiales para impatriados en Italia

Italia dispone de tres regímenes especiales destinados a impatriados:

i. El Nuevo Régimen Fiscal Beneficioso[3] a favor de los trabajadores impatriados (*Nuovo regime agevolativo a favore dei lavoratori impatriati),* introducido por el artículo 5 del Decreto Legislativo número 209, de 27 de diciembre de 2023 (publicado en la *Gazzetta Ufficiale Della Republica Italiana* el día 28 de diciembre, serie general número 301), en adelante el "Decreto Legislativo". Este régimen sustituye a partir de 2024 al régimen especial para trabajadores impatriados (*Regime speciale per lavoratori impatriati*), que estaba regulado en el artículo 16 del Decreto Legislativo número 147, de 14 de septiembre de 2015, de medidas de impulso para el crecimiento e internalización de las sociedades (*Decreto Legislativo 14/09/2015, n. 147, Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese*).

ii. El impuesto sustitutivo sobre las rentas de fuente extranjera generadas por personas que trasladan su residencia fiscal a Italia (*Imposta sostitutiva sui redditi prodotti all'estero realizzati da persone fisiche che trasferiscono la propria residenza fiscale in Italia*), regulado en el artículo 24.Bis del Decreto del Presidente de la República número 917, de 22 de diciembre de 1986, que aprueba el Texto Único de los Impuestos sobre la Renta (*Decreto del Presidente Della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917. - Approvazione del testo unico delle imposte sui redditi*, en adelante el "TUIR").

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

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

4.1.1. EL RÉGIMEN ESPECIAL PARA TRABAJADORES IMPATRIADOS

El Nuevo Régimen Fiscal Beneficioso supone, en términos generales, un empeoramiento del tratamiento fiscal de esta clase de trabajadores.

En concreto, a partir del periodo impositivo 2024 (artículo 5.8 del Decreto Legislativo), los rendimientos producidos en Italia y derivados del trabajo dependiente, los asimilados al trabajo dependiente y los rendimientos del trabajo autónomo derivados del ejercicio de artes y profesiones obtenidos por trabajadores que transfieren su residencia a Italia se reducen en un 50 % hasta 600.000 euros durante el periodo de desplazamiento y los cuatro siguientes a efectos de su incorporación a la base imponible, siempre que, según el artículo 5.1 del Decreto Legislativo:

- Se comprometan a residir en este país a efectos fiscales durante el periodo de duración del régimen. Esto significa que deben ser residentes en Italia durante el ejercicio de su desplazamiento y también durante los cuatro periodos impositivos posteriores a su desplazamiento. Es más, si no se cumple este periodo de permanencia, el beneficio se pierde y se prevé expresamente la obligación de devolver el importe ahorrado en los ejercicios anteriores junto con los intereses correspondientes (artículo 5.3 del Decreto Legislativo).

- El trabajador no puede haber sido residente en Italia en los tres periodos impositivos previos a su desplazamiento. No obstante, este plazo se incrementa cuando el trabajador que se desplaza a Italia sigue trabajando para la misma empresa para la que trabajaba mientras estaba en el extranjero. La misma regla se aplica cuando la empresa para la que ha trabajado en el extranjero y la empresa para la que trabaja al desplazarse a Italia pertenecen a un mismo grupo de sociedades. Este incremento es a siete años si el trabajador había sido previamente empleado en Italia por esa sociedad o por ese grupo de sociedades, y de seis en caso contrario.

A efectos de la aplicación de este artículo, el concepto de grupo remite al artículo 2359.1.1) del Código Civil Italiano (véase el artículo 5.3 del Decreto Legislativo). El apartado 1.1.) del artículo 2359 se refiere a casos en los que una sociedad dispone de la mayor parte de los derechos de voto ejercitables en asamblea ordinaria. No obstante, la norma fiscal (véase de nuevo el artículo 5.3 del Decreto Legislativo) aclara que también existe grupo a estos efectos entre dos sociedades cuando estas están sometidas al control directo o indirecto de un tercero en los términos expuestos previamente.

El Decreto Legislativo prevé en su apartado 6 a modo de régimen transitorio que se considerarán residentes fuera de Italia en los periodos impositivos anteriores a la entrada en vigor de esta nueva norma los italianos registrados en el Registro de italianos residentes en el extranjero (*Anágrafe degli italiani residenti all'estero, AIRE*). También se consideran no residentes quienes hayan sido considerados como tales a los efectos de un convenio para evitar la doble imposición firmado por Italia.

- La actividad se desempeña en Italia durante la mayor parte del periodo impositivo.

- El trabajador cumple el requisito de disponer de una elevada cualificación o especialización, tal y como estos conceptos se definen en los Decretos legislativos número 108, de 2 de junio de 2012, y número 206, de 9 de noviembre de 2007.

La reducción se incrementa al 60 % (es decir, únicamente se integra un 40 % de la renta, hasta 600.000 euros) cuando (apartados 4 y 5 del artículo 5 del Decreto Legislativo):

i. El trabajador se desplaza a Italia junto con —al menos— un hijo menor, o bien tiene un hijo o adopta a un menor de edad durante el periodo de duración del régimen (en este caso, el incremento de la reducción solamente se aplica a partir del periodo impositivo en el que se produce el nacimiento o adopción, sin efectos retroactivos a ejercicios anteriores).

ii. El hijo menor de edad desplazado con el trabajador, nacido o adoptado durante el periodo de aplicación del régimen sigue siendo residente en Italia.

Finalmente, la norma prevé que quienes hubieran transferido su residencia a Italia durante el año 2024 y hubieran adquirido un inmueble de uso residencial destinado a ser su vivienda habitual en Italia antes de 31 de diciembre de 2023 y dentro de los doce meses anteriores a su desplazamiento puedan aplicar el régimen durante tres periodos impositivos adicionales a los iniciales. No obstante, la reducción aplicable a los rendimientos obtenidos durante estos tres periodos impositivos es siempre del 50 % (no resulta aplicable la reducción del 60 % a pesar de que se tengan o adopten descendientes que sigan residiendo en Italia durante esos tres periodos impositivos).

En comparación con el antiguo régimen especial para trabajadores impatriados, este nuevo régimen supone un endurecimiento de las condiciones de acceso, dado que hasta ahora se permitía el acceso al régimen habiendo residido fuera de Italia durante tan solo veinticuatro meses. En cambio, la nueva norma extiende el periodo de no residencia previo a tres años con carácter general (y a seis o siete en los casos especiales que ya se han comentado). También se endurecen las condiciones de permanencia, puesto que antes se exigía permanecer en Italia durante dos años mientras que ahora este plazo se amplía a cuatro años.

La duración del régimen obedece a la misma tendencia: la nueva norma resulta aplicable durante cinco periodos impositivos (el de traslado y los cuatro siguientes) y solamente la norma transitoria prevé que durante 2024 se pueda extender el régimen tres periodos impositivos adicionales. En contraste, la anterior norma tenía una duración general de cinco periodos impositivos, pero recogía diversas situaciones en las que era posible ampliarla hasta los diez años y cuya verificación no resultaba particularmente gravosa (tener o haber tenido antes del desplazamiento un hijo, adquirir una vivienda habitual en Italia una vez desplazado a este territorio, etc.).

También en términos de ventaja fiscal el nuevo régimen sale perjudicado en relación con el anterior. Así, la reducción del 50 % (60 % en algunos casos) bajo este nuevo régimen contrasta con la del 70 % prevista en el régimen anterior con carácter general. De hecho, esta última se incrementaba al 90 % si el contribuyente trasladaba su residencia a las regiones de Abruzzo, Apulia, Basilicata, Calabria, Campania, Cerdeña, Molise o Sicilia (apartado 5.bis del artículo 16 del Decreto Legislativo número 147, de 14 de septiembre de 2015). La nueva norma no recoge en cambio ningún beneficio especial para estas regiones del sur de Italia ni tampoco para ninguna otra área geográfica determinada.

Teniendo en cuenta que el tipo marginal máximo previsto en la normativa italiana es del 43 % para bases liquidables superiores a 50.000 euros (artículo 11 del TUIR), un cálculo rápido nos podría llevar a la conclusión de que, en términos generales, este régimen supone un tratamiento ligeramente más favorable que el Régimen de Impatriados, ya que implica una tributación efectiva del 21,5 % hasta 600.000 euros (17 % cuando la reducción es del 60 %) y del 43 % a partir de esta cifra. La ventaja es de hecho mayor que la que esta comparación aproximada indica, ya que debe tenerse en cuenta que la norma italiana se refiere exclusivamente a la forma de calcular la base imponible y no una remisión a la normativa para no residentes. Esto significa que en Italia es posible aplicar los gastos deducibles, mínimos exentos, deducciones, etc., generales mientras que en el Régimen de Impatriados con carácter general esto no es posible. También debe tenerse en cuenta que el IRPF italiano (IRPEF) también es progresivo, luego los primeros 150.000 euros de renta (que se traducen en 75.000 euros de base imponible) no tributarían a un tipo efectivo del 21,50 %, sino inferiores (recordemos que el 21,50 % resulta de aplicar el marginal máximo del 43 %). Por tanto, la comparativa real demuestra que el régimen italiano es aún más beneficioso fiscalmente que el Régimen de Impatriados. En contrapartida, este régimen no prevé ninguna especialidad para las rentas obtenidas en el extranjero, mientras que el Régimen de Impatriados sí lo hace.

Cabe finalmente destacar el hecho de que, a pesar de la denominación del propio régimen (*dei lavoratori impatriati*), el régimen no parece limitarse únicamente a trabajadores, sino que los autónomos (*liberi profesionisti)* también podrían aplicarlo. Esto supone una diferencia con el Régimen de Impatriados español, el cual únicamente permite a los autónomos acceder a él en los casos que se han comentado en el apartado 2 de este artículo. Sin embargo, cabe señalar que esta cuestión —que el régimen podía aplicarse a autónomos— no ha sido todavía confirmada expresamente por la Administración fiscal italiana (*Agenzia delle Entrate*), aunque esta sí se había pronunciado favorablemente sobre la materia en relación con el anterior régimen (*Regime speciale per lavoratori impatriati*), cuya redacción era similar en este punto (véase por ejemplo, la consulta número 32, de 19 de enero de 2022, o la circular 33/E, de 28 de diciembre de 2020).

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

Se trata de un régimen de franquicia a través del cual los contribuyentes que transfieren su residencia a Italia pueden pagar un impuesto de 200.000 euros anuales (100.000 euros hasta 10 de agosto de 2024[4]) que sustituye al que deberían pagar por todas sus rentas de fuente extranjera, de ahí su denominación como "impuesto sustitutivo". Conviene señalar, por su contraste con el Régimen de Impatriados, que para la Administración tributaria italiana (por ejemplo, respuesta número 83, de 14 de febrero de 2022 o circular número 17/E, de 23 de mayo de 2017), cuando un trabajador desempeña su trabajo parcialmente en el extranjero, la parte de su retribución que se corresponda con el trabajo desarrollado en el extranjero también entra dentro de la aplicación de este impuesto sustitutivo.

La única condición que se establece para aplicar este régimen es no haber sido residente fiscal en Italia durante al menos nueve de los últimos diez periodos impositivos previos a la solicitud de este régimen (apartado 1 del artículo 24.bis del TUIR). Una vez solicitada su aplicación, el régimen es aplicable durante un máximo de quince periodos impositivos (apartado 4 del artículo 24.bis).

El régimen puede extenderse a los familiares del contribuyente que cumplan las mismas condiciones. El término *familiar* se define por referencia al artículo 433 del Código Civil italiano (*Regio Decreto 16 marzo 1942- XX, n. 262, Approvazione del testo del Codice Civile*) y, por tanto, se expresa en términos muy amplios. Así, se incluyen no solo el cónyuge y los descendientes directos, sino que, en ausencia de hijos, también pueden aplicarlo el resto de descendientes, los padres (y, en ausencia de estos, el resto de ascendientes), hermanos, suegros, yernos y nueras. Cada uno de estos familiares paga únicamente 25.000 euros de impuesto sustitutivo en lugar de los 200.000 euros que paga el contribuyente que habilita la concesión del régimen.

Cabe señalar que, bajo este régimen, las rentas de fuente nacional italiana quedan sometidas al régimen general. Igualmente, el contribuyente también puede optar por aplicar este régimen únicamente a las rentas con origen en ciertos territorios, quedando el resto sometidas al régimen general de tributación (apartado 5 del artículo 24.bis). Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es que, debido a la cantidad del impuesto sustitutivo y teniendo en cuenta que las rentas de fuente nacional se someten al tipo de gravamen ordinario, solo resulta atractivo en el caso de que las rentas de fuente extranjera sean significativas. Así, en el ficticio escenario de que todas las rentas de fuente extranjera quedaran sujetas a un tipo de gravamen efectivo del 43 % (marginal máximo aplicable en Italia, como ya se ha indicado), este régimen solamente resultaría fiscalmente ventajoso si las rentas brutas excedieran los 465.116 euros. Este límite se incrementaría en el supuesto de que el tipo medio de gravamen aplicable a estas rentas de fuente extranjera fuera menor.

Finalmente, no puede concluirse este apartado sin apuntar las dudas que una parte de la doctrina científica italiana ha planteado sobre la compatibilidad de este régimen con su constitución (véanse Turri, 2021; Stevanato, 2020; Schiavolin, 2018; Marianetti, 2017, entre otros). En particular, se ha apuntado la posible incompatibilidad con el principio de igualdad (artículo 3) y con el de capacidad contributiva, el cual viene recogido en el artículo 53 de su Constitución, cuyo literal (*Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informatio a criteri di progressività*) recuerda a nuestro artículo 31 en tanto que esta-

blece el principio de universalidad, el de capacidad económica y el de progresividad. También se ha planteado la potencial incompatibilidad con los principios del derecho comunitario y también se ha planteado su compatibilidad con el principio de reserva de ley (artículo 23) por cuestiones formales relativas a la forma de acceder al régimen que exceden el propósito de este artículo.

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

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

- Trasladen su residencia desde un territorio con el que exista un acuerdo de cooperación administrativa con Italia a las regiones de Abruzzo, Basilicata, Campania, Calabria, Cerdeña, Molise, Puglia o Sicilia, o bien a determinados municipios ajenos a estos territorios que se especifican en la normativa de desarrollo. Contrasta, por tanto, con el régimen anterior, que no está condicionado al traslado a una zona de terminada del país.

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

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

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

4.2. Los regímenes tributarios especiales para impatriados en Portugal

4.2.1. FIN DEL RÉGIMEN DE LOS RESIDENTES NO HABITUALES Y RÉGIMEN TRANSITORIO

El régimen de los residentes no habituales, vigente en Portugal con sus distintas redacciones desde 2009, fue derogado por la Ley del Presupuesto General del Estado para 2024 (*Artigo 236.º, n.ºs 3 - 5 da Lei n.º 82/2023, de 29 de dezembro, que aprova o Orçamento de Estado para 2024*).

No obstante, bajo el régimen transitorio aprobado por la Ley de Presupuesto de Estado portugués para 2024, el régimen de residentes no habituales continuará siendo aplicable por un periodo total de diez años contados desde el año de traslado de residencia fiscal a Portugal para las personas físicas que:

- ya se encontrasen registradas como residentes no habituales en Portugal a finales de 2023;

- a finales de 2023 reuniesen los requisitos para ser considerados residentes fiscales en Portugal (aunque su registro como residentes fiscales no haya sido completado hasta el final del año);

- se registren como residentes fiscales en Portugal antes del final de 2024 y declaren a efectos de su registro (i) haber celebrado antes del final de 2023 un contrato de trabajo, de promesa de trabajo o de desplazamiento para el desarrollo de funciones profesionales en Portugal; (ii) haber celebrado contrato de reserva o promesa de adquisición de un bien inmueble en Portugal, contrato de alquiler u otro contrato que conceda el uso o la posesión de un bien inmueble en Portugal hasta el 10 de octubre de 2023; (iii) haber matriculado a sus hijos o personas dependientes en un centro de enseñanza en Portugal antes del 10 de octubre de 2023; o (iv) tener ya visado o autorización de residencia en Portugal validos antes del 31 de diciembre de 2023 o haber iniciado un procedimiento de concesión antes de esta fecha; o

- sean miembros del núcleo familiar de contribuyentes en las situaciones descritas en las líneas anteriores.

En consecuencia, el régimen puede continuar siendo de aplicación hasta el año 2034 para aquellos residentes que se desplacen durante este año 2024 a Portugal. Nos remitimos por tanto a nuestro anterior artículo para quienes todavía estén interesados en revisar las condiciones y contenido de este régimen.

4.2.2. NUEVO RÉGIMEN DE INCENTIVO A LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y A LA INNOVACIÓN

En sustitución del régimen de los residentes no habituales, el presupuesto general del Estado portugués para 2024 ha creado un nuevo régimen de incentivo a la investigación científica y a la innovación, con el objetivo de atraer a Portugal a aquellas personas físicas que desarrollen actividades consideradas de alto valor añadido (de acuerdo con el recién-aprobado *Artigo 58.º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais*).

La mayor diferencia para el anterior régimen de residentes no habituales está en los requisitos de acceso al régimen, ya que ahora se exige —además de no haber sido residente fiscal en Portugal en los cinco años anteriores al cambio de residencia para Portugal y no haberse beneficiado del régimen de residentes no habituales ni de exresidentes— que la persona física desempeñe una de las siguientes funciones profesionales en los siguientes ámbitos:

i. Enseñanza superior o la investigación científica.

ii. Organizaciones reconocidas como centros de tecnología e innovación, certificadas de acuerdo con la normativa específica que las regula.

iii. Empresas acogidas a las prestaciones contractuales por inversión productiva (proyectos de inversión por importe solicitado superior a los 3.000.000 de euros y que cumplan determinadas condiciones, como el hecho de que el proyecto de inversión se enmarque en una de las actividades que la ley considera como estratégicas para Portugal, tales como las industrias extractivas y manufactureras, las de alojamiento, restaurantes, actividades de edición y de producción de películas, vídeo y programa de televisión, consultoría y programación, actividades de tratamiento de datos, alojamiento de información y portales web, actividades de investigación y desarrollo científico, de interés turístico y administrativas y de apoyo a las empresas —véase la *Portaria n.º 282/2014, de 30 de dezembro*—).

iv. Entidades con certificación de *start up* en el país.

v. Actividades desarrolladas por residentes fiscales en las Regiones Autónomas de Madeira y Azores, bajo regulación regional que deberá desarrollarse.

En el caso de los números 2, 3 y 4 anteriores es posible gozar del régimen siendo miembro del órgano de administración de una de las entidades señaladas, sin que se exija, por tanto, una relación laboral.

El acogimiento a este régimen exige que las personas físicas beneficiarias obtengan cada año ingresos de al menos una de las actividades arriba listadas. Además, si no se obtienen ingresos por ninguna de estas actividades durante un periodo superior a seis meses, se pierde el derecho a aplicar el régimen.

Los beneficios del nuevo régimen, que es aplicable durante diez ejercicios, son similares a los del anterior régimen de los residentes no habituales:

A. Se aplica un tipo fijo del 20 % a los rendimientos del trabajo dependiente y a los rendimientos de actividades empresariales o profesionales (tal y como se definen en el artículo 1 a 4 del Código del Impuesto sobre la Renta Portugués), siempre que estos rendimientos se deriven de las actividades listadas en la ley.

B. Se declaran exentos los rendimientos del trabajo, empresariales y profesionales, los rendimientos del capital mobiliario e inmobiliario y las ganancias patrimoniales obtenidas en el extranjero. La exención no será aplicable a las rentas de pensiones obtenidas en el extranjero, que quedarán sujetas a los tipos generales del impuesto sobre la renta de las personas físicas portugués. Tampoco se aplica a los ingresos pagados por entidades residentes en territorios considerados como paraísos fiscales bajo la ley portuguesa (los cuales serán sometidos a un tipo fijo de tributación del 35 %).

5. Comentario crítico y conclusiones

Como puede comprobarse, las ventajas de los regímenes especiales previstos por la normativa portuguesa e italiana respecto del Régimen de Impatriados que apuntamos en nuestro primer artículo han quedado reducidas significativamente hasta el punto de que, analizando los distintos regímenes globalmente, no parece que el Régimen de Impatriados quede en una situación de desventaja significativa respecto de los otros dos (aunque persisten algunas debilidades importantes). Vamos a ilustrar este punto comparando diversos aspectos de estos regímenes.

El primero de ellos son los años de no residencia necesarios para la aplicación de los distintos regímenes. El régimen para trabajadores impatriados italiano sigue teniendo —a pesar de su endurecimiento— ventaja con tres años de no residencia frente a los cinco que se exigen en España y en Portugal. No obstante, también es cierto que en algunos casos las condiciones de acceso al régimen italiano son más gravosas que las españolas, incrementando a seis o a siete años el periodo de no residencia requerido.

Otro punto importante son los motivos del traslado a cada país. En el Régimen de Impatriados se sigue exigiendo que el traslado obedezca a una causa concreta y haya una relación de causalidad entre el traslado y esa causa, mientras que el régimen italiano no lo prevé. Ni en Portugal ni en Italia se prevé esa relación de causalidad como requisito, si bien es cierto que el nuevo régimen portugués de incentivo a la investigación científica y la innovación es más restricto en cuanto exige el desarrollo de actividades profesionales concretas, y el régimen especial para trabajadores impatriados italiano también requiere disponer de una elevada cualificación o especialización. En España, únicamente se exige una capacitación concreta para el último de los nuevos supuestos de acceso al Régimen de Impatriados (servicios en España a empresas emergentes o para llevar a cabo actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación).

Un aspecto que mitiga esta mayor rigidez de la norma española que ya apuntamos en nuestro primer artículo es el hecho de que el Régimen de Impatriados permite extender la aplicación a cónyuges, parejas de hecho con descendientes en común y descendientes menores de 25 años o con discapacidad, previsión que ninguno de los otros regímenes contempla (salvo el impuesto sustitutivo sobre las rentas de fuente extranjera generadas por personas que trasladan su residencia fiscal a Italia) y que valoramos muy positivamente. Cabe lamentar, no obstante, que el Reglamento del IRPF haya introducido restricciones como la necesidad de mantener la situación de discapacidad o seguir teniendo menos de 25 años para seguir aplicando el Régimen de Impatriados. A nuestro juicio, estos requisitos suponen trabas innecesarias que no responden a una política fiscal razonable.

Otra pequeña crítica que se le puede hacer y que ya introdujimos en el primer artículo es la limitación al cónyuge (o pareja) e hijos en lugar de optar por una definición más flexible que se adapte a las nuevas realidades sociales. Habría sido audaz, sin duda, haber permitido la aplicación a los miembros de la "unidad de convivencia" del contribuyente. Podrían haberse establecido medidas antiabuso, como establecer que la carga de la prueba de esa convivencia recaería en el contribuyente o que se requiriese un periodo mínimo de duración posterior de esta. También podría permitirse la aplicación del régimen a parejas de hecho debidamente registradas con independencia

de que existan o no hijos comunes. Seguimos considerando que, en cambio, la solución italiana de referirse a los familiares con los que existe una obligación de alimentos supondría extender excesivamente la aplicación del régimen incluyendo supuestos difíciles de justificar desde el punto de vista de la política fiscal.

Debe señalarse también que los impuestos sustitutivos italianos tienen, o bien requisitos más gravosos en cuanto al número de años (caso del impuesto sustitutivo sobre las rentas de fuente extranjera generadas por personas que trasladan su residencia fiscal a Italia) o bien requisitos idénticos (caso del impuesto sustitutivo sobre las rentas de las personas físicas perceptoras de pensiones de fuente extranjera que transfieren su residencia fiscal al sur de Italia). Así pues, la conclusión es que el Régimen de Impatriados se encuentra, en líneas generales, dentro del estándar internacional en este aspecto.

Otro punto en el que podemos fijarnos es el tipo efectivo de gravamen. En este punto, el Régimen de Impatriados ha reducido significativamente la distancia con sus regímenes análogos italiano y portugués, pero sigue resultando marginalmente menos atractivo. Para la generalidad de las rentas, la diferencia nominal hasta rentas de 600.000 euros es de un 2,5 % con Italia y del 4 % con Portugal (24 % vs. 21,5 % en Italia —17,2 % en algunos casos— y 20 % en Portugal). No obstante, como hemos apuntado, debe tenerse en cuenta que en Italia el tipo efectivo pagado es en realidad menor por la existencia de deducciones, reducciones y gastos deducibles superiores a los que se pueden aplicar en Portugal y en España (sería buena idea, en este sentido, permitir a los contribuyentes bajo el Régimen de Impatriados al menos deducir lo que habrían podido deducirse con arreglo a la normativa del Impuesto sobre la Renta de No Residentes). Para rentas superiores a 600.000 euros, destaca Portugal por mantener el tratamiento fiscal privilegiado, mientras que los regímenes italiano y español pasan a tipos mucho menos atractivos.

En contrapunto con esta realidad debe apuntarse que el Régimen de Impatriados ofrece una exención para las rentas de fuente extranjera (con las excepciones ya comentadas de los rendimientos del trabajo y los de actividad económica), lo cual no hace el régimen de trabajadores impatriados italiano, y los impuestos sustitutivos no suponen una exención plena, sino solo una disminución en el tipo de gravamen o el pago de un impuesto fijo. El régimen portugués en este punto, en cambio, es similar al español al ofrecer tributación territorial con excepciones como las de las pensiones o las rentas obtenidas a través de paraísos fiscales.

También es importante apuntar que el Régimen de Impatriados bonifica la totalidad de las rentas de la base imponible general (rentas del trabajo, rendimientos del capital inmobiliario, etc.), mientras que los otros dos regímenes son más restrictivos en este punto. Así, el régimen italiano únicamente permite bonificar rendimientos producidos en Italia y que se califiquen como rendimientos del trabajo dependiente, rendimientos asimilados al trabajo dependiente o los rendimientos del trabajo autónomo derivados del ejercicio de artes y profesiones. Por su parte, el régimen portugués se limita a los rendimientos del trabajo dependiente y a los rendimientos de actividades empresariales o profesionales (tal y como se definen en el artículo 1 a 4 del Código del Impuesto sobre la Renta Portugués), siempre que estos rendimientos se deriven de determinadas actividades listadas en la ley.

Por otro lado, y como ya apuntamos en el primer artículo, los regímenes portugués e italiano no prevén ninguna especialidad en el ámbito de la fiscalidad patrimonial, cosa que sí hace el Régimen de Impatriados. No obstante, el motivo es que en Italia y en Portugal no existe un impuesto equivalente al Impuesto sobre el Patrimonio o al Impuesto Temporal sobre Grandes Fortunas[5]. Por esta razón, como ya dijimos en el primer artículo, la sujeción a tributación por obligación real del Régimen de Impatriados lo único que hace es disminuir la desventaja en la que se encuentra la norma española respecto de sus homólogas.

En este sentido, y como dijimos en el primer artículo, varios grupos parlamentarios intentaron durante la tramitación parlamentaria de la Ley que se ampliara la tributación por obligación real al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, pero estas propuestas no prosperaron. Seguimos creyendo que esta modificación habría sido coherente con la configuración del Régimen de Impatriados y nos habría situado en una posición de ventaja respecto de Portugal e Italia, que no prevén nada al respecto (ni siquiera en el caso de los impuestos sustitutivos), pero solución que no parece coherente.

Así pues, analizando el régimen de tributación de los distintos regímenes en su conjunto, no parece evidente que el Régimen de Impatriados otorgue a los contribuyentes un peor tratamiento general que sus homólogos. Más bien parece que los regímenes establecen condiciones más o menos comparables, siendo superiores en algunos casos e inferiores en otros, y que la opción por uno u otro régimen requerirá un análisis caso por caso de la situación de cada contribuyente.

Un aspecto en el que el Régimen de Impatriados sí está en desventaja es el de la posibilidad de realizar actividades económicas. En este sentido, aunque el Régimen de Impatriados después de la modificación operada por la Ley permite la obtención de rendimientos de actividades económicas, sigue existiendo una limitación muy grande al tipo de actividades que se pueden desarrollar sin que se pueda identificar una razón de política, económica y fiscal clara que lo justifique. Es cierto que el régimen portugués contiene una limitación similar (solo pueden beneficiarse del régimen rendimientos de determinadas actividades listadas, bajo el nuevo régimen), pero el régimen italiano es más ventajoso en este sentido.

Finalmente, la duración del Régimen de Impatriados una vez que se accede a él también ha mejorado su posición relativa, ya que ahora es superior a la del régimen especial para trabajadores impatriados italiano con carácter general (año de traslado más cinco años contra año de traslado más cuatro años), aunque el régimen italiano sigue contemplando la posibilidad de prórroga por hasta tres años más. Portugal, en cambio, sigue ofreciendo un tratamiento más favorable, ya que su régimen se aplica durante diez años. Es una lástima en este sentido que no se hubiera mantenido la previsión del anteproyecto de la Ley, conforme al cual el Régimen de Impatriados habría sido aplicable por once periodos impositivos (el de traslado más diez).

Así pues, nuestra conclusión es la de que, tras las medidas introducidas por la Ley y los cambios normativos que ha habido en Portugal e Italia, el Régimen de Impatriados se ha equiparado sustancialmente con sus regímenes análogos, llegando a superarlos en algunos aspectos. Ya no cabe afirmar con carácter general que España se encuentra en una situación de clara desventaja competitiva, sin perjuicio de que en algunos aspectos concretos siga por detrás.

En particular, creemos que podría ser interesante plantear supuestos concretos en los que la duración del régimen pudiera extenderse en el tiempo. Por ejemplo, se podría plantear una extensión hasta diez años si se realizan determinadas inversiones, se emprenden determinados proyectos empresariales, se produce un desplazamiento a determinadas zonas del país, como por ejemplo la llamada *España vaciada*, o se contribuyera a reducir la crisis de natalidad teniendo un cierto número determinado de hijos. Otro aspecto clave que creemos que debería flexibilizarse es el requisito de no obtención de rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente. Como solución de compromiso, podría exigirse que estas no representaran más de cierto porcentaje de las rentas totales (por ejemplo, 25 %), o establecer una franquicia mínima que no afectara a la aplicación del régimen (por ejemplo, 50.000 euros), o bien aclarar que no afecta a la aplicación del régimen la obtención de estos rendimientos fuera de España.

Llegados a este punto, merece la pena recuperar la reflexión que introdujimos en el primer artículo sobre el distinto enfoque del régimen italiano frente a los de España y Portugal. Allí sostuvimos que los regímenes de España y Portugal se centraban sobre todo en mejorar el tratamiento fiscal de las rentas de fuente extranjera, mientras que en Italia había una especialización de regímenes: el régimen especial para trabajadores impatriados mejoraba el tratamiento de los rendimientos del trabajo (ahora diluido) sin prever mejoras en las rentas de fuente extranjera, y viceversa, los impuestos sustitutivos mejoraban el tratamiento de las rentas de fuente extranjera sin establecer mejoras para los rendimientos del trabajo (salvo los de fuente extranjera). Seguimos pensando que si el objetivo del Régimen de Impatriados es atraer profesionales de alto valor añadido, interesaría adoptar un enfoque de mejora de las rentas del trabajo (y, en su caso, actividades económicas) aunque fuera a costa de empeorar el tratamiento de las rentas de fuente extranjera. Alternativamente, podría plantearse un enfoque similar al de Italia con dos regímenes, uno centrado en mejorar el tratamiento de las rentas del trabajo y de actividades económicas pensado para profesionales y otro centrado en el tratamiento de las fuentes de renta extranjera pensado para altos patrimonios.

También nos remitimos finalmente a las reflexiones que introdujimos en el primer artículo sobre la conveniencia o no de introducir un régimen especial similar al de Italia para atraer a personas en edad de jubilación (Portugal también tuvo en el pasado un régimen particularmente favorable en este sentido). Seguimos creyendo que esta opción debe estudiarse detenidamente, dado que, como señalamos, nuestro país ya resultaba bastante atractivo para estos perfiles, como ha señalado recientemente Audley Villages en su artículo "The places most prepared for retirement around the world".

En resumen, las conclusiones de nuestro primer artículo han quedado en buena medida superadas en la medida en la que el Régimen de Impatriados ha quedado mayormente equiparado a sus homólogos italianos y portugueses como consecuencia de la combinación de su mejora a través de la Ley y los cambios normativos que se han producido en Portugal e Italia, y que suponen un empeoramiento de sus regímenes especiales. Ahora los tres regímenes presentan ventajas e inconvenientes y, por tanto, la elección de uno u otro requiere de un análisis específico del caso concreto de cada contribuyente. En este sentido, estas pequeñas diferencias no deberían implicar, a nuestro juicio, que muchos contribuyentes dejaran de venir a España por ese tratamiento ligeramente más perjudicial, siempre que tengan garantizado el acceso al régimen.

En relación con el acceso al régimen, quedan precisamente algunas áreas de mejora, a nuestro juicio. Así, podría plantearse la flexibilización de las condiciones de acceso al régimen en caso de ejercicio de actividad económica o la revisión de los nuevos supuestos de acceso al régimen de familiares asociados al contribuyente principal. También creemos interesante abrir el debate sobre la posible prórroga de duración del Régimen de Impatriados en supuestos específicos, como podría ser el traslado a determinadas áreas del territorio nacional, la inversión en sectores estratégicos o la creación de empleo, o bien la contribución a paliar la crisis de natalidad de España.

En cualquier caso, no cabe duda de que el Régimen de Impatriados ha mejorado su posición competitiva en los últimos años, lo cual es una buena noticia para España.

Bibliografía

ARTAMENDI, Alberto *et al.* (2024). Regímenes tributarios especiales para impatriados: una comparación con Italia y Portugal desde la modificación operada por la Ley de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, p. 93 y ss. Recuperado de https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8678/documento/ajum-63.pdf?id=13530&forceDownload=true.

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

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

CUATRECASAS (2023). El Proyecto de ley de presupuesto estatal para 2024 propone el fin del régimen de Residentes No Habituales. Recuperado de https://www.cuatrecasas.com/es/portugal/art/end-of-nhr-regime.

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

LULIANO, Lucrecia *et al.* (2024). Nuovo Regime Impatriati 2024. *Nexum STP.* Recuperado de https://www.dottrinalavoro.it/wp-content/uploads/2024/04/Ebook-IMPATRIATI-2024-rev.-11.04.pdf.

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

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

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

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

VON KIRCHMANN, J. (1847). *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Conferencia pronunciada en la Sociedad Jurídica de Berlín — Ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin — en 1847 y publicada en 1848 (Berlín).

Notas

1 Traducción libre del original.

2 Esto es, formación de enseñanza superior de duración mínima de tres años y equivalente al menos al Nivel 2 del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior, correspondiente con el nivel 6 del Marco Español de Cualificaciones para el Aprendizaje Permanente y mismo nivel del Marco Europeo de Cualificaciones (EQF) o formación equiparable al menos al nivel 1 del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior, correspondiente con el nivel 5A del Marco Español de Cualificaciones para el Aprendizaje Permanente.

3 N.d.T. De forma más literal, *agevolativo* podría traducirse como "facilitador" o "aligerante".

4 Véase el *Decreto-Legge 9 agosto 2024, n. 113. Misure urgenti di carattere fiscale, proroghe di termini normativi ed interventi di carattere economico.*

5 Como indicamos en nuestro primer artículo, en Portugal y en Italia existe un Impuesto sobre Bienes Inmuebles, que en el caso de Portugal se limita a los inmuebles sitos en este país (*Imposto Municipal sobre Imóveis*), mientras que en Italia se tributa tanto por la tenencia de inmuebles en el extranjero (*Imposta sul valore degli immobile situati all'estero*) como por los que están en Italia (*Imposta municipale unica*). Además, en Italia existe el impuesto sobre inversiones financieras (*Imposta sul valore delle Attivita Finanziarie detenute all' estero*). No obstante, los impuestos sustitutivos italianos permiten la no tributación por estos impuestos ni por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones respecto de bienes o derechos situados fuera de Italia.

Derechos Humanos

DERECHOS HUMANOS Y LITIGACIÓN CLIMÁTICA: LA SENTENCIA DEL TEDH EN EL ASUNTO *VEREIN KLIMASENIORINNEN SCHWEIZ C. SUIZA*

Iñigo Ormaeche Lendínez y Diego Sánchez Borjas*

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

Derechos humanos y litigación climática: la sentencia del TEDH en el asunto *Verein Klimaseniorinnen Schweiz c. Suiza*

El TEDH ha condenado a Suiza por vulneración del CEDH. Entiende el TEDH que la inacción del Estado ha puesto en riesgo el derecho a la vida privada y familiar de los miembros de la asociación demandante, incumpliendo así las obligaciones positivas que se derivan del referido derecho.

Además de esta novedosa interpretación del artículo 8 del CEDH, la sentencia contiene pronunciamientos y criterios procesales de gran relevancia para el futuro de la litigación climática.

PALABRAS CLAVE:
Medio ambiente, Derechos humanos, Responsabilidad de los Estados, Legitimación activa, Doctrina del margen de apreciación.

* Abogados del Área de Derecho Público y Medioambiente de Uría Menéndez (oficinas de Madrid y de Barcelona).

Human rights and climate litigation: ECtHR judgment in Verein Klimaseniorinnen Schweiz v. Switzerland

The ECtHR has condemned Switzerland for violating the ECHR. The ECtHR has considered that Switzerland's inaction on climate change has put the right to respect for private and family life of the members of the claimant's association at risk and thus has failed to fulfil the positive obligations arising from that right.

In addition to this innovative interpretation of Article 8 of the ECHR, the judgment contains statements and procedural criteria of great significance for the future of climate litigation.

KEYWORDS:
Environment, human rights, State liability, locus standi, margin of appreciation doctrine.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-11-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 29-11-2024

Ormaeche Lendínez, Iñigo; Sánchez Borjas, Diego (2024). Derechos humanos y litigación climática: la sentencia del TEDH en el asunto *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz c. Suiza*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 302-316 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar brevemente el impacto de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el "TEDH"), de 9 de abril de 2024, dictada en el asunto *Verein Klimaseniorinnen Schweiz c. Suiza* (la "Sentencia") en la configuración del contenido esencial de los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (el "CEDH" o el "Convenio") en el contexto del cambio climático.

En primer lugar, se expondrá la novedosa interpretación que la Sentencia realiza del derecho al respeto a la vida personal y familiar, recogido en el artículo 8 CEDH; en concreto, que el CEDH protege a los particulares que, como consecuencia de la inacción del Estado parte por cumplir con su obligación de luchar contra el cambio climático, sufran o tengan el riesgo de sufrir daños derivados de los efectos adversos del cambio climático. Las consideraciones de la Sentencia respecto de la vulneración del artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) exceden del objeto del presente artículo. En la segunda parte de este trabajo se abordarán los aspectos más relevantes y los retos que la Sentencia ha planteado para la litigación climática. Naturalmente, las consideraciones del TEDH recogidas en la Sentencia juegan un papel clave en el desarrollo de la litigación climática ante los tribunales nacionales.

A diferencia de otros tratados internacionales, el CEDH no reconoce expresamente el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado, de forma que no existe, en principio, una obligación específica de los Estados parte del CEDH de garantizar o proteger, de forma autónoma, el medio ambiente. Lo que sí existe —según declara ahora el TEDH— es la obligación de mitigar o reducir los efectos adversos del cambio climático sobre los personas y el medio ambiente.

En este contexto, la Sentencia ha supuesto una relevante innovación de la jurisprudencia consolidada del TEDH en materia medioambiental, toda vez que es la primera vez que se condena a un Estado por su inacción en la lucha contra los efectos del cambio climático, en la medida que

tal inacción constituye un incumplimiento de su obligación de proteger a su población de efectos del cambio climático. En particular, esta Sentencia tiene la vocación de establecer criterios jurisprudenciales que regirán la admisibilidad de futuras demandas o quejas, así como el alcance del examen del cumplimiento por el Estado parte de sus obligaciones positivas bajo el CEDH en el contexto del cambio climático.

Estos nuevos criterios, dado el carácter vinculante de las resoluciones del TEDH, constituirán el estándar que deberá satisfacer el marco legal, regulatorio y administrativo de cada Estado parte para cumplir con las obligaciones que en materia de cambio climático se derivan del CEDH. En principio, parece que de esta forma la Sentencia estaría abriendo la puerta a una mayor litigiosidad en contra de las medidas ya implementadas (o que están implementándose) por cada Estado parte en materia de cambio climático.

Sin embargo, según se expone en este artículo, este efecto incentivador de la legitimación climática es aparente, toda vez que la Sentencia establece unos umbrales exigentes en cuanto a la legitimación necesaria para reclamar la vulneración de derechos protegidos por el CEDH en el contexto del cambio climático. Asimismo, en caso de superar los referidos umbrales de admisibilidad, la Sentencia perfila los contornos a los que deberá ajustarse la verificación del cumplimiento por parte del Estado de su margen de apreciación para adoptar las medidas necesarias para proteger a la población.

Por último, el presente artículo se pronuncia sobre los problemas que plantea la ejecución de la Sentencia en el marco del sistema diseñado por el CEDH.

2. Breve referencia a los antecedentes fácticos de la Sentencia

La Sentencia resuelve la demanda planteada contra Suiza por la asociación *Verein Klimaseniorinnen Schweiz*, una asociación compuesta por mujeres de edad avanzada y cuyo objeto es la promoción y aplicación de una protección climática eficaz (la "Asociación"), y cuatro personas físicas miembros de la Asociación (los "Miembros" y junto con la Asociación, las "Demandantes").

Las Demandantes denunciaron que el citado Estado habría incurrido en una serie de omisiones relevantes al establecer el marco regulatorio en materia de mitigación del cambio climático y de sus efectos adversos. Estas omisiones habrían vulnerado, según las Demandantes, los derechos a la vida (artículo 2 del CEDH), a un proceso equitativo (artículo 6 del CEDH), al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 del CEDH) y a un recurso efectivo (artículo 13 del CEDH).

La demanda tiene su origen en la desestimación de la solicitud que las Demandantes presentaron ante varias Administraciones suizas con competencias en medio ambiente —entre otras, el Consejo Federal y el Departamento Federal de Medio Ambiente, Transporte, Energía y Comunicaciones— (la "Solicitud"). En la referida Solicitud se requería expresamente a los órganos administrativos federales competentes que adoptasen las medidas necesarias, bajo la Constitución federal suiza y el CEDH, para combatir el incremento de la temperatura global promedio con la finalidad

de proteger la vida y la salud de las Demandantes. Las mentadas administraciones desestimaron la Solicitud por motivos de legitimación y, además, sostuvieron que las Demandantes no habían acreditado que las supuestas omisiones relativas a la adopción de medidas en el contexto de cambio climático pudieran afectar sus derechos u obligaciones.

Esta desestimación fue confirmada en la vía judicial tanto por el Tribunal Administrativo Federal como por el Tribunal Supremo Federal. Ambos tribunales concluyeron, sin entrar a valorar el fondo de la Solicitud, que las Demandantes intentaban ejercitar una acción popular para reclamar la adopción de una medida general y abstracta en materia de cambio climático, lo que, bajo el derecho suizo, carecía de base legal para sustentar una reclamación a la Administración para que adopte una decisión formal. Con todo, el Tribunal Supremo decidió no pronunciarse sobre la legalidad de la desestimación de la Solicitud presentada por la Asociación.

Tras repasar prolijamente los antecedentes, la Sentencia revisa el complejo entramado normativo aplicable en materia de cambio climático. Este entramado está compuesto por una ingente cantidad de normas internacionales y europeas relativas al cambio climático (por ejemplo, la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático de 1992) y el acceso a la información pública ambiental (entre otras, la Convención sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente de 1998 —la "Convención de Aarhus"—), así como de los precedentes, legislativos y judiciales, existentes en los Estados parte del CEDH en esta materia.

3. El CEDH en el contexto del cambio climático: el derecho a la vida privada y familiar

La Sentencia analiza de forma pormenorizada e individual las distintas vulneraciones del CEDH denunciadas por las Demandantes, si bien solo resuelve en el fondo aquellas que conciernen a la Asociación (la demanda solo fue declarada admisible en relación con la Asociación). Como se ha adelantado, nos referiremos únicamente a la vulneración del artículo 8.1 CEDH, que recoge el derecho a la vida privada y familiar.

3.1. Sobre la protección del CEDH en materia de cambio climático

Con carácter preliminar, el TEDH subraya los efectos negativos del cambio climático antropogénico sobre los individuos y los ecosistemas. De acuerdo con la Sentencia, este fenómeno es uno de los problemas más acuciantes e importantes del presente. En este sentido, el TEDH reconoce que los esfuerzos de los Estados por atajar esta situación, de una apreciable gravedad y probablemente irreversible, han resultado infructuosos e insuficientes. Todo ello, unido a la copiosa evidencia científica, conduce a declarar que el cambio climático puede afectar, y de forma notable, al disfrute de los derechos humanos protegidos por el Convenio.

Como subraya la Sentencia, el cambio climático es un fenómeno policéntrico, es decir, la particularidad del cambio climático reside en que sus fuentes y consecuencias son difusas y de una notable

variedad. Aquí radica precisamente la diferencia principal entre el caso resuelto por la Sentencia y los casos medioambientales a los que tradicionalmente se ha enfrentado el TEDH. Estamos, además, ante un fenómeno de carácter global, que no se circunscribe a las fronteras de un determinado Estado. El cambio climático no tiene su origen exclusivamente en actividades puntuales o en una única fuente de emisiones, sino que emana de una multitud de fuentes de diversa índole —no solo de las actividades industriales—, a las que se suman las concentraciones históricas de emisiones de gases de efecto invernadero.

Tras realizar estas consideraciones, el TEDH recuerda que los Estados miembros del Consejo de Europa están obligados a garantizar el cumplimiento del CEDH, lo que significa que están obligados, entre otras cosas, a proteger los derechos en él recogidos. La decisión sobre la forma más adecuada y efectiva de garantizar los derechos del CEDH corresponde a los Estados, es decir, estos cuentan con cierto margen de apreciación a la hora de establecer las medidas concretas para el cumplimiento de dicha obligación. En definitiva, el CEDH exige que sus disposiciones se interpreten y apliquen de manera que garanticen que los derechos sean prácticos y efectivos, no teóricos e ilusorios, y de ello se deriva una obligación positiva para los Estados.

En este sentido, el TEDH considera que hay indicios y evidencias suficientes sobre la existencia del cambio climático, así como sobre la grave amenaza, presente y futura, que este supone para las personas y los ecosistemas. Por ello, el TEDH sostiene en la Sentencia que los efectos perniciosos del cambio climático tienen la capacidad de afectar a los derechos consagrados en el CEDH y de esta forma surge para los Estados parte la obligación positiva de establecer y aplicar de manera efectiva un marco normativo que incluya medidas concretas capaces de mitigar y limitar los efectos perniciosos y potencialmente irreversibles del cambio climático.

Para comprobar si el Estado parte cumple con esa obligación positiva debe examinarse si este ha adoptado las medidas necesarias para reducir, prevenir o mitigar la agravación de los efectos del cambio climático en su población[1]. Ahora bien, como recuerda el TEDH, la mera afirmación de que el cambio climático tiene efectos negativos no permite invocar *per se* la vulneración del disfrute de un derecho protegido por el CEDH. Es necesario acreditar que, como consecuencia del incumplimiento por parte del Estado de su obligación de adoptar medidas adecuadas, los individuos se han visto expuestos a un riesgo o daño severo derivado de un efecto pernicioso del cambio climático que ha impedido el disfrute de sus derechos[2]. Esta exposición sería suficiente para acreditar que el incumplimiento por los Estados parte de su obligación de combatir el cambio climático vulnera los derechos protegidos por el CEDH[3].

3.2. Sobre el contenido del derecho al respeto a la vida privada y familiar en el contexto del cambio climático

En la actualidad, el CEDH no contiene un derecho que proteja expresamente el medio ambiente —pese a que en 2021 se propuso en el seno de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa modificar el CEDH para incorporar un derecho a un medio ambiente saludable, limpio, sostenible y seguro[4]—.

Aunque el artículo 8.1 del CEDH no protege el medio ambiente ni prevé la obligación del Estado parte de garantizar un cierto nivel de calidad del medio ambiente, el TEDH ha defendido en el pasado que el ámbito de protección del artículo 8.1 del CEDH comprende también los efectos negativos y los daños o riesgos ambientales que se proyecten sobre el desarrollo de la vida individual y familiar (por ejemplo, el asunto *López Ostra c. España*). Así, la ausencia de previsión expresa y concreta que proteja el medio ambiente no es óbice para que se examine la existencia de posibles vulneraciones de derechos protegidos por el Convenio a causa de daños o riesgos originados por factores ambientales.

La Sentencia traslada esta conclusión al contexto del cambio climático, de forma que la protección que se deriva del mentado artículo se proyecta también sobre los efectos del cambio climático sobre las personas. Ahora bien, el mecanismo de protección solamente opera cuando el Estado parte no haya adoptado las medidas a las que está obligado para combatir el cambio climático, de forma que esos efectos perniciosos solo tendrán relevancia cuando exista tal inacción o cumplimiento deficiente por parte del Estado.

Esta novedosa interpretación del artículo 8.1 del CEDH[5] es resultado de la aplicación, por parte del TEDH, de la doctrina del "instrumento vivo", por el que se considera que el CEDH debe ser interpretado a la luz del contexto fáctico-jurídico en el que se activa su mecanismo de protección (apdo. 434). El contexto en el que se dicta la Sentencia lleva a reconocer que existe un derecho individual a la protección de los individuos frente a las condiciones climáticas adversas[6]. Esta nueva construcción materializa la interacción que existe entre las obligaciones del Estado parte en materia del derecho internacional del clima[7], y la obligación de protección de los particulares ante los efectos adversos del cambio climático[8].

Bajo esta nueva configuración del artículo 8.1 del CEDH se deriva para los Estados parte la obligación de adoptar e implementar medidas legislativas o administrativas en las que se concreten y fijen objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero vinculantes para mitigar y limitar los efectos negativos, tanto presentes como futuros, del fenómeno del cambio climático (apdo. 545). Esta obligación es de medios y no de resultados.

Aplicando las consideraciones expuestas, el TEDH concluye que la Confederación Suiza había incurrido en lagunas relevantes al establecer el marco normativo y las medidas adecuadas para combatir el cambio climático. Según se señala en la Sentencia, los objetivos de reducción establecidos son insuficientes y, además, se habían incumplido, tal y como reconocieron las propias autoridades suizas. Si bien el TEDH reconoce los esfuerzos del Estado encaminados a construir y desarrollar el marco regulatorio pertinente —destacando la aprobación de la Ley de Cambio Climático—, estos esfuerzos se consideran insuficientes, entre otros motivos, porque la citada ley establece unos objetivos generales y no medidas concretas para alcanzar dichos objetivos. A la vista de la urgencia del cambio climático y de la ausencia de un marco normativo satisfactorio, el mero compromiso legislativo de adoptar medidas concretas no puede considerarse suficiente para satisfacer la obligación derivada del artículo 8.1 del CEDH.

A lo anterior ha de sumarse la ausencia de un presupuesto de carbono y otras políticas encaminadas a la neutralidad climática. Como subraya la Sentencia, los presupuestos de carbono han demostrado ser una herramienta eficaz y de suma relevancia para combatir el cambio climático, y

así lo han destacado organismos internacionales como el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático ("IPCC"). Si bien, como reconoce el TEDH, los Estados gozan de cierta libertad para determinar sus políticas y medidas contra el cambio climático, la ausencia de cualquier medida que obligue a realizar un cálculo del presupuesto de carbono del Estado suizo conduce al TEDH a concluir que no se está dando cumplimiento efectivo a las obligaciones positivas derivadas del artículo 8 del CEDH.

En suma, al no actuar en tiempo ni de forma adecuada y coherente en la aplicación y desarrollo de un marco legislativo y administrativo para combatir el cambio climático y sus efectos perniciosos sobre la población, el TEDH concluye que Suiza excedió su margen de apreciación e incumplió sus obligaciones positivas en materia de cambio climático.

3.3. Sobre la aplicación de la doctrina del margen de apreciación para examinar el cumplimiento del Estado parte de su obligación bajo el artículo 8.1 CEDH

Como se ha explicado, los Estados parte disfrutan de cierto margen de apreciación en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del CEDH y, en particular, del artículo 8. El alcance del margen de apreciación varía en función de si se refiere a (i) los compromisos adoptados por el Estado en cuestión en relación con el cambio climático y la fijación de los fines y objetivos en esta materia, o (ii) la determinación de los medios y las medidas concretos para conseguir dichos fines y objetivos. Aunque el margen de apreciación en la adopción de esos compromisos y en la elección del método de fijación de tales objetivos es reducido, los Estados gozan de una mayor libertad para la elección de los medios y la forma con la cual cumplir con los referidos objetivos de reducción.

Persiguiendo una interpretación integradora con el contenido de las normas del derecho internacional del clima[9], la Sentencia elabora un test de protección efectiva para examinar si el marco normativo, administrativo o judicial establecido por el Estado parte para combatir el cambio climático y alcanzar los objetivos vinculantes de reducción satisface el estándar del artículo 8.1 del CEDH[10]. El referido test está compuesto por los siguientes aspectos:

i. Medidas de mitigación (apdo. 550): Estas medidas comprenden, entre otras, la adopción de medidas generales especificando un objetivo temporal para conseguir la neutralidad climática, la fijación de objetivos intermedios de reducción de emisiones, así como la actualización de los objetivos de reducción que son fijados a través de un ejercicio de diligencia debida.

ii. Medidas de adaptación (apdo. 552): Con carácter particular, la Sentencia considera que es necesario, a partir de la evidencia científica disponible, adoptar medidas que "*alivien las consecuencias más severas e inminentes del cambio climático*". En cualquier caso, se impone como condición necesaria para adoptar estas medidas que se realice, con carácter previo, un análisis sobre la existencia de necesidades especiales de protección.

iii. Salvaguardas procedimentales (apdo. 554): El TEDH entiende que, en el proceso de adopción de las medidas de mitigación y adaptación, se debe promocionar la participación del

público a través de consultas públicas, garantizándose su acceso a la información correspondiente.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, el TEDH concluye que el Estado suizo ha incumplido con el test de protección efectiva bajo el artículo 8.1 del CEDH. Como se ha señalado ya, los objetivos de reducción de emisiones adoptados se consideran insuficientes; la adopción de una medida legislativa general, como la Ley de Cambio Climático, no satisface la obligación del Estado cuando solo se incluyen objetivos abstractos y generales. Es más, respecto a los objetivos de reducción de emisiones adoptados por Suiza que la Sentencia considera insuficientes, las autoridades suizas reconocieron incumplir los objetivos de reducción de emisiones que habían sido asumidos. Por si lo anterior fuera poco, la Sentencia destaca la ausencia de cualquier medida por parte del Estado suizo para calcular el presupuesto de carbono y otras políticas encaminadas a la neutralidad climática, herramientas que han demostrado ser eficaces para combatir el cambio climático.

4. *Locus standi* de las organizaciones no gubernamentales y de asociaciones

Como se ha adelantado, la Sentencia reconoció que la Asociación tiene legitimación activa para interponer una demanda ante el TEDH en nombre de sus miembros por posibles vulneraciones de derechos protegidos por el CEDH en el contexto del cambio climático. Esta decisión tuvo como resultado la admisión de la demanda por una posible vulneración del artículo 8.1 del CEDH. Las consideraciones y los requisitos establecidos por la Sentencia sobre la legitimación activa en el contexto del cambio climático resultan determinantes para el futuro de la litigación climática.

4.1. Sobre la condición de víctima bajo el CEDH en el contexto del cambio climático

Con carácter preliminar, cabe destacar que la Sentencia no declara que la Asociación tenga la condición de víctima a los efectos del artículo 34 del CEDH y tampoco reconoce que sus miembros, en nombre de los cuales interpuso la demanda, posean tal condición bajo el CEDH.

Las organizaciones no gubernamentales ("ONG") y, en general, las asociaciones no pueden invocar vulneraciones del CEDH derivadas de efectos del cambio climático en su salud, integridad física o vida privada, dado que estos efectos solo pueden evidenciarse en la esfera de las personas físicas (apdo. 496). Son los miembros de estas ONG o asociaciones quienes sí podrían acreditar una condición de vulnerabilidad (médica, social, económica) que, en su caso, les permitiría el reconocimiento como víctimas bajo el artículo 34 del CEDH.

Por lo anterior, la Sentencia establece un estándar elevado para acreditar la condición de víctima por efectos perniciosos derivados de condiciones climáticas adversas derivados del incumplimiento del Estado de su obligación de combatir el cambio climático (apdos. 487-488).

Los criterios establecidos, que deberán ser verificados mediante las circunstancias particulares de cada caso individual, son (i) que el individuo haya sido sometido a una exposición de alta intensidad a los efectos adversos o perniciosos del cambio climático y (ii) la existencia de una necesidad imperante de garantizar la protección individual del individuo ante la ausencia o inadecuación de medidas razonables para reducir el daño.

En línea con este estándar elevado, la Sentencia avisa de que existe el riesgo de que se ejerciten acciones fundadas en la existencia de un posible daño o peligro abstracto o genérico derivado del cambio climático[11]. Estas reclamaciones equivalen, a los efectos del artículo 34 del CEDH, a una *actio popularis* o acción popular, que no tiene encaje en el CEDH. Así, estaría proscrita la defensa de un interés general de protección del medio ambiente o contra los efectos negativos del cambio climático.

4.2. Sobre el límite de *actio popularis* y la legitimación activa de las ONG o asociaciones en el contexto del cambio climático

Pese a que el CEDH no reconoce el derecho a interponer una acción popular, la Sentencia, partiendo del contexto de la litigación climática[12], entiende que existe un interés colectivo en reconocer legitimación a las ONG o asociaciones, pues ello permitiría el acceso de grupos de individuos al mecanismo de protección del CEDH. Es posible que esto responda también a la necesidad de ofrecer una alternativa viable al exigente estándar de legitimación de individuos[13].

Ahora bien, ello no se funda en la defensa de un interés público o general, sino en el carácter vehicular de las ONG o asociaciones para ejercitar acciones ante la vulneración de los derechos de sus miembros[14] (apdo. 498). Se estaría justificando, pues, la defensa de un interés colectivo, no general ni público; en este caso, de un grupo social de especial vulnerabilidad ante los efectos perniciosos del cambio climático[15].

Esta circunstancia, que es novedosa en la jurisprudencia del propio TEDH, es aceptada teniendo en cuenta (i) el interés común para la humanidad que supone la lucha contra el cambio climático, (ii) el rol de estas entidades para garantizar el acceso a la información pública ambiental —sobre todo en el régimen establecido por el Convenio de Aarhus—[16] y (iii) la necesidad de promover el reparto intergeneracional de las cargas por las emisiones de gases de efecto invernadero.

De esta forma, desde la óptica del CEDH, se acepta que no se infringe la prohibición de la *actio popularis* en aquellos supuestos en los que los particulares —que están expuestos a padecer o al riesgo de padecer los efectos perniciosos del cambio climático ante la inacción del Estado— (i) se articulen mediante una ONG o asociación para presentar una demanda, o (ii) que sus derechos se vean defendidos por una ONG o asociación de la que no forman parte y que haya decidido presentar una demanda.

4.3. Sobre el estándar especial exigible a las ONG o asociaciones para tener legitimación activa en el contexto del cambio climático

Sin embargo, como no puede reclamar la condición de víctima, la Asociación debe acreditar que reúne los requisitos para poseer *locus standi* ante el TEDH. Estos requisitos, de acuerdo con la Sentencia, pretenden condicionar el acceso de las ONG o asociaciones al mecanismo de protección del CEDH y, con ello, no infringir la prohibición de *actio popularis*. Así, la ONG o asociación debe estar legalmente constituida en la jurisdicción en cuestión o poseer legitimación para actuar en ella, debe demostrar que persigue una finalidad, según sus objetivos estatutarios, de defensa de los derechos humanos de sus miembros u otros individuos afectados dentro de la jurisdicción en cuestión, y demostrar también que está genuinamente cualificada y es representativa para actuar en nombre de sus miembros o de otros individuos afectados dentro de la jurisdicción en cuestión.

Cabe destacar que, tal y como indica expresamente la Sentencia, no se exigirá que los miembros de la ONG o asociación acrediten la condición de víctima bajo el artículo 34 del CEDH (apdo. 502 *in fine*). De esta forma, la distinción entre *locus standi* y víctima es relevante a los efectos de flexibilizar los requisitos de admisibilidad para el ejercicio de acciones o reclamaciones en el contexto del cambio climático. Tanto es así que, de acuerdo con la Sentencia, el estándar especial podría permitir que una ONG o asociación que carezca de legitimación bajo el derecho nacional de la jurisdicción en cuestión pueda interponer de forma exitosa una demanda ante el TEDH, siempre y cuando así lo aconseje la buena administración de justicia[17].

Eso sí, la Sentencia no se pronuncia sobre qué es la "buena administración de justicia". No se está declarando que la admisión de la demanda será automática, puesto que, además de cumplir con el estándar especial, el TEDH deberá examinar si las circunstancias particulares del caso aconsejan entrar en el fondo. El margen discrecional que establece la Sentencia sobre tal noción podría suponer la creación de un estándar subjetivo adicional que deberá ser acreditado por aquellas ONG o asociaciones que actúen en Estados parte cuyo derecho nacional no les reconozca legitimación. Parece que la aplicación de esta noción responde al interés general que existe en la defensa del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático. En los casos en los que se invoque satisfactoriamente este supuesto, será necesario establecer condiciones objetivas que podrían permitir revisar el marco normativo de los Estados parte para permitir que las ONG o asociaciones intervengan.

Con todo, debe subrayarse el carácter indeterminado (y ambiguo) del segundo y tercer requisito antes citados. La Sentencia alude de forma genérica a factores como la naturaleza y alcance de las actividades de la ONG o asociación dentro de la jurisdicción en cuestión o la membresía y su carácter representativo (apdo. 502). Resolviendo esa duda interpretativa en el caso concreto de la Asociación, el TEDH entiende que se cumplen estos requisitos toda vez que sus miembros son representativos del sector de mujeres de avanzada edad y que la Asociación, de acuerdo con su programa y actividades, actúa también en el interés del público en general y de las generaciones futuras (apdos. 521 y 523).

Se concluye, así, que el estándar especial de legitimación aplicable a las ONG o asociaciones, el cual está sometido a un examen individualizado por el TEDH, permitiría su intervención en nom-

bre de miembros cuyos derechos estén siendo o puedan ser vulnerados por la inacción del Estado parte contra los efectos perniciosos del cambio climático.

5. Estándar probatorio aplicable en el contexto del cambio climático

Como se ha apuntado en los apartados precedentes, la relevancia de la Sentencia no deriva exclusivamente de la insólita condena a un Estado parte por su inacción para atajar el cambio climático o de la novedosa interpretación del derecho al respeto a la vida privada y familiar del artículo 8.1 del CEDH, sino también de los criterios procesales, en particular en materia probatoria, que recoge y aplica.

El derecho procesal cuenta con un gran número de materias de gran relevancia y trascendencia práctica. Entre estas materias, la prueba se yergue como piedra angular, elemento articulador del proceso, pues es lo único que puede garantizar "*el contacto del proceso con el mundo exterior que lo circunda, con el conjunto de verdades que de un modo u otro han de ser recogidas por el proceso para que éste desempeñe eficazmente su misión*"[17].

La trascendencia de la prueba es especialmente manifiesta en casos como el que nos ocupa. Como señala la Sentencia, una de las notas características de los casos relacionados con el cambio climático es el hecho de que suelen involucrar, entre otras particularidades, pruebas científicas complejas. Por ello, con carácter previo a la resolución de las cuestiones sustantivas planteadas por las Demandantes, la Sentencia aborda la cuestión del estándar probatorio desde su jurisprudencia dictada en otros casos ambientales.

Como punto de partida, la Sentencia recuerda que el TEDH aplica como principio general el estándar probatorio de la duda razonable, si bien en la práctica permite cierta flexibilidad en la aplicación de este estándar a la vista del derecho sustantivo en juego y las dificultades probatorias en casos relacionados con el cambio climático. El TEDH entiende que en este tipo de casos no es posible aplicar de forma estricta el principio *affirmanti, non neganti, incumbit probatio*, por cuanto es habitual que solo el Estado tenga acceso a la información que permite comprobar o rebatir las alegaciones de los demandantes. Es decir, la carga de la prueba tiene en cuenta la asimetría en la información disponible.

En todo caso, para superar el estándar probatorio no son suficientes las alegaciones que simplemente argumenten que el Estado en cuestión habría incumplido normas internas o estándares ambientales o técnicos, sino que es necesario que se aporten elementos de los que el propio TEDH pueda inferir la concurrencia de los requisitos o del estándar exigido para acreditar la vulneración del derecho sustantivo. Tampoco es suficiente el mero incumplimiento de estándares técnicos, legales o ambientales del derecho nacional para acreditar la vulneración de un derecho del CEDH en el contexto del cambio climático. Aunque tales incumplimientos puedan ser relevantes, la práctica del TEDH descansa en la observancia de estándares internacionales en materia ambiental.

Asimismo, el TEDH destaca la relevancia que en materia de cambio climático tienen los estudios e informes elaborados por organismos internacionales especializados. Concretamente, la Sentencia remarca la fiabilidad (pero no vinculación) que tienen los informes elaborados por el IPCC, debido a su carácter especializado en cambio climático. Ello no excluye la consideración de otros informes o estudios elaborados por instituciones internacionales especializadas en esta materia.

Para terminar, el TEDH reitera su jurisprudencia por la cual, si bien en el establecimiento de las circunstancias fácticas del caso el protagonismo reside fundamentalmente en los tribunales nacionales, no está vinculado por los hechos y las conclusiones alcanzadas por estos cuando así lo requieran las circunstancias concretas del asunto. En cualquier caso, la Sentencia advierte que el razonamiento del tribunal nacional puede ser revisado para determinar si ha efectuado un equilibrio entre los intereses en juego.

6. El desafío para ejecutar resoluciones del TEDH en materia de cambio climático

Constatada la vulneración de los artículos 6.1 y 8.1 del CEDH por parte de la Confederación Suiza, los Demandantes solicitaron al TEDH la aplicación del artículo 46 del CEDH, en virtud del cual se puede indicar al Estado parte las medidas que debe adoptar para remediar la vulneración de los derechos protegidos por el CEDH. Recordemos que la Sentencia concluyó que los objetivos vinculantes fijados eran insuficientes y que no se habían adoptado medidas adecuadas para combatir el cambio climático.

Pues bien, el TEDH rehusó establecer las medidas que debía adoptar el Estado suizo para reparar la vulneración del artículo 8.1 del CEDH. Este rechazo a aplicar el citado artículo 46 del CEDH obedece, fundamentalmente, a la complejidad y naturaleza del caso —el TEDH considera que no podía ser detallado ni preceptivo en relación con las medidas que debía aplicar Suiza para cumplir con la Sentencia— y al margen de apreciación del Estado parte. En todo caso, para considerar que la Sentencia se cumple de forma efectiva, las medidas que se adopten, y que deberán remitirse al Comité de Ministros del Consejo de Europa (el "Comité"), se tendrán que ajustar a los requisitos que impone el CEDH (apdo. 657).

Este último extremo del razonamiento de la Sentencia es importante. El pronunciamiento del TEDH parece que está condicionando, de forma sutil, la ejecución de la Sentencia por parte de la Confederación Suiza y la supervisión de tal ejecución por el Comité[18]. Esto es así porque la Sentencia ha impuesto unos requisitos que deben ser satisfechos por cualquier medida que adopte el Estado parte. Tal y como se ha explicado, las medidas legislativas, administrativas o judiciales que se adopten deben cumplir con el test de protección efectiva, que es un requisito derivado del artículo 8.1 del CEDH.

Estos requisitos forman parte de las "*conclusiones y del espíritu*[19]" de la Sentencia, ya que constituyen las razones utilizadas por el TEDH para concluir sobre la existencia de una conculcación del artículo 8.1 del CEDH[20]. De esta forma se evita que el contenido meramente declarativo de la Sen-

tencia carezca de utilidad o relevancia a efectos prácticos en las medidas que deben ser implementadas por otros Estados parte para cumplir con el estándar de protección del artículo 8.1 del CEDH.

Cuando el Comité revise el informe del Estado suizo sobre el cumplimiento de la Sentencia, podrá concluir que no está cumpliendo con esta en el caso de que las medidas indicadas no se ajusten a los requisitos del test de protección efectiva. En el caso de que, habiendo sido publicado el informe [21], la Asociación considere que no se está cumpliendo con la Sentencia, esta carece de vía procesal para instar la incoación de un mecanismo de infracción (*ex* art. 46.4 del CEDH). Es el Comité el que, en su caso, está legitimado —y no la Asociación— para instar ante el TEDH que se declare el incumplimiento de la Sentencia por no haber adoptado medidas que se ajusten al test de protección efectiva o que permitan una protección efectiva y práctica del derecho del CEDH que había sido vulnerado[22].

En cualquier caso, lo anterior no impide que, bien en sede de supervisión de la ejecución de la Sentencia por parte del Comité, o bien ante el TEDH en el caso que se inicie el mecanismo de infracción, la Asociación pueda formular y presentar sus observaciones escritas a los efectos de justificar la existencia de un incumplimiento de la Sentencia[23]. Estas observaciones adquieren relevancia desde el punto de vista del afectado —en este caso, la Asociación— en cuanto que existe la obligación, por parte del Comité, de tener en cuenta tales observaciones en sus deliberaciones con respecto a la ejecución de la Sentencia[24].

De esta forma, en el plano de una potencial infracción, es posible concluir que existe un margen, aunque reducido, por el que se permitiría a la Asociación —y otros potenciales afectados— de participar en la calificación jurídica de las medidas adoptadas para remediar potenciales vulneraciones del CEDH en el contexto del cambio climático.

7. Conclusiones

i. La Sentencia reinterpreta el artículo 8 del CEDH para amparar aquellos supuestos en los que los particulares padezcan un daño o exista el riesgo de que lo padezcan como resultado de la inacción de los Estados parte por cumplir con la obligación de lucha contra el cambio climático. Esta interpretación pretende dar cabida a los supuestos de exposición a los efectos perniciosos del cambio climático en el ámbito de protección que se deriva del derecho a la vida privada y familiar.

ii. El artículo 8 del CEDH comporta una obligación bicéfala del Estado parte en el contexto del cambio climático: la fijación de objetivos vinculantes de reducción de emisiones y la adopción de medidas para combatirlo. Aplicando la doctrina del margen de apreciación, la Sentencia concluye que en este primer contenido obligacional el margen apreciación es reducido. Respecto al segundo contenido obligacional, el margen de apreciación del Estado es amplio. Así, el TEDH entiende que el Estado parte cumple la obligación derivada del artículo 8 del CEDH cuando adopta medidas que superen los tres criterios del test de protección efectiva: deben consistir en medidas de mitigación del cambio climático, de

adaptación a los efectos más adversos de tal fenómeno, así como de garantía del acceso y participación del público en el proceso de toma de decisiones.

iii. La Sentencia esclarece el régimen de atribución de responsabilidad a los Estados parte del CEDH por el impacto en los particulares de los efectos adversos del cambio climático. Esta responsabilidad deriva de la obligación de proteger a los particulares de la exposición a tales efectos, pues estos afectan al disfrute del derecho al respeto a la vida personal y familiar recogido en el artículo 8 del CEDH.

iv. La Sentencia establece el estándar especial de legitimación y admisibilidad de las demandas que interpongan las ONG o asociaciones en nombre de sus miembros o de otros particulares expuestos a los efectos adversos del cambio climático. Este estándar permite admitir las demandas presentadas por las ONG o asociaciones en nombre de miembros cuyos derechos estén siendo o puedan ser vulnerados por la inacción del Estado parte contra los efectos perniciosos del cambio climático.

v. La Sentencia modula la carga de la prueba de los demandantes en los litigios climáticos, debido a la asimetría en la información disponible. Como regla general, para acreditar que el Estado parte ha incumplido sus obligaciones en materia de cambio climático debe atenderse al incumplimiento de los estándares internacionales ambientales y no exclusivamente al incumplimiento de medidas o estándares bajo el derecho nacional. En esa línea, la Sentencia destaca la fiabilidad de los informes del IPCC y de otros organismos internacionales especializados.

vi. La Sentencia decide no indicar las medidas concretas que deberá adoptar Suiza para dar cumplimiento a la Sentencia. En todo caso, cualquier medida que informe la Confederación Suiza debe ajustarse al test de protección efectiva. Esto permite que, en el caso de que las medidas que hayan sido implementadas no se ajusten a los requisitos del citado test, el Comité invoque el mecanismo de infracción del artículo 46 del CEDH y solicite al TEDH que declare que Suiza ha incumplido con su obligación de ejecutar la Sentencia. En este sentido, no existe un óbice procesal para que las Demandantes puedan dirigirse al Comité para informar de cualquier incumplimiento de la Sentencia y soliciten la activación del mecanismo de infracción.

Notas

1 ÁLVAREZ CUESTA, Henar (2024). La lucha contra el cambio climático en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2024, asunto Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros contra Suiza. Revista de Derecho Social, 106, p. 136.

2 STOYANOVA, Vladislava (2024). KlimaSeniorinnen and the Question(s) of Causation. Verfassungsblog. Recuperado de https://verfassungsblog.de/klimaseniorinnen-and-the-questions-of-causation/.

3 SICILIANOS, Linos-Alexander; DEFTOU, Maria-Louiza (2024). Breaking New Ground: Climate Change before the Strasbourg Court. EJIL: Talk!. Recuperado de https://www.ejiltalk.org/breaking-new-ground-climate-change-before-the-strasbourg-court/.

4 CONSEJO DE EUROPA (2021). The right to a healthy environment: PACE proposes draft of a new protocol to the European Convention on Human Rights. Recuperado de https://pace.coe.int/en/news/8452/the-right-to-a-healthy-environment-pace-proposes-draft-of-a-new-protocol-to-the-european-convention-on-human-rights-.

5 No debe confundirse con la creación de un nuevo "derecho" bajo el CEDH. La Sentencia esclarece que no se pretende la protección contra el deterioro general del medio ambiente (apdo. 446). Vid. BLATTNER, Charlotte (2024). Separation of Powers and KlimaSeniorinnen. Verfassungsblog. Recuperado de https://verfassungsblog.de/separation-of-powers-and-klimaseniorinnen/.

6 ÁLVAREZ CUESTA, *op. cit.*, p. 140.

7 A efectos ilustrativos, según la Sentencia, se tiene en cuenta la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992 y el Acuerdo de París de 2015.

8 BOUAZZA ARIÑO, Omar (2024). El desafío del cambio climático ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista de Administración Pública, 224, p. 186; REICH, Johannes (2024). KlimaSeniorinnen and the Choice Between Imperfect Options. Verfassungsblog. Recuperado de https://verfassungsblog.de/klimaseniorinnen-and-the-choice-between-imperfect-options/.

9 JAHN, Jannika (2024). The Paris Effect: Human Rights in Light of International Climate Goals and Commitments. Verfassungsblog. Recuperado de https://verfassungsblog.de/the-paris-effect/; HIGHAM, Catherine; KEUSCHNIGG, Isabela; CHAN, Tiffaine; SETZER, Joana (2024). What Does the European Court of Human Rights' First Climate Change Decision Mean for Climate Policy?. Verfassungsblog. Recuperado de https://verfassungsblog.de/what-does-the-european-court-of-human-rights-first-climate-change-decision-mean-for-climate-policy/.

10 BOUAZZA, *op. cit*., pp. 187-188; HIGHAM *et al.*, *op. cit.*

11 RAIBLE, Lea (2024). Priorities for Climate Litigation at the European Court of Human Rights. EJIL:Talk!. Recuperado de https://www.ejiltalk.org/priorities-for-climate-litigation-at-the-european-court-of-human-rights/.

12 En este punto, se hace especial énfasis en los costes de este tipo de acciones judiciales, las necesidades logísticas y la complejidad jurídica de los recursos o acciones a ejercitar (apdo. 497 de la Sentencia).

13 SICILIANOS *et al., op. cit.*; RAIBLE, *op. cit.*

14 ÁLVAREZ CUESTA, *op. cit.*, p. 139.

15 BOUAZZA, *op. cit.,* pp. 183-184.

16 HOHNERLEIN, Jakob (2024). Who is afraid of actio popularis?: On Separating Rights and Remedies in the ECtHR's Climate Judgment. Verfassungsblog. Recuperado de https://verfassungsblog.de/who-is-afraid-of-actio-popularis/.

17 GUASP DELGADO, Jaime (1945). La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales. Revista de la Universidad de Oviedo, VI, pp. 21 a 82.

18 Vid. REICH, *op. cit.*; HIGHAM *et al.*, *op. cit.*

19 Sentencia del TEDH de 29 de mayo de 2019, Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán [Gran Sala], asunto núm. 15172/13, apdo. 186.

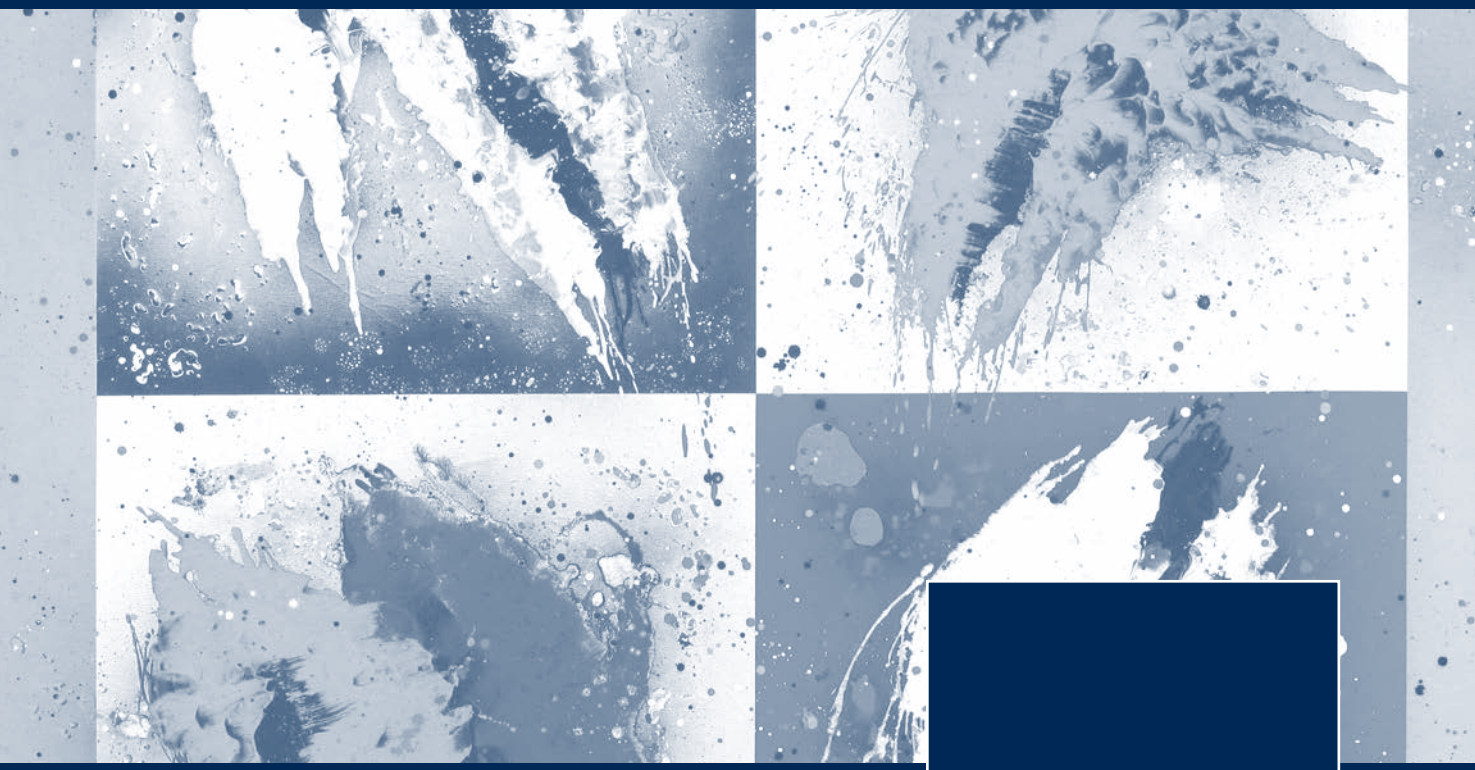
20 Sentencia del TEDH de 11 de julio de 2022, Kavala c. Turquía [Gran Sala], asunto núm. 28749/18, apdos. 141-143.

21 SECRETARIAT OF THE COMMITTEE OF MINISTERS (2024). "Communication from Switzerland concerning the case of Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland (Application No. 53600/20) (French only)", https://rm.coe.int/0900001680b1ddd9.

22 Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán, apdo. 213.

23 Esta posibilidad está reconocida expresamente en los asuntos Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán (apdos. 71, 204, 213) y Kavala c. Turquía (apdo. 176).

24 Vid. Regla 9(1) de las Reglas del Comité de Ministros del Consejo de Europa para la supervisión de la ejecución de las sentencias y las condiciones de soluciones amistosas, adoptadas por el Comité el 10 de mayo de 2006 y modificadas el 18 de enero de 2017.



Directrices para las colaboraciones

Directrices para las colaboraciones

Con objeto de facilitar la labor de la Redacción, se ruega a nuestros colaboradores que se ajusten a las siguientes líneas de orientación en la presentación de sus artículos.

Los autores entregarán el original en la fecha designada por la Dirección de la REVISTA. Con objeto de que se puedan corregir las posibles erratas, se les enviará una prueba de maquetación.

La Dirección de la REVISTA introducirá, si lo estima conveniente, las modificaciones que sean necesarias para mantener los criterios de uniformidad y calidad que requiere la publicación, e informará de ello a los autores.

Los originales deberán ser inéditos y estar referidos a los contenidos propios de la REVISTA, sin ningún tipo de premaquetación o paginación.

Si un autor presentara en su trabajo cuadros, gráficos o imágenes no elaborados por él, será de su responsabilidad la obtención de los pertinentes permisos de sus legítimos propietarios para poder publicarlos.

1. Características

1.1. Características de los artículos

- Contenido analítico (no meramente descriptivo). Se evitarán en lo posible debates excesivamente teóricos.
- Extensión: entre 15 y 20 folios.
- Se podrán incluir (aunque no es necesario) notas al pie de página, limitadas en número y, sobre todo, en extensión.
- Todos los artículos deberán encabezarse, debajo del título y el autor, con un breve resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).

1.2. Características de los foros

- Contenido menos analítico y más descriptivo, pero se puede efectuar un análisis somero de alguna cuestión especialmente relevante. Debe hacerse un brevísimo resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).

- Extensión entre 5 y 10 folios.

- No se pueden incluir notas al pie.

1.3. Características de las crónicas de legislación y jurisprudencia

- Deben limitarse a una enumeración de las normas o decisiones judiciales más relevantes, con un breve resumen de su contenido.

- Extensión de no más de 9 páginas por cada sección (incluyendo tanto la parte de España como la de Portugal).

2. Normas de estilo

2.1. Formato

- Letra Times New Roman, 12 puntos

- Interlineado 1,5 líneas

- Sin sangrías ni espaciados

2.2. Títulos, epígrafes y subepígrafes

- El título de la colaboración se escribirá en mayúsculas y negrita.

- En los originales, se escribirán los títulos de epígrafes en mayúsculas y negrita; los títulos de subepígrafes, en minúsculas y negrita.

- La numeración de epígrafes y subepígrafes se hará según el siguiente modelo:

  1. EPÍGRAFE

  1.1. Subepígrafe

  (Se evitarán terceros niveles)

2.3. Utilización de cursivas, negritas y subrayados en el texto principal

- Se evitarán las negritas y los subrayados en el texto principal; se utilizará la cursiva para resaltar.

- Las citas textuales irán siempre entrecomilladas y en letra cursiva. La identificación de la fuente ha de hacerse de forma inequívoca por medio del sistema de autor, fecha y página (estilo de cita APA), con arreglo a los siguientes ejemplos:

  Como afirmó en su día Menéndez (1978: 353), *"la existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima"*.

  Ya lo dijo la doctrina: *"La existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima"* (Menéndez, 1978: 353).

- Se recuerda que todo aquello que sea cita literal de normas de legislación y de documentos jurisprudenciales también debe entrecomillarse y escribirse en letra cursiva.

2.4. Citas doctrinales

En los artículos y foros se debe incluir una bibliografía final ordenada por apellidos de los autores que recoja única y exclusivamente las obras que se han citado en el cuerpo de la contribución (no deben aparecer otras referencias adicionales). Si no se ha citado bibliografía en el texto del artículo o del foro, no se incluirá ese apartado final. En caso de que se citen varias obras del mismo autor, se seguirá un orden cronológico de aparición. Cuando la obra sea anónima, se alfabetizará por la primera palabra del título.

Las **citas bibliográficas seguirán el sistema internacional APA** y se harán de acuerdo con los siguientes modelos:

LIBROS:

APELLIDOS, nombre (año). *Título del libro en cursiva*. Ciudad: editorial (edición). Ejemplo: URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo (2000). *Derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons (27.ª ed. revisada en colaboración con María Luisa Aparicio).

ARTÍCULOS DE REVISTA:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo sin comillas. *Nombre de la revista en cursiva*, número, páginas. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1984). Escisión de sociedad anónima y obligaciones convertibles. *Revista de Derecho Mercantil*, 172-173, pp. 227-269.

COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título de la colaboración sin comillas. En inicial y APELLIDOS (mención de responsabilidad), *Título de la obra colectiva en cursiva*. Ciudad: editorial, [volumen], páginas

que ocupa la colaboración. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1994). Calificación jurídica del crédito de descuento documentado en póliza. En A. POLO DÍEZ (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*. Madrid: La Ley, vol. II, pp. 1797-1812.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo o colaboración sin comillas. *Título de la publicación electrónica en cursiva*, número, [páginas]. Recuperado de <página web>,. Ejemplo: PAZ-ARES, Cándido (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, pp. 1-61. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf.

Oficinas URÍA MENÉNDEZ

ESPAÑA

BARCELONA
Av. Diagonal, 514
08006 Barcelona, Spain
barcelona@uria.com
+34 93 416 51 00

BILBAO
Torre Iberdrola Planta 21
Plaza Euskadi, 5
48009 Bilbao, Spain
bilbao@uria.com
+34 94 479 49 20

MADRID
C/ Príncipe de Vergara, 187
Plaza de Rodrigo Uría
C/ Suero de Quiñones, 42
28002 Madrid, Spain
madrid@uria.com
+34 915 860 400

VALENCIA
C/ Colón, 28
46004 Valencia, Spain
valencia@uria.com
+34 96 352 91 91

PORTUGAL

LISBOA
Praça Marquês de Pombal, 12
1250-162 Lisboa, Portugal
lisboa@uria.com
+351 21 030 86 00

OPORTO
Bom Sucesso Trade Center
4150-146 Porto, Portugal
porto@uria.com
+35 1 22 030 86 00

EUROPA

BRUSELAS
Espace Meeûs
Square de Meeûs 40
1000 Brussels, Belgium
bruxelles@uria.com
+32 (0) 2 639 64 64

LONDRES
125 Old Broad Street
17th floor
EC2N 1AR London, United Kingdom
london@uria.com
+44 (0)20 7260 1800

LATINOAMÉRICA

BOGOTÁ
Carrera 9 # 74-08
Bogotá, Colombia
bogota@uria.com
+571 326 8600

LIMA
Av. Santa Cruz No. 888 Piso 4
15074 Miraflores, Lima, Peru
peru@uria.com
+511 513-7200

SANTIAGO DE CHILE
El Golf 40, Piso 20
Santiago, Chile
chile@uria.com
+56 22 364 37 00

ESTADOS UNIDOS

NUEVA YORK
277 Park Avenue
New York, NY 10172
newyork@uria.com
+1 212 593 13 00

URÍA
MENÉNDEZ

www.uria.com