

Actualidad Jurídica Uría Menéndez

Tribuna Abierta

Ley Orgánica 1/20205, de 2 de enero:
la mayor transformación de la justicia en
décadas

Verónica Ollé Sesé y Marta García de Vicuña

Artículos

*Adding insult to injury: ¿responsabilidad
penal de la entidad ciberatacada por los
daños generados por el ataque?*

Marta Pantaleón Díaz

As regras de suspensão dos prazos de
prescrição das dívidas tributárias na
legislação COVID-19: análise crítica

*António Castro Caldas, Catarina Fernandes
e Ecaterina Ciubotaru*

Los márgenes de validez de los pactos
parasociales: concreción y fundamento

Miguel Iribarren Blanco

La implantación de inteligencia artificial en el
sector público: evolución del procedimiento
administrativo hasta hoy y perspectivas de
futuro en España y Chile

José Luis Lara Arroyo y Carlota Bescós Puyuelo

Foro de Actualidad

España

Portugal

Unión Europea

Derechos Humanos



COMITÉ EDITORIAL

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

DIRECTOR

Mariano Magide Herrero

COORDINADORES DE SECCIÓN

Carlos López-Quiroga Teijeiro, Leticia López-Lapuente, 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

Marcelo Moscheta (2017), *Relato da Expedição para Mensuração do Alcance dos Mananciais da Bacia do Rio Jequitinhonha*. Oficina de Lisboa

Indexada en las bases de datos de Latindex

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

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

Edición, diseño, producción y distribución: CeGe Global

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

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

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

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



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

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

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

Sumario

5 Tribuna Abierta

- 7 Ley Orgánica 1/20205, de 2 de enero: la mayor transformación de la justicia en décadas
Verónica Ollé Sesé y Marta García de Vicuña
-

23 Artículos

- 25 *Adding insult to injury: ¿responsabilidad penal de la entidad ciberatacada por los daños generados por el ataque?*
Marta Pantaleón Díaz
-

- 42 As regras de suspensão dos prazos de prescrição das dívidas tributárias na legislação COVID-19: análise crítica
António Castro Caldas, Catarina Fernandes e Ecaterina Ciubotaru
-

- 65 Los márgenes de validez de los pactos parasociales: concreción y fundamento
Miguel Iribarren Blanco
-

- 87 La implantación de inteligencia artificial en el sector público: evolución del procedimiento administrativo hasta hoy y perspectivas de futuro en España y Chile
José Luis Lara Arroyo y Carlota Bescós Puyuelo
-

105 Foro de Actualidad

España

- 107 Cartas de patrocinio fuertes y débiles a la luz de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 944/2025 de 16 de junio
Ricardo Ruiz Gómez
-

- 116 Sobre la sustancialidad de la modificación (sustancial) del objeto social
Martín Rodríguez Cabrero
-

- 123 Obligaciones *propter rem* vinculadas a los bienes inmuebles
Ignacio M. Nägele García de Fuentes y Sara Rodríguez Aparicio
-

- 134 La audiencia previa en el despido disciplinario: un nuevo paradigma tras el cambio de doctrina del Tribunal Supremo
Remedios Rodríguez Fernández y María Batalla Rodríguez
-

- 150 Requisitos reforzados para el reconocimiento, autorización y continuidad operativa de universidades privadas: impacto de la reforma introducida por el Real Decreto 905/2025, de 7 de octubre
María Er-Rahali García
-

Portugal

- 162 Efeitos da intempetividade na inscrição como residente não habitual
Filipe Romão, António Castro Caldas e Joana Carvalhinho
-

Unión Europea

- 175 El TJUE confirma la interpretación del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de realizar de forma simultánea el trámite de información pública y las consultas a las administraciones sectoriales en la evaluación ambiental de proyectos
Patricia Pareja Pérez
-

- 185 La determinación del *dies a quo* en las acciones de daños causados por conductas anticompetitivas en su modalidad *follow-on*. Breve comentario a la sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2025
Ignacio García-Perrote Martínez
-

- 193 La Comisión Europea inaugura su poder sancionador en el marco de la DMA: análisis de las decisiones de incumplimiento contra Apple y Meta
Beatriz Sastre Furones
-

Derechos Humanos

- 199 Acciones judiciales y otras vías procesales frente a vulneraciones masivas de derechos humanos de mujeres y niñas
Sebastián Green Martínez, María Querol Guillen y Pol Liñan Canela
-

- 213 Directrices para las colaboraciones



Tribuna
Abierta

Tribuna Abierta

LEY ORGÁNICA 1/2025, DE 2 DE ENERO: LA MAYOR TRANSFORMACIÓN DE LA JUSTICIA EN DÉCADAS

Verónica Ollé Sesé y Marta García de Vicuña

Directora general para la Eficiencia del Servicio Público de Justicia y fiscal, y asesora del Ministerio de Presidencia Justicia y Relaciones con las Cortes, respectivamente.

Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero: la mayor transformación de la justicia en décadas

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, supone un punto de inflexión para la administración de justicia, al establecer un nuevo modelo organizativo basado en los Tribunales de Instancia, la Oficina Judicial y las Oficinas de Justicia en el Municipio. Este texto aborda sus antecedentes, la cogobernanza que está vertebrando su despliegue, la estructura y funciones de los nuevos órganos y su proceso de implantación. Finaliza con una valoración del nuevo modelo, que supone la mayor transformación de la administración de justicia desde el siglo XIX, apoyada en los primeros datos de su funcionamiento.

PALABRAS CLAVE:

Ley Orgánica 1/2025; Tribunales de Instancia; Oficina Judicial; Oficinas de Justicia en el Municipio; Eficiencia organizativa.

Basic Law 1/2025: a landmark reform of the justice system

Basic Law 1/2025 of 2 January represents a turning point for the justice system by introducing a new organisational model centred on courts of first instance, a judicial office and municipal justice offices

This article addresses the background to the new model and the co-governance framework that will oversee its implementation, the structure and functions of the new bodies as well as its implementation. It concludes with an assessment of the new model – which represents the most significant transformation of the justice system since the 19th century – based on preliminary operational data.

KEYWORDS:

Basic Law 1/2025; courts of first instance; judicial office; municipal justice offices; organisational efficiency.

FECHA DE RECEPCIÓN: 3-11-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 7-11-2025

Ollé Sesé, Verónica; García de Vicuña, Marta (2025). Ley Orgánica 1/20205, de 2 de enero: la mayor transformación de la justicia en décadas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 7-21 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

A lo largo de las últimas décadas, el sistema judicial español ha sido objeto de múltiples reformas y esfuerzos legislativos orientados a mejorar su eficiencia, accesibilidad y capacidad de respuesta. Sin embargo, la realidad cotidiana de los operadores jurídicos y de la ciudadanía, así como los datos de las estadísticas judiciales, revelan una paradoja persistente: pese al incremento sostenido de la inversión, los resultados en la mejora del sistema eran escasos. De ello se desprende que los desafíos de la administración de justicia no se limitaban a la cantidad de recursos asignados, sino que también afectaban a su gestión.

En este contexto, a partir de 2020 se elaboraron tres textos legales orientados a una transformación integral de la administración de justicia, abordando tres dimensiones clave: la eficiencia procesal, la eficiencia digital y la eficiencia organizativa. En primer lugar, se aprobó el Real Decreto-ley 5/2023, que abordó una parte de las reformas procesales, en particular la reforma de los recursos de casación en todos los órdenes jurisdiccionales con el objeto de racionalizar el trabajo de las distintas Salas del Tribunal Supremo, introduciendo cambios clave en términos de eficiencia procesal, como la redefinición del interés casacional objetivo en el orden jurisdiccional social o la búsqueda de mayor claridad y previsibilidad en la admisión de recursos. En segundo lugar, el Real Decreto-ley 6/2023, que se centró en las reformas en materia de eficiencia digital orientadas a modernizar el servicio público de justicia, con medidas como la tramitación electrónica obligatoria, el expediente judicial electrónico, la ampliación del uso de sistemas seguros de comunicación electrónica, el uso como norma general de las videoconferencias y vistas telemáticas o la fijación de estándares para la necesaria interoperabilidad entre distintos sistemas digitales de justicia. Y, por último, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que culmina este proceso y aborda de forma integral el sistema organizativo.

Este nuevo modelo organizativo se basa en los principios de eficiencia, flexibilidad, homogeneidad y digitalización, y se vertebra sobre tres ejes: los Tribunales de Instancia, la Oficina Judicial y las Oficinas de Justicia en el Municipio, que serán analizados sucesivamente en las siguientes secciones.

Debe señalarse que esta norma se estructura en dos grandes bloques, el primero dedicado al establecimiento del nuevo modelo organizativo, objeto de este artículo; y el segundo centrado en la introducción de reformas de carácter procesal, que afectan a distintos órdenes jurisdiccionales.

Entre estas reformas procesales destaca la introducción de los medios adecuados de solución de controversias (MASC) como requisito de procedibilidad en los ámbitos civil y mercantil, con algunas excepciones vinculadas con la naturaleza o urgencia del proceso. Esta medida refleja una apuesta decidida para fomentar la cultura del acuerdo *per se*, y como vía para reducir la litigiosidad.

Los criterios interpretativos de aplicación de los MASC como requisito de procedibilidad tras su entrada en vigor el pasado 3 de abril deben fijarse por los órganos jurisdiccionales. Así, algunas Audiencias Provinciales han empezado a adoptar acuerdos no jurisdiccionales (Ourense, Tenerife, Girona), y varias Secciones de Audiencias Provinciales han resuelto recursos y se han pronunciado mayoritariamente en favor del principio *pro actione*, evitando una interpretación restrictiva de la norma (autos de la Sección 8.^a de la AP de Alicante, de 18 de julio de 2025 —ROJ: AAP A 253/2025—; Sección 6.^a de la AP de Málaga, de 23 de julio de 2025 —ROJ: AAP MA 538/2025—; Sección 7.^a de la AP de Asturias, de 7 de mayo de 2025 —ROJ: AAP O 443/2025—; Sección 6.^a de la AP de Málaga, de 6 de junio de 2025 —ROJ: AAP MA 535/2025—; Sección 5.^a de la AP de Murcia, de 11 de junio de 2025 —ROJ: SAP MU 1793/2025—; Sección 2.^a de la AP de Huelva, de 22 de septiembre de 2025 —recurso 1246/2025—; Sección 3.^a de la AP de Navarra, de 24 de septiembre de 2025 —recurso 1246/2025—, Sección 4.^a de la AP de Zaragoza, de 9 de junio de 2025 —ROJ: AAP Z 1202/2025— y Sección 4.^a de la AP de Oviedo, de 25 de junio de 2025 —ROJ: AAP O 646/2025—).

2. Antecedentes normativos

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, culmina años de esfuerzos para transformar y modernizar el sistema judicial español. Distintos equipos ministeriales han mostrado interés en mejorar la eficiencia del servicio público de justicia y, en particular, en la idea de transitar de órganos unipersonales a colegiados. Entre los antecedentes más relevantes, destaca el anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014, que contemplaba Tribunales Provinciales de Instancia.

Sin embargo, no ha sido hasta 2025 cuando se ha logrado aprobar una reforma de esta envergadura, que permite dejar atrás un modelo del siglo XIX, que tenía su reflejo en la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, y avanzar hacia un nuevo modelo adaptado a las necesidades sociales y económicas actuales. Y es que la organización del sistema judicial seguía basándose en un modelo de juzgados unipersonales con una división territorial tradicional, que generaba dificultades en la gestión de la carga de trabajo, encarecía los recursos y limitaba la especialización judicial.

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, supone un punto de inflexión al adaptar finalmente la estructura de los órganos judiciales a las necesidades de la sociedad contemporánea, superando un modelo decimonónico que resultaba claramente obsoleto.

3. Cogobernanza en la implantación del nuevo modelo organizativo

Como es sabido, la distribución de competencias en materia de justicia entre el Estado y las comunidades autónomas se corresponde con la de un Estado descentralizado. En efecto, doce comunidades autónomas tienen asumidas las competencias en materia de administración de la administración de justicia, como acuñó el Tribunal Constitucional en su célebre sentencia 56/1990, de 29

de marzo. Las restantes, en cambio, no han asumido esa competencia, por lo que es ejercida por el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Se trata de Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Murcia, Baleares y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, a lo que se suman los órganos centrales (Tribunal Supremo y Audiencia Nacional). Esta distribución competencial determina también la responsabilidad en la implantación del nuevo modelo organizativo.

En este contexto, la cogobernanza se ha revelado como un elemento esencial en el proceso de implantación de la reforma. Con el objetivo de facilitar esta transformación, el Ministerio colabora activamente con las comunidades autónomas con competencias transferidas. Esta colaboración se centró en un primer momento en cuestiones tecnológicas, en el marco de los fondos europeos Next Generation, y se fue extendiendo a todos los ámbitos necesarios para homogeneizar la prestación del servicio público de justicia en todo el territorio nacional.

Esta permanente colaboración se articula a través de diferentes órganos, entre los que me gustaría destacar la Conferencia Sectorial de la Administración de Justicia, que es el principal órgano de cooperación entre el Ministerio y las comunidades autónomas. En su seno se celebran reuniones periódicas para alcanzar acuerdos esenciales para la transformación del servicio público de justicia. Junto con ella, la Comisión Sectorial y los grupos de trabajo, con reuniones más frecuentes y un enfoque más técnico, están desempeñando un papel fundamental en la implantación del nuevo modelo organizativo.

En este sentido, conviene señalar que en el año 2022 la Conferencia Sectorial de la Administración de Justicia aprobó seis modelos de referencia, entre los que cabe destacar el modelo de referencia de la Oficina Judicial, que ha servido de base para su posterior desarrollo por cada administración competente.

Igualmente relevante es la labor del Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica (CTEAJE). Un órgano esencial para fijar las pautas necesarias para asegurar la interoperabilidad de los sistemas y aplicaciones de la administración de justicia y la cooperación entre las distintas administraciones.

Por último, también debe mencionarse la colaboración que se está manteniendo durante todo este proceso con el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal, que son actores imprescindibles en este importante proceso de cambio.

Gracias a la implicación y colaboración activa de todos los actores institucionales, siendo fundamental el papel de la abogacía y la procura, el proceso de implantación se está desarrollando, como veremos más adelante, de forma uniforme en todo el territorio nacional. Un requisito indispensable para garantizar su éxito.

4. Tribunales de instancia

4.1. Concepto y estructura

Como se ha anticipado, una de las principales novedades que introduce la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, es la creación de los Tribunales de Instancia, que suponen la integración de los juzgados unipersonales en un único órgano por partido judicial. Esta transformación implica pasar de 3931 juzgados unipersonales a 431 Tribunales de Instancia en todo el territorio nacional.

Cada Tribunal de Instancia está compuesto por una o varias secciones que, a su vez, están integradas por una o varias plazas judiciales. La estructura mínima de todo Tribunal de Instancia es con una Sección Única, de Civil y de Instrucción (artículo 84 LOPJ). Además, pueden estar integrados por Secciones de Familia, Infancia y Capacidad, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, de lo Penal, de Menores, de Vigilancia Penitenciaria, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social.

La implantación de estos tribunales se realiza de forma progresiva y escalonada, conforme a lo previsto en la disposición transitoria primera de la ley, que establece distintas fechas de constitución en función de la tipología de juzgados existentes en cada partido judicial. El proceso se ha dividido en tres fases, de las cuales dos ya han concluido:

- i. Fase I (1 de julio de 2025): afecta a partidos judiciales en los que únicamente existieran Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y, en su caso, Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Se trata de 315 partidos judiciales.
- ii. Fase II (1 de octubre de 2025): afecta a los partidos judiciales en los que hubiera Juzgados de Primera Instancia, Juzgados de Instrucción y, en su caso, Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Se trata únicamente de 16 partidos judiciales.
- iii. Fase III (31 de diciembre de 2025): afecta al resto de partidos judiciales, que son los más grandes. Concretamente, a 100 partidos judiciales.

Asimismo, la disposición transitoria segunda regula la fecha de constitución del Tribunal Central de Instancia, a través de la transformación de los actuales Juzgados Centrales, que tendrá lugar también el 31 de diciembre de 2025.

En la actualidad tras la implantación de las fases I y II, como veremos más adelante, se puede confirmar el buen funcionamiento y la mejora del modelo organizativo, especialmente cuando el territorio está completamente digitalizado.

4.2. Nuevas funciones de la Presidencia de los Tribunales de Instancia

Los Tribunales de Instancia se configuran como estructuras colegiadas que, con respeto en todo caso al ejercicio individual de la potestad jurisdiccional, tenderán hacia una mayor uniformidad en la respuesta judicial a cuestiones iguales y en las prácticas procesales, evitando disparidades de criterios que no generan sino inseguridad jurídica.

Para avanzar en esta dirección, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, refuerza las funciones de una figura que ya era esencial para el funcionamiento de los órganos judiciales, pero que ahora adquiere, si cabe, una mayor importancia: el decano, que pasa a denominarse, conforme a la nueva normativa, presidente del Tribunal de Instancia.

Entre sus nuevas atribuciones destaca la función de coordinación interna. El presidente del Tribunal de Instancia no solo representa a su órgano jurisdiccional, sino que también asume la responsabilidad de impulsar la unidad de criterios y la coherencia de las prácticas judiciales entre los distintos jueces, juezas, magistrados y magistradas que integran el tribunal. Esta función, tal y como establece la ley, debe ejercerse con pleno respeto a la independencia judicial, que constituye un principio irrenunciable de nuestro Estado de Derecho. Pero ello no impide que se promueva la armonización de enfoques, la eliminación de disfunciones organizativas y la identificación de buenas prácticas compartidas.

La finalidad última de esta labor coordinadora no es otra que reforzar la seguridad jurídica, que es un valor esencial en cualquier sociedad democrática. La ciudadanía tiene derecho no solo a una justicia independiente y profesional, sino también a una justicia previsible, coherente y comprensible. La labor del presidente del Tribunal de Instancia será, en este sentido, determinante para contribuir a una mayor confianza social en nuestras instituciones judiciales.

Además, esta tarea de coordinación se proyecta también hacia el ámbito de la Oficina Judicial. Como nexo entre los jueces y los directores de los servicios comunes, el presidente del Tribunal de Instancia se convierte en una figura clave para garantizar la fluidez de las relaciones con la Oficina Judicial y promover así la adecuación de los medios a las necesidades del tribunal.

Las funciones de los presidentes de los Tribunales de Instancia se extienden, pues, a todas las vertientes de la vida del órgano judicial: su representación institucional, organización interna y relación con la ciudadanía al oír las quejas que les puedan hacer llegar las personas interesadas en las causas. Una figura que aúna conocimientos técnicos, capacidad de gestión y visión institucional.

En los tribunales con dos o más secciones y al menos doce plazas judiciales, se nombrarán, además, presidentes de Sección en aquellas secciones que estén integradas por ocho o más plazas judiciales (artículo 84.3 LOPJ). Los presidentes de Sección asumen funciones similares a las de los presidentes de los Tribunales de Instancia, pero dentro de su área de competencia.

Los resultados ya están siendo visibles en determinados Tribunales de Instancia en los que sus presidentes ya han asumido las nuevas funciones, con una clara mejora de la eficiencia del sistema. Por un lado, con la unificación de criterios, lo que permite incrementar la seguridad jurídica y, por otro, con la creación de especialidades que permiten mejorar el funcionamiento del tribunal, incluso modificando criterios de reparto (por ejemplo, en procedimientos monitorios o de familia). El derivar estos asuntos a jueces especializados redundará en un mejor servicio a la ciudadanía en temas sensibles, como familia, o una homogenización y especialización en temas como las reclamaciones económicas, que redundará en un mejor funcionamiento general, al liberar de estas cuestiones al resto de plazas que no se especializan.

4.3. Aumento de la eficiencia en el diseño de la planta judicial: el ejemplo del Real Decreto 422/2025, de 3 de junio

Una de las innovaciones más relevantes del nuevo modelo organizativo es la flexibilidad en el diseño de la planta judicial. Esta estructura permite detectar las necesidades concretas de cada Tribunal de Instancia y dotar las plazas judiciales precisas, sin necesidad de crear toda la estructura de un juzgado tradicional. Asimismo, posibilita la creación de plazas de letrados y letradas de la administración de justicia o de cuerpos generales, desvinculándolas de la creación de un órgano judicial completo.

Este enfoque ha comenzado a materializarse con el Real Decreto 422/2025, de 3 de junio, por el que se dotan nuevas plazas en Secciones de Violencia sobre la Mujer, se crean Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, y se amplía y modifica la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal. Este real decreto dota 50 nuevas plazas en Secciones de Violencia sobre la Mujer (42 de nueva creación y 8 derivadas de la transformación de plazas de Secciones de Instrucción), 42 nuevas plazas de fiscal y 3 nuevas plazas en Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia.

Este redimensionamiento de la planta judicial responde a la asunción de la nueva competencia en materia de violencia sexual por las Secciones de Violencia sobre la Mujer, que entró en vigor el pasado 3 de octubre. La decisión se ha sustentado en un exhaustivo análisis de las cargas de trabajo de esos órganos judiciales. Un análisis de datos en el que ha sido fundamental la colaboración de las comunidades autónomas con competencias asumidas, resultando un ejemplo más del éxito de la cogobernanza en materia de justicia. Del mismo modo, la implicación del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado en este proyecto ha sido determinante.

Gracias a este estudio, se han adoptado decisiones basadas en criterios objetivos para la creación y transformación de plazas, con el fin de garantizar la mejor atención a las víctimas de violencia de género y violencia sexual. Así, en aquellos partidos judiciales en los que mediante la transformación de una plaza de la Sección de Instrucción resultaba una distribución equilibrada de la carga de trabajo entre esta y la Sección de Violencia sobre la Mujer, se ha optado por esta vía. En aquellos casos en que esta alternativa resultaba insuficiente, se ha optado por la creación de una nueva plaza.

Este nuevo sistema de dotación de plazas está contribuyendo ya a una gestión más eficiente de los recursos disponibles, y se prevé que continúe mejorando la capacidad de respuesta del sistema judicial en el futuro.

5. Oficina Judicial

El artículo 435.1 LOPJ define la Oficina Judicial como la *"organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales"*. Con la nueva regulación, cada Tribunal de Instancia cuenta con una Oficina Judicial, que le presta todos los servicios comunes y ofrece un soporte integral, sin distinciones entre secciones, plazas judiciales u órdenes jurisdiccionales, con el fin de garantizar una respuesta homogénea, más ágil y coordinada.

La organización del personal al servicio de la administración de justicia deja, pues, de estar vinculada a la figura del juez. Cada juez no tiene unos funcionarios concretos adscritos, sino que existe una única Oficina Judicial que presta servicio a todos los jueces indistintamente. Todo el personal al servicio de la administración de justicia está integrado en una estructura única, lo que permite construir un sistema más flexible, facilitando una distribución más equitativa de la carga de trabajo, una mayor especialización y una mejora en los tiempos de respuesta.

Debe destacarse que se crea por primera vez una estructura jerárquica, con distintos niveles e incentivos. Hasta ahora, los funcionarios, funcionarias, letrados o letradas de la administración de justicia de un partido judicial tenían todos (en sus respectivos niveles) una relación horizontal. La nueva estructura crea las direcciones de servicios y jefaturas de áreas y equipos, a los que se accede por libre designación o concurso específico, valorando la singular preparación de la persona candidata para el puesto. Esto supone un salto cualitativo en la eficiencia y un importante incentivo para el desarrollo de unos profesionales que, hasta ahora, se encontraban en unas estructuras más planas con escasas oportunidades de promoción. Además, la creación de equipos especializados (en la realización de videoconferencias, en la ejecución, en los procesos monitorios...), permite superar el modelo en el que "todo el mundo tiene que hacer de todo" (desde el registro, la atención a usuarios, o la ejecución del proceso), pasando a un modelo de especialización por áreas, que optimiza el uso de los recursos disponibles.

La Oficina Judicial, cuya implantación es simultánea a la de los Tribunales de Instancia, de conformidad con la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, asume todos los servicios que hasta ahora prestaban las secretarías de los juzgados. Para ello, cuenta al menos con el Servicio Común de Tramitación, una unidad que realiza todas las funciones requeridas para la ordenación del procedimiento.

Cuando se trata del único servicio común de la Oficina Judicial, el Servicio Común de Tramitación asume la ordenación de los procedimientos, asegurando que los trámites se realicen en tiempo y forma; la asistencia a jueces, juezas, magistrados y magistradas, proporcionando el apoyo necesario en el ejercicio de sus funciones; el registro y reparto de expedientes, evitando acumulaciones y distribuyendo los asuntos de manera equitativa; el auxilio judicial nacional e internacional, facilitando la cooperación entre distintas jurisdicciones; la ejecución de resoluciones judiciales, asegurando que los fallos se cumplan de manera efectiva; y la gestión de la jurisdicción voluntaria y mecanismos alternativos de solución de conflictos, agilizando determinados procedimientos.

Cuando el volumen de trabajo es especialmente elevado, los servicios comunes se dividen en distintas estructuras. De esta forma, se crean servicios comunes procesales que asumen funciones específicas dentro de la Oficina Judicial. Este es el caso del Servicio Común General, que es la unidad encargada de llevar a cabo cometidos centralizados de gestión y apoyo transversales; y el Servicio Común de Ejecución, que es la unidad encargada de llevar a cabo la ejecución de los procedimientos judiciales. Y, por debajo de estas estructuras, están los equipos de trabajo.

Es decir, en función del tamaño del partido judicial y el volumen de actuaciones, la Oficina Judicial puede responder a los siguientes modelos de referencia diferentes, que fueron aprobados en la Conferencia Sectorial de la Administración de Justicia en 2022:

- A. **Modelo A:** conformado únicamente por el Servicio Común de Tramitación, que asume todas las funciones antes expuestas.
- B. **Modelo B:** compuesto por el Servicio Común de Tramitación y el Servicio Común General, que asume las funciones de gestión y apoyo transversales.
- C. **Modelo C:** integrado por el Servicio Común de Tramitación, el Servicio Común General y el Servicio Común de Ejecución, en el que este último asume la ordenación de los procesos de ejecución. En este caso, además, los diferentes Servicios Comunes podrán dividirse en diferentes áreas que, a su vez, pueden subdividirse en equipos para la mejor ordenación del trabajo.
- D. **Modelo D:** modelo de oficina judicial integrada por el Servicio Común General, el Servicio Común de Tramitación de la Audiencia Nacional, el Servicio Común de Tramitación del Tribunal Central de Instancia y el Servicio Común de Ejecución.

En el ámbito de las comunidades autónomas con competencias no transferidas, la estructura concreta de la Oficina Judicial de cada Tribunal de Instancia se encuentra desarrollada en la Resolución de 5 de marzo de 2025, de la Secretaría General para la Innovación y Calidad del Servicio Público de Justicia, por la que se Acuerda el diseño y estructura de la oficina judicial para los Tribunales colegiados y Tribunales de Instancia conforme a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

Dentro de la Oficina Judicial, la dirección de los servicios comunes recae en los letrados y letradas de la Administración de Justicia, quienes tienen bajo su supervisión al resto del personal y letrados y letradas que conforman la organización, se trata por tanto de un puesto clave en la nueva organización. Sus funciones incluyen la coordinación del equipo de letrados y letradas en sus labores técnico-procesales, la implementación de órdenes y directrices de sus superiores y la garantía del cumplimiento estricto de las decisiones adoptadas por los jueces y juezas.

Además, dentro de cada Servicio Común pueden establecerse jefaturas de área y equipos, que están ocupadas por funcionarios del cuerpo de letrados de la Administración de Justicia y de los cuerpos generales al servicio de la administración de justicia. Este esquema organizativo permite una mayor especialización y una gestión más eficiente de los procedimientos, favoreciendo la operatividad de la Oficina Judicial. Asimismo, permite un mayor desarrollo de la carrera profesional, que ha sido una demanda constante del personal al servicio de la administración de justicia.

La concreta forma de funcionamiento de cada Oficina Judicial se encuentra definida en los protocolos de actuación, que determinan qué se debe hacer, cómo hacerlo, quién lo debe ejecutar y las pautas para coordinar y optimizar las actividades. Elaborados por las Secretarías de Coordinación Provincial y aprobados por la Secretaría de Gobierno correspondiente, estos protocolos organizan y distribuyen la actividad de cada oficina en función de la estructura aprobada por la administración competente. Además, incluyen manuales de organización que establecen principios de jerarquía, división de funciones, coordinación, eficiencia en la gestión y calidad del servicio.

Entre los elementos clave de estos protocolos se encuentran la definición de la estructura organizativa de la Oficina Judicial, la distribución de responsabilidades, los catálogos de actividades y procesos de gestión, así como los flujos de tramitación procesal. Asimismo, contemplan mecanismos de cooperación interna y externa, asegurando una comunicación efectiva con otras entidades y profesionales del ámbito judicial.

Con esta metodología, se reduce la incertidumbre, se evita la improvisación y se establecen directrices objetivas y homogéneas para la toma de decisiones. La correcta documentación y actualización de estos protocolos garantiza la estabilidad del modelo organizativo y su adaptación a las necesidades operativas en cada momento. Además, estos protocolos son públicos y se han difundido por el Ministerio y por las comunidades autónomas en las páginas web y portales informativos.

Con idéntica intención de dar seguridad jurídica a los letrados, letradas y al personal al servicio de la administración de justicia, a los profesionales y a la ciudadanía que se relacionan con los órganos judiciales en esta nueva organización, se dictó la Instrucción 1/2025, de 27 de junio, de la Secretaría General de la Administración de Justicia para la adecuada coordinación de la actividad de la oficina judicial con los órganos judiciales. Esta instrucción concreta las funciones de coordinación de los letrados y letradas directores de los Servicios Comunes de Tramitación con los órganos judiciales a los que presta apoyo, las de dirección y organización de la Oficina Judicial, así como las de dirección técnico-procesal de todo el personal que presta servicios en ella atribuidas al personal del cuerpo de letrados de la administración de justicia.

Las ventajas que se derivan de ese nuevo sistema organizativo son manifiestas, especialmente en partidos judiciales de mayor dimensión, donde se potencia la profesionalización y especialización de los servicios. Mientras que en el modelo anterior el funcionamiento del juzgado podía verse comprometido, por ejemplo, por el desempeño individual del funcionario encargado de las notificaciones, el nuevo sistema establece equipos específicos con responsables designados, lo que garantiza una gestión más eficiente y coordinada. Además, se ha logrado una mejora sustancial en términos de equidad entre órganos judiciales: datos objetivos evidencian que, en un mismo partido judicial, algunos juzgados acumulaban hasta 540 procesos pendientes de ejecución frente a otros con apenas cinco. Con la implementación del nuevo modelo, la pendencia se ha reducido en aproximadamente un 80 % en materia de ejecución gracias a la creación de unidades especializadas, logrando así una distribución más homogénea de la carga de trabajo y evitando desequilibrios significativos.

6. Oficinas de Justicia en el municipio

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, crea también las Oficinas de Justicia en el Municipio, que sustituyen a los juzgados de paz y amplían las funciones que estos tenían para convertirse en un punto de contacto directo entre la ciudadanía y la administración de justicia, con lo que se mejora su accesibilidad. Al integrar herramientas tecnológicas avanzadas, estas oficinas simplifican los procedimientos y reducen los tiempos en la tramitación de los expedientes. Todo ello permite una gestión más eficiente de los recursos disponibles y, por consiguiente, una notable agilización en la resolución de los procedimientos.

Las Oficinas de Justicia en el Municipio prestan novedosos servicios, esenciales para garantizar una justicia de proximidad. Tienen conexión con los tribunales, de forma que desde las Oficinas de Justicia en el Municipio se conectan con los tribunales de manera segura y con plenas garantías jurídicas. Esto evita desplazamientos para participar en actuaciones procesales, consultar información y obtener copias de procedimientos judiciales, o recibir notificaciones, citas o emplazamientos judiciales.

Esta función facilita la realización de los trámites para cualquier ciudadano, pero cobra una especial importancia en el caso de víctimas de delitos como, por ejemplo, violencia de género o violencia sexual. En un momento de gran vulnerabilidad, las víctimas pueden prestar declaración desde un entorno conocido e igualmente seguro, evitando desplazamientos, y facilitando que puedan ser acompañadas por alguna persona de su confianza. Todo ello redundará en una menor victimización secundaria derivada del proceso judicial.

Igualmente, las Oficinas de Justicia en el Municipio facilitan la obtención de certificados de justicia, permitiendo gestionar por medios telemáticos certificados como los de antecedentes penales, delitos de naturaleza sexual o últimas voluntades; realizar solicitudes, como la cancelación de antecedentes penales; o registrar documentación.

Están también interconectadas con el Registro Civil, garantizando, además, la privacidad de los datos. Desde ellas se pueden obtener certificados de matrimonio, nacimiento o defunción; tramitar expedientes; recibir documentos; y realizar videoconferencias con las unidades del Registro Civil.

Por último, prestan servicios complementarios de justicia, como llevar a cabo videoconferencias seguras y privadas con organismos relacionados con la justicia, como las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, las gerencias territoriales del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, y los servicios de orientación jurídica prestados por colegios profesionales.

En las comunidades autónomas competencia del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes (Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Baleares y Murcia) y en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, todos estos servicios son una realidad, puesto que ya se ha dotado de todos los medios tecnológicos necesarios para el despliegue de estas funciones y su uso está resultando muy exitoso gracias a la existencia del expediente judicial electrónico o el nuevo sistema de registro civil. Al no existir papel, el expediente no está físicamente en ningún sitio (no está almacenado en cajas en la audiencia provincial, por ejemplo), lo que significa que puede estar en todos los sitios (el acceso digital es igual desde la capital de provincia o desde cualquier municipio). Desde mediados de junio hasta mediados de octubre de 2025 se han realizado más de 45.000 trámites procesales desde las Oficinas de Justicia en el Municipio. 45.000 trámites que no han requerido desplazamientos, con el consiguiente beneficio para los interesados y también el impacto positivo en materia medioambiental.

7. Proceso de implantación del nuevo modelo organizativo

La transición desde el sistema tradicional de juzgados unipersonales dotados cada uno de ellos de su secretaría hacia el nuevo modelo organizativo basado en los Tribunales de Instancia con una única Oficina Judicial en cada uno está requiriendo abordar diversos cambios estructurales y funcionales. Con el fin de garantizar una implantación eficaz, alineada con los objetivos de la ley, desde el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes se han desplegado diversas líneas de trabajo a lo largo de 2025. Se trata de las siguientes:

- i. Adaptaciones de los espacios físicos: cada comunidad autónoma ha optado por su propio modelo. En el caso del territorio competencia del Ministerio, ha consistido en la redistribución de los espacios de trabajo para crear zonas que favorezcan la colaboración entre los distintos operadores jurídicos y permitan una mejor integración de los servicios comunes. Esta reorganización espacial no se ha basado en grandes obras ni en inversiones de gran envergadura, sino en actuaciones puntuales y estratégicas que han permitido adaptar las infraestructuras actuales a las necesidades funcionales del nuevo modelo. Así, se han realizado pequeñas inversiones que tienen un alto impacto en la mejora del entorno de trabajo, como la redistribución del mobiliario, la adaptación de la señalética y la creación de espacios polivalentes que pueden ser utilizados para reuniones, atención al público o gestión administrativa.

Además, esta reorganización espacial está alineada con los principios de sostenibilidad y racionalización del gasto público, ya que permite optimizar el uso de los edificios judiciales existentes sin necesidad de construir nuevas infraestructuras. La implantación progresiva de los Tribunales de Instancia está siendo acompañada por un esfuerzo de planificación que tiene en cuenta las características específicas de cada partido judicial, adaptando las soluciones espaciales a las condiciones locales y garantizando que la transición se realice de forma ordenada y eficaz.

- ii. Adaptaciones en los sistemas de información: se centra en la actualización y adaptación de las plataformas y sistemas tecnológicos, así como los sistemas de gestión procesal. El objetivo es garantizar la interoperabilidad, la seguridad de los datos y la eficiencia en los procesos, facilitando la transición digital y el acceso ágil a la información relevante para la toma de decisiones.
- iii. Modificaciones reglamentarias y acoplamiento del personal: este proyecto aborda la revisión y actualización de la normativa interna y los procedimientos administrativos, asegurando su alineación con los principios y objetivos de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero. Incluye la elaboración de nuevos reglamentos y la adaptación de los existentes para dar soporte legal al nuevo modelo organizativo.

Entre estas reformas, cabe destacar la llevada a cabo para facilitar el proceso de acoplamiento del personal al servicio de la administración de justicia, que se encuentra desarro-

llado en el Real Decreto 530/2025, de 24 de junio, por el que se adoptan las disposiciones organizativas y estatutarias del personal de la Administración de Justicia necesarias para implementar en las Oficinas Judiciales y en las Oficinas de Justicia en el Municipio el modelo de organización judicial establecido por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

En relación con ello, me gustaría subrayar que, en el marco de la correspondiente negociación sindical, se han aprobado ya el 100 % de las relaciones de puestos de trabajo correspondientes a los Tribunales de Instancia del ámbito competencial del Ministerio y el 100 % de las correspondientes a letrados de la administración de justicia de comunidades autónomas con competencias transferidas. Esto se traduce en un total de 12.000 puestos reconfigurados: más de 8.500 plazas de personal de los cuerpos generales ubicados en los 112 Tribunales de Instancia de territorio ministerio, y más de 3.500 letrados y letradas de la Administración de Justicia que están en los 319 Tribunales de Instancia ubicados en las comunidades autónomas con las competencias transferidas.

- iv. Formación específica: consiste en el diseño e implementación de programas formativos dirigidos al personal implicado en la transición. El objetivo es dotar a los equipos de las competencias y conocimientos necesarios para desempeñar sus funciones en el marco del nuevo modelo, promoviendo la cultura del cambio y la mejora continua. En esta línea de trabajo se encuadra la formación impartida en formato presencial en todos y cada uno de los partidos judiciales incluidos en el ámbito competencial del Ministerio. Unas sesiones de formación que han permitido también que el personal al servicio de la administración de justicia pueda trasladar sus dudas e inquietudes ante un cambio tan importante. Además, se están realizando sesiones divulgativas para operadores jurídicos, así como cartelería y dossieres informativos que facilitan la comprensión del nuevo modelo por la ciudadanía.
- v. Documentación organizativa: este proyecto implica la elaboración y actualización de protocolos de actuación, manuales organizativos y guías que definan los procesos, roles y responsabilidades en la nueva estructura.

8. Valoración del nuevo modelo

8.1. Implantación uniforme en todo el territorio nacional

Uno de los primeros indicadores del éxito del nuevo modelo organizativo introducido por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, es su implantación satisfactoria y uniforme en todo el territorio nacional. Esta afirmación, que podría parecer una obviedad, merece ser destacada en un Estado descentralizado como el español, especialmente si se compara con la experiencia previa de la Nueva Oficina Judicial (NOJ), cuya implementación fue limitada y profundamente desigual entre comunidades autónomas.

La NOJ fue introducida por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, y revalidada en el año 2009, con la promulgación de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de

la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. A pesar de este marco normativo ambicioso, la NOJ no logró consolidarse como modelo organizativo generalizado. Su despliegue fue muy desigual, escaso y fragmentado, sin que llegara siquiera a iniciarse su implantación en muchas comunidades autónomas.

En contraste, el nuevo modelo organizativo de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, está siendo implantado de forma coordinada, homogénea y sin fisuras en todo el Estado. Un dato revelador es que ninguna comunidad autónoma ha solicitado la prórroga prevista en la disposición transitoria quinta de la ley, que permite aplazar el establecimiento de las Oficinas Judiciales en caso de circunstancias excepcionales relacionadas con infraestructuras o medios tecnológicos. La norma establece que *"la Conferencia Sectorial de Administración de Justicia podrá también aprobar, a propuesta de alguno de sus miembros, una fecha diferente para el establecimiento de alguna de las oficinas judiciales si, a la fecha de constitución de los tribunales de instancia prevista en la disposición transitoria primera concurren circunstancias excepcionales relativas a las infraestructuras o los medios tecnológicos que lo justifiquen"*.

La ausencia de solicitudes de prórroga refleja no solo una mejor planificación institucional, sino también una mayor madurez tecnológica y organizativa del sistema judicial español. Este éxito inicial es fruto de una cogobernanza efectiva, de una estrategia de implantación escalonada y de una voluntad compartida entre el Estado y las comunidades autónomas.

8.2. Agilización en la tramitación de los procedimientos

El nuevo modelo organizativo introducido por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, está demostrando su eficacia desde los primeros pasos de su implantación, especialmente en lo que respecta a la especialización funcional de la Oficina Judicial. Esta especialización y dirección única permite una optimización de recursos, una homogeneización de prácticas y una notable agilización en la tramitación de los expedientes, todos ellos objetivos largamente perseguidos por las reformas judiciales en España.

Transcurridos unos pocos meses desde la implantación de las primeras fases, los primeros datos son positivos y revelan que la unificación de la Oficina Judicial permite optimizar los recursos disponibles y agilizar notablemente la tramitación. Por ejemplo, según los datos del Servicio Común de Ejecución del Tribunal de Instancia de Illescas, la pendencia en la incoación de procedimientos ejecutivos se ha reducido de manera muy significativa desde que el 1 de julio de 2025 se implantara el nuevo modelo organizativo. Concretamente, se ha pasado de un total de 1.404 asuntos pendientes de incoación en julio de 2025 a 231 el 25 de septiembre de 2025, incluidas las nuevas entradas producidas durante ese periodo.

Esta optimización se debe, entre otras causas, a que mientras en el pasado era frecuente encontrar varios auxilios judiciales de distintos juzgados que realizaban notificaciones en calles cercanas el mismo día, duplicando esfuerzos y generando ineficiencias, hoy esa tarea se organiza de forma conjunta, liberando tiempo y recursos para otras funciones esenciales.

Esta mayor eficiencia redundará también en el desempeño de jueces, juezas, magistrados y magistradas que, al quedar liberados de tareas no jurisdiccionales que habitualmente desarrollaban, podrán centrar todo su esfuerzo en la función que les atribuye la Constitución: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

9. Conclusión

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, representa una reforma estructural sin precedentes en la organización judicial española, al sustituir el modelo de juzgados unipersonales por una arquitectura colegiada basada en los Tribunales de Instancia, la Oficina Judicial y las Oficinas de Justicia en el Municipio. Esta transformación, articulada sobre los principios de eficiencia, flexibilidad, homogeneidad y digitalización, ha comenzado a mostrar resultados tangibles en términos de agilización procesal, optimización de recursos y mejora en la atención a la ciudadanía.

La implantación uniforme en todo el territorio nacional, la cogobernanza efectiva entre administraciones, y la implicación activa de todos los operadores jurídicos han sido claves para el éxito inicial del modelo. Asimismo, la reorganización del personal y la creación de nuevas oportunidades de desarrollo profesional refuerzan la sostenibilidad del sistema a largo plazo.

En definitiva, el nuevo modelo organizativo adapta la estructura judicial a las necesidades de la sociedad actual, repercutiendo directamente en la calidad del servicio público de justicia, que se acerca así a los estándares de agilidad, transparencia y eficacia que demanda la ciudadanía en el siglo XXI.



Artículos

Artículos

ADDING INSULT TO INJURY: ¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LA ENTIDAD CIBERATAcada POR LOS DAÑOS GENERADOS POR EL ATAQUE?¹

Marta Pantaleón Díaz

Asociada sénior del Área de Derecho Penal de la Empresa de Uría Menéndez (Madrid). Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid.

Adding insult to injury: ¿responsabilidad penal de la entidad ciberatacada por los daños generados por el ataque?

La reciente publicación del Anteproyecto de Ley de Ciberseguridad, por el que se pretende transponer al derecho español la Directiva NIS 2, promete ampliar tanto el espectro de entidades obligadas a adoptar medidas adecuadas para la prevención de incidentes en este ámbito como la intensidad de estos deberes y de las sanciones previstas como consecuencia de su incumplimiento. Con este telón de fondo, el presente trabajo pretende responder a la pregunta por la posible responsabilidad penal derivada del incumplimiento imprudente de las obligaciones de ciberseguridad en un contexto concreto: el de la materialización de un ciberataque con consecuencias perjudiciales. Se defiende que la respuesta a esta pregunta ha de ser negativa, dadas la escasez de tipos penales aplicables (argumento de la tipicidad), la ausencia de los requisitos previstos en el artículo 11 del Código Penal (argumento de la comisión por omisión) y la impunidad de la participación imprudente (argumento de la participación).

PALABRAS CLAVE:

Ciberseguridad; Ciberataque; Directiva NIS 2; Imprudencia; Comisión por omisión; Participación.

¹ Este artículo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado "Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el Siglo XXI", Proyecto de Generación del Conocimiento del programa Estatal para impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-23 (PID2022-141610OB), cuyos Investigadores Principales son Bernardo Feijoo Sánchez y Enrique Peñaranda Ramos. Agradezco al Profesor Carlos Castellví y a Ismael Clemente su atenta lectura del trabajo y sus agudos comentarios, que me han ayudado a mejorarlo.

Adding insult to injury: Criminal liability of ciberattack victims for resulting harm?

The recent publication of the preliminary draft law on cybersecurity, which aims to transpose the NIS 2 Directive into Spanish law, suggests the range of entities required to adopt appropriate measures to prevent cybersecurity incidents will increase, as will the strictness of these obligations and the penalties for non-compliance. This article addresses the issue of potential criminal liability for negligent failure to comply with cybersecurity obligations in the event of a cyberattack resulting in harm. The argument is that the answer should be negative, given the scarcity of applicable criminal offences and the absence of liability requirements for omissions under article 11 of the Criminal Code, as well as the impunity of negligent complicity under Spanish law.

KEYWORDS:

cybersecurity, cyberattack, NIS 2 Directive, criminal negligence, criminal liability for omissions, criminal complicity

FECHA DE RECEPCIÓN: 20-7-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 25-7-2025

Pantaleón Díaz, Marta (2025). *Adding Insult to Injury: ¿responsabilidad penal de la entidad ciberatacada por los daños generados por el ataque?* *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 25-41 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Las primeras interesadas en contar con unas redes y sistemas de información seguros² son, sin duda, las empresas que emplean tales redes y sistemas en el desarrollo de su negocio. Hoy en día, esas empresas son prácticamente todas. Y es que, de acuerdo con el artículo 3.a del Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información (en adelante, el "Decreto-ley de Ciberseguridad" o "DL 12/18"), por el que se transpuso al derecho español la conocida como Directiva NIS³, para encajar en esa definición basta, por poner dos ejemplos muy básicos, con contar con un sistema institucional de correo electrónico o con un programa informático para el tratamiento automatizado de los datos de los empleados.

En un mundo en el que, cada vez más, una caída de los sistemas informáticos resulta prácticamente equivalente a una perturbación severa (o incluso una interrupción) de casi cualquier actividad empresarial, invertir en ciberseguridad se vuelve una necesidad de primer orden. Y ello, más aún, si se tiene en cuenta que a la falibilidad intrínseca de cualquier sistema informático se suma la también creciente existencia de un auténtico negocio criminal consistente en sabotearlos, ya sea con fines lucrativos o, sencillamente, disruptivos. Una empresa no solo tiene que contar, en otras palabras, con el riesgo de que su actividad se vea afectada por un mal funcionamiento espontáneo de sus sistemas o los de sus proveedores, sino también con el de que tales sistemas sean *atacados intencionalmente* por terceros.

² Es decir, capaces de "resistir, con un nivel determinado de fiabilidad, toda acción que comprometa la disponibilidad, autenticidad, integridad o confidencialidad de los datos almacenados, transmitido o tratados, o los servicios correspondientes ofrecidos por tales redes y sistemas de información o accesibles a través de ellos", en la definición establecida en el artículo 3.b del Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información.

³ Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Como decía al principio, no cabe duda de que las principales interesadas en que ninguno de estos riesgos llegue a materializarse son las propias empresas sobre las que se ciernen. Pero para algunas de ellas la adopción de medidas adecuadas para garantizar la seguridad de sus sistemas informáticos es, además, una obligación legal. El citado Decreto-ley de Ciberseguridad establece en su artículo 16.1 el deber de los operadores de servicios esenciales⁴ y los proveedores de servicios digitales de *“adoptar medidas técnicas y de organización, adecuadas y proporcionadas, para gestionar los riesgos que se planteen para la seguridad de las redes y sistemas de información utilizados en la prestación de los servicios”* incluidos en su ámbito de aplicación.

Con la inminente transposición de la Directiva NIS 2⁵, a la que obedece la aprobación por parte del Consejo de Ministros del Anteproyecto de Ley de coordinación y gobernanza de la ciberseguridad de 14 de enero de 2025 (en adelante, el “Anteproyecto de Ley de Ciberseguridad” o, simplemente, el “Anteproyecto”), el elenco de entidades sujetas a la obligación de adoptar medidas de ciberseguridad aumentará sensiblemente, extendiéndose a todas las que sean identificadas como *“esenciales”* o *“importantes”* de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 3 de la Directiva. En el Anteproyecto, esta concreción se lleva a cabo en los artículos 3 y 4, de forma demasiado prolija como para detenerse en ella en este trabajo. Baste con señalar, a título ejemplificativo, que está previsto que el ámbito de aplicación de estos deberes se extienda a *todas* las medianas o grandes empresas con residencia fiscal en España pertenecientes a los sectores de la energía, del transporte, financiero o sanitario, entre muchos otros⁶.

Tampoco me detendré en el complejo sistema que se establece en la normativa citada (y la que la desarrolla⁷) para la determinación de las concretas medidas de ciberseguridad que deben ser adoptadas por los sujetos obligados. Lo que importa mencionar ahora es que en las normas a las que me he referido se prevén ya expresamente una serie de consecuencias jurídicas para el incumplimiento de tales obligaciones. De acuerdo con el régimen actualmente vigente (artículos 36 y 37 del DL 12/18), se considera una infracción administrativa grave, que puede acarrear a la entidad obligada una multa de 100.001 hasta 500.000 euros, *“el incumplimiento de las disposiciones reglamentarias o de las instrucciones técnicas de seguridad dictadas por la autoridad competente referidas a las precauciones mínimas que los operadores de servicios esenciales han de adoptar*

4 De acuerdo con el artículo 3.c y d del DL 12/18, los operadores de servicios esenciales son aquellas entidades públicas y privadas (i) pertenecientes a alguno de los sectores estratégicos definidos en el anexo de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas (administración, espacio, industria nuclear, industria química, instalaciones de investigación, agua, energía, salud, tecnologías de la información y las comunicaciones, transporte, alimentación, y sistema financiero y tributario); (ii) que presten servicios esenciales, entendidos como aquellos necesarios para el mantenimiento de las funciones sociales básicas, la salud, la seguridad, el bienestar social y económico de los ciudadanos, o el eficaz funcionamiento de las instituciones del Estado y las Administraciones públicas, y que dependan para su provisión de redes y sistemas de información; y (iii) que hayan sido designados como tales por las autoridades competentes considerando los factores establecidos en el artículo 6 del propio Decreto-ley de Ciberseguridad, relativos tanto a la importancia del servicio prestado como al volumen de clientes de la correspondiente entidad.

5 Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1184. De acuerdo con su artículo 41, el plazo para la transposición de esta Directiva se agotó el pasado 17 de octubre de 2024.

6 De acuerdo con el artículo 3.1 del Anteproyecto, la futura ley *“se aplicará a las entidades públicas o privadas que tengan su residencia fiscal en España y se encuentren dentro de los sectores de alta criticidad y otros sectores críticos recogidos en los Anexos I y II, cuando tengan la consideración de medianas o grandes empresas porque cuentan con 50 o más trabajadores, y tengan un volumen de negocios anual o un balance general anual que supera los 10 millones de euros”*. En el Anexo I del Anteproyecto se enumeran como sectores de alta criticidad la energía, el transporte, la banca, las infraestructuras de los mercados financieros, el sector sanitario, el agua potable, las aguas residuales, la infraestructura digital, la gestión de servicios de TIC (de empresa a empresa), las entidades de la Administración pública (con exclusión del poder judicial, los parlamentos y los bancos centrales), el espacio y la industria nuclear. En el Anexo II se enumeran los *“otros sectores críticos”*: servicios postales y de mensajería; gestión de residuos; fabricación, producción y distribución de sustancias y mezclas químicas; producción, transformación y distribución de alimentos; fabricación; proveedores de servicios digitales; investigación; y seguridad privada.

7 Señaladamente, el Real Decreto 43/2021, de 26 de enero.

para garantizar la seguridad de las redes y sistemas de información"; y se califica como infracción leve, sancionable con amonestación o multa de hasta 100.000 euros, "el incumplimiento de las disposiciones reglamentarias o de las instrucciones técnicas de seguridad dictadas por la autoridad competente al amparo de este real decreto-ley, cuando no suponga una infracción grave".

Con la regulación prevista en los artículos 35 a 43 del Anteproyecto de Ley de Ciberseguridad, el régimen administrativo-sancionador se agrava de forma muy significativa. La falta o demora injustificada en la implantación de las medidas de ciberseguridad establecidas en cada caso por la autoridad competente pasa a considerarse una infracción muy grave o grave, según la omisión haya motivado o no un incidente significativo⁸. Para el primer caso, se prevén sanciones extraordinariamente elevadas: para las entidades esenciales, "multa de hasta 10.000.000 euros o una cuantía equivalente al 2% del volumen de negocios anual total a nivel mundial de la empresa a la que pertenece la entidad esencial durante el ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía"; y de hasta siete millones de euros o el 1,4 % del volumen de negocios para las importantes. Si la infracción no ha dado lugar a un incidente significativo, se prevén multas de 100.001 hasta 500.000 euros (el techo de las multas previstas para la misma infracción en la normativa actualmente vigente). Y a diferencia de lo que sucede en la actualidad, está previsto que por estas infracciones respondan no solo las correspondientes entidades, sino también, solidariamente, los miembros de sus órganos de dirección (artículo 35.2 del Anteproyecto).

También a diferencia del Decreto-ley de Ciberseguridad, el Anteproyecto introduce una cláusula expresa de subordinación del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal (artículo 46), lo que parece dar a entender que el prelegislador contempla la posibilidad de que al menos algunas de las conductas previstas en el propio Anteproyecto como infracciones administrativas puedan dar lugar, alternativa o cumulativamente⁹, a responsabilidad penal para las entidades infractoras y los miembros de sus órganos directivos. La pregunta a la que pretendo dar respuesta en este trabajo —y a la que, hasta donde alcanzo, todavía no se han enfrentado los tribunales¹⁰— es la siguiente: ¿es una de esas conductas la omisión *imprudente* de adoptar medidas adecuadas de ciberseguridad, cuando esta facilita un *ciberataque* que causa daños a terceros? En otras pala-

8 De acuerdo con las definiciones incluidas en el Anteproyecto, se entiende por incidente "todo hecho que comprometa la disponibilidad, autenticidad, integridad, confidencialidad o trazabilidad de los datos almacenados, transmitidos o tratados, o los servicios ofrecidos por redes y sistemas de información o accesibles a través de ellos" (artículo 2.f), considerándose significativo "si (i) ha causado o puede causar graves perturbaciones operativas de los servicios o pérdidas económicas para la entidad afectada; (ii) ha afectado o puede afectar a otras personas físicas o jurídicas al causar perjuicios materiales o inmateriales considerables" (artículo 2.g, que no especifica si tales requisitos deben concurrir alternativa o cumulativamente).

9 En función de la existencia o no de la "identidad del sujeto, hecho y fundamento" a la que se refiere el artículo 31.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

10 Se ha publicado recientemente la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Segunda) n.º 29/2025, de 19 de febrero, en la que se condena por estafa informática en concurso medial con falsedad en documento mercantil a un sujeto que, en síntesis, había accedido ilícitamente al sistema informático de Toyota para apoderarse de los datos personales del comprador de un vehículo, utilizando acto seguido estos datos personales (DNI, últimas nóminas, etc.) para solicitar préstamos a dos financieras, designando una cuenta corriente del acusado como lugar de recepción de los fondos. Ninguna de las acusaciones solicitó que se declarase penalmente responsables de los hechos a los empleados o directivos de Toyota, ni a la propia entidad, que ni siquiera fue llamada al proceso como responsable civil.

bras, ¿pueden los administradores y directivos de las entidades sujetas a citada normativa¹¹ (y, en su caso, las propias entidades) ser declarados penalmente responsables de los daños producidos por un ataque informático si no se adoptan las correspondientes medidas de ciberseguridad?

Las cursivas en las preguntas anteriores delimitan el objeto de este artículo en dos sentidos. En primer lugar, me referiré exclusivamente a conductas imprudentes. Resulta imaginable en abstracto el caso en el que los administradores y directivos de una entidad obligada omiten la adopción de medidas adecuadas de ciberseguridad con dolo (directo o, más plausiblemente, eventual) de perjudicar a la propia entidad o a terceros. No obstante, sin duda será mucho más frecuente en la práctica que tales administradores y directivos implanten dichas medidas con el convencimiento de que serán adecuadas y suficientes para evitar tales resultados, aunque dicho convencimiento resulte, a la postre, infundado. Esta es la clase de supuestos que me interesa analizar aquí.

En segundo lugar, como anticipé al principio, aunque cualquier incidente de ciberseguridad puede acarrear daños para terceros, no todos los incidentes responden a ataques malintencionados. Los sistemas informáticos fallan por las razones más variadas, desde defectos de diseño a problemas espontáneos de funcionamiento, y los deberes en materia de ciberseguridad que se imponen a las entidades obligadas también tienen la finalidad de evitar esta clase de situaciones. Sin embargo, la imposición de responsabilidad penal a los administradores y directivos de tales entidades (y, en su caso, a las propias entidades afectadas) parece especialmente contraintuitiva cuando el incidente en cuestión se debe a un ataque dirigido directa y principalmente contra ellas. La imposición de la pena en esta clase de casos tiene —y de ahí el título del artículo— algo de “doble victimización” que nos repele instintivamente. Esto hace, a mi juicio, especialmente interesante que el foco de este trabajo se centre en los supuestos de ciberataque, si bien muchas de sus conclusiones son igualmente aplicables a la posible responsabilidad penal por otra clase de incidentes.

En lo que sigue, argumentaré que existen tres argumentos para rechazar la imposición de responsabilidad penal en los supuestos objeto de este trabajo: el reducido elenco de tipos penales aplicables (argumento de la tipicidad), la imposibilidad de afirmar la equivalencia entre intervención activa y omisión en relación con los delitos que sí podrían entrar en consideración (argumento de la comisión por omisión), y la impunidad de una posible participación imprudente en los delitos cometidos por el atacante (argumento de la participación).

¹¹ Aquí y en adelante me referiré exclusivamente, en aras de la brevedad, a los administradores y directivos de estas entidades. No obstante, lo cierto es que, en caso de que (contra lo que defenderé) pudiera afirmarse la existencia de responsabilidad penal en los supuestos de los que aquí se trata, estas no serían las únicas personas físicas a las que podría exigirse. Como se indica expresamente en el Anteproyecto de Ley de Ciberseguridad, los órganos de dirección de las entidades obligadas son los primeros responsables de dar cumplimiento al deber de la entidad de implantar medidas de ciberseguridad adecuadas (artículo 14). Sin embargo, tanto en la normativa vigente como en el propio Anteproyecto se parte de la base de que estas funciones se delegarán en las personas con las capacidades técnicas necesarias para desempeñarlas, a través de la designación de una persona u órgano colegiado responsable de la seguridad de la información (artículo 16.3 del Decreto-ley de Ciberseguridad, artículo 7 del Reglamento de Ciberseguridad y artículo 16 del Anteproyecto). Esta persona o los miembros del órgano correspondiente también podrían ser declarados penalmente responsables. De hecho, llegado el (improbable) caso, lo correcto sería que respondieran *en lugar de* los administradores y directivos, siempre que estos hubieran delegado en personas con la capacidad y la formación suficiente para asumir esas funciones, las hubieran dotado de los medios adecuados al efecto y hubieran supervisado adecuadamente su actuación; *vid.*, entre otras, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 1828/2002, de 25 de octubre; y, en la doctrina, LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2002). *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, pp. 114-132; y PEÑARANDA RAMOS, Enrique (2025). Tipicidad en los delitos omisivos. En F. MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2025*. Madrid: Francis Lefebvre, nm. 1498.

2. El argumento de la tipicidad

La primera razón para rechazar la responsabilidad penal de los directivos de las entidades cibercadastradas por la omisión imprudente de adoptar medidas de seguridad adecuadas para prevenir el ataque consiste, sencillamente, en que es difícil pensar en algún tipo penal en el que resulte subsumible esta conducta. Los posibles “candidatos” pueden clasificarse en dos grupos: (i) delitos que cometen de propia mano los autores del ataque y de los que los directivos de la entidad atacada podrían ser (a) autores por omisión o (b) cooperadores, igualmente omisivos; y (ii) delitos que solo cometerían los directivos de la entidad atacada. En todos los casos, la responsabilidad penal de la propia entidad atacada requeriría el cumplimiento de requisitos adicionales.

2.1. Autoría y cooperación en los delitos de los atacantes

A este grupo pertenecen, en primer lugar, los delitos cometidos con el simple acceso ilícito a un sistema informático ajeno (artículo 197 bis.1 del Código Penal¹²) y la interrupción del propio sistema (artículos 264¹³ y 264 bis¹⁴), que atendiendo a la finalidad perseguida por los atacantes pueden incluso calificarse como delitos de terrorismo (artículo 573.2)¹⁵. El sujeto pasivo de estos delitos es la entidad atacada, titular del sistema, por lo que sería absurdo atribuirle responsabilidad penal por no haber puesto obstáculos suficientes para su comisión. Pero ¿puede afirmarse lo mismo respecto de sus administradores y directivos, que han incumplido imprudentemente su deber de implantar medidas de ciberseguridad suficientes en la entidad, facilitando con ello la perpetración del ataque?

Los administradores y directivos no son, propiamente, víctimas: el sistema informático atacado no es suyo, sino de la entidad para la que trabajan. Sin embargo, considero que hay al menos dos razones por las que resulta imposible considerarlos autores de estos delitos. La primera y más sencilla es que, salvo en el caso de los daños informáticos, se trata de delitos dolosos, para los que no se prevé la posibilidad de comisión imprudente. La segunda, que la omisión de adoptar medidas de ciberseguridad adecuadas no parece encajar en muchas de las conductas típicas previstas en estos delitos, por ampliamente que se interpreten. Todas las del artículo 197 bis.1 del Código Penal requieren que el autor *vulnera* las medidas de seguridad establecidas para impedir el acceso al sistema atacado. Una autoría omisiva imprudente podría plantearse únicamente respecto del

12 Este precepto se refiere a la conducta de quien “por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo”. Inexplicablemente, sin embargo, no se acusó por este delito en el caso de la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Segunda) n.º 29/2025, de 19 de febrero. El tribunal tampoco incluye reflexión alguna al respecto.

13 Que castiga a quien “por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave”.

14 El precepto se refiere a quien “sin estar autorizado de manera grave, obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno a) realizando alguna de las conductas a que se refiere el artículo anterior; b) introduciendo o transmitiendo datos; o destruyendo, dañando, inutilizando, eliminando o sustituyendo un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica”.

15 De acuerdo con el artículo 573.1 del Código Penal, a estos efectos ha de concurrir “cualquiera de las siguientes finalidades: 1.º Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.º Alterar gravemente la paz pública. 3.º Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.º Provocar un estado de terror en una población o parte de ella”.

delito de daños informáticos previsto en los artículos 264 y 264 bis del Código Penal, si la imprudencia fuera grave y los daños causados ascendieran a más de 80.000 euros (artículo 267), y solo en aquellas de sus modalidades en las que no se especifican medios determinados de comisión.

Respecto del resto de los anteriores tipos penales podría plantearse, como máximo, por tanto, considerar a los administradores y directivos de la entidad (pero nunca a la propia entidad) *cooperadores imprudentes* en los delitos cometidos por los atacantes, una calificación que —como desarrollaré en el apartado 4 del trabajo— debería conducir a su impunidad. También es este el caso de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos que pueden entrar en juego cuando el ciberataque conduce a una fuga de información (artículos 197.1¹⁶ y 2¹⁷, 197 bis.2¹⁸ y 278¹⁹ del Código Penal): son delitos necesariamente dolosos²⁰ y, además, con medios de comisión determinados en los que no puede subsumirse la omisión de adoptar medidas de ciberseguridad suficientes²¹. Así pues, aunque la entidad atacada sí podría, hipotéticamente, responder penalmente por estos delitos —que pueden, y suelen, afectar a bienes jurídicos de terceros (sus datos personales, por ejemplo)—, tanto su conducta como la de sus directivos debería calificarse, a lo sumo, como una (impune) cooperación imprudente²².

Al margen de los supuestos de fuga de información a los que ya me he referido, otra consecuencia frecuente de cualquier ataque informático son las pérdidas económicas generadas tanto a la propia entidad atacada como a terceros (clientes, por ejemplo) como consecuencia de la imposibilidad de seguir prestando los servicios de los que se trate con normalidad. Sin embargo, el único tipo penal que podría abarcar esta clase de perjuicios patrimoniales sería la administración desleal (artículo 252 del Código Penal) que podrían cometer los administradores de la entidad atacada, tanto contra la propia entidad como contra los titulares de los patrimonios que esta eventualmen-

16 El precepto se refiere a la conducta de “*el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación*”.

17 Que castiga “*al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado*”, así como a “*quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o un tercero*”. Tampoco se acusó ni, por tanto, se condenó al acusado por este delito en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Segunda) n.º 29/2025, de 19 de febrero.

18 Relativo a la conducta de quien “*mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos*”.

19 Aunque ubicado entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores, este tipo penal guarda una fuerte semejanza con los anteriores, en la medida en que se refiere a la conducta de quien “*para descubrir un secreto de empresa, se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197*”.

20 Algunos de ellos requieren incluso elementos subjetivos especiales que, al menos en los supuestos a los que se refiere este trabajo, nunca concurrirían en los directivos de la entidad atacada: la finalidad de “*descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro*” a la que se refiere el artículo 197.1 o la de “*descubrir un secreto de empresa*” del artículo 278.

21 Todos los verbos típicos (*apoderarse, interceptar, utilizar, modificar, acceder y alterar*) parecen, en efecto, incompatibles con cualquier forma de comisión omisiva, muy en particular con la que es objeto de este trabajo.

22 Exactamente lo mismo sucede en relación con otros delitos cuya comisión podría plantearse en otros escenarios más imaginativos de ciberataque, como las detenciones ilegales (artículo 163 del Código Penal) que podrían cometerse manipulando el sistema informático empleado para el control mecánico de los accesos a un edificio.

te administrase (en este caso, con base en el artículo 31 del Código Penal²³). Paradójicamente, la conducta de los autores del ataque es atípica desde esta perspectiva, por lo que diferiré el análisis de la posible responsabilidad de los administradores a la siguiente sección de este apartado.

Los atacantes podrían cometer un delito de estafa informática (artículo 249.1.a del Código Penal) si lograsen obtener transferencias no consentidas de activos patrimoniales de la propia entidad o de sus clientes por medio del ataque²⁴. Sin embargo, al tratarse de un delito necesariamente doloso, que además exige ánimo de lucro y el empleo de medios determinados²⁵, la contribución omisiva de los administradores y directivos de la entidad podría calificarse, de nuevo, a lo sumo, como una cooperación imprudente en el delito. Lo mismo cabe decir de los posibles delitos de manipulación de mercado (artículo 284.1.2.º y 3.º del Código Penal) cometidos como consecuencia del ataque.

El dolo y, al menos en la mayoría de las ocasiones, los medios de comisión determinados que exigen casi todos los delitos examinados hasta este punto hacen imposible plantear, en definitiva, una autoría accesoria²⁶ entre los atacantes y los directivos de la entidad atacada. Esta calificación solo puede plantearse en casos, como el de los daños informáticos, en los que los delitos cometidos (dolosamente) por los autores del ataque admiten también una modalidad imprudente. Y el supuesto de hecho puede imaginarse más allá del delito de daños, aunque afortunadamente, al menos hasta la fecha, se trata de uno puramente teórico: el ciberataque que provoca muertes, lesiones, manipulaciones genéticas, una contaminación del medio ambiente, la liberación de radiaciones ionizantes, estragos, incendios o la puesta en circulación de productos que ponen en peligro la salud pública.

Imaginemos, por ejemplo, que el ataque al sistema informático de un hospital conduce a la imposibilidad de consultar la historia clínica de un paciente que requiere tratamiento urgente, de manera que termina administrándosele un fármaco al que tiene alergia; o que se sabotea el sistema de control de calidad de una empresa farmacéutica o alimentaria, conduciendo a la comercialización de productos peligrosos para la salud; o que un *hacker* se pone a los mandos de la torre de control de un aeropuerto o de una central nuclear. Aunque parece ciencia ficción, el propio elenco de entidades obligadas a implantar medidas de ciberseguridad —que incluye todos y cada uno de

23 De acuerdo con este precepto, “*el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*”. En el caso al que acabo de referirme, sería la entidad atacada (no sus administradores) la que reuniría la condición, exigida por el artículo 252 del Código Penal, de tener facultades para administrar los patrimonios de los perjudicados.

24 Así, por ejemplo, en la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Segunda) n.º 29/2025, de 19 de febrero.

25 Obstaculizar o inferir indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información o introducir, alterar, borrar, transmitir o suprimir indebidamente datos informáticos, o valerse de cualquier otra manipulación informática.

26 En efecto, la figura dogmática que entraría en juego en esta hipótesis no sería la coautoría (“*quienes realizan el hecho conjuntamente*”, en los términos del artículo 28 del Código Penal), sino la autoría “accesoria”, como se ha solido traducir al español, de manera algo impropia, la *Nebentäterschaft* alemana: una autoría única (“*quienes realizan el hecho por sí solos*”) de varias personas a la vez. Podría hablarse, si se prefiere, de una autoría “colateral” (SANCINETTI, Marcelo (1991). *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, *passim*) o “yuxtapuesta” (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, (3.ª ed.), p. 193).

los anteriores sectores— demuestra que al legislador (tanto español como comunitario) se le han pasado por la imaginación esta clase de casos²⁷.

Tanto los delitos de daños informáticos como los relativos a esta clase de resultados pueden cometerse tanto con dolo como con imprudencia grave²⁸ y (al menos en algunas de sus modalidades) no exigen el empleo de medios determinados incompatibles con la comisión omisiva, por lo que, *en principio*, cabría considerar autores a los administradores y directivos de la propia entidad atacada que hubieran facilitado el ataque a través de su omisión imprudente de implantar medidas de seguridad adecuadas en la entidad. Pero solo en principio: para ello tendrían que cumplirse, además, los requisitos establecidos en el artículo 11 del Código Penal para poder equiparar esta conducta a una comisión activa. A ello se refiere precisamente el argumento al que se dedica el apartado 3 de este trabajo.

2.2. Otros delitos

¿Podría ser la omisión de los administradores y directivos de implantar medidas de seguridad adecuadas en la entidad atacada constitutiva de algún otro delito, *independiente* de la actuación de los atacantes (es decir, que estos no cometieran al mismo tiempo)? Al primero de los tipos penales que podrían analizarse en esta sede ya me he referido en la sección anterior: si el ciberataque causase un perjuicio al patrimonio de la entidad, la conducta de sus administradores podría, quizás, considerarse constitutiva de un delito de administración desleal (artículo 252 del Código Penal²⁹).

No es necesario, sin embargo, detenerse en la posibilidad de calificar esta omisión como un “*exceso*” en el ejercicio de las facultades de los administradores como tales —cuestión discutible y, en todo caso, totalmente dependiente de las circunstancias del caso concreto— para descartar la aplicación de este tipo penal a la clase de casos que nos ocupan. Y es que se trata de un delito esencialmente doloso, que no admite una modalidad imprudente.

Sí la admite el segundo de los delitos que podrían entrar en consideración a los efectos que aquí interesan: el de insolvencia punible por imprudencia grave (artículo 259.2 del Código Penal). Obviamente, el tipo solo resultaría de aplicación en el supuesto, particularmente extremo, de que el ciberataque causara unos daños tan importantes a la entidad atacada que esta hubiera devenido insolvente (artículo 259.2), habiendo dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o habiendo sido declarado su concurso (artículo 259.4). Y aun dándose estas circunstancias, la tipicidad de la omisión de los directivos de la entidad de implantar medidas de ciberseguridad adecuadas exigiría poder calificarla como “*una infracción grave del deber de diligencia en la ges-*

27 De hecho, basta una ojeada a la prensa para comprobar que esta clase de entidades (hospitales, centrales nucleares, etc.) son objeto de ataques informáticos con relativa frecuencia, aunque, por fortuna, las consecuencias suelen limitarse a las habituales: filtraciones de datos y pérdidas económicas. En nuestro país, probablemente el precedente más conocido es el ciberataque de *ransomware* que, el 5 de marzo de 2023, paralizó temporalmente la actividad del hospital Clínic de Barcelona y condujo a una filtración masiva de datos especialmente sensibles.

28 *Vid.* artículos 142, 142 bis, 146, 152, 152 bis, 159.2, 267, 331, 344, 347, 358 y 367 del Código Penal. Tanto el homicidio (artículo 142.2) como las lesiones (artículo 152.2) pueden cometerse también por imprudencia menos grave.

29 Este delito se refiere a la conducta de “*los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado*”.

ción de asuntos económicos" (artículo 259.1.9.^a), pues no cabe subsumirla en ninguna otra de las alternativas de comisión previstas en el precepto³⁰.

Esta calificación me parece, sin embargo, inviable. Aunque en función de las circunstancias del caso concreto cupiera considerar gravemente imprudente la omisión de los directivos, esta infracción de su deber de diligencia no se habría producido *"en la gestión de asuntos económicos"*. La ciberseguridad tiene, como todas las dimensiones de la actividad de cualquier empresa, consecuencias económicas, pero no es un *"asunto económico"*. Una política de ciberseguridad es mucho más parecida a una política de seguridad a secas (por ejemplo, de control de accesos) que a una de inversiones o de ventas. A la inversa, tener una mala política de ciberseguridad que permite un ciberataque se parece mucho más dejarse la puerta abierta permitiendo entrar a los ladrones que a hacer un ruinoso negocio de riesgo (artículo 259.1.5.^a) o a cualquiera del resto de conductas típicas que contempla el artículo 259.1 del Código Penal. También por esta vía la responsabilidad penal debe, por tanto, a mi juicio, descartarse.

El último delito en el que considero que cabría pensar a los efectos que aquí interesan es el de omisión de impedir delitos (artículo 450.1 del Código Penal): la omisión de los directivos de la entidad de implantar medidas de seguridad adecuadas permite que los atacantes cometan los delitos analizados en la sección anterior de este apartado; delitos que, como se ha visto, en los supuestos más graves pueden llegar a afectar a la *"vida, integridad o salud"* de las personas. No obstante, se trata, de nuevo, de un delito necesariamente doloso, cuya comisión imprudente no está prevista. Además, en la medida en que requiere que el autor pueda impedir la comisión del delito *"con su intervención inmediata"*, la conducta típica parece exigir una proximidad temporal entre la omisión típica y el delito que normalmente no se da entre la omisión de adoptar medidas de ciberseguridad adecuadas y un ciberataque posterior³¹.

2.3. Responsabilidad penal de la persona jurídica: el argumento (adicional) del beneficio

Recapitulando lo argumentado en las secciones anteriores, los administradores y directivos de la entidad atacada podrían ser, como máximo, *cooperadores imprudentes* de algunos de los delitos cometidos por los atacantes —descubrimiento y revelación de secretos (de empresa, en su caso), estafa informática y manipulación de mercado— y *autores accesorios*³² de otros —daños informáticos, homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, manipulación genética, contra el medio ambiente, relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes, estragos, incendios y contra la salud pública— en comisión por omisión (artículo 11 del Código Penal). Pero hay muchos de estos

30 Otra posibilidad sería calificarla como una conducta que *"cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura"*. Pero esta subsunción me resulta demasiado forzada. Me parece claro, a la vista del resto de alternativas de comisión previstas en el precepto, que lo que se pretende castigar aquí son conductas del deudor que lesionan *activa y directamente* su patrimonio (no que permiten, por omisión, que otro lo lesione).

31 Así, CANCIO MELIÁ, Manuel (2025). Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución. En F. MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2025*, Madrid: Francis Lefebvre, nm. 17054. El requisito de inmediatez resulta, si cabe, más evidente si se analiza la segunda de las modalidades típicas previstas en el artículo 450 del Código Penal: *"En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia"*.

32 Respecto de este concepto, *vid.* n. 25. En el apartado 3 argumentaré las razones por las que, a mi juicio, ha de descartarse esta calificación y considerar a los directivos, a lo sumo, cooperadores imprudentes también en relación con estos delitos.

delitos por los que la entidad nunca podría ser declarada penalmente responsable: en unos casos, por no estar prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con el tipo en cuestión³³; en otros, por tratarse de delitos en los que el sujeto pasivo es la propia entidad³⁴.

Incluso respecto de los delitos restantes, existe un argumento adicional para rechazar la responsabilidad penal de la persona jurídica: esta exigiría poder afirmar que sus administradores o directivos cometieron el delito *"en su beneficio directo o indirecto"* (artículo 31 bis.1.a del Código Penal); que existe, en otras palabras, un *"alineamiento objetivo de delito e interés corporativo"*³⁵. La única manera de defender que una omisión de implantar medidas de ciberseguridad adecuadas, en tanto posible conducta típica de favorecimiento omisivo imprudente de los delitos cometidos con ocasión del ataque, acarrea un beneficio para la entidad afectada pasaría por asociarla a un difuso ahorro de costes para esta³⁶. Pero esta argumentación resultaría, a mi juicio, muy problemática, porque cualquier ahorro de costes quedaría inmediatamente contrarrestado por el riesgo de sufrir incidentes (derivados o no de ataques de terceros) a los que expone a la entidad, con el consiguiente perjuicio potencial para su patrimonio. Recurriendo de nuevo a una analogía muy gráfica, nadie diría que el hecho de que los administradores de una persona jurídica decidan ahorrarse el coste de instalar cerraduras en las puertas del local de la entidad —con el consiguiente riesgo de que entre alguien a robar— supone un beneficio directo ni indirecto para la persona jurídica³⁷.

3. El argumento de la comisión por omisión

Atribuir a los administradores y directivos de la entidad atacada responsabilidad penal por los delitos a los que me he referido en el apartado anterior implicaría considerar típica su *omisión* de implantar medidas de ciberseguridad adecuadas en la entidad, ya fuera a título de cooperación

33 No lo está en relación con el homicidio, el aborto, las lesiones, las lesiones al feto, la manipulación genética, ni algunos de los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (los tipificados en los artículos 341 y 342 del Código Penal). Tampoco, aunque seguramente por error involuntario del legislador, respecto de los delitos contra la salud pública por imprudencia grave. Así lo corrobora la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (en adelante, la "Circular 1/2016").

34 Como ya argumenté, lo será casi siempre en relación con el delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 bis.1 del Código Penal, así como con los daños informáticos (artículos 264 y 264 bis), incluso si llegan a calificarse como delitos de terrorismo (artículo 573.2). Lo será también, normalmente, respecto de la revelación de secretos de empresa (artículo 278). Y podrá serlo, eventualmente, en relación con el delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.1 y la estafa informática (artículo 249.1.a).

35 FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2024). Reflexiones críticas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una visión española y latinoamericana. *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 5, p. 107. Si se partiera de una interpretación subjetivista de la cláusula *"en su beneficio directo o indirecto"*, las dificultades para la apreciación del elemento en casos como los que aquí nos ocupan serían todavía mayores que las que describo a continuación en el texto.

36 En su Circular 1/2016, la Fiscalía General del Estado interpreta que la expresión *"beneficio indirecto"* permite incluir, entre otros, los beneficios consistentes en un ahorro de costes. Se suma a esta interpretación, entre otros, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2025). Imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica. En F. MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2025*. Madrid: Francis Lefebvre, nm. 3125.

37 En este punto, cabe hacer referencia también a los reparos que la propia Fiscalía General del Estado muestra, en su Circular 1/2016, para admitir la compatibilidad de este requisito con la responsabilidad penal de las personas jurídicas por conductas imprudentes (las únicas a las que se refiere el presente trabajo): *"La posibilidad de admitir la comisión culposa en el delito de la persona física queda abierta desde el momento en que la acción se valora como beneficiosa para la sociedad desde una perspectiva objetiva. Ha de reconocerse que tal posibilidad resulta, en principio, problemática, por la difícil compatibilidad de la fórmula 'en beneficio directo o indirecto' con la estructura del delito imprudente, aun descartando que con ella se defina un elemento subjetivo. Por otra parte, las previsiones de política criminal tampoco buscan, en principio, sancionar al ente colectivo por la imprudencia de sus dirigentes o de los subordinados de estos defectuosamente controlados. Sin embargo, toda vez que el art. 31 bis no describe la conducta concreta de la persona física, es en los correspondientes preceptos de la Parte Especial donde se ha de examinar la previsión de su comisión culposa"*.

o de autoría accesoria (en ambos casos, imprudente), en los delitos cometidos por los atacantes. Sin embargo, la responsabilidad penal por omisión exige una serie de requisitos adicionales, que —al menos cuando se trata de establecer la autoría de un delito de resultado³⁸— se encuentran establecidos en el artículo 11 del Código Penal. Este precepto dispone lo siguiente:

“Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

La comisión por omisión es una de las figuras de la parte general del derecho penal sobre la que más se ha discutido. Sobre ella se duda prácticamente todo —como dijera Gimbernat Ordeig, *“lo único seguro en los delitos impropios de omisión es que no hay nada seguro”*³⁹— y excedería con mucho las pretensiones de este trabajo hacer justicia al riquísimo debate doctrinal originado al respecto. Afortunadamente, a los efectos que aquí interesan basta con partir de lo que creo que podría calificarse como el núcleo de consenso de la teoría de la comisión omisiva: una omisión puede ser constitutiva de delito si, dada la posición especial de su autor en relación con el bien jurídico, resulta *equivalente* a las conductas activas que encajan en el tipo. Y esta posición especial, que suele denominarse “posición de garante”⁴⁰, puede reconducirse formalmente a un deber legalmente impuesto o voluntariamente asumido (artículo 11.a) o al comportamiento peligroso precedente del autor (artículo 11.b)⁴¹.

Como expliqué en la introducción, está claro que los miembros de los órganos de dirección de las entidades actualmente sujetas al Decreto-ley de Ciberseguridad —y, en el futuro, a la normativa por la que se transponga la Directiva NIS 2— tienen *“una específica obligación legal”* de asegurar que se adopten en la entidad *“medidas técnicas y de organización, adecuadas y proporcionadas, para gestionar los riesgos que se planteen para la seguridad de las redes y sistemas de información utilizados en la prestación de [sus] servicios”* (artículo 16.1 DL 12/18)⁴². Pero con esto no basta para colmar los requisitos del artículo 11 del Código Penal: si sostuviéramos que de *cualquier* obligación legal deriva inmediatamente una posición de garante, tendríamos que llegar a la absurda conclu-

38 Es una cuestión muy discutida en la doctrina si los requisitos establecidos en el artículo 11 del Código Penal son también necesarios para la participación omisiva en el delito o si esta, por oposición a la autoría, no exigiría la existencia de una posición de garante. Sobre ello volveré al final del apartado. También se discute si el ámbito de aplicación de este precepto se extiende más allá de los delitos de resultado a los que se refiere expresamente, aunque este debate tiene menos relevancia práctica del anterior, en la medida en que existe unanimidad en que los delitos de mera actividad también pueden cometerse por omisión si existe posición de garante y la conducta en cuestión resulta subsumible en el tipo concreto. Lo que en realidad se discute es, pues, sencillamente, si esta comisión por omisión se fundamenta (también) en el artículo 11 o (solo) en el precepto de la parte especial que contempla el delito de mera actividad en cuestión.

39 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1997). La omisión impropia en la dogmática penal alemana: una exposición. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 50, p. 7.

40 También “posición de garantía”, “deber de garante” o “deber de garantía”, con implicaciones teóricas diferentes en las que tampoco merece la pena detenerse aquí.

41 Escapa de este consenso básico, sin embargo, si la posición de garante y la equivalencia con la comisión activa son dos requisitos diferentes y cumulativos o si, más bien, solo existe una posición de garante cuando existe esa equivalencia. La discusión carece, sin embargo, de consecuencias a los efectos de la argumentación desarrollada en el texto.

42 De hecho, en el artículo 14.1 del Anteproyecto de Ley de Ciberseguridad se establece expresamente que *“los órganos de dirección de las entidades esenciales e importantes serán responsables de aplicar las medidas para la gestión de riesgos de ciberseguridad incluidas en esta ley, de supervisar su implantación efectiva y, en su caso, asumirán la responsabilidad por su incumplimiento”*.

sión de que cualquiera que omitiera socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, pudiendo hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, no solo cometería el delito del artículo 195 del Código Penal, sino también un eventual delito de homicidio o de lesiones. Como señala Lascuráin Sánchez,

“Las leyes, pues, nos obligan a muchas cosas y nos obligamos de múltiples modos a través de los contratos, sin que el puro cauce formal o el puro compromiso legal o contractual, del tipo que sea, constituyan por sí mismas razón de fondo suficiente para hacer esos deberes unos deberes penalmente reforzados y, dentro de ello, severamente reforzados, hasta el punto de hacer responder al sujeto por el resultado que la observancia de su deber habría evitado”⁴³.

Solo la infracción de *algunos* deberes legales (o contractuales) puede servir como fundamento de la comisión por omisión⁴⁴. Pero ¿de cuáles? Sobre esta pregunta —célebremente calificada como *“una de las más difíciles de la dogmática de la Parte General”*⁴⁵— han corrido auténticos ríos de tinta, hasta el punto de que existen prácticamente tantos criterios para la delimitación de esta figura como autores se han ocupado del tema⁴⁶. Y aunque hasta cierto punto diferentes en sus consecuencias, lo que todas estas fórmulas tratan de capturar, siquiera de forma metafórica, es siempre la citada *equivalencia* con la comisión activa: la idea de que es lo mismo que un padre mate a su bebé dándole comida envenenada (acción) que no dándole comida en absoluto (omisión); que es lo mismo que un conductor atropelle a un peatón pisando el acelerador (acción) que dejando de pisar el freno (omisión).

Para comprobar si existe esa equivalencia en el supuesto objeto de este trabajo, hay que descender a los concretos delitos imprudentes que, en principio, podrían cometer los administradores y directivos de la entidad atacada con su omisión de implantar en ella medidas de ciberseguridad suficientes: daños informáticos homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, manipulación genética, contra el medio ambiente, relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes, estragos, incendios y contra la salud pública. Supongamos que, como consecuencia de un ciberataque que podría haberse evitado con las medidas de seguridad adecuadas, desaparecen todos los datos o documentos electrónicos almacenados en los sistemas de la entidad. O que fallecen o resultan lesionados pacientes de un hospital (en su caso, personas embarazadas). O que un ciberataque conduce a la manipulación del genotipo en una clínica de reproducción asistida o, en el sector industrial, a la emisión de sustancias contaminantes (en su caso, energía nuclear), una explosión, un incendio o la puesta en circulación de productos peligrosos para la salud.

En todos los supuestos anteriores, la posición de los directivos de la entidad atacada que incumplen su deber de implementar medidas de ciberseguridad adecuadas guarda cierta similitud con

43 LASCURAÍN SÁNCHEZ (2002: 27).

44 Como lo expresa SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2025). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, p. 803, la posición de garantía *“no puede entenderse en términos jurídico-formales, accesorios del Derecho público o privado”*.

45 JAKOBS, Günther (1991). *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin: Walter de Gruyter, (2.ª ed.), p. 799.

46 De hecho, creo que hay que dar la razón a SILVA SÁNCHEZ (2025: 803-804) cuando afirma que *“han fracasado todos los métodos empleados para identificar de modo genérico las situaciones en las que puede afirmarse la concurrencia de una posición de garante. Así no resultan convincentes ni los criterios naturalistas —causalidad—, ni los intrasistémicos —deber jurídico—, ni los sociológico-funcionales —rol social— ni los axiológicos o políticos”*. Esto, que según el autor *“se debe en parte a la irreductibilidad del mundo personal real”*, termina conduciendo a su vez, en este campo, a construcciones irreductiblemente tópicas.

la de los policías que omiten impedir un delito, pudiendo hacerlo. De acuerdo con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, estas tienen entre sus funciones “auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa”, así como “prevenir la comisión de actos delictivos”. Sin embargo, al menos en España, la doctrina mayoritaria no considera que la infracción de estos deberes pueda acarrear responsabilidad penal para sus agentes por los delitos de terceros que hubieran podido evitar con su intervención⁴⁷. De acuerdo con estos autores, el desvalor de esta conducta quedaría, en su caso, plenamente abarcado por el delito de omisión pura del artículo 412.3 del Código Penal, relativo a la autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar cualquier clase de mal, se abstuviera de prestarlo⁴⁸.

Si esto es así en relación con las fuerzas y cuerpos de seguridad —agentes de la autoridad pública, que tienen como *misión principal* la lucha contra la delincuencia—, con mayor razón debería serlo respecto de los administradores y directivos de entidades con objetos completamente diferentes que tienen, *entre otros muchos deberes*, la obligación legal de implantar unas medidas de ciberseguridad que, además, tienen como principal beneficiaria a la propia entidad. Si la omisión de un policía de impedir un delito contra la vida no es equivalente a apretar el gatillo, menos aún lo será la de los directivos de un hospital que no hacen todo lo posible por evitar que los autores de un ciberataque maten activamente (pues eso es lo que hacen, sea de forma dolosa o imprudente) a uno de sus pacientes.

El argumento de la comisión por omisión impide, por tanto, a mi juicio, considerar a los directivos de la entidad atacada autores accesorios imprudentes de los delitos de daños informáticos, homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, manipulación genética, contra el medio ambiente, relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes, estragos, incendios o contra la salud pública eventualmente cometidos por los autores del ataque. Su omisión podría, como máximo, considerarse equivalente a una *cooperación* activa a estos delitos, y aun la cooperación omisiva debería quedar descartada para la parte de la doctrina que requiere —correctamente, a mi juicio— la existencia de posición de garante también para la participación por omisión⁴⁹; corriente

47 *Vid.*, entre otros, MIR PUIG, Santiago (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor, (10.ª ed.), p. 338; PEÑARANDA RAMOS (2025: 1516-1518); ROBLES PLANAS, Ricardo (2013). Deberes negativos y positivos en Derecho penal. *InDret*, 4/2013, pp. 13-16; COCA VILA, Ivó (2017). Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-24, pp. 26-32; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen (2019). La responsabilidad omisiva de los funcionarios públicos por la no evitación de delitos: un (no) sistema insostenible. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 22, pp. 199-208; y SILVA SÁNCHEZ (2025: 809-810). Cf., no obstante, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2000). Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas. *Diario la Ley*, 2, p. 10; LASCURAÍN SÁNCHEZ (2002: 138). La jurisprudencia no se ha pronunciado al respecto (más allá de los casos, bien distintos, de los delitos cometidos activamente por un agente contra un detenido que otro agente se limita a permitir pasivamente), lo que podría ser un signo de que la opinión mayoritaria es intuitivamente correcta: a nadie se le ha ocurrido emprender acciones penales contra los agentes de las fuerzas de seguridad que podrían haber impedido el delito de un tercero por el delito no evitado, o bien esta clase de procedimientos son sistemáticamente archivados en fase de instrucción.

48 El delito se castiga con penas diferentes en función de que el mal no evitado sea constitutivo de delito y, en su caso, de la clase de delito de la que se trate. Sobre la problemática relación concursal entre este tipo y el genérico de omisión de impedir delitos del artículo 450 del Código Penal, *vid.* COCA VILA (2017: 24-26, 32); y TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2019: 208-209).

49 En la doctrina española, por ejemplo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier (1995). Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 48, pp. 230-250; PEÑARANDA RAMOS (2025: 1536-1542); y SILVA SÁNCHEZ (2025: 1300-1302).

a la que se ha sumado desde siempre la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁵⁰. Nótese que, de seguirse esta tesis, los directivos tampoco podrían ser considerados cooperadores omisivos del resto de los delitos cometidos, en su caso, por los atacantes: descubrimiento y revelación de secretos (de empresa, en su caso), estafa informática y manipulación de mercado. Siempre faltaría la necesaria posición de garante.

4. El argumento de la participación

Los anteriores apartados de este trabajo han arrojado como conclusión que el incumplimiento por parte de los directivos de la entidad atacada de su deber de implantar medidas de ciberseguridad adecuadas podría calificarse, a lo sumo, como una cooperación omisiva *imprudente* en los delitos cometidos por los atacantes. Y hemos visto que esta calificación solo sería posible si se asumiera, con parte de la doctrina —y en contra de la jurisprudencia—, que la participación omisiva no requiere la existencia de posición de garante. Pues bien, incluso en este escenario, la participación de los directivos habría de considerarse *impune por atípica*: la participación, como la tentativa, es una causa de extensión de la punibilidad respecto de la autoría del delito consumado, de manera que, habiendo optado el legislador por un sistema de *numerus clausus* en la punición de la imprudencia (artículo 12 del Código Penal) y no habiéndose previsto expresamente la punibilidad de la participación imprudente, no puede castigarse⁵¹.

Aunque la doctrina se encuentra dividida al respecto⁵², esta impunidad ha sido confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Para la participación en delitos dolosos, la jurisprudencia de la Sala exige de forma constante y unánime la existencia de un "*doble dolo*" en el partícipe, dolo que "*Debe abarcar, de un lado, el hecho que realiza o que va a realizar el autor, cuyo propósito debe conocer en sus aspectos esenciales, y de otro, que su aportación supone una colaboración, lo que implica que el cooperador ha de conocer la finalidad con la que aquella va a ser utilizada por el autor, siendo consciente de que con ella se facilita de alguna forma relevante la ejecución de aquel hecho, al menos mínimamente determinado*"⁵³.

50 *Vid.*, entre las más recientes, las sentencias n.º 17/2017, de 20 de enero; n.º 253/2018, de 24 de mayo; n.º 108/2023, de 23 de febrero; n.º 88/2024, de 29 de enero; y n.º 771/2024, de 13 de septiembre, esta última recientemente comentada por ARQUERONS MURCIA, Miguel (2025). ¿Insolidarios o cómplices? Un problema de comisión por omisión. *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal (InDret)*, 1/2025, pp. 552-559.

51 *Vid.*, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (1991). *La autoría en Derecho Penal*. Barcelona: PPU, p. 283, n. 94; PÉREZ MANZANO, Mercedes (2000). La impunidad de la participación imprudente en el Código Penal de 1995. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, pp. 153-157, 165; y LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, (3.ª ed.), pp. 288-289.

52 *Cf.*, entre otros, ROBLES PLANAS, Ricardo (2000). Participación en el delito e imprudencia. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6, pp. 234-251; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2000). Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente? Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y de la participación. *Diario La Ley*, 1, pp. 11-26 (aunque solo en relación con delitos en los que se admite la autoría imprudente); MIR PUIG (2010: 388-389, 426-427) (si bien únicamente respecto de la inducción y la cooperación necesaria); ROSO CAÑADILLAS, Raquel (2022). ¿La punibilidad de la participación imprudente? Comentario a la STS 351/2020, de 25 de junio. *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal (InDret)*, 1/2022, pp. 507-513; y SILVA SÁNCHEZ (2025: 1310-1314). Expresa o tácitamente, todos los anteriores autores parten, sin embargo, de que la punibilidad de la participación imprudente se extendería únicamente a los delitos para los que está previsto expresamente este título de imputación subjetiva: si no puede haber autoría imprudente en el delito de que se trate, *a fortiori*, tampoco participación.

53 Sentencia n.º 503/2008, de 17 de julio (caso 11-M). *Vid.*, en el mismo sentido, entre muchas otras, las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 258/2007, de 19 de julio; n.º 442/2014, de 2 de junio; n.º 704/2018, de 15 de enero de 2019 (caso Terra Mítica); y n.º 1002/2021, de 17 de diciembre (caso Ayuntamiento de la Muela).

Es más, también es constante la doctrina del Tribunal Supremo de acuerdo con la que tanto la cooperación necesaria como la complicidad en los delitos dolosos presuponen siempre un “*concierto de voluntades*” entre autor y partícipe, ya sea este coetáneo o sobrevenido, expreso o tácito⁵⁴. Si bien este requisito figura en la jurisprudencia mucho más como *obiter dictum* que como *ratio decidendi* (pues el acuerdo, al menos tácito, suele inferirse sin más de la existencia de dolo, y viceversa), es obvio que ningún concierto de voluntades puede existir entre el autor del ciberataque y los directivos de la entidad atacada.

La jurisprudencia de la Sala Segunda relativa a la participación en delitos imprudentes es algo más confusa, pero se orienta, a mi juicio, en la misma dirección. Respecto de esta clase de delitos, la impunidad de la participación imprudente ha sido afirmada por la Sala en varios *obiter dicta*⁵⁵ y es, a mi juicio, la única explicación razonable del fallo de al menos una de sus sentencias: la n.º 907/2014, de 30 de diciembre. En esta sentencia, la Sala revoca la condena por lesiones imprudentes de la madre que había permitido que el padre de su hijo de pocos meses lo zarandease bruscamente de forma habitual, manteniendo la condena del padre. Teniendo en cuenta la indudable posición de garante de la madre y la también indudable posibilidad de cometer por omisión un delito imprudente de lesiones, solo hay dos justificaciones posibles de esta absolución: (i) que se considerase (inexplicablemente) que la posibilidad de que el menor sufriera lesiones era previsible para el padre, pero no para la madre, descartándose la imprudencia de esta; o (ii) que no se considerase a la madre autora del delito (sino mera cooperadora en el del padre) y se la absolviera con base en la impunidad de la participación imprudente⁵⁶.

Si lo que hasta este punto se ha argumentado es convincente, resulta, pues, que la única calificación penal posible de la conducta de los directivos de la entidad atacada conduce a su impunidad. Y esta impunidad ha de arrastrarse a la propia entidad, pues el presupuesto básico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la comisión de un delito por parte de alguno de los directivos o empleados a los que se refiere el artículo 31 bis.1 del Código Penal⁵⁷.

54 Vid., además de las citadas en la n. 51, las sentencias n.º 221/2001, de 19 de febrero; n.º 688/2019, de 4 de marzo (caso Fórum Filatélico); y n.º 507/2020, de 14 de octubre (caso Gürtel), p. 1254.

55 Vid. las sentencias n.º 541/2019, de 6 de noviembre; n.º 351/2020, de 25 de junio; y n.º 721/2020, de 30 de diciembre. De acuerdo con estas mismas sentencias se admiten, en cambio, tanto la coautoría imprudente como la participación consciente (inducción) en un delito imprudente, amén de, por supuesto, la autoría accesoria imprudente.

56 En la motivación de la sentencia se indica, por un lado, que “*resulta difícil construir una participación en forma de comisión por omisión en la infracción imprudente cometida por un tercero*”, pero también que “*el factum expresamente atribuye a [la madre] el conocimiento de los actos de maltrato, pero la existencia de una posibilidad de previsión de los resultados lesivos concretos finalmente producidos la atribuye exclusivamente al padre*”. No obstante, en los hechos probados no se atribuye al padre la posibilidad de previsión de las lesiones concretas, sino su efectiva previsión (“*pese a representarse que dada la fragilidad del menor podría resultar éste lesionado*”). De la previsibilidad objetiva de las lesiones no se dice nada, ni en relación con el padre ni con la madre, probablemente por considerarse que estaba implícita en el relato.

57 En su sentencia n.º 294/2024, de 8 de abril, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha aclarado que las personas jurídicas pueden ser declaradas penalmente responsables de los delitos en los que intervienen estas personas, sea como autoras o como partícipes. Parece evidente, sin embargo, que la persona jurídica no puede responder por una participación atípica de sus directivos en el delito de un tercero, y esto es precisamente lo que sucede aquí.

5. Conclusión

Acumulados entre sí, los tres argumentos a los que me he referido suponen una barrera prácticamente insalvable para la responsabilidad penal de las entidades atacadas y sus directivos por los daños derivados del ataque. La exigencia de dolo y medios determinados de comisión impiden que la omisión imprudente de adoptar las medidas de ciberseguridad impuestas por la normativa aplicable encaje como autoría en la mayoría de los tipos penales que podrían resultar aplicables. Respecto de los que sí encaja, tampoco se cumplen los requisitos del artículo 11 del Código Penal para apreciar una autoría por omisión; es más, la ausencia de dichos requisitos debería impedir apreciar cualquier clase de participación omisiva. Y, además, en nuestro derecho, la participación imprudente (única calificación de la conducta, a la postre, posible) es impune por atípica.

Resulta, así pues —volviendo al título del trabajo—, que en este caso lo intuitivo es también lo correcto: a la “injuria” del propio ciberataque no debe añadirse el “insulto” de la imposición de una pena. La única consecuencia sancionadora para el incumplimiento de la obligación de establecer medidas de ciberseguridad adecuadas debe ser la administrativa; una respuesta ya de por sí fuertemente disuasoria, que lo será aún más si el Anteproyecto de Ley de Ciberseguridad sale adelante en sus propios términos y que se suma al que debería ser el incentivo fundamental para el cumplimiento de esta clase de obligaciones: el interés de las propias entidades obligadas en evitar incidentes de ciberseguridad.

AS REGRAS DE SUSPENSÃO DOS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO DAS DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS NA LEGISLAÇÃO COVID-19: ANÁLISE CRÍTICA

António Castro Caldas, Catarina Fernandes e Ecaterina Ciubotaru
Advogados do Departamento de Direito Fiscal da Uría Menéndez (Lisboa)

As regras de suspensão dos prazos de prescrição das dívidas tributárias na legislação COVID-19: análise crítica

No contexto da pandemia causada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e pela doença COVID-19, o legislador português implementou medidas para proteger os contribuintes e mitigar as dificuldades resultantes do estado de emergência. Entre essas medidas, destacam-se as regras de suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade das dívidas tributárias.

O presente artigo visa contribuir para uma análise crítica do âmbito de aplicação das referidas regras de suspensão à luz da jurisprudência recente disponível nesta matéria e das suas implicações práticas e, em particular: a) do acórdão de 2 de outubro de 2024, proferido no âmbito do processo n.º 278/23.1BEFUN, no qual o Supremo Tribunal Administrativo apreciou pela primeira vez a questão da aplicabilidade da suspensão dos prazos de prescrição de dívidas tributárias nos casos em que, aquando da aprovação dos diversos diplomas integrados na legislação Covid-19, ainda não tinham sido iniciados quaisquer procedimentos tributários com vista à emissão de liquidação de tributos; e / ou processos tributários ou judiciais para cobrança coerciva das dívidas tributárias; b) da jurisprudência arbitral disponível relativamente às regras de suspensão do prazo de caducidade em resultado da legislação Covid-19; e, c) da jurisprudência do Tribunal Constitucional a respeito da inconstitucionalidade orgânica da suspensão adicional implementada através do Decreto Lei n.º 6-E/2021, de 15 de janeiro.

O tema que se pretende analisar assume inequívoca relevância não só no caso de procedimentos tributários e de processos judiciais nos quais esteja a ser apreciada ou venha a ser apreciada oficiosamente a prescrição de uma dívida e em que a questão da suspensão resultante da legislação COVID-19 assuma relevância como também nos casos de caducidade de alguns benefícios fiscais condicionados, nos quais em virtude de o prazo

de prescrição só começar a correr com a caducidade do benefício, pode tornar-se necessário apreciar questões atinentes à prescrição da dívida tributária muitos anos depois da verificação do facto tributário.

PALAVRAS-CHAVE:

Pandemia COVID-19; legislação tributária; prazo de prescrição; dívidas tributárias; suspensão dos prazos; procedimentos tributários; liquidações de tributos.

Suspension of limitation periods for tax debts under COVID-19 legislation: a critical analysis

Against the backdrop of the SARS-CoV-2 virus and the resulting COVID-19 disease, the Portuguese legislator introduced measures to protect taxpayers and alleviate the difficulties arising from the state of emergency. Notably, these measures include new rules for suspending the limitation periods of tax debts.

This article analyses the scope of these new rules, in light of recent case law on this matter and its practical implications. In particular, it considers: a) the judgment of 2 October 2024, handed down in case 278/23.1BEFUN, in which the Supreme Administrative Court analysed the applicability of suspending limitation periods for the first time; this applied to cases where no tax proceedings had yet been initiated for issuing tax assessments and where no tax or judicial proceedings had been initiated for the enforced collection of tax debts at the time the various pieces of legislation included in the Covid-19 legislation were approved; b) the available arbitration cases regarding the rules for suspending the limitation period as a result of Covid-19 legislation; and c) the Constitutional Court case law on the unconstitutionality of the additional suspension implemented through Decree-Law No. 6-E/2021 of 15 January.

The issue at hand is clearly not only important in the case of tax proceedings and judicial proceedings where the limitation period of a debt is being considered or will be considered ex officio, and where the issue of suspension resulting from COVID-19 legislation is relevant. It is also relevant in cases where some tax benefits expire, as the limitation period only begins when the benefit expires. This means that issues relating to the limitation of a tax debt may need to be considered many years after the tax event occurred.

KEYWORDS:

COVID-19 pandemic; tax legislation; limitation period; tax debts; suspension of periods; tax procedures; tax assessments

FECHA DE RECEPCIÓN: 28-10-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-11-2025

Caldas, António Castro; Fernandes, Catarina; Ciubotaru, Ecaterina (2025). As regras de suspensão dos prazos de prescrição das dívidas tributárias na legislação Covid-19: análise crítica. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 42-64 (ISSN: 1578-956X).

1. Enquadramento

A pandemia causada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e pela doença COVID-19 esteve na origem da declaração do estado de emergência em Portugal, que foi sucessivamente renovado ou novamente decretado. Neste contexto, e com o objetivo de mitigar algumas das dificuldades e restrições causadas pelo estado de emergência, o legislador sentiu necessidade de estabelecer regras de suspensão dos prazos de prescrição relativos a alguns processos e procedimentos, incluindo os processos e procedimentos tributários.

Um dos primeiros instrumentos legais nesta matéria foi a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, que foi objeto de várias alterações. Esta lei determinou, designadamente, que os prazos de prescrição dos processos e procedimentos deveriam considerar-se suspensos nos termos do artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, da versão original daquele diploma, e do artigo 6.º-B, n.ºs 3 e 4, da versão introduzida pela Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro.

No presente artigo procuraremos analisar todas as normas constantes da legislação Covid-19 de 2020 e de 2021, bem como a jurisprudência recente disponível a respeito da interpretação dessas normas com relevância no domínio tributário.

Para esse efeito cumprirá começar por fazer um breve enquadramento do instituto jurídico da prescrição das dívidas tributárias, das causas de interrupção e de suspensão das mesmas e das limitações resultantes da aplicação do princípio constitucional da legalidade tributária por estar em causa uma matéria atinente às garantias dos contribuintes.

2. Prescrição das dívidas tributárias e causas de interrupção e de suspensão

O instituto legal da prescrição de dívidas tributárias e das respetivas causas de interrupção e de suspensão encontra-se legalmente estabelecido nos artigos 48.º e 49.º Lei Geral Tributária ("LGT").

A prescrição das dívidas tributárias é o prazo dentro do qual a Autoridade Tributária e Aduaneira ("AT") pode exercer seu direito de cobrar as dívidas tributárias, constituindo uma das mais importantes garantias dos contribuintes no domínio tributário.

Neste domínio, J. L. SALDANHA SANCHES teve oportunidade de afirmar que: *"A formação de uma dívida fiscal cria um dever de cumprimento ao sujeito passivo, é certo, mas trata-se de um dever de pagamento que não se pode manter por tempo indefinido. É por isso que os prazos de prescrição, tal como os prazos de caducidade, criam um limite temporal para a manutenção dos direitos, como forma de garantir a segurança e a paz jurídica"*¹.

Como afirma JORGE LOPES DE SOUSA²: *"(...) a prescrição é a faculdade concedida ao devedor de, após ter decorrido determinado prazo, previsto na lei, recusar o cumprimento da prestação e opor-se ao seu exercício coercivo."*

Se nas relações jurídico-civil o prazo de prescrição começa a correr a partir do momento em que o direito possa ser exercido, nas relações jurídico-tributárias o início do prazo de prescrição está dependente da verificação do facto tributário.

1 Cf. SANCHES, J. L. Saldanha (2007). *Manual de Direito Fiscal*. 3.ª edição, Coimbra Editora, p. 261.

2 Cf. SOUSA, Jorge Lopes de (2011). *Código de Procedimento e de Processo Tributário anotado e comentado*. Volume III, 6.ª edição, Áreas Editora, pp. 249 e 250

Com efeito, o artigo 48.º da LGT estabelece que, salvo disposição em contrário constante de legislação especial, o prazo de prescrição começa a correr: (i) nos impostos periódicos, a partir do final do ano em que ocorreu o facto tributário; e, (ii) nos impostos de obrigação única, a partir da data em que o facto tributário ocorreu.

No direito civil, a prescrição visa penalizar a inércia do credor em exigir o cumprimento da obrigação pelo devedor. Já no domínio do direito tributário, em que os créditos tributários são indisponíveis, o instituto da prescrição visa, por um lado, evitar a perpetuação de uma situação de indefinição e de insegurança quanto às obrigações tributárias e, por outro lado, incentivar a atuação célere e diligente da AT.

O prazo de prescrição das dívidas tributárias é, em regra, de oito anos, sem prejuízo da aplicação do prazo alargado de quinze anos nos casos expressamente previstos na lei. Este prazo é substancialmente inferior ao prazo geral de prescrição civil de 20 anos³ em resultado das particularidades das relações jurídico-tributárias que exigem um prazo que seja adequado ao ritmo dinâmico da vida económica e que, ao mesmo tempo, assegure os princípios da certeza e da segurança jurídicas.

A prescrição de uma dívida tributária acarreta a sua inexigibilidade e insusceptibilidade de cobrança coerciva, sendo um dos fundamentos de oposição à execução fiscal (ou de meio gracioso ou contencioso no qual se discuta a legalidade da liquidação). A sua verificação pelo órgão de execução fiscal ou por um tribunal determina a extinção do processo de execução fiscal que tenha sido instaurado para cobrança coerciva de tal dívida (prescrita)⁴.

Tratando-se de um fundamento de conhecimento oficioso, a prescrição pode ser apreciada e declarada pelo tribunal ou pelo órgão da execução fiscal sem necessidade da sua invocação pelo contribuinte, podendo a verificação da prescrição ser invocada mesmo após o decurso do prazo de apresentação de oposição judicial⁵ e / ou de qualquer meio de reacção graciosa ou contenciosa na qual se pretenda discutir a legalidade de uma liquidação de imposto.

Conforme teve oportunidade de decidir o Supremo Tribunal Administrativo ("STA")⁶: *"O fundamento último da prescrição encontra-se na negligência do titular do direito, ao não o exercer dentro de certo período de tempo, tido como razoável pelo legislador, e durante o qual seria legítimo esperar o seu exercício, se nisso estivesse interessado. [O] decurso desse período de tempo, fixado pela lei em função da natureza de cada direito, importa várias consequências. Por um lado, a inércia do titular do direito pode levar o devedor a admitir, com razoabilidade, não estar ele já interessado na sua invocação; por outro, essa mesma inércia faz com que o credor deixe de merecer tutela jurídica, pois lhe foi dada oportunidade razoável para exercer o seu direito e não o fez. [S]e tomarmos agora o problema pelo lado do devedor, a abstenção do exercício do direito, para além de um período de tempo tido como suficiente, segundo critérios de razoabilidade, para ele ser actuado, cria uma certa*

3 Cf. artigo 309.º do Código Civil.

4 Cf. artigo 204.º, n.º 1, alínea e), do Código de Procedimento e de Processo Tributário.

5 Neste sentido, SOUSA, Jorge Lopes de (2011). Código de Procedimento e de Processo Tributário anotado e comentado. Volume III, 6.ª edição, Áreas Editora, pp. 483 e 484.

6 Cf. acórdão, de 10 de janeiro de 2008, proferido no processo n.º 01489/07/2 BEPRT.

esperança de o credor se ter desinteressado do cumprimento; daí o admitir-se a possibilidade de o devedor se considerar liberto de cumprir".

Após um breve enquadramento do instituto da prescrição das dívidas tributárias, importa agora enunciar as principais causas de suspensão e da interrupção da prescrição que estão, no essencial, previstas na LGT.

Nos termos do artigo 49.º da LGT, sob a epígrafe: "*Interrupção e suspensão da prescrição*":

"1 - A citação, a reclamação, o recurso hierárquico, a impugnação e o pedido de revisão oficiosa da liquidação do tributo interrompem a prescrição.

(...)

3 - Sem prejuízo do disposto no número seguinte, a interrupção tem lugar uma única vez, com o facto que se verificar em primeiro lugar".

A interrupção do prazo de prescrição das dívidas tributárias ocorre uma única vez, sendo determinada pela causa que se verificar em primeiro lugar.

Entre as causas de interrupção da prescrição elencadas no artigo 49.º, n.º 1, da LGT, cuja verificação acarreta o reinício do prazo de prescrição, encontram-se a citação, a reclamação, o recurso hierárquico, a impugnação e o pedido de revisão oficiosa.

Por sua vez, os n.ºs 4 e 5 do artigo 49.º da LGT estabelecem que: "*4 - O prazo de prescrição legal suspende-se:*

a) Em virtude de pagamento de prestações legalmente autorizados.

b) Enquanto não houver decisão definitiva ou transitada em julgado, que ponha termo ao processo, nos casos de reclamação, impugnação, recurso ou oposição, quando determinem a suspensão da cobrança da dívida.

c) Desde a instauração até ao trânsito em julgado da ação de impugnação pauliana intentada pelo Ministério Público.

d) Durante o período de impedimento legal à realização da venda de imóvel afeto a habitação própria e permanente.

e) Na pendência de reclamação a que se refere o artigo 276.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário quando desta resulte a impossibilidade de praticar atos coercivos no respetivo processo de execução.

f) Até ao termo do prazo de suspensão e cessação de efeito a que se refere o n.º 3 do artigo 169.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário.

5 - O prazo de prescrição legal suspende-se, ainda, desde a instauração de inquérito criminal até ao arquivamento ou trânsito em julgado da sentença."

O prazo de prescrição ficará, assim, suspenso nos casos em que for prestada uma garantia idónea ou dispensada a sua prestação e esteja a ser contestada a legalidade e / ou a exigibilidade da dívida exequenda, conforme estabelecido no artigo 49.º, n.º 4, alínea b) da LGT.

De facto, a pendência de procedimentos ou processos em que se discuta a legalidade da dívida (como a reclamação graciosa, a impugnação judicial ou o pedido de pronúncia arbitral) ou a sua exigibilidade (como a oposição judicial) impede o decurso do prazo de prescrição, desde que a pendência de tais procedimentos determine a suspensão da cobrança da dívida pela AT (o que ocorre normalmente nos casos em que seja prestada garantia idónea e suficiente ou seja dispensada a prestação de garantia).

Considera-se causa de suspensão da prescrição qualquer situação que impeça o credor de cobrar a dívida, desde que expressamente prevista na lei sendo que, enquanto tal causa de suspensão persistir, o prazo de prescrição não correrá contra a AT, só voltando a correr quando a causa de suspensão cessar. Se o credor não puder cobrar a dívida em resultado da suspensão do processo de execução fiscal, o prazo de prescrição, que é justamente o período legal concedido para que o credor exerça seu direito de cobrança, não correrá contra ele.

Para além das causas de suspensão da prescrição constantes da LGT, existem ainda outras causas de suspensão estabelecidas em legislação especial e, em particular, a suspensão constante do artigo 100.º do Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas ("CIRE") que, sob a epígrafe: "*Suspensão da prescrição e caducidade*" estabelece que: "*A sentença de declaração da insolvência determina a suspensão de todos os prazos de prescrição e de caducidade oponíveis pelo devedor, durante o decurso do processo*".

Por fim, existem ainda regras especiais atinentes ao termo inicial da contagem de prescrição designadamente nos casos em que se verifica a caducidade de um benefício fiscal de imposto municipal sobre transmissões de imóveis ("IMT"), só começando a contar o prazo de prescrição a partir da data em que tais benefícios ficaram sem efeito ao abrigo do artigo 40.º, n.º 3, do código do imposto municipal sobre transmissões onerosas de imóveis ("Código do IMT").

3. Legislação aprovada no contexto da pandemia COVID-19 em matéria de suspensão do prazo de prescrição das dívidas tributárias

Antes de entrar na análise da questão saber se da legislação aprovada em resposta à pandemia de COVID-19 resultou ou não a suspensão dos prazos de prescrição de dívidas tributárias, é essencial começar por analisar os sucessivos diplomas e as normas relevantes nesta matéria.

Começaremos por analisar a legislação de 2020, que abrange as Leis n.ºs 1-A/2020, de 19 de março; 4-A/2020, de 6 de abril; e 16/2020, de 29 de maio.

Posteriormente, serão analisadas as normas de 2021, nomeadamente as constantes da Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro, e da Lei n.º 13-B/2021, de 5 de abril, as quais regulamentaram, entre outras questões, a suspensão dos prazos de prescrição das dívidas tributárias.

Por fim, será ainda abordada a questão da inconstitucionalidade orgânica do regime de suspensão que foi implementado no Decreto-Lei 6-E/2021, artigo 6.º, n.ºs 1 e 4, alínea a), cujo período de suspensão é parcialmente coincidente com aquele que resulta da Lei 4-B/2021, de 1 de fevereiro (entre 22 de janeiro de 2021 e 5 de abril de 2021).

3.1. Legislação aprovada em 2020

A Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março (em diante “Lei 1-A/2020”) estabeleceu uma suspensão ampla e generalizada de prazos processuais e procedimentais, incluindo os prazos de prescrição e de caducidade para *“todos os tipos de processos e procedimentos”*.

O principal objetivo da referida legislação foi o de salvaguardar o funcionamento do sistema judicial e proteger os direitos dos contribuintes num período marcado por grandes incertezas.

Para compreender o verdadeiro conteúdo e alcance destas normas, importa começar por reproduzir as disposições concretas da legislação aprovada em 2020.

Em particular, o artigo 7.º da Lei 1-A/2020, sob a epígrafe: *“Prazos e diligências”* estabeleceu o seguinte:

“1 - Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, aos atos processuais e procedimentais que devam ser praticados no âmbito dos processos e procedimentos, que corram termos nos tribunais judiciais, tribunais administrativos e fiscais, Tribunal Constitucional, Tribunal de Contas e demais órgãos jurisdicionais, tribunais arbitrais, Ministério Público, julgados de paz, entidades de resolução alternativa de litígios e órgãos de execução fiscal, aplica-se o regime das férias judiciais até à cessação da situação excecional de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, conforme determinada pela autoridade nacional de saúde pública.

2 - O regime previsto no presente artigo cessa em data a definir por decreto-lei, no qual se declara o termo da situação excecional.

3 - A situação excecional constitui igualmente causa de suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade relativos a todos os tipos de processos e procedimentos.

4 - O disposto no número anterior prevalece sobre quaisquer regimes que estabeleçam prazos máximos imperativos de prescrição ou caducidade, sendo os mesmos alargados pelo período de tempo em que vigorar a situação excecional.

(...)

6 - O disposto no presente artigo aplica-se ainda, com as necessárias adaptações, a:

(...)

c) Prazos administrativos e tributários que corram a favor de particulares.

7 - Os prazos tributários a que se refere a alínea c) do número anterior dizem respeito apenas aos atos de interposição de impugnação judicial, reclamação graciosa, recurso hierárquico, ou outros procedimentos de idêntica natureza, bem como aos prazos para a prática de atos no âmbito dos mesmos procedimentos tributários."

O artigo 10.º da Lei 1-A/2020 estabeleceu que esta lei produziria efeitos a partir da data de produção de efeitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, ou seja, a partir de 9 de março de 2020, nos termos do artigo 6.º, n.º 2 do Decreto da Assembleia da República 6/XIV de 3 de abril ("Decreto AR 6/XIV"), que alterou pela primeira vez a Lei 1-A/2020.

Por sua vez, o referido decreto da AR reenumerou o n.º 6, alínea c) do artigo 7.º, passando a ser o n.º 9, alínea c), e o n.º 7 do artigo 7.º, que passou a ser o n.º 10, alterando ligeiramente a sua redação:

"9 - O disposto nos números anteriores aplica-se, com as necessárias adaptações, aos prazos para a prática de atos em:

(...) c) Procedimentos administrativos e tributários no que respeita à prática de atos por particulares.

10. A suspensão dos prazos em procedimentos tributários, referida na alínea c) do número anterior, abrange apenas os atos de interposição de impugnação judicial, reclamação graciosa, recurso hierárquico, ou outros procedimentos de idêntica natureza, bem como os atos processuais ou procedimentais subsequentes àqueles."

Ainda em 2020, a Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril de 2020 alterou o artigo 7.º da Lei 1-A/2020, que, com a exceção do aditamento de alguns números e a renumeração de alguns preceitos, não alterou o teor das disposições atinentes à suspensão do prazo de prescrição.

Este artigo 7.º foi posteriormente revogado pela Lei n.º 16/2020, de 29 de maio, que, no seu artigo 6.º, sob a epígrafe "Prazos de prescrição e caducidade", estabeleceu que os prazos de prescrição e de caducidade que deixaram de estar suspensos por força das alterações introduzidas pela referida lei são alargados pelo período em que vigorou a sua suspensão.

3.2. Legislação aprovada em 2021

Com a Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro (em diante "Lei 4-B/2021"), o legislador reafirmou, ainda que de forma mais restrita, a suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição, aplicando-se esta suspensão apenas aos processos pendentes junto dos tribunais administrativos e fiscais ou de órgãos de execução fiscal.

Em particular, a Lei 4-B/2021, de 1 de fevereiro acrescentou à Lei 1-A/2020, através dos artigos 6.º-B e 6.º-C, as seguintes normas:

"Artigo 6.º B

Prazos e diligências

1 - São suspensas todas as diligências e todos os prazos para a prática de atos processuais, procedimentais e administrativos que devam ser praticados no âmbito dos processos e procedimentos que corram termos nos tribunais judiciais, tribunais administrativos e fiscais, Tribunal Constitucional e entidades que junto dele funcionem, Tribunal de Contas e demais órgãos jurisdicionais, tribunais arbitrais, Ministério Público, julgados de paz, entidades de resolução alternativa de litígios e órgãos de execução fiscal, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.

(...)

3 - São igualmente suspensos os prazos de prescrição e de caducidade relativos a todos os processos e procedimentos identificados no n.º 1.

4 - O disposto no número anterior prevalece sobre quaisquer regimes que estabeleçam prazos máximos imperativos de prescrição ou caducidade, aos quais acresce o período de tempo em que vigorar a suspensão"

Artigo 6.º-C

Prazos para a prática de atos procedimentais

1 - São suspensos os prazos para a prática de atos em:

a) Procedimentos que corram termos em cartórios notariais e conservatórias;

b) Procedimentos contraordenacionais, sancionatórios e disciplinares, incluindo os atos de impugnação judicial de decisões finais ou interlocutórias, que corram termos em serviços da administração direta, indireta, regional e autárquica, e demais entidades administrativas, designadamente entidades administrativas independentes, incluindo a Autoridade da Concorrência, a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, o Banco de Portugal e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, bem como os que corram termos em associações públicas profissionais;

c) Procedimentos administrativos e tributários no que respeita à prática de atos por particulares.

2 - A suspensão dos prazos em procedimentos tributários, referida na alínea c) do número anterior, abrange apenas os atos de interposição de impugnação judicial, reclamação graciosa, recurso hierárquico, ou outros procedimentos de idêntica natureza, bem como os atos processuais ou procedimentais subsequentes àqueles.

3 - São igualmente suspensos os prazos de prescrição e de caducidade relativos a todos os procedimentos identificados no n.º 1.

Por sua vez, a Lei n.º 13-B/2021, de 5 de abril (“Lei 13-B/2021”), veio, no seu artigo 6.º revogar os artigos 6.º-B e 6.º-C e estabelecer, no artigo 5.º, que os prazos de prescrição e caducidade cuja suspensão cesse por força das alterações introduzidas pela presente lei são alargados pelo período correspondente à vigência da suspensão.

Diferente é o enquadramento do prazo de prescrição na pendência dos processos de execução fiscal que são processos (e não procedimentos) e que foi expressa e especificamente regulado nos artigos 7.º, n.º 3, da Lei 1-A/2020, 6.º-B, n.º 1, aditado à Lei 1-A/2020 pela Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro e no artigo 6.º, n.ºs 1 e 4, alínea a), do Decreto-Lei 6-E/2021, de 15 de janeiro (em diante “Decreto-Lei 6-E/2021”).

4. Ambito de aplicação da suspensão da prescrição constante da legislação aprovada no contexto da pandemia COVID-19

As normas constantes da legislação de 2020 e de 2021 aprovada no contexto da pandemia Covid-19 têm um conteúdo diferente e exigem, por isso, uma abordagem individualizada de cada um dos regimes para que se possa determinar com rigor os prazos de prescrição que estiveram efetivamente suspensos e aqueles que não foram afetados com a suspensão prevista na legislação Covid-19.

No presente artigo pretende-se analisar, designadamente, se os referidos regimes de suspensão poderão aplicar-se nos casos em que os procedimentos tributários de liquidação não foram sequer iniciados nos períodos temporais em que o legislador previu que seria de vigorar tal suspensão, procedendo-se, designadamente, à análise crítica de um acórdão recente no qual um tribunal superior teve oportunidade de tomar posição expressa sobre esta matéria.

4.1. Aplicação da suspensão constante da legislação aprovada em 2020

Da análise da legislação inicialmente aprovada no contexto da pandemia e do seu respetivo âmbito de aplicação resulta que o n.º 1 do artigo 7.º da Lei 1-A/2020, que trata da implementação do regime de férias judiciais ou de suspensão (conforme aplicável em função da redação vigente) resulta que a mesma tem aplicação exclusiva aos atos processuais e procedimentais praticados nos processos que tramitam nos tribunais fiscais e nos órgãos de execução fiscal.

Por conseguinte, entendemos que a referida norma não abrange situações em que não exista sequer um procedimento de liquidação iniciado e, por maioria de razão, em que não exista qualquer processo de execução fiscal instaurado e pendente, o que, como veremos, veio, entretanto, a ser confirmado por um tribunal superior em acórdão recente.

Numa interpretação lógica e sistemática, o que se extrai do artigo 7.º da Lei 1-A/2020 é que aos prazos para a prática de atos no âmbito de processos e procedimentos que corram termos nos tribunais e demais entidades referidas no n.º 1 (incluindo os prazos no âmbito de processos de

execução fiscal) aplica-se o regime das férias judiciais, suspendendo-se os prazos de prescrição e de caducidade relativos àqueles processos e procedimentos.

Por outro lado, aos prazos tributários que corram a favor de particulares e, especificamente, aos prazos para a apresentação de impugnação judicial, reclamação graciosa, recurso hierárquico, ou outros procedimentos de idêntica natureza, bem como aos prazos para a prática de atos subsequentes nestes procedimentos aplica-se o mesmo regime de suspensão, suspendendo-se igualmente os prazos de prescrição e de caducidade relativos àqueles processos e procedimentos.

No que se refere à norma constante do n.º 3 do artigo 7.º da Lei 1-A/2020, é imprescindível uma interpretação conjugada desta norma com o disposto no n.º 6, alínea c), e n.º 7 do artigo 6.º do mesmo diploma legal, na medida em que a conjugação das normas mencionadas revela que os prazos de caducidade nos procedimentos de liquidação de impostos e os prazos de prescrição nos procedimentos de cobrança, anteriores à instauração da execução (ou seja, o prazo de pagamento voluntário e os prazos subsequentes até à instauração do processo de execução fiscal para efeitos de cobrança coerciva) não foram suspensos. Isso ocorre porque tais prazos não se inserem na categoria dos prazos judiciais nem nos processos referidos no n.º 1 da Lei 1-A/2020, nem nos procedimentos descritos no n.º 6, alínea c), e n.º 7 da mesma lei, que foram contemplados com a possibilidade de suspensão.

No nosso entendimento, a suspensão aplica-se, assim, exclusivamente aos prazos administrativos e tributários que corram a favor de particulares, e não àqueles que corram a favor da AT⁷. Neste domínio, a posição dos autores é, assim e como veremos, divergente daquela que foi adotada pelo STA em acórdão recente que será objeto de análise no presente artigo.

Por outras palavras, entendemos que o legislador, no contexto de pandemia que assolou o país e o mundo, optou por não onerar excessivamente os contribuintes, suspendendo os prazos para a interposição de meios de reação administrativos ou judiciais contra atos tributários (como a impugnação judicial, a reclamação graciosa, o recurso hierárquico, entre outros), bem como os prazos para a prática de atos nos respetivos procedimentos tributários. Daí que a prorrogação do prazo de caducidade ou de prescrição esteja justificado apenas no âmbito desses procedimentos, como consequência direta da suspensão dos prazos.

Contudo, é importante destacar que o legislador não pretendeu suspender o prazo para a prática de quaisquer atos no âmbito dos procedimentos tributários conduzidos pela AT, que não esteve em nenhum momento impedida de prosseguir com a tramitação normal dos procedimentos, tanto nos casos de liquidação de tributos como nos casos de meios tutelares gratuitos.

Em relação ao prazo geral de prescrição, que é estabelecido em favor do sujeito passivo, importa realçar, por um lado, que em nome dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança com assento constitucional não se pode exigir do contribuinte o pagamento de uma dívida tributária por tempo indeterminado e, por outro lado, que as causas de interrupção e de suspen-

7 Cfr. artigo 7.º, n.º 6, alínea c), da Lei 1-A/2020 - e dentro destes suspenderam-se apenas os prazos para a prática dos "(...) atos de interposição de impugnação judicial, reclamação graciosa, recurso hierárquico, ou outros procedimentos de idêntica natureza, bem como [a]os prazos para a prática de atos no âmbito dos mesmos procedimentos tributários".

são da prescrição, previstas a favor da AT, apenas se justificam quando a AT esteja efetivamente impedida de iniciar os procedimentos que se mostrem necessários à emissão da liquidação de tributos (no caso da caducidade) ou à cobrança (no caso da prescrição).

E se a AT não cuidou de iniciar o procedimento tributário prévio para efeitos de emissão de liquidação, naturalmente que não pode avançar com o procedimento de cobrança coerciva de uma dívida ainda não liquidada, não podendo beneficiar de suspensões aprovadas para vigorar em períodos temporais anteriores à da instauração dos procedimentos / processos.

4.1.1. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 7.º, N.ºS 3, 6, ALÍNEA C) E 7, DA LEI 1-A 2020, À LUZ DO ELEMENTO LITERAL

Da interpretação do artigo 7.º, n.ºs 3, 6, alínea c), e 7 da Lei n.º 1-A/2020, à luz do elemento literal, que deve ser considerado o ponto de partida na interpretação das normas jurídicas, resulta que a suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade foi regulada de forma especial e diferenciada, especialmente no que diz respeito aos procedimentos especificamente previstos no n.º 6 do artigo 7.º da referida lei. Esta limitação torna-se ainda mais evidente no que se refere aos prazos tributários, que são especificamente regulamentados no n.º 7 do mesmo artigo.

Por outro lado, o n.º 3 do artigo 7.º da Lei 1-A/2020, mesmo quando interpretado isoladamente e sem a necessária conjugação com as demais normas já referidas, levaria igualmente à conclusão de que não se aplica qualquer suspensão dos prazos de prescrição nos casos em que não foram sequer iniciados os procedimentos tendentes à emissão de liquidações de tributos. Isto ocorre porque, nesses casos, não há qualquer ato processual realizado dentro de um procedimento formal.

Assim, apelando ao elemento literal que é o ponto de partida na interpretação das normas e mesmo sem considerar as limitações introduzidas pelas normas que restringem o âmbito de aplicação do artigo 7.º, n.º 3, sempre será de concluir que não se pode aplicar, de forma arbitrária, uma suspensão dos prazos de prescrição a todos os tipos de processos e procedimentos, especialmente nos casos em que nenhum procedimento / processo foi iniciado / instaurado pela AT.

Da simples leitura da lei podemos inferir, com meridiana clareza, que a suspensão dos prazos não é de caráter generalizado no domínio tributário, aplicando-se exclusivamente nos casos expressamente previstos no n.º 6, alínea c), e no n.º 7 do artigo 7.º da Lei 1-A/2020.

Ora, de acordo com o n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil, “[n]a fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”.

Nesse contexto, a única interpretação plausível é a de que o n.º 1 do artigo 7.º estabelece a suspensão dos prazos processuais, sendo aplicável, num primeiro momento, o regime das férias judiciais, seguido, posteriormente, pela suspensão propriamente dita. Essa suspensão afeta os prazos de prescrição e de caducidade nos processos e procedimentos que correm perante os órgãos judiciais mencionados naquela norma.

Quanto aos prazos nos procedimentos, a suspensão foi limitada aos prazos que corram termos nas entidades referidas no n.º 6 do inciso em causa.

Especificamente no que diz respeito aos procedimentos tributários, o legislador foi ainda mais restritivo, suspendendo exclusivamente os prazos para a prática de atos nos meios gratuitos tutelares, o que implica que a suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade tenha apenas aplicação nesses procedimentos.

4.1.2. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 7.º, N.º S 3, 6, ALÍNEA C) E 7, DA LEI 1-A 2020, À LUZ DO ELEMENTO SISTEMÁTICO

É fundamental considerar também o elemento lógico e o elemento sistemático na interpretação das normas, que se refletem na relação entre as diversas disposições legais do ordenamento jurídico-fiscal. As normas devem ser entendidas não isoladamente como se de ilhas se tratasse, mas como partes integrantes de um sistema coerente e harmonizado, devendo a interpretação das disposições legais respeitar a "*unidade do sistema jurídico*", considerando a sua integração com as demais normas.

Nesse sentido, é preciso extrair das normas contidas nos n.ºs 3, 6, alínea c), e 7 do artigo 7.º s Lei 1-A/2020 um entendimento que esteja em consonância com o sistema jurídico como um todo.

A interpretação deve, portanto, considerar a finalidade do legislador de proteger os titulares de direitos, especialmente durante o período excepcional provocado pela pandemia da COVID-19, que impôs medidas de distanciamento e isolamento social. Essas medidas poderiam resultar na extinção de direitos por caducidade ou prescrição, o que justifica a intervenção legislativa para suspender tais prazos enquanto perdurasse a situação de emergência.

Diante disto, entendemos que a solução interpretativa que decorre do elemento sistemático aponta claramente no sentido de a suspensão dos prazos ser aplicável apenas aos prazos estabelecidos a favor dos contribuintes, e mesmo nesse caso, a suspensão apenas teria aplicação relativamente aos prazos previstos no n.º 7 do artigo 7.º da Lei n.º 1-A/2020.

Só esta interpretação tem em conta a lógica da norma e a sua inserção no contexto da crise sanitária, sem extrapolar os limites estabelecidos pelo legislador.

4.1.3. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 7.º, N.º S 3, 6, ALÍNEA C) E 7, DA LEI 1-A/2020, À LUZ DO ELEMENTO HISTÓRICO

Por fim, a interpretação dos n.ºs 3, 6, alínea c), e 7 do artigo 7.º da Lei 1-A/2020 não estará completa sem que se considere as "*circunstâncias em que a lei foi elaborada*", ou seja, os dados históricos que explicam a introdução das normas em questão. Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou a COVID-19 uma pandemia. No dia seguinte ao início do estado de emergência, foi publicada a Lei 1-A/2020, que, por um lado, ratificou os efeitos do Decreto-Lei 10-A/2020, de 13 de março, e, por outro, instituiu novas medidas para responder à emergência sanitária provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2.

No contexto do estado de emergência e das limitações impostas pela pandemia, quer os órgãos judiciais quer os particulares ficaram isentos da obrigatoriedade de realizar determinados atos (procedimentais e / ou processuais) durante o período em que perdurassem as restrições relacionadas à COVID-19. Assim, é natural que os prazos de prescrição e de caducidade relacionados com esses procedimentos deixem de correr enquanto as partes não forem obrigadas a praticar atos.

Nesse cenário, o legislador criou um regime excepcional aplicável aos procedimentos tributários, com o intuito de suspender os prazos, mas com uma limitação específica: a suspensão abrangeu apenas os atos a serem praticados pelos particulares e não pela AT. Mesmo em relação aos atos dos particulares, a suspensão teve aplicação unicamente aos prazos expressamente mencionados no n.º 7 do artigo 7.º da Lei 1-A/2020 (*i.e.*, atos de interposição de impugnação judicial, reclamação graciosa, recurso hierárquico, ou outros procedimentos de idêntica natureza, bem como aos prazos para a prática de atos no âmbito dos mesmos procedimentos tributários).

Se não existir qualquer processo ou procedimento pendente, e não se suspender por isso o prazo para a prática de qualquer ato – seja pelo contribuinte seja pela AT – porque se suspenderia o prazo de prescrição?

Note-se que, durante a pandemia, a AT não ficou dispensada de praticar atos nem de tramitar os procedimentos tributários ou de praticar quaisquer atos (exceto no âmbito de processos executivos), os quais continuaram a correr nos termos normais e sem quaisquer vicissitudes.

Ora, parece evidente que os prazos de prescrição “alargados” por este regime são os prazos que se viram afetados pela “paragem” dos processos ou procedimentos que a lei determinou pelo que se não existir qualquer processo ou procedimento que tenha “parado” ou deixado de ser tramitado em consequência deste regime, não se vê por que motivo se suspenderia quer o prazo de caducidade quer o prazo de prescrição.

4.1.4. CONCLUSÃO

Numa interpretação à luz dos elementos de interpretação das normas, o que resulta do referido artigo 7.º da Lei n.º 1-A/2020 (que, de resto e como veremos, o diploma seguinte – Lei n.º 4-B/2021 veio deixar ainda mais claro) é o seguinte:

- i. aos prazos para a prática de atos no âmbito de processos e procedimentos que corram termos nos tribunais e demais entidades referidas no n.º 1 (incluindo os prazos no âmbito de processos de execução fiscal), aplica-se o regime das férias judiciais, suspendendo-se os prazos de prescrição e de caducidade relativos àqueles processos e procedimentos;
- ii. Aos prazos tributários que corram a favor de particulares para a interposição de impugnação judicial, reclamação graciosa, recurso hierárquico, ou outros procedimentos de idêntica natureza, bem como aos prazos para a prática de atos subsequentes nestes procedimentos aplica-se o mesmo regime (de suspensão, diremos), suspendendo-se igualmente os prazos de prescrição e de caducidade relativos àqueles processos e procedimentos.

Da conjugação das referidas normas resulta que os prazos de caducidade nos procedimentos de liquidação de impostos e os prazos de prescrição nos procedimentos de cobrança anteriores à instauração de um processo de execução fiscal (ou seja, o prazo de pagamento voluntário e o que se lhe siga até à instauração do processo de cobrança coerciva) não estiveram suspensos na medida em que i) não são prazos judiciais nem prazos no âmbito de qualquer dos processos referidos no n.º 1 do preceito transcrito, assumindo que não existia em 2020 qualquer processo pendente; e ii) não são igualmente prazos no âmbito de qualquer dos procedimentos elencados no n.º 6 c) e n.º 7 para os quais o legislador previu a possibilidade de suspensão.

Nos termos do citado diploma tal suspensão aplica-se apenas aos prazos administrativos e tributários que corram a favor de particulares e não os que corram a favor da AT - Cf. artigo 7.º, n.º 6, alínea c), da Lei 1-A/2020 - e dentro destes suspenderam-se apenas os prazos para a prática dos "(...) atos de interposição de impugnação judicial, reclamação graciosa, recurso hierárquico, ou outros procedimentos de idêntica natureza, bem como [a]s prazos para a prática de atos no âmbito dos mesmos procedimentos tributários".

Dito de outro modo, o legislador, em face do contexto pandémico, optou por não impor aos contribuintes o ónus da prática de determinados atos, suspendendo os prazos para a interposição de meios de reação administrativos ou judiciais contra atos tributários (impugnação judicial, reclamação graciosa, recurso hierárquico, ou outros procedimentos de idêntica natureza) e os prazos para a prática de atos no âmbito dos procedimentos tributários em causa, pelo que só na pendência e pelo alargamento provocado por esta suspensão, no âmbito daqueles procedimentos, se justifica igual alargamento do prazo de caducidade ou de prescrição.

O legislador não suspendeu o prazo para a prática de quaisquer atos no âmbito de procedimentos tributários pela AT, que jamais esteve impedida (nem via a seu favor os prazos suspensos) para a normal tramitação dos procedimentos (quer os procedimentos de liquidação quer os meios tutelares gratuitos).

Ora, se o prazo geral de prescrição é estabelecido em favor do sujeito passivo que, em nome dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, não deverá ficar vinculado de forma indefinida ao pagamento de uma dívida tributária, as causas de interrupção e de suspensão da prescrição são estabelecidas a favor da AT, e justificam-se apenas quando a AT esteja impedida de liquidar (caducidade) ou de cobrar (prescrição).

4.2. Legislação aprovada em 2021

A Lei 4-B/2021 reintroduziu a suspensão dos prazos procedimentais tributários e processuais, com especificações claras quanto à sua aplicação.

Da análise detalhada das normas aprovadas por esta lei resulta que a suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade aplica-se exclusivamente aos processos que corriam termos nos tribunais tributários e nos órgãos de execução fiscal, nos termos previstos no artigo 6.º-B da Lei 1-A/2020.

No que diz respeito aos prazos para a prática de atos em procedimentos tributários, o n.º 3 do artigo 6.º-C da Lei 4-B/2021 voltou a estabelecer que a suspensão se aplica apenas aos procedimentos identificados no n.º 1 do artigo 6.º-C da Lei 1-A/2020.

Por outras palavras, a suspensão aplica-se, tal como no diploma anterior, exclusivamente aos prazos relativos à caducidade e prescrição em procedimentos tributários e apenas aos atos que devam ser praticados pelos particulares.

Acresce que no que diz respeito aos procedimentos tributários existe ainda uma limitação adicional para que a suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade possa ser aplicada já que o n.º 2 do artigo 6.º-C da Lei n.º 4-B/2021 estabelece que a suspensão nos procedimentos tributários (apenas no que respeita à prática de atos por particulares) “(...) *abrange apenas os atos de interposição de impugnação judicial, reclamação graciosa, recurso hierárquico, ou outros procedimentos de idêntica natureza, bem como os atos processuais ou procedimentais subsequentes àqueles.*”

Ora, a liquidação de impostos aos contribuintes dentro do prazo de caducidade e a sua cobrança dentro do prazo de prescrição não se inserem em nenhum dos referidos procedimentos, mas sim no procedimento de liquidação e subseqüente cobrança de tributos, com relação aos quais não é aplicável qualquer suspensão.

5. Jurisprudência do STA recente sobre suspensão do prazo de prescrição em resultado da aplicação da legislação COVID-19

A questão da suspensão dos prazos de prescrição em resultado da aplicação da legislação aprovada durante a pandemia COVID-19 e, em particular, a questão de saber se, por um lado, a suspensão será de aplicar aos procedimentos que ainda não tinham sido iniciados no momento da aprovação daquela legislação foi analisada recentemente pelo STA em acórdão, de 2 de outubro de 2024, proferido no âmbito do processo 0278/23.1BEFUN⁸.

No referido processo, o STA foi chamado a pronunciar-se sobre a verificação da prescrição de uma dívida de IMT num caso em que a AT iniciou o procedimento tributário destinado à emissão de uma liquidação adicional em janeiro de 2022 e, por conseguinte, em momento em que já não estava em vigor nenhuma das normas aprovadas no contexto da legislação COVID-19, tendo a liquidação adicional de imposto sido emitida em junho de 2023.

Na sequência da caducidade, no dia 6 de maio de 2015, da isenção de IMT de compra para revenda, caducidade esta que, ao abrigo do artigo 40.º, n.º 3, do Código do IMT determinava o termo inicial do prazo de prescrição da dívida exequenda, a AT iniciou em 2022 (e, por conseguinte, cerca de sete anos depois), procedimento conducente à emissão de liquidação adicional de IMT.

⁸ Disponível para consulta em: https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c640eb30ec21edd180258baa0059ffd9?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1.

Aquela liquidação adicional veio a ser efetivamente emitida pela AT no dia 18 de maio de 2023 e, por conseguinte, mais de oito anos após a data da caducidade da isenção de IMT de compra para revenda.

O contribuinte entendia que a dívida estava prescrita por já terem decorrido oito anos desde a data da caducidade da isenção de IMT de compra para revenda e porque o prazo de prescrição no caso deveria correr ininterruptamente em virtude de não se verificarem quaisquer causas de interrupção e / ou de suspensão do prazo de prescrição.

Já a AT entendia que a dívida não se mostrava prescrita em virtude da aplicação da suspensão da prescrição estabelecida na legislação COVID-19.

Para apreciar o recurso, o STA começou por analisar a legislação COVID-19 de 2020 e, em particular, a Lei 1-A/2020 aprovada em 2020 pelo legislador em resposta à emergência sanitária, que estabeleceu uma suspensão dos prazos processuais, incluindo os de prescrição e caducidade. O artigo 7.º, n.º 3, desta lei, determinava que *"a situação excepcional constitui igualmente causa de suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade relativos a todos os tipos de processos e procedimentos"*. A interpretação desta norma foi central no acórdão, tendo o STA decidido que a formulação do artigo 7.º, n.º 3, em *"situação excepcional"*, constituía uma regra geral de suspensão que beneficiava igualmente a AT e os contribuintes.

No entendimento deste tribunal superior, ainda que os números 6 e 7 do artigo 7.º da referida lei estipulem uma suspensão apenas para atos a favor dos particulares – como a impugnação de atos tributários e outras medidas administrativas – o n.º 3 alargava o âmbito de aplicação da suspensão a todos os prazos de prescrição e de caducidade sem distinção e sem diferenciar os atos a favor dos particulares daqueles atos a favor da AT.

Para sustentar a sua posição, entendeu o STA que o termo *"igualmente"* utilizado na norma seria evidência suficiente de que a suspensão teria aplicação de forma autónoma.

Já a interpretação da utilização do advérbio *"ainda"* no artigo 7.º, n.ºs 6 e 7, do mesmo diploma, indicava, por outro lado e no entendimento daquele tribunal superior, uma suspensão adicional para prazos administrativos e tributários exclusivamente *"a favor de particulares"*, a qual seria aplicável apenas aos prazos para impugnação judicial, reclamações e outros atos análogos sem, contudo, limitar o âmbito mais abrangente da suspensão prescricional do n.º 3, a qual foi aplicada uniformemente a todos os processos em curso.

Ainda que o STA tenha adotado uma posição manifestamente mais abrangente do âmbito de aplicação da suspensão do que aquela que entendemos resultar da lei, não deixou de decidir que: *"a suspensão da prescrição exige (...) como decorre da letra da lei, numa grande abrangência, que os prazos sejam relativos a processos ou procedimentos"*. Com base neste entendimento, concluiu aquele tribunal superior que para determinar a aplicação da suspensão do prazo de prescrição era absolutamente essencial indagar se no momento da aprovação da legislação Covid-19 em apreciação (2020) já existia procedimento ou processo.

Na sequência da constatação de que no caso em análise o procedimento de liquidação ainda não estava em curso em 2020, concluiu o STA que não existia qualquer fundamento para suspender o prazo de prescrição tendo por base as normas estabelecidas na Lei 1-A/2020.

O mesmo entendimento foi seguido pelo STA relativamente à Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril e à Lei n.º 16/2020, de 29 de maio e permitiu ao tribunal concluir: "(...) *que em 2020, os prazos de prescrição e caducidade não estiveram suspensos entre 09/03/2020 e 03/06/2020, nos termos do n.º 3 do art.º 7.º da Lei 1-A/2020, e do artigo 6.º da Lei n.º 16/2020 (...)*".

Aquele tribunal superior prosseguiu com a análise da legislação COVID-19 de 2021 e, em particular, com a análise da Lei 4-B/2021 que impôs novas suspensões dos prazos de prescrição entre 22 de janeiro de 2021 e 5 de abril de 2021, refletindo a continuidade das restrições e dos desafios impostos pela COVID-19.

No contexto desta análise, o STA afirmou que: "[c]ontrariamente ao que acontecia na legislação aplicável a 2020, a suspensão da prescrição nesses termos mais genéricos deixou agora de existir, estando dependente, no contexto do artigo 6.º B, dos processos e procedimentos identificados no n.º 1, isto é, os que corram termos nos tribunais administrativos e fiscais ou órgãos de execução fiscal; e, nos termos do artigo 6.º C, das situações em que os prazos de prescrição são relativos a procedimentos administrativos e tributários respeitantes à prática de atos por particulares".

O tribunal considerou, assim, que em 2021, tal como em 2020, não havia qualquer procedimento ou processo pendente em tribunal ou junto de órgão de execução fiscal na medida em que a citação do contribuinte no processo de execução fiscal foi apenas efetivada em 18 de maio de 2023, e que, além do mais, a suspensão dos prazos de prescrição prevista na legislação de 2021 da COVID-19 tinha apenas aplicação a atos praticados por particulares, tendo concluído com estes fundamentos que também não se aplicaria ao caso a suspensão do prazo de prescrição no período entre 22 de janeiro de 2021 e 5 de abril de 2021.

O STA concluiu, assim, que sem a aplicação das suspensões previstas na legislação Covid-19, a prescrição da dívida teria ocorrido em 6 de maio de 2023 e, por conseguinte, em momento prévio à citação do contribuinte no processo de execução fiscal e declarou a prescrição da dívida exequenda de IMT.

Por outras palavras, considerou aquele tribunal que na ausência de um processo iniciado até 2020 ou de um procedimento ou processo que corresse termos em tribunais administrativos e fiscais ou em órgãos de execução fiscal em 2021, não existia justificação para aplicar qualquer suspensão do prazo de prescrição prevista na legislação COVID-19.

O recurso apresentado pelo contribuinte contra a sentença de primeira instância que havia julgado a dívida de IMT prescrita foi julgado totalmente procedente, tendo o STA decidido que a dívida exequenda estava prescrita em virtude da não suspensão do prazo de prescrição: (i) entre os dias 9 de março de 2020 e 3 de junho de 2020 relativamente a processos ou procedimentos tributários que ainda não estavam em curso naquele período temporal; e, (ii) entre os dias 22 de janeiro de 2021 e 5 de abril de 2021 relativamente: a) aos processos e procedimentos que, no período temporal em causa, não estavam pendentes junto dos tribunais administrativos e fiscais ou dos órgãos

de execução fiscal; e, (ii) aos procedimentos administrativos e tributários que não envolvessem a prática de atos por particulares.

Tanto quanto sabemos, este acórdão do STA configura o primeiro precedente de um tribunal superior sobre esta questão, concedendo a clareza necessária quanto à interpretação das diversas normas aprovadas no contexto da pandemia que tantas dúvidas interpretativas têm vindo a suscitar e que tanta importância assumem no contexto das garantias dos contribuintes.

Note-se que mesmo fora do contexto da pandemia, a interpretação das referidas normas continua a assumir absoluta relevância na medida em que continuam em curso procedimentos tributários e processos judiciais nos quais se discute a verificação da prescrição ou em que a mesma pode vir a ser apreciada oficiosamente por um tribunal e em que a questão da suspensão da prescrição por efeito da legislação COVID-19 pode assumir relevância inequívoca. Se considerarmos o caso particular da caducidade de benefícios fiscais, como o que foi objeto de análise no acórdão do STA, e as regras especiais aplicáveis relativamente ao termo inicial deste prazo de prescrição, facilmente se compreenderá a relevância e o alcance temporal que esta jurisprudência pode ter.

6. Jurisprudência fiscal recente sobre suspensão do prazo de caducidade em resultado da aplicação da legislação COVID-19

Em sentido coincidente àquele em que decidiu o STA, ainda que com foco na caducidade do direito à liquidação, já havia decidido um tribunal arbitral na decisão, de 15 de novembro de 2023, proferida no âmbito do processo n.º 395/2023-T.

Naquela decisão, o tribunal arbitral, depois de analisar a legislação COVID-19 e a aplicação da suspensão do prazo de caducidade prevista em tal legislação, considerou que havia caducado o direito à liquidação.

O tribunal arbitral começou por afirmar que estando em causa a caducidade de uma isenção de IMT, o prazo de caducidade apenas começou a correr quando a isenção ficou sem efeito. E como o procedimento tendente à emissão da liquidação apenas tinha sido iniciado em dezembro de 2022 e, por conseguinte, muito depois da aprovação da legislação COVID-19 de 2020, concluiu aquele tribunal que a suspensão do prazo de caducidade prevista naquela legislação não tinha aplicação.

Apesar de estar em causa a análise da suspensão da caducidade do direito à liquidação e não da suspensão da prescrição da dívida exequenda, esta jurisprudência converge com a jurisprudência do acórdão do STA a que acima se fez referência na medida em que rejeita a aplicação retroativa ou ampliada das suspensões previstas na legislação COVID-19 quando, nos períodos legalmente definidos, não existia qualquer procedimento tributário em curso, nem se estavam a praticar atos processuais suscetíveis de serem afetados pela suspensão.

Contudo, noutro sentido pronunciou-se outro tribunal arbitral em decisão arbitral de 24 de fevereiro de 2025 proferida no processo 536/2024-T e na qual estava também em causa a caducidade da isenção de IMT de compra para revenda e a caducidade do direito à liquidação.

Neste processo, o tribunal considerou aplicável a suspensão de 86 dias operada em 2020, entre 9 de março de 2020 e 3 de junho de 2020, por força do artigo 7.º da Lei 1-A/2020 (na redação introduzida pela Lei 4-A/2020), com alargamento do prazo de caducidade nos termos do artigo 6.º da Lei 16/2020.

Com isso, o prazo de caducidade – que, sem suspensão, terminaria em 4 de dezembro de 2023 – foi alargado em 86 dias, o que levou a que o tribunal decidisse que a AT havia emitido a liquidação adicional de IMT dentro do prazo de caducidade.

Para suportar a sua posição, o tribunal considerou que a suspensão da legislação de 2020 aprovada no contexto da COVID-19 abrangueu “*todos os tipos de processos e procedimentos*”, incluindo, por conseguinte, o prazo de caducidade do direito à liquidação de IMT, sem exigir a demonstração de um procedimento de liquidação em curso durante o período suspensivo.

Esta posição contrasta não só com aquela que foi adotada por outro tribunal arbitral na decisão arbitral acima enunciada proferida no processo 395/2023-T como também com a posição assumida pelo STA no acórdão que foi objeto de análise detalhada no presente artigo. Em termos práticos, a divergência assenta sobretudo na questão de saber se a suspensão prevista na legislação Covid-19 exige um procedimento já em marcha (posição mais restritiva que foi adotada pelo STA e com a qual concordamos totalmente), ou se opera, por natureza, como suspensão substantiva “geral” de prazos mesmo na ausência de qualquer procedimento pendente (posição mais ampla).

7. Jurisprudência do Tribunal Constitucional quanto à inconstitucionalidade orgânica do artigo 6.º, n.ºs 1 e 4, al. a), do Decreto-Lei 6-e/2021

Por fim, ainda com relevância para determinar os períodos de suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade, importa analisar o acórdão do Tribunal Constitucional, de 13 de março de 2024, proferido no processo 209/2024.

No referido acórdão, o Tribunal Constitucional julgou organicamente inconstitucional a norma constante do artigo 6.º, n.ºs 1 e 4, alínea a), do Decreto-Lei n.º 6-E/2021, de 15 de janeiro, na parte em que determinava a suspensão dos prazos de prescrição de dívidas tributárias exequendas em processos de execução fiscal em curso ou instaurados entre 1 de janeiro e 31 de março de 2021. Este juízo de inconstitucionalidade fundou-se na violação da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (“AR”) em matéria de garantias dos contribuintes, nos termos dos artigos 103.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, alínea i), da (“CRP”).

O segmento normativo apreciado consagrava, de forma autónoma, uma nova causa de suspensão da prescrição no âmbito da execução fiscal durante o referido trimestre de 2021, com a consequente extensão do prazo substantivo de cobrança pela AT.

Sucedem que as causas de suspensão da prescrição das dívidas tributárias contêm com as garantias dos contribuintes, estando, por isso, sujeitas a reserva relativa de competência legislativa da "AR", nos termos dos artigos 103º, n.º 2 e 165º, n.º 1, al. i), ambos da CRP, não podendo, por conseguinte, ser estabelecida por decreto-lei sem autorização da AR, razão pela qual a norma foi julgada inconstitucional.

Quanto aos efeitos práticos, resulta do acórdão que, em regra, não pode ser contabilizado o acréscimo temporal associado à suspensão criada por aquele decreto-lei para o período de 1 de janeiro a 31 de março de 2021. De facto, ainda que o acórdão não disponha de força obrigatória geral, o respetivo juízo acarreta necessariamente um elevado valor persuasivo e orientador da prática decisória, impondo uma reponderação dos prazos de prescrição que tenham considerado aquele período de suspensão e onde ainda seja possível apreciar / invocar a prescrição.

Em síntese, esta jurisprudência do Tribunal Constitucional neutraliza a suspensão "adicional" criada por decreto-lei para execuções fiscais para o primeiro trimestre de 2021 e reafirma a exigência constitucional de reserva da AR em matéria de garantias dos contribuintes, com impacto direto no cômputo dos prazos de prescrição sempre que aquele período haja sido considerado.

8. Conclusão

À luz do quadro legislativo e jurisprudencial analisado, conclui-se que as normas aprovadas durante a pandemia COVID-19 não instituíram uma suspensão geral e indiscriminada dos prazos de prescrição (e de caducidade) em matéria tributária. A suspensão depende de pressupostos materiais estritos, cuja verificação exige uma análise casuística, e opera de forma diferenciada em 2020 e em 2021.

Em 2020, o artigo 7.º da Lei 1-A/2020 ancorou a suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade na paralisação de processos e procedimentos efetivamente em curso perante órgãos jurisdicionais e de execução fiscal e, no domínio tributário, na proteção de prazos a favor de particulares relativos a meios gratuitos e contenciosos (impugnação judicial, reclamação gratuita, recurso hierárquico e atos conexos). Sem processo ou procedimento formalmente pendente nos períodos em causa, não se justifica a extensão do prazo de prescrição ou de caducidade. Esta leitura preserva as garantias dos contribuintes e a segurança jurídica e é, em certa medida, compatível com o decidido pelo STA no acórdão de 2 de outubro de 2024, proferido no âmbito do processo 0278/23.1BEFUN, que, apesar de adotar uma formulação mais ampla do n.º 3 do artigo 7.º, exigiu a existência de processo ou procedimento em curso para que a suspensão opere.

Em 2021, o legislador adensou a restrição do âmbito da suspensão: o artigo 6.º-B circunscreveu tal suspensão aos processos e procedimentos a correr termos nos tribunais administrativos e fiscais e nos órgãos de execução fiscal, enquanto o artigo 6.º-C limitou, no plano procedimental tributário,

a suspensão a prazos para a prática de atos por particulares e apenas para os atos ali tipificados e os subsequentes. Assim, a suspensão não aproveita à AT para efeitos de criação de uma “reserva” temporal abstrata quando inexistir, no período suspensivo, processo ou procedimento pendente a que os prazos se reconduzam e quando não estejam em causa os atos expressamente previstos na lei a praticar por particulares. Esta posição foi integralmente corroborada pelo STA no acórdão proferido no processo 0278/23.1BEFUN.

A tese da suspensão “geral” substantiva — que dispensaria a existência de processo ou procedimento em curso — suscita objeções sérias à luz do elemento literal, da unidade do sistema e da teleologia de salvaguarda de direitos em contexto de constrangimento efetivo. Em matéria de garantias dos contribuintes, os prazos materiais não podem ser ampliados por via de regimes excecionais quando inexistir o nexo funcional entre a suspensão decretada e a impossibilidade objetiva de prática de atos no caso concreto. Tal cautela é especialmente relevante quando a AT, por inércia ou atraso, não desencadeou atempadamente os procedimentos de liquidação ou de cobrança, não podendo depois colher vantagem de uma suspensão extraordinária que não visou suprir omissões administrativas.

Ainda que exista pelo menos um precedente arbitral que continua a admitir, sobretudo no segmento de 2020, um efeito suspensivo “geral” suficientemente amplo para abranger a caducidade do direito à liquidação e a prescrição da dívida exequenda, sem necessidade de pré-existência de procedimento no período de referência, a tensão interpretativa tenderá a resolver-se pela referência à jurisprudência do STA no sentido de que a legislação COVID-19 apenas suspendeu os prazos de prescrição em procedimentos e processos formalmente ativos nos períodos em que deveria vigorar tal suspensão.

Esta posição justifica-se na medida em que a inércia ou eventual negligência da AT não merecem a proteção do prolongamento do prazo de prescrição em inegável prejuízo dos contribuintes. Se foi a AT que pela sua atuação deixou insatisfeitos os interesses patrimoniais do Estado por não ter instaurado atempadamente os procedimentos tendentes à emissão de liquidações então não pode beneficiar da suspensão do prazo de prescrição ou do prazo de caducidade estabelecidos na legislação COVID-19.

No nosso entendimento, esta é a posição mais acertada e a única que se coaduna com a letra e o espírito da lei na medida em que reforça a necessidade de se limitar a aplicação das normas suspensivas dos prazos de prescrição e favorece a segurança jurídica, evitando que suspensões excecionais, concebidas para lidar com constrangimentos efetivos, se convertam em extensões de prazo indiscriminadas de prazos substantivos em detrimento das garantias dos contribuintes.

Ainda no que diz respeito à legislação Covid-19 de 2021, acresce hoje uma limitação constitucional relevante na medida em que o Tribunal Constitucional julgou organicamente inconstitucional a suspensão decretada pelo Decreto-Lei n.º 6-E/2021, no segmento correspondente às execuções fiscais instauradas ou em curso entre 1 de janeiro e 31 de março de 2021, eliminando, em regra, o acréscimo de cerca de 22 dias que vinha sendo aditado com este fundamento. Consequentemente, qualquer invocação de suspensão com base nesse diploma deve ser recusada, sem prejuízo das restantes suspensões previstas, designadamente, na Lei n.º 4-B/2021 que dependem dos respetivos pressupostos materiais.

Em síntese, entendemos que a aplicação correta das suspensões COVID-19 exige a análise integrada dos seguintes elementos com vista a salvaguardar as garantias dos contribuintes, prevenir extensões indiscriminadas de prazos materiais e promover previsibilidade e confiança na aplicação de regras excepcionais:

- i. existência de processo ou procedimento formalmente pendente nos períodos de suspensão;
- ii. identificação do sentido em que o prazo corre (a favor do contribuinte ou da AT);
- iii. correspondência do ato a praticar, com as tipificações expressamente previstas na legislação COVID-19 de 2020 e de 2021; e,
- iv. exclusão do período adicional do Decreto-Lei n.º 6-E/2021, em virtude da inconstitucionalidade orgânica julgada pelo Tribunal Constitucional.

A questão da aplicabilidade das suspensões dos prazos de prescrição (e de caducidade) por efeito da legislação COVID-19 pode ser crucial não só nos procedimentos tributários e processos judiciais em que esteja a ser apreciada, ou venha a ser apreciada oficiosamente, a prescrição de uma dívida e em que a suspensão decorrente da legislação COVID-19 possa ser determinante -, mas também nos casos de caducidade de benefícios fiscais de IMT, em que pode tornar-se necessário reapreciar a prescrição da dívida tributária muitos anos após a verificação do facto tributário.

Artículos

LOS MÁRGENES DE VALIDEZ DE LOS PACTOS PARASOCIALES: CONCRECIÓN Y FUNDAMENTO

Miguel Iribarren Blanco

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Oviedo y Consultor del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

Los márgenes de validez de los pactos parasociales: concreción y fundamento

Es hoy generalmente admitido que el ámbito de validez de los pactos parasociales es mayor que el de los estatutos. Los primeros son válidos dentro de los amplios márgenes de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), en tanto no traspasen las normas imperativas comunes a todos los tipos societarios y al derecho de obligaciones en general (imperatividad sustantiva), mientras los segundos están sometidos a los límites más estrictos que imponen las reglas societarias propias de los diferentes tipos, que constituyen la denominada imperatividad tipológica.

El autor sostiene que la justificación del mayor espacio de validez de los pactos parasociales no se halla en la diferente eficacia de pactos y estatutos frente a la sociedad —los pactos universales, de hecho, pueden tener eficacia societaria—, sino en la propiedad ambulatoria de los estatutos, de la que carecen los pactos parasociales. La eficacia sobre los sucesivos socios impone límites más exigentes a los estatutos con el fin de cumplir el objetivo del derecho de sociedades de estandarizar el modelo de sociedad de capital para favorecer el tráfico de acciones y participaciones.

PALABRAS CLAVE:

Sociedades de capital; Socios; Pactos parasociales; Pactos con terceros; Validez.

The scope of validity of shareholders' agreements: determination and legal foundations

It is now widely accepted that shareholders' agreements have a broader scope of validity than the articles of association and bylaws. The former are valid within the broad boundaries of contractual freedom established under Article 1255 of the Civil Code, provided that they do not contravene the mandatory rules common to all company types or to contract law in general (i.e. substantive mandatory provisions). In contrast, the latter are subject to stricter limitations arising from the corporate rules specific to each company form, which constitute what are known as typological mandatory provisions.

The author argues that the broader scope of validity of shareholders' agreements cannot be explained by their differing effectiveness vis-à-vis the company—since all-shareholder agreements can, in fact, produce corporate effects—but rather by the particular nature of the articles of association and bylaws, which also affect shareholders joining the company later, a feature that shareholders' agreements lack. Because the articles of association and bylaws bind not only the founding members but also subsequent shareholders, they are subject to stricter constraints aimed at achieving one of the principal objectives of company law: to standardise the corporate model and, consequently, facilitate the transfer of shares.

KEYWORDS:

capital companies; shareholders; shareholders' agreements; agreements with third parties; validity

FECHA DE RECEPCIÓN: 2-9-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 5-9-2025

Iribarren Blanco, Miguel (2025). Los márgenes de validez de los pactos parasociales: concreción y fundamento *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 65-86 (ISSN: 1578-956X).

1. Planteamiento

La validez, en general, de los pactos suscritos por los socios de las sociedades de capital al margen de los estatutos está hoy fuera de toda duda. La regla de la nulidad, establecida por la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951, vigente durante la mayor parte de la segunda mitad del siglo XX —aunque limitada doctrinalmente a aquellos pactos que pretendieran surtir efectos sociales¹— dio paso, ya hace muchos años, a la validez sin discusión.

Ello no significa, naturalmente, que los pactos parasociales no puedan ser nulos. La nulidad puede afectarles en tanto negocios —cuando lo sean; no siempre lo son²—, si no se cumplen requisitos esenciales para su validez (arts. 1261, 1300 CC), así como a sus cláusulas y condiciones si son contrarias a la ley, la moral o al orden público (arts. 6 y 1255 CC). Tampoco se puede admitir la validez de aquellos pactos que recaigan sobre materias que afecten a las relaciones externas de la sociedad o que pretendan imponerle a esta obligaciones sin *causa societatis* (art. 1257 I CC). Si en lugar de obligaciones, le reconocen derechos, la respuesta es distinta, pues cabe aplicar el régimen de los contratos en favor de tercero (art. 1257 II CC)³.

1 Ello explica, por ejemplo, que durante la vigencia de esa Ley la doctrina más autorizada no viera en general objeciones a los sindicatos de voto. Así, entre otros, URÍA (1953: 568 y ss.) y GIRÓN (1952: 313).

2 La naturaleza de los pactos parasociales se ha querido ver a menudo en la de las sociedades civiles. Sin embargo, no todos los pactos parasociales pueden ser sociedades civiles. Para ello es necesario que exista un fin común de entidad suficiente, que dé por tanto lugar a una relación entre los socios que goce de una cierta estabilidad. PAZ-ARES (2022) afirma con buen criterio, en un trabajo reciente —citando a NOACK (1994: 48-49), entre otros— que no todas las relaciones parasociales deben calificarse siempre y necesariamente como sociedades internas (la calificación debe reservarse para las sindicaciones de voto y demás convenios en que se contemple un apoyo mutuo para el ejercicio de los derechos de socios, como sucede en general en los pactos de organización). Es también imprescindible que el pacto sea autónomo con respecto a otros negocios relacionados, incluido el propio contrato de sociedad. Tienen interés al respecto las observaciones de J. M. MIQUEL, en su *Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España* (2022) sobre “Acotaciones sobre la temporalidad de las relaciones obligatorias. La duración de los pactos parasociales” (más tarde publicado como monografía: *La duración de los pactos parasociales*, Valencia, 2002). Rechaza este autor la concepción de los pactos parasociales como sociedades civiles. Especialmente cuando se trata de pactos universales todavía parece más inviable —afirma el profesor MIQUEL— equipararlos a la sociedad civil; lo que hay son dos regulaciones de un único contrato de sociedad: la estatutaria y la representada por el pacto parasocial. Sobre esto último volveremos más adelante, al tratar sobre las tesis unitaria y de la separación de pactos universales y estatutos.

3 V., sobre ello, FLORES SEGURA (2015: 291-312).

Podemos distinguir, al respecto, entre pactos de socios, de un lado, y entre socios y terceros, de otro. Estos últimos no constituyen un fenómeno extraño: responden al interés que en la sociedad pueden tener, por razones variadas, determinados sujetos no socios, como acreedores sociales, antiguos socios o inversores potenciales. Dentro de la primera categoría, conviene hacer diferencia entre los pactos particulares y los universales. En cuanto a los particulares, su ineficacia ante la sociedad (art. 29 LSC) ya evita la aplicación de muchas de las normas societarias cuyo incumplimiento permitiría dudar sobre su validez. Los pactos particulares solo pueden imponer vínculos sobre el ejercicio del derecho de voto u otros derechos de que sean titulares los socios. Son los universales, siempre que se sostenga su eficacia societaria⁴, aquellos con respecto a los que se plantea con más intensidad el problema de los límites de validez: ¿deben estar sometidos a los mismos límites que las disposiciones estatutarias, esto es, a los que imponen las normas imperativas del derecho de sociedades y los principios configuradores del tipo elegido?

La discusión sobre la validez de los pactos con terceros no sigue un esquema muy distinto al de los pactos particulares. Tampoco son eficaces frente a la sociedad. En primera instancia, cabría quizá pensar que deberían ser inválidos por permitir la influencia de terceros en las decisiones que corresponden a los socios o por comprometer el voto del socio con quienes podrían tener intereses opuestos a los de la sociedad. Pero precisamente la intervención de terceros permite descartar la infracción de las normas del contrato de sociedad como causa de invalidez. La nulidad de estos pactos no puede declararse si cumplen los requisitos esenciales para la validez de los contratos (arts. 1300, 1261 CC) y sus cláusulas y condiciones no traspasan los límites de la autonomía privada, esto es, no son contrarias a la ley, la moral o al orden público (art. 1255 CC). Distintas de la invalidez del pacto son las consecuencias societarias que se aplicarían al socio que compromete su voto con terceros o que lo ejerce de modo incompatible con sus deberes societarios, o al propio voto que el socio emitiera en cumplimiento del pacto y que desembocara en la adopción de un acuerdo social o al acuerdo mismo.

2. Límites de validez de los pactos entre socios

2.1. Materias que no pueden ser objeto de pactos parasociales: Las relaciones externas de la sociedad

No todas las materias societarias pueden ser objeto de pactos parasociales. El ámbito de los pactos parasociales se puede definir por exclusión. Pueden regular, dentro de las relaciones societarias, todo aquello que no afecte a las relaciones externas de la sociedad o a la existencia, representación y sistema de circulación de las acciones. Lo hacen, en particular, las previsiones sobre los atributos de la personalidad jurídica, como la denominación o el domicilio de la sociedad, o sobre la representación de la sociedad, incluyendo la estructura del órgano de administración y el nombramiento de administradores.

⁴ Por eficacia societaria se entiende aquí no solo la aplicación de los instrumentos de *enforcement* societario en caso de incumplimiento (v. gr., impugnación del acuerdo de la junta), sino proyección del pacto sobre las relaciones que unen a los socios con la sociedad, con el consiguiente deber de observarlos de los órganos sociales.

La materia que no puede ser regulada mediante pactos parasociales no coincide exactamente con la estatutaria. Hemos evitado por ello la expresión reserva estatutaria. Existen cláusulas estatutarias sobre asuntos que no podrían ser regulados por pactos parasociales, pero otros asuntos sí admiten regulación parasocial. Así, por ejemplo, un pacto parasocial sí podría incidir sobre el modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad o la forma y el plazo máximo para satisfacer los desembolsos pendientes. Recurriendo a la conocida distinción alemana entre cláusulas estatutarias materiales (*materielle Satzungsbestandteile*) y formales (*formelle Satzungsbestandteile*) diríamos que los asuntos que inciden sobre las relaciones externas habrían de ser objeto de cláusulas necesariamente materiales. No caben fuera de los estatutos. El resto podrían ser materiales o formales según configuren la condición de socio con la vocación de aplicarse también a los futuros socios o no. Las disposiciones estatutarias materiales estarían sometidas al régimen societario de eficacia —frente a la sociedad y los nuevos socios— interpretación y modificación, mientras no lo estarían las formales.

Consecuencia de lo anterior es que las disposiciones parasociales que regulasen las relaciones externas de la sociedad o afectasen a la existencia, representación o sistema de circulación de sus acciones carecerían de validez. Sería nulo un pacto que estableciese una denominación de la sociedad distinta de la estatutaria o que fijase un domicilio social diferente. Lo sería igualmente aquel que dispusiera la estructura del órgano de administración o que designase administrador. Distintas son las cláusulas que comprometan a los socios a ejercer sus derechos en la sociedad —el de voto en la junta— para regular de un determinado modo cuestiones relativas a las relaciones externas. Así, un pacto por el que los socios se obligaran a designar como administrador a una determinada persona o a modificar los estatutos para aumentar el capital o reducirlo o para trasladar el domicilio de la sociedad no presentaría problema alguno de validez.

2.2. Mayor espacio para la autonomía de la voluntad: concreción de los límites y justificación

2.2.1. CONCRECIÓN DE LOS LÍMITES

Los pactos parasociales han sido descritos como trajes a medida, frente a la rigidez de la regulación estatutaria⁵. Y en buena medida es así. La definición es acertada, no solo por la facilidad para su celebración, que no requiere cumplir los trámites y formalidades que los estatutos exigen, sino sobre todo por los márgenes de validez más generosos entre los que se mueven. Es hoy habitual afirmar que sus límites no son los dispuestos por la legislación societaria, sino son los que establece el art. 1255 CC: "*Los contratantes —utilizo las palabras del Tribunal Supremo (sentencias de 23 de marzo de 2012 y de 7 de abril de 2022, entre otras), que sigue a la más autorizada doctrina⁶— pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*". Los pactos parasociales "*no están constreñidos —continúa— por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias —de ahí gran parte de su utilidad— sino a los límites previstos en el artículo 1255*

5 Así, GARCÍA DE ENTERRÍA (2018).

6 PAZ-ARES (2011: 252-256).

del Código Civil". Permiten, en mayor medida que los estatutos, el ejercicio de su libertad contractual a los socios.

Es obvio que muchos de los pactos que se conciertan con el carácter parasocial tropezarían, si se pretendiesen incorporar a los estatutos, con la calificación negativa de los registradores mercantiles, lo que impediría su inscripción. En ocasiones, ello será resultado de la concepción imperativa del derecho de sociedades⁷, así como de la visión restrictiva del contenido de los estatutos que a menudo adoptan, injustificadamente a mi juicio, dichos profesionales. Pero en otras, con razón. Así, por ejemplo, el derecho de voto es un derecho casi intangible estatutariamente, al menos en la sociedad anónima, que, sin embargo, puede ser comprometido perfectamente mediante pactos parasociales. Así, se admiten con toda naturalidad los pactos que recaen sobre el voto del socio en la junta general. Desde los más simples hasta los más sofisticados, como algunos sindicatos de voto, que suponen la agrupación de acciones o participaciones con el fin de lograr una influencia más o menos estable sobre la gestión de la sociedad. Y que obligan a sus miembros a ejercitar su derecho de voto en el sentido previamente decidido por el sindicato. Pactos cuyo objeto es el control de la sociedad, o bien la formación de una minoría estable que pueda ejercer más fácilmente los derechos que como tal le corresponden.

Y como ese se pueden poner muchos otros ejemplos de pactos que no superarían nunca el filtro del Registro Mercantil, pero cuya validez nadie discute: pactos que exijan la unanimidad para adoptar acuerdos sobre determinadas materias en la junta general, o que otorguen derecho de veto a algún socio, pactos que prohíban la transmisión de las acciones —pactos de *lock-up* frecuentes en las calificadas como empresas emergentes o *start-ups* y que imponen la permanencia de determinados socios fundadores o gestores, que poseen los conocimientos fundamentales necesarios para el desarrollo del negocio— o que declaren libre la de las participaciones, que impidan ejercitar acciones de responsabilidad contra un administrador o, en fin, pactos que obliguen a compensar las pérdidas en sociedades capitalistas.

PAZ-ARES, en un trabajo fundamental sobre la validez de los pactos parasociales publicado hace unos años en esta misma revista⁸, proponía distinguir entre los límites que impone la denominada *imperatividad sustantiva*, cuyo objeto es la defensa de los valores centrales del derecho privado, que no pueden los pactos parasociales, como tampoco los estatutos, traspasar y los más exigentes que impone la *imperatividad tipológica*, que viene establecida en el derecho de sociedades por la necesidad de *estandarizar un modelo societario al objeto de facilitar economías de aprendizaje y de red y reducir los costes de información* y que solo afectaría a los estatutos, no a los pactos parasociales. Yo coincido. Creo que da el citado profesor con la clave. Está justificado reconocer un margen mayor para la validez de los pactos parasociales, que pueden traspasar los límites de la *imperatividad tipológica*, límites que en cambio sí se aplican a las cláusulas estatutarias.

Haría, no obstante, algunas precisiones. Los límites de la *imperatividad tipológica* solo rigen con respecto a los estatutos cuando se trate de disposiciones materialmente estatutarias, esto es, que tengan carácter normativo y puedan afectar a los futuros socios. Algunas previsiones parasociales

7 Este problema no es precisamente nuevo. V. PAZ-ARES (1997: 159-206).

8 V. nota núm. 6.

no tienen esa vocación y no habría, por tanto, motivo para no admitir su incorporación a los estatutos sin someterse a más límites que los de la autonomía privada. Se trataría de cláusulas solo formalmente estatutarias. Así ocurre con aquellos pactos cuyos efectos se circunscriban a las relaciones entre determinados socios. Por ejemplo, un pacto sobre el ejercicio del derecho de voto en la junta entre varios socios o una opción de compra reconocida por un socio sobre sus acciones en favor de otro. Si sus efectos son personales, de tal modo que para los socios que sucesivamente se incorporen a la sociedad sean irrelevantes, no habría razón para aplicarles los más exigentes límites que la estandarización del modelo de sociedad requiera. Otra cosa es que precisamente por carecer de esa vocación de generalidad, interese a los firmantes mantenerlos alejados de los estatutos.

Los límites, en segundo lugar, que impone la *imperatividad tipológica* sí se aplican a los pactos parasociales cuando tutelen intereses de terceros. Aquellas normas societarias que protegen intereses distintos de los de los socios constituyen límites que los pactos parasociales no pueden traspasar. Un pacto parasocial que reconociese un derecho de los socios a los dividendos sin estar cubiertas las atenciones legales o que suprimiese la causa de disolución por pérdida grave del capital no podría ser válido. Parece, por tanto, un exceso afirmar, como hace el Supremo, que los pactos parasociales *no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias*. En realidad, sí lo están por las normas societarias que tutelan intereses de terceros. A menos que consideremos, para conciliar la afirmación del Supremo con la protección de los intereses de terceros, que la ley a la que se refiere el artículo 1255 CC como límite de la autonomía privada incluye las normas societarias que protegen los intereses de terceros.

No obstante, cuando los pactos parasociales no aspiren a incidir inmediatamente en la esfera corporativa (se sobreentiende que son universales, los particulares no pueden tener eficacia societaria), sino que se resuelvan en meros compromisos de voto —aunque puedan beneficiarse de sistemas de *enforcement* societario— es posible reconocerles más margen (ello permite salvar el interés de los acreedores). Un buen ejemplo sería el de los pactos sobre la responsabilidad de los administradores. Eximir a los administradores de responsabilidad frente a la sociedad sería contrario, al menos en caso de deslealtad, al régimen imperativo que la regula⁹. Pero no lo sería comprometerse a votar en la junta de la sociedad en contra del ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores. Esto último no impediría el ejercicio subsidiario de la acción social por los acreedores, si el patrimonio de la sociedad no fuera suficiente para pagar las deudas (art. 240 LSC).

2.2.2. JUSTIFICACIÓN: LOS PACTOS PARASOCIALES CARECEN DE EFICACIA SOBRE LOS SUCESIVOS SOCIOS

Lo expuesto nos lleva a rechazar la justificación del mayor espacio de validez de los pactos parasociales que parece más intuitiva. Dicha justificación, a primera vista, se hallaría en la diferente eficacia de pactos y estatutos frente a la sociedad, en la inoponibilidad a la sociedad de los primeros. Como no afectan a la sociedad —diríamos— los admitimos dentro de unos límites más gene-

⁹ Recordemos que, conforme al artículo 230 LSC, el régimen relativo al deber de lealtad y la responsabilidad por su infracción es imperativo y que no son válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo.

rosos¹⁰. Tal razonamiento obliga —claro es— a negar eficacia corporativa a los pactos universales, pues en otro caso, esto es, si les concediésemos esa eficacia, los límites tendrían que ser idénticos. Así se ha observado, con perfecta lógica, por algunos autores en Alemania¹¹. Por tanto, se reduciría el margen para la autonomía de la voluntad, estarían sometidos los pactos parasociales a los límites más exigentes del derecho de sociedades¹². O bien debería ampliarse el margen de validez para las cláusulas estatutarias. No hay otra solución si no se modifica la mencionada premisa.

Es posible, sin embargo, ensayar otra teoría. Teoría que permitiría afirmar —o, al menos, no descartar— la oponibilidad a la sociedad de los pactos universales y al mismo tiempo justificar el mayor margen de validez. La clave está —pienso— en la *vocación de los estatutos para aplicarse a los nuevos socios*, en el *carácter normativo* —si se prefiere expresar así— de los estatutos¹³. La eficacia sobre los sucesivos socios impone límites más exigentes a los estatutos con el fin de cumplir el objetivo del derecho de sociedades de estandarizar el modelo de sociedad de capital para que acciones y participaciones puedan circular más fácilmente que cualquier otro derecho. Diríamos, en definitiva, que la justificación del mayor espacio de validez de los pactos parasociales no se basa en la diferente eficacia de pactos y estatutos frente a la sociedad, pues los universales pueden tener eficacia societaria, sino en la *propiedad ambulatoria* de los estatutos, de la que carecen los pactos parasociales.

Más allá, encontramos las normas societarias que tutelan intereses de terceros, que no se pueden traspasar por los socios ni mediante cláusulas estatutarias ni parasociales¹⁴.

2.2.3. PACTOS PARASOCIALES INCORPORADOS POR REFERENCIA A LOS ESTATUTOS O “LA MEZCLA DE LAS ESPECIES”¹⁵

Una especial consideración merecen los pactos parasociales incorporados por referencia a los estatutos, mediante el expediente de incluir la firma o el cumplimiento del pacto como objeto de una prestación accesoria. De ese modo, el incumplimiento de ese supondría el de una prestación accesoria, con las consecuencias societarias correspondientes. Así, por ejemplo, en las sociedades

10 PAZ-ARES justifica, entre otras razones, el mantenimiento de los dos planos, el societario y el contractual, separados —que no es incompatible con la relevancia societaria de la infracción de los pactos universales, que defiende basándose en el principio de buena fe— dado el mayor margen para la autonomía de la voluntad de que en el plano contractual gozarían los socios. “*Las tesis analíticas —afirma— se hallan también en mejor disposición para lograr la inserción o integración de la doctrina de los pactos parasociales en nuestro sistema de derecho privado. Para ilustrarlo bastará con una breve alusión al problema de la imperatividad. Pues no parece dudoso que las soluciones más razonables en el tratamiento de este problema —las que con mayor fidelidad reflejan los principios del sistema y la composición de intereses realizada por el legislador— se racionalizan de manera más eficaz manteniendo separados el plano societario o corporativo y el plano obligacional, y aplicándole a cada uno de ellos un estándar de imperatividad distinto. El estándar de la llamada imperatividad tipológica al plano societario y el de la imperatividad sustantiva al plano obligacional*” (V. PAZ-ARES, 2022: ap. VIII).

11 V., por ejemplo, RODEMANN (1998: 95), que se opone a la eficacia corporativa de los pactos universales, y señala que, de aceptarse, de acuerdo con algunas sentencias del Tribunal Supremo alemán, entonces habría que restringir la validez de los pactos parasociales, que deberían someterse a las limitaciones aplicables a los estatutos. V., asimismo, WINTER (1990: 259 y ss., part. 278-280). A ello se refiere también PÉREZ MILLÁN (2010: 231-260, part. nota núm. 17), que está conforme.

12 En este sentido, NOVAL (2012: 130-131).

13 Así se expresa, por ejemplo, NOVAL (2012: 27 y ss.).

14 Esas normas societarias que protegen intereses de terceros también podríamos considerarlas como parte del orden público, de esa manera encajarían en la cláusula correspondiente que recoge el artículo 1255 CC.

15 Tomo la expresión del más arriba citado trabajo de J. GARCÍA DE ENTERRÍA.

limitadas, ello sería causa de exclusión del socio. La sociedad, como sabemos, puede excluir al socio que incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias (art. 350 LSC). Y no hay duda de que, en la anónima, también jugaría si se incluyese esa causa de exclusión en los estatutos. Se trata de una fórmula comúnmente empleada hoy para lograr la eficacia societaria de los pactos parasociales y aceptada mayoritariamente, tanto por la doctrina, como por la propia práctica registral¹⁶.

Esta opción tiene la peculiaridad de que, además de poner a disposición de los firmantes alguno de los instrumentos de *enforcement* societario (exclusión de socios) para el caso de incumplimiento —no lo hace plenamente oponible a la sociedad—, convierte el pacto —al menos, la firma— en vinculante para los futuros socios. A los nuevos socios también les sería exigible, pues, el cumplimiento del pacto parasocial o su firma y se les aplicarían las consecuencias societarias en caso de incumplimiento del pacto. Y en todo caso, estarían obligados a soportar sus efectos (la exclusión de alguno/s de sus consocios). Ello además de que la entrada de nuevos socios no tendría repercusión alguna sobre la eficacia societaria del pacto.

Sobre la validez de esta peculiar modalidad de prestación accesorias no merece la pena discutir a estas alturas¹⁷. Primero, porque no deja de ser esta fórmula una reacción ante la rigidez de los registradores mercantiles, derivada de su concepción imperativa de las normas del derecho de sociedades y restrictiva del contenido de los estatutos. Y en segundo lugar porque, además de la aceptación mayoritaria de la doctrina y la práctica registral, ha tenido reconocimiento en la propia ley. Así, la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, declara inscribibles *“las cláusulas estatutarias que incluyan una prestación accesorias de suscribir las disposiciones de los pactos de socios en las empresas emergentes, siempre que el contenido del pacto esté identificado de forma que lo puedan conocer no solo los socios que lo hayan suscrito sino también los futuros socios”* (art. 11.2).

Cabe preguntarse, no obstante, si estos pactos incorporados por referencia a los estatutos no deberían estar sometidos a las reglas más exigentes aplicables a las disposiciones estatutarias. Seguramente la respuesta deba ser afirmativa. Su eficacia sobre los sucesivos socios lo impone. Ya quedan los socios que se incorporan a una sociedad cuyos estatutos incluyen una prestación accesorias de esta naturaleza sometidos a los efectos de cláusulas más difíciles de conocer —aunque sea posible hacerlo— y con menos garantías de legalidad que las estatutarias. Ir todavía más allá parece que sería difícil de compaginar con el objetivo del derecho de sociedades de estandarizar el modelo de sociedad capitalista para que acciones y participaciones puedan circular sin trabas.

16 A este respecto, merece citarse la Resolución de 26 de junio de 2018 (BOE de 10 de julio) de la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), que declaró inscribible una disposición estatutaria que establecía como prestación accesorias el cumplimiento y observancia de un pacto parasocial. Y estimó que la concreción y determinación que la ley impone a las prestaciones accesorias se cumplía mediante la remisión a la escritura pública en que figuraba el pacto. Sobre esa Resolución, v. PÉREZ MILLÁN (2019). En el mismo sentido se orientan las más recientes Resoluciones de 11 de octubre de 2024 y 29 de noviembre de 2024. No obstante, no todos los registradores comparten el criterio de la Dirección General. En particular, la Junta de Registradores de Madrid no considera admisibles las cláusulas estatutarias que incorporan por referencia el contenido de pactos plasmados en escrituras no depositadas ni inscritas.

17 V., no obstante, PERDICES (2023), para quien existe una reserva estatutaria sometida a reglas imperativas para el contenido organizativo del contrato de sociedad, de modo que la deslegalización de los estatutos mediante las remisiones a acuerdos de socios que corretean por el mundo de la libertad de pactos hechas a través de prestaciones accesorias o cláusulas de autorización no sería de recibo.

2.2.4. APUNTE SOBRE LA OponIBILIDAD A LA SOCIEDAD

La tesis propuesta, como acabamos de ver, permite compaginar el mayor espacio de libertad de los pactos parasociales universales con su oponibilidad a la sociedad. Oponibilidad entendida —recordemos— como eficacia societaria, esto es, proyección de los pactos sobre las relaciones que unen a los socios con la sociedad, con el consiguiente deber de observarlos de los órganos sociales y la aplicación en caso de incumplimiento de los instrumentos de *enforcement* societario.

Ello no significa que comparta la tesis que afirma la integración de los pactos universales junto con los estatutos en el ordenamiento de la sociedad. Esa *tesis unitaria*, que cuenta con respaldo entre nosotros¹⁸, encuentra, a mi juicio, algunas dificultades. Una de las más importantes es que no permite explicar por qué los pactos parasociales no vinculan a los socios que sucesivamente se incorporan a la sociedad. La falta de inscripción en el Registro Mercantil, a diferencia de los estatutos, no sirve como justificación de la limitación de los efectos sobre los nuevos socios a los que resulten de cláusulas estatutarias, porque ese Registro, como sabemos, no es un registro de derechos sobre bienes, como el de la Propiedad, y por tanto los adquirentes de acciones/participaciones no están protegidos, no son terceros de acuerdo con los artículos 20.2 *in fine* y 21.1 CCom. De hecho, una modificación estatutaria aprobada por la junta general, pero pendiente de inscripción, obliga al socio que entretanto se incorpora a la sociedad¹⁹. La aplicación del régimen especial de circulación de los títulos-valores sí permitiría justificar la no vinculación del adquirente de buena fe de acciones, si bien muy limitadamente, pues se circunscribiría a determinadas disposiciones, como las eventuales restricciones a la transmisión, las prestaciones accesorias o los desembolsos pendientes, si esas no figurasen sobre el título, como la ley ordena²⁰. Pero esas normas solo protegen a los titulares de acciones representadas mediante títulos nominativos y únicamente con respecto a las menciones expuestas. Quedarían al margen los titulares de acciones no incorporadas o de otro modo representadas, así como los socios de sociedades limitadas. Más fácil sería en cambio justificar la inoponibilidad de las restricciones a la transmisión de acciones y participaciones al margen de los estatutos, que no perjudicarían las adquisiciones de terceros de buena fe. Del artículo 112 LSC, que declara la ineficacia de las transmisiones que no cumplan la ley o los estatutos, ya cabe inferir la eficacia de aquellas que se ajusten a lo dispuesto en los estatutos, aun cuando no cumplan las disposiciones extraestatutarias. Igualmente, del artículo 123 LSC, sobre las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, y que declara que solo serán válidas frente a la sociedad las restricciones o condicionamientos a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos, se desprende que las dispuestas más allá de los estatutos no producirán efecto frente a la sociedad y, por tanto, no podrán impedir al adquirente de buena fe acceder a la sociedad. Las restricciones extraestatutarias a la transmisión no afectarían, pues, a los potenciales adquirentes de buena fe y no les impedirían por tanto convertirse en socios. El régimen especial de circulación de los títulos-valores permitiría

18 La tesis unitaria es defendida entre nosotros por autores como NOVAL (2012: 100-102), SÁEZ LACAVE (2009) o, más recientemente, ALFARO (2023). PAZ-ARES (2022: ap. VII), en cambio, rechaza esa tesis, que califica como sintética, por oposición a la de carácter analítico que mantiene. Para él, los planos societario y obligacional han de mantenerse separados y la relevancia societaria de la infracción de los pactos universales se explica recurriendo a la *exceptio doli* o buena fe objetiva. En la doctrina extranjera, la tesis unitaria de los estatutos y los pactos parasociales universales se ha defendido, por ejemplo, en Alemania, especialmente por NOACK (1994) y ZÖLLNER (1996: 89-111). En contra, en cambio, entre otros, ULMER (2005: 633-654).

19 Tiene interés al respecto el artículo de GANDÍA (2023).

20 Sobre ello, v. PERDICES (1997: 122 y ss.).

asimismo fundar la ineficacia de las cláusulas restrictivas ya no extraestatutarias, sino que no figuraran impresas sobre el propio título. En todo caso, por lo expuesto, la teoría de la integración de pactos y estatutos solo podría aceptarse con importantes salvedades.

Tampoco creo, más allá del alcance que se le dé a esta noción, que la oponibilidad de los pactos universales deba afirmarse indiscriminadamente. Ello debería depender, a mi juicio, de la voluntad de los socios firmantes. A ellos correspondería graduar, según sus preferencias, la eficacia que quieran darle al pacto. Cabe presumir que los socios no desearán, en principio, la oponibilidad a la sociedad de los pactos que entre ellos suscriban, pues en otro caso los incorporarían a los estatutos. Podemos, así pues, partir de que la falta de transposición a los estatutos de las previsiones incluidas en un pacto de socios reflejaría en principio una voluntad de sus firmantes contraria a dotar de eficacia corporativa a las disposiciones acordadas²¹. Pero esa presunción de partida ha de ceder en cuanto la voluntad de las partes indique lo contrario. Son numerosas las razones —aparte de evitar la oponibilidad a la sociedad— que podrían explicar el interés de los socios firmantes en no incluir sus pactos en los estatutos. Y mi impresión es que, generalmente, los socios firmantes de pactos parasociales desean que estos sean oponibles a la sociedad. En ocasiones, lo expresan abiertamente a través de las disposiciones del pacto, como cuando se obligan a incorporar a los estatutos todo cuanto sea posible o declaran la prevalencia del pacto sobre los estatutos en caso de discrepancia. En otros casos, se desprende de los términos de la concreta cláusula. Supongamos que los socios pactan, al margen de los estatutos, que la adopción de acuerdos sobre determinadas materias en la junta requiere la unanimidad. ¿No sería lógico suponer que los firmantes desean que un acuerdo apoyado por simple mayoría, con la oposición de varios socios, no pueda tenerse por adoptado y producir efectos? Parece más conforme eso con la voluntad de los socios que la adopción del acuerdo, pese a no contar con el respaldo unánime exigido por el pacto, dejando que produzca efectos, para más tarde, solo una vez impugnado por alguno de los socios discrepantes, admitir el argumento de la mala fe e infracción del deber de coherencia con los actos propios del socio infractor que defiende la validez del acuerdo.

Por supuesto, no siempre los socios firmantes desean la eficacia corporativa de los pactos parasociales. No hay que descartar que rechacen esa eficacia. Ello puede suceder, por ejemplo, si en general se decantan por soluciones indemnizatorias antes que anulatorias, como cuando prevén una indemnización como remedio exclusivo en caso de incumplimiento. También es frecuente con respecto a determinadas clases de pactos, como los de acompañamiento y arrastre. Tomemos, en particular, el ejemplo de *un pacto de acompañamiento o venta conjunta (tag along)*, que reconoce al socio minoritario el derecho a sumarse a la venta que realice el socio mayoritario de sus acciones, para evitar que este obtenga en exclusiva la prima asociada al control. Si el mayoritario no respeta el pacto y vende en solitario sus acciones, ¿en qué consistiría la eficacia societaria?: La sociedad podría desconocer la transmisión; sería ineficaz para la sociedad y, por tanto, el tercero adquirente no se convertiría en socio. Pero eso no es lo que le suele interesar al minoritario. A este le interesa sumarse, claramente, y eso último se logra fácilmente mediante el reconocimiento

21 Este argumento se ha empleado para negar la eficacia corporativa de los pactos universales, especialmente en Alemania. V., por ejemplo, ULMER (1987: 1849 y ss., part. 1852) o GOETTE (1996: 113 y ss., part. 127). Pero, además de tener cierto componente sancionador, si no se admite que pueda ser contrarrestado [con razón, advierte NOVAL (2012: 92) que "*detrás de ese enfoque se esconde cierto reproche a la actuación de los socios. Se presume que los socios de forma negligente o ligera han prescindido, pudiendo hacerlo, de la inscripción registral de unos pactos omnilaterales*"], pierde fuerza si se observa que existen numerosas razones para celebrar pactos al margen de los estatutos sin relación alguna con su eficacia corporativa.

de una opción de venta en su favor y en contra del mayoritario. Así, si el mayoritario vende en solitario incumpliendo el pacto, la venta vale, produce efecto, pero estará obligado a comprar las acciones del minoritario al precio fijado en el propio pacto. Eso es lo que realmente tutela mejor en este concreto caso los intereses del socio minoritario²².

Muy lejos de la tesis que propongo, como se habrá advertido, está la rígida doctrina del Tribunal Supremo, que —desde las conocidas sentencias que dictó en el asunto *Kurt Konrad* (SSTS 6.3.2009; 5.3.2009; 10.12.2008 y 6.3.2009)— se basa en la inoponibilidad a la sociedad de los pactos parasociales como argumento principal para rechazar la impugnación de los acuerdos sociales contrarios a esos pactos, aun cuando fueran universales. En la debilidad de esta doctrina no es necesario insistir más allá de lo dicho porque ello supondría reiterar los argumentos que ya se han expuesto²³. Ni siquiera es posible reconocerle coherencia al Tribunal Supremo, pues rechaza tajantemente, como digo, la impugnación de acuerdos contrarios a pactos parasociales, aunque sean universales, pero en cambio no siempre ha seguido el mismo criterio a la inversa²⁴. Cuando la impugnación recae sobre un acuerdo adecuado al pacto, aunque impugnabile, sí ha aceptado el Tribunal Supremo el argumento —empleado habitualmente por la sociedad o los socios que defienden la validez del acuerdo— basado en la mala fe (por volverse contra sus propios actos) del impugnante que, pese a haber firmado el pacto, lo transgrede. La prohibición de *venire contra factum proprium* y, más en general, el principio de buena fe y la interdicción del abuso de derecho, son en efecto argumentos habitualmente utilizados por el Supremo para rechazar la impugnación en estos casos.

La postura, en definitiva, que aquí se defiende es que la regla del artículo 29 LSC es una regla dispositiva, que se extiende en principio a todos los pactos parasociales, particulares y universales, pero puede ser derogada por (todos) los socios. Los pactos universales no son, en principio, oponibles a la sociedad *ex* artículo 29 LSC, pero podrán serlo si ello se corresponde con la voluntad de los socios firmantes. La eficacia societaria del pacto dependerá de cuál sea la intención de los firmantes. Estos —siempre que el pacto sea universal— pueden graduar su eficacia, de acuerdo con sus preferencias.

Esta tesis —es cierto— no está exenta de inconvenientes: en primer lugar, la dificultad para determinar la voluntad de las partes, si no se desprende de los términos del pacto con suficiente claridad. En segundo lugar, la inestabilidad del régimen jurídico societario, que puede variar con la alteración de la composición del capital. Y tercero, la necesidad de armonizar la regulación estatutaria y la parasocial, que puede ser contradictoria en ocasiones. Pero es sin duda dicha tesis, a mi juicio, la que en mayor medida favorece la autonomía de la voluntad de los socios y merece, pues, el esfuerzo que sea preciso hacer para superar los citados problemas.

22 V. en este sentido, SÁEZ LACAVE/BERMEJO (2007).

23 PAZ-ARES (2022: *passim*).

24 V. sobre ello PAZ-ARES (2025).

3. Los pactos con terceros. En particular, sobre el ejercicio del derecho de voto del socio

Los pactos parasociales entre socios y terceros y, en particular, aquellos que recaen sobre el voto del socio en la junta, exigen un tratamiento especial. Pactos con terceros sobre el voto que admiten muchas variantes, tanto por su estructura, como por su sentido: así pueden circunscribirse a acuerdos específicos o no, referirse a determinados asuntos o ser generales, pueden concretar el sentido del voto o remitirlo a un momento posterior estableciendo los criterios que han de seguirse o encomendando a un tercero la competencia para decidir. Pueden concertarse, por ejemplo, con acreedores que proporcionan financiación a la sociedad y exigen a cambio, para asegurarse la devolución del capital prestado, que los socios asuman diversas obligaciones: así, por ejemplo, no repartir dividendos, mantener el capital, colaborar en la financiación de la sociedad, etc. Son asimismo frecuentes los pactos entre socios que se suceden en el control de la sociedad e incluyen en los contratos de compraventa de las acciones o las participaciones (SPA) el compromiso del socio entrante de no adoptar acuerdos que perjudiquen al socio saliente (p. ej., el de no ejercitar acciones de responsabilidad contra el antiguo socio).

Con carácter general, hay que partir de la idea de que el derecho de sociedades no puede ordenar la invalidez de los pactos con terceros sobre el ejercicio del voto del socio. Solo puede establecer las consecuencias societarias que se aplicarían al socio que compromete su voto con terceros o que lo ejerce de modo incompatible con sus deberes societarios o al propio voto que el socio emitiera en cumplimiento del pacto y al acuerdo tomado por el órgano social —la junta general— con esos votos. La invalidez de los pactos con terceros solo se justifica si no se cumplen los requisitos esenciales de los contratos (negocios jurídicos), si tienen esa condición, o en cualquier caso si el pacto traspasa los límites de la autonomía privada.

Se pueden distinguir, así pues, dos aspectos: el primero es el de la validez del pacto, sometido a los límites de la autonomía de la voluntad, y el segundo, distinto, es la adecuación al contrato de sociedad de la conducta del socio que compromete su voto con terceros o vota deslealmente siguiendo el pacto, en contra de sus deberes societarios. Cabe relacionar ambos aspectos. Algunos autores, de hecho, se ocupan de la validez de estos pactos considerando el problema del conflicto de deberes (societarios y parasociales) que pueden provocar y, en algunos casos, llegan a la tesis de la invalidez de todos aquellos pactos que impongan al socio el deber de votar en contra de su deber de fidelidad²⁵. Pero es mejor distinguir los dos aspectos mencionados —validez del pacto y adecuación al contrato de sociedad de la suscripción del pacto o del voto ejercido por el socio siguiendo el pacto—, se llegue o no finalmente —veremos que no— a la conclusión de que los pactos que comprometan con terceros el voto del socio o le impongan votar en contra de su deber de fidelidad son inválidos.

25 Esa es la teoría, por ejemplo, de Karsten SCHMIDT, en su famoso Manual de Derecho de sociedades (2002: 620): "*Auch eine wirksame Stimmbindung bindet das Verbandsmitglied nur im Rahmen seines Abstimmungsermessens*", y la que mantenía ZÖLLNER (1991: 168-189, part. 172) antes de cambiar de criterio: "*Stimmbindungsverträge sind nur insoweit wirksam als sie zur Stimmrechtsausübung innerhalb des dem Aktionär eingeräumten Ermessens verpflichten*".

Los pactos con terceros sobre el ejercicio del voto del socio no se pueden desde luego objetar²⁶ por reconocer a terceros poder para influir en la adopción de los acuerdos de la junta general —ni siquiera aunque se limiten a modificaciones estatutarias o estructurales— con argumentos como que ello incide sobre la *soberanía de los socios* o la *autonomía estatutaria*²⁷. A mi modo de ver, esos argumentos no contrarrestan los favorables a la conformidad de esta clase de pactos con el derecho societario: si los socios tienen libertad para ejercer su voto en la junta como tengan por conveniente (y la tienen, pues el voto, aunque sometido a limitaciones, es un derecho), esa misma libertad les permite comprometerse con otros socios o con terceros. No creo que deba distinguirse según el asunto al que el voto se refiera, como hace un sector de la doctrina alemana, que ofrece soluciones distintas para los pactos con terceros referidos a medidas de gestión (*Geschäftsführungsmassnahmen*) y a modificaciones estatutarias o estructurales²⁸. La posición de los socios es, como se ve, muy diferente de la de los administradores, sometidos a un deber de independencia, que les impide someterse a las instrucciones de terceros [art. 228 d) LSC].

La regla de la *indivisibilidad* de las acciones, en su acepción de *prohibición de escisión de los derechos de socio* —el de voto, en particular— *de tal condición*, tampoco sirve, de otro lado, como argumento contra la validez, en general, de los pactos parasociales con terceros sobre el derecho de voto. Claro está que esos pactos no afectan a la unidad de la acción, como objeto de derechos, pues no producen efectos reales; quiero decir que el titular del derecho de voto sigue siendo el socio. Pero tampoco interpretado tal principio como instrumento para preservar la ecuación poder-riesgo empresarial o, si se prefiere, como medio de defensa del interés social suponen problema alguno los pactos con terceros. Con respecto a la alegación de que el voto sea asignado a un extraño carente de interés o poseedor incluso de un interés contrario al social, hay que decir, en primer lugar, que ello no se puede presuponer en absoluto. No creo que con carácter general se pueda pensar que el tercero a quien se le reconoce poder para influir en la sociedad a través del voto del socio actuará en perjuicio del interés social. Más bien, teniendo en cuenta que los socios suelen actuar racionalmente, es previsible que no consientan que terceros influyan en la sociedad de forma que reduzcan el valor de su participación.

Con frecuencia, esos pactos responden a la existencia de un interés del tercero coincidente o análogo al del socio²⁹. Así, por ejemplo, aparte de los casos de prenda o usufructo de acciones, o de

26 Algunos autores rechazan, tajantemente, la validez de los pactos con terceros sobre el derecho de voto del socio. Por ejemplo, FLUME (1983: 240 y ss.), que hace únicamente la excepción de aquellos concertados entre el socio real y el fiduciario. No es esa, sin embargo, la posición que hoy predomina. El propio Tribunal Supremo alemán lo ha recordado en una sentencia reciente, de 16 de julio de 2024 (v. en particular el parágrafo núm. 22).

27 Por ejemplo, en Alemania, PRIESTER (1984: 657 y ss., en part. 671 y ss.). Rechaza esa tesis ZÖLLNER (1991: 181-182). En la doctrina más reciente, aunque la cuestión no es pacífica, predomina la tesis favorable a admitir los pactos con terceros referidos al voto del socio sobre modificaciones estatutarias. V. por ejemplo, NOACK (2025: par. 113), que expone el estado actual de la cuestión e incluye otras referencias bibliográficas (part. nota a pie núm. 114), que por esa razón me excuso aquí de citar. El Tribunal Supremo alemán se ha referido a la cuestión en la ya mencionada sentencia de 16 de julio de 2024, pero sin pronunciarse, dejándola abierta.

28 Efectivamente, un sector de la doctrina alemana distingue según se trate de medidas de gestión (*Geschäftsführungsmassnahmen*) o modificaciones estatutarias o estructurales. En el primer caso, no ve problema para afirmar la licitud de los pactos de voto con terceros, mientras que en el segundo caso se muestra más reticente. *Vid.*, por ejemplo, RODEMANN (1998), que se refiere a las medidas de gestión en las págs. 27 y ss. y a las modificaciones sociales en las págs. 38 y ss. Con respecto a estas últimas, se adhiere a la tesis de que son inválidos los pactos con terceros sobre el voto de los socios, si bien exceptúa los casos en que existan relaciones fiduciarias o se trate de sujetos con garantías reales sobre las participaciones. También hace una excepción cuando se trate de acuerdos concretos y compromisos de voto predefinidos. En el mismo sentido, PRIESTER (1984: 672 y ss.).

29 Algunos autores solo admiten la validez de los pactos cuando se trata de terceros que tengan un interés en la participación del socio o una posición equivalente a la del socio. V. RODEMANN (1998: 37-38).

titularidades fiduciarias, cabe citar el del vendedor de sus acciones que se reserva el derecho de voto en la junta de la sociedad hasta cobrar el precio. Tanto este como el comprador mantienen temporalmente sus intereses sobre las acciones: el vendedor que todavía no ha cobrado sigue, como se comprende fácilmente, especialmente interesado, tanto o más que el comprador que aún no ha pagado el precio. Quien ha vendido pero no ha recibido el precio, aunque haya transmitido la propiedad de la cosa, puede todavía resolver la relación si el comprador no paga y recuperar lo vendido, de modo que, en tanto ese cobro no se produzca, conserva intacto su interés sobre el objeto vendido. Es evidente que la reserva del derecho de voto por el vendedor en esas circunstancias responde sencillamente al interés que este mantiene sobre las acciones en tanto se le satisfaga el precio completo.

Ahora bien, el interés del tercero con quien se compromete el derecho de voto del socio no siempre es análogo al del socio. Puede ser no obstante compatible con el interés social, como es, en general, el del financiador que busca asegurarse el reembolso de las sumas entregadas junto con los intereses. En ese caso, además, habrá que valorar las ventajas para la sociedad de la financiación obtenida. Y en algunos casos, incompatible, y entonces podría la nulidad del pacto estar justificada por tener causa ilícita o ser contrario al orden público.

Ello nos acerca a otra de las objeciones principales a la validez de estos pactos con terceros sobre el derecho de voto: la *infracción del socio de su deber de lealtad*. ¿Y si el pacto obliga, en efecto, al socio a incumplir el contrato de sociedad, como ocurriría si le exigiera apoyar decisiones contrarias al interés de la sociedad para favorecer a un tercero? Entonces podríamos pensar que la consecuencia no podría ser distinta de su nulidad. A mi juicio, no obstante, antes de dar por buena esa conclusión, son necesarias varias consideraciones. En primer lugar, no está claro que la nulidad sea la solución apropiada para los pactos que exijan al socio votar deslealmente; ya hemos explicado que el derecho de sociedades no puede imponer la invalidez de los pactos con terceros. No obstante, vamos a dejar para el final esa cuestión. Es necesario tener en cuenta, en segundo lugar, que para decidir si el voto del socio siguiendo el pacto es contrario al deber de fidelidad es imprescindible considerar los beneficios para el interés social derivados del negocio que comprenda el pacto sobre el voto. Puede que globalmente considerado el negocio del que el vínculo de voto forme parte sea beneficioso para la sociedad. La interpretación que se haga del interés social debe tener en cuenta los beneficios para la sociedad de la operación en la que se encuadra el compromiso de voto y no este aisladamente.

Los pactos con las entidades financiadoras de las sociedades sirven bien como ejemplo. Imaginemos que el pacto obliga al socio a rechazar una inversión arriesgada cuyo valor neto presente sea positivo; ello puede ser una decisión perjudicial para la sociedad para favorecer el interés de un tercero si no se considera el provecho que la financiación concedida proporciona a la sociedad. Si se observa aisladamente el compromiso de voto del socio, este podría juzgarse como contrario a su deber de lealtad. Sin embargo, si se tienen en cuenta los beneficios que para la sociedad supone la financiación obtenida, es muy probable que ese voto se estime por los socios conforme con el interés social.

Pero incluso cuando el beneficio que justifica el reconocimiento al tercero del derecho a influir sobre las decisiones de los órganos de la sociedad no lo obtenga la sociedad, sino el socio que compromete su voto, no habría razón para considerar siempre inválido el pacto; no, por ejemplo, si

el pacto se encuadra en un negocio con una finalidad legítima y los intereses de los restantes socios quedan adecuadamente protegidos. El compromiso del adquirente de una participación de control en una sociedad de capital, incluido en el contrato de compraventa de las acciones, de no apoyar el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra el transmitente es uno de los mejores ejemplos. Suponiendo que ese voto fuera desleal³⁰, la ley ofrece a los restantes socios herramientas de tutela suficientes (legitimación subsidiaria para ejercitar la acción social).

Hasta aquí, no nos hemos pronunciado acerca de si la consecuencia del pacto que obliga al socio a votar deslealmente —excluidos aquellos supuestos en que el negocio que del que el pacto forme parte beneficie globalmente a la sociedad, de acuerdo con lo explicado— ha de ser su invalidez³¹. No desde luego si el pacto tiene sentido y los intereses de los restantes socios quedan adecuadamente protegidos, como acabamos de ver. Pero más allá, podríamos afirmar sin más la nulidad de los pactos, como hace, por cierto, la doctrina mayoritaria. Es común sostener que la validez del pacto cabe solo en tanto el voto del socio que imponga no sea contrario al deber de lealtad. A mi juicio, sin embargo, la nulidad ha de reservarse para aquellos pactos que constituyan o sean parte de negocios con causa ilícita (art. 1275 CC) o contravengan el orden público. Lo sería por ejemplo un pacto de un socio con un competidor por el que a cambio de precio se obligara aquel a votar en perjuicio de la sociedad. Si la intención de defraudar el contrato de sociedad es común a los contratantes, carecerá el negocio realizado de una causa lícita y ello desembocará en la nulidad del mismo. El propósito ilícito buscado por ambas partes es asimilado por la jurisprudencia a la causa ilícita determinante de la nulidad del contrato conforme al artículo 1275 del Código Civil³². Con respecto a los demás pactos, no hay razón para no admitir su validez. No debemos olvidar además que el interés social no es concepto cerrado, sino indeterminado, que los socios definen teniendo en cuenta las circunstancias del momento³³. El juicio sobre si el voto del socio constituye una infracción del deber de fidelidad ha de hacerse, pues, en el momento en que el voto debe emitirse. Incluso cabe que la unanimidad de los socios legitime el acuerdo que en principio pareciera lesivo para la sociedad. La nulidad del pacto, además, por razones obvias, no puede aplicarse a aquellos que no prefijen el sentido del voto, sino que remitan la decisión a un momento posterior.

30 Ello no se puede dar por supuesto. Lo ha explicado muy bien GANDÍA en su libro sobre *La renuncia a la acción social de responsabilidad* y en su posterior trabajo sobre "Las «garantías de indemnidad» en favor de los administradores de sociedades de capital", 24 de marzo de 2022, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4065924> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4065924>: "Frente a lo que pudiera parecer a primera vista, lo «mejor» para la sociedad no siempre es exigir responsabilidad a los administradores, ni siquiera cuando concurren los presupuestos de esa responsabilidad. En atención a las circunstancias concomitantes —escasos medios de prueba, insolvencia del administrador responsable, posibles daños reputacionales, etc.—, lo más conveniente puede ser no entablar la acción o, incluso, abdicar de manera definitiva de toda pretensión indemnizatoria. En un plano abstracto y general, renunciar o no ejercitar la acción social se presentan, pues, como decisiones absolutamente neutras para la sociedad (como lo confirma la propia existencia del art. 238.2 LSC). El acuerdo sobre la (no) exigencia de responsabilidad sólo podrá considerarse conforme o contrario al interés social en concreto, esto es, una vez adoptado y sobre la base de un juicio de legitimidad que tome en cuenta las particularidades del caso". Esta idea me parece una de las mejores aportaciones de la tesis del autor citado, tal y como tuve ocasión ya de destacar (concretamente en "¿Puede ser favorable al interés común de los socios renunciar a la acción social de responsabilidad contra los administradores?", 2018, <https://almacenderecho.org/puede-favorable-al-interes-comun-los-socios-renunciar-la-accion-social-responsabilidad-los-administradores>).

31 La doctrina alemana considera nulos en general aquellos compromisos de voto cuyo cumplimiento no sea compatible con el deber de fidelidad de los socios, aunque existen opiniones en otro sentido, como la de ZÖLLNER (1991: 172 y ss.). Sobre ello, v. PÉREZ MILLÁN (2011), que estima que la eficacia del pacto se reconoce dentro de los límites derivados del deber de lealtad del socio para con la sociedad y los demás socios, siendo ineficaz en caso contrario, de modo que el posible conflicto se resuelve en el sentido de otorgar primacía a la vinculación societaria sobre la contractual. Siguiéndolo, MARÍN DE LA BÁRCENA (2017: 631-651, part. 642 y 643).

32 *Vid.*, por ejemplo, la STS de 3 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 4939).

33 Sobre la noción de interés social, v. PAZ-ARES (2013:85-140, part. 108 y ss.).

Prescindir de la nulidad como solución aplicable a los pactos parasociales que obliguen al socio a incumplir el contrato de sociedad no es, realmente, un problema. La validez del pacto no impediría al socio votar de acuerdo con lo exigido por el contrato de sociedad ni tampoco le liberaría de hacerlo; simplemente obligaría al socio incumplidor a indemnizar al tercero³⁴. La prevalencia de la vinculación societaria quedaría asegurada mediante la inoponibilidad del pacto a la sociedad. Y por supuesto, de incumplir el socio su deber y adoptarse como consecuencia en la sociedad un acuerdo lesivo, cabría siempre la impugnación e incluso el ejercicio de acciones indemnizatorias frente al socio desleal.

Naturalmente, más allá del derecho de sociedades, estos pactos están sometidos a los límites generales aplicables a la autonomía privada. Ello significa que serían nulos por contravenir el orden público, entre otros, aquellos que supusiesen vinculaciones opresivas o tuviesen carácter perpetuo o leonino³⁵.

4. Conclusión

El ámbito de validez de los pactos parasociales es mayor que el de los estatutos. Los primeros son válidos dentro de los amplios márgenes de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), en tanto no traspasen las normas imperativas comunes a todos los tipos societarios y al derecho de obligaciones en general (*imperatividad sustantiva*), mientras los segundos están sometidos a los límites más estrictos que imponen las reglas societarias propias de los diferentes tipos, que constituyen la denominada *imperatividad tipológica*.

La justificación del mayor espacio de validez de los pactos parasociales no se encuentra en la diferente eficacia de pactos y estatutos frente a la sociedad, pues los universales pueden tener eficacia societaria, sino en la *propiedad ambulatoria* de los estatutos, de la que carecen los pactos parasociales. La eficacia sobre los sucesivos socios impone límites más exigentes a los estatutos con el fin de cumplir el objetivo del derecho de sociedades de estandarizar el modelo de sociedad de capital para favorecer el tráfico de las acciones y participaciones.

En cuanto a los pactos entre socios y terceros, en particular aquellos que recaen sobre el ejercicio del derecho de voto del socio, su validez no se puede objetar por motivos societarios. No desde luego por reconocer a terceros poder para influir en la vida societaria —en la adopción de los acuerdos sociales— con argumentos como que ello incide sobre la soberanía de los socios o su autonomía estatutaria. Tampoco procede distinguir según el asunto, afirmando, como hace un sector de la doctrina alemana, la invalidez de aquellos que se refieran a modificaciones estatutarias o estructurales. El argumento fundamental es que si los socios tienen libertad para ejercer su voto en la junta como tengan por conveniente (y la tienen pues el voto es un derecho, aunque

34 Nos acercamos a la tesis de ZÖLLNER (1991: *passim*), que rechaza la nulidad de esta clase de pactos, basándose en la validez, en general, de los contratos celebrados por un mismo sujeto cuyo cumplimiento conjunto no es posible y en particular, en la doble venta. Propuesta que se separa de la tesis mayoritaria en Alemania.

35 ALFARO/PAZ-ARES (2013).

sometido a limitaciones), esa misma libertad les permite comprometerse con otros socios o con terceros.

Tampoco contravienen los pactos con terceros la prohibición de escisión del derecho de voto de la condición de socio. Claro está que esos pactos no afectan a la unidad de la acción, como objeto de derechos, pues no producen efectos reales; quiero decir que el titular del derecho de voto sigue siendo el socio. Pero tampoco interpretado tal principio como instrumento para preservar la ecuación poder-riesgo empresarial o, si se prefiere, como medio de defensa del interés social suponen problema alguno los pactos con terceros. No se puede presuponer que el tercero a quien se le reconozca poder para influir en la sociedad a través del voto del socio actuará en perjuicio del interés social.

El argumento basado en la nulidad por la deslealtad del socio que vota siguiendo el pacto tampoco convence. En primer lugar, para decidir si el voto del socio en ejecución del pacto es contrario a su deber de fidelidad es imprescindible tener en cuenta, si es el caso, los beneficios para la sociedad derivados del negocio en que el pacto se integre. La interpretación del interés social no puede hacerse sin considerar dichos beneficios que la operación en la que se encuadre el compromiso de voto proporcione a la sociedad. El interés social, por otra parte, no es un concepto cerrado, sino abierto o indeterminado. Por tal motivo, la nulidad ha de circunscribirse a aquellos pactos que constituyan o formen parte de negocios con causa ilícita o que sean contrarios al orden público, como podría ser el pacto por el que un competidor compre el voto de un socio para causar perjuicio a la sociedad. Los demás pactos serían válidos, si bien ello no impediría al socio votar de acuerdo con lo exigido por el contrato de sociedad ni tampoco le liberaría de hacerlo; simplemente obligaría al socio incumplidor a indemnizar al tercero. La prevalencia de la vinculación societaria quedaría asegurada mediante la inoponibilidad del pacto a la sociedad.

Bibliografía

ALFARO, Jesús (2023). El fundamento de la impugnabilidad *ex art.* 204 LSC de los acuerdos sociales que infringen un pacto parasocial omnilateral. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/el-fundamento-de-la-impugnabilidad-ex-art-204-lsc-los-acuerdos-sociales-que-infringen-un-pacto-parasocial-omnilateral>.

ALFARO, Jesús; PAZ-ARES, Cándido (2013). *La intervención de terceros en la vida societaria* (inédito; texto de la ponencia que, con el título "Pactos parasociales con terceros", el profesor ALFARO ofreció el 5 de septiembre de 2013 en el marco del XI Congreso Notarial Español celebrado en Sitges).

FLORES SEGURA, Marta (2015). Los pactos parasociales a favor de la sociedad. En *Estudios jurídicos en memoria de Emilio Beltrán. Liber amicorum*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 291 a 312.

FLUME, Werner (1983). *Die juristische Person*. Berlín - Heidelberg - Nueva York - Tokio: Springer, 1983.

GANDÍA, Enrique (2017). *La renuncia a la acción social de responsabilidad*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

GANDÍA, Enrique (2022). Las «garantías de indemnidad» en favor de los administradores de sociedades de capital. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=4065924> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4065924>.

GANDÍA, Enrique (2023). Estatutos, futuros socios y alcance de la calificación registral. Recuperado de <https://almacenederecho.org/estatutos-futuros-socios-y-alcance-de-la-calificacion-registral>.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier (2018). La "mezcla de las especies": el cumplimiento de un acuerdo de socios como obligación estatutaria. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/la-mezcla-las-especies-cumplimiento-acuerdo-socios-obligacion-estatutaria>.

GIRÓN, José (1952). *Derecho de Sociedades Anónimas*. Valladolid: Universidad de Valladolid.

GOETTE, Wulf (1996). Satzungsdurchbrechung und Beschlussanfechtung. En H. HENZE; W. TIMM; H. P. WESTERMANN, *RWS-Forum 8. Gesellschaftsrecht 1995*, Colonia, pp. 113 y ss.

IRIBARREN, Miguel (2013). La reserva de los derechos políticos en la compraventa de acciones con precio aplazado. *RDM*, núm. 290, pp. 271-292.

IRIBARREN, Miguel (2015). Pactos parasociales entre accionistas que se suceden - El compromiso del comprador de no promover ni apoyar el ejercicio de acciones societarias de responsabilidad contra el vendedor. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/pactos-parasociales-entre-accionistas-que-se-sucedan>.

IRIBARREN, Miguel (2017). Pactos parasociales y socios que abandonan la sociedad - Apuntes a propósito de la sentencia del *Tribunale Ordinario di Roma* de 31 de enero de 2017. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/pactos-parasociales-socios-abandonan-la-sociedad>.

IRIBARREN, Miguel (2018). Pactos parasociales y cambios de socios (Una visión dinámica de los pactos parasociales). *RdS*, núm. 53, pp. 79-108.

IRIBARREN, Miguel (2018). ¿Puede ser favorable al interés común de los socios renunciar a la acción social de responsabilidad contra los administradores? *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/puede-favorable-al-interes-comun-los-socios-renunciar-la-accion-social-responsabilidad-los-administradores>.

IRIBARREN, Miguel (2019). Pactos parasociales y redistribución del capital entre los socios. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/pactos-parasociales-y-redistribucion-del-capital-entre-los-socios>.

IRIBARREN, Miguel (2023). La exclusión de socios que incumplen pactos parasociales. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/la-exclusion-de-socios-que-incumplen-pactos-parasociales>.

IRIBARREN, Miguel; DÍAZ LLAVONA, Covadonga (2016). The increasing role of shareholders in corporate law. En *Regole del mercato e mercato delle regole (Il Diritto Societario e il ruolo del legislatore)*, Milán: Giuffrè, pp. 599-618.

MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando (2017). La prohibición de disociar los derechos administrativos de la posición de socio. En AA. VV., *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum*, Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, t. 1, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, pp. 631-651.

MIQUEL, José María (2020). La sentencia del Supremo sobre el protocolo familiar Zapata. *Derecho Mercantil (Blog de Jesús Alfaro)*, 4 de marzo de 2020. Recuperado de <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/03/la-sentencia-del-supremo-sobre-el.html>.

MIQUEL, José María (2022). *Acotaciones sobre la temporalidad de las relaciones obligatorias. La duración de los pactos parasociales (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España)*, Madrid.

NOACK, Ulrich (1994). *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck.

NOACK, Ulrich (2025). *sub §47*, en U. NOACK; W. SERVATIUS; U. HAAS (dirs.), *GmbH-Gesetz*, 24ª ed., Múnich: Beck.

NOVAL PATO, Jorge (2012). *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

- NOVAL PATO, Jorge (2022). La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de pactos omnilaterales. Comentario a la sentencia 300/2022, de 7 de abril. *RdS*, núm. 66 (consultada la edición digital sin paginar).
- PAZ-ARES, Cándido (1997). ¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? En *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, pp. 159-206.
- PAZ-ARES, Cándido (2003). El enforcement de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, pp. 19-43.
- PAZ-ARES, Cándido (2010). Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4. Recuperado de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/780_es.pdf.
- PAZ-ARES, Cándido (2011). La cuestión de la validez de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (núm. especial, Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada), pp. 252-256.
- PAZ-ARES, Cándido (2013). La anomalía de la retribución externa de los administradores: Hechos nuevos y reglas viejas. *RDM*, n.º 290, pp. 85-140.
- PAZ-ARES, Cándido (2022). Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción. *RDM*, núm. 325 (consultada la edición digital sin paginar).
- PAZ-ARES, Cándido (2025). El caso directo y el caso inverso: a propósito de la SAP Madrid 25-X-2024. *La Ley Mercantil*, núm. 121 (febrero).
- PERDICES, Antonio (1997). *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*. Madrid: Civitas.
- PERDICES, Antonio (2013). *sub art. 1705*. En R. BERCOVITZ (dir.), *Comentarios al CC*, t. VIII (arts. 1485 a 1759), Valencia: Tirant lo Blanch.
- PERDICES, Antonio (2016). Lecciones: Tag-along. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/lecciones-tag-along>.
- PERDICES, Antonio (2023). Publicación en LinkedIn, disponible en https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7099686150071578624?updateEntityUrn=urn%3Ali%3Afs_feedUpdate%3A%28V2%2Curn%3Ali%3Aactivity%3A7099686150071578624%29.
- PERDICES, Antonio; GANDÍA, Enrique (2015). Pactos de socios reservados, ocultos y relativos. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/pactos-de-socios-reservados-ocultos-y-relativos>.
- PÉREZ MILLÁN, David (2010). Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales. *RDBB*, núm. 117, pp. 231-260.

- PÉREZ MILLÁN, David (2011). Pactos parasociales con terceros. Recuperado de http://eprints.ucm.es/14076/1/Pactos_parasociales_con_terceros_%28comunicaci%C3%B3n_Harvard%29_%28DT_con_car%C3%A1tula_y_patrocinadores%29_%282%29.pdf.
- PÉREZ MILLÁN, David (2014). El contrato de sociedad (3). Los pactos entre socios. En AA. VV., *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, t. VI, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- PÉREZ MILLÁN, David (2019). La inscripción de la prestación accesoria de cumplimiento de un protocolo familiar. Comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 2018 (RJ 2018, 3648). *RDM*, núm. 311 (consultada la edición digital sin paginar).
- PÉREZ MILLÁN, David (2020). Pactos parasociales en la proximidad a la insolvencia. En J. PULGAR EZQUERRA (dir.), *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Madrid: La Ley, pp. 423-466.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu (1996). *Los sindicatos de voto para la Junta General de la Sociedad Anónima*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PRIESTER, Hans-Joachim (1984). Drittbindung des Stimmrechts und Satzungsautonomie. En *Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984*, Berlín: De Gruyter, pp. 657 y ss.
- RODEMANN, Carsten (1998). *Stimmbindungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten Deutschlands, Englands, Frankreichs und Belgiens*, Colonia - Berlín - Bonn - Múnich: Karl Heymanns Verlag.
- RÖHRICHT (1996). *sub §23*, en *GrossKommentar Aktiengesetz*, Berlín, 4.^a ed.
- SÁEZ LACAVE, María Isabel (2009). Los pactos parasociales de todos los socios en el Derecho español: una cuestión en manos de los jueces. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3. Recuperado de <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/138031/188676>.
- SÁEZ LACAVE, María Isabel; BERMEJO, Nuria (2007). Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1. Recuperado de <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/78704>.
- SCHMIDT, Karsten (2002). *Gesellschaftsrecht*, Colonia - Berlín - Bonn - Múnich: Carl Heymanns Verlag, 4.^a ed.
- TINA, Andrea (2015). Patti parasociali e renuncia all'azione *ex art.* 2393 c.c. *Giur. comm.*, (II), pp. 1098 y ss.
- ULMER, Peter (1987). Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht? *NJW*, pp. 1849-1855.

- ULMER, Peter (1992). *sub* §3. En *Hachenburg Grosskommentar GmbHG*, 8.^a ed., Berlín: De Gruyter.
- ULMER, Peter (2005). Satzungsgleiche Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH? En *Festschrift für Volker Röhrich*, Colonia: Dr. Otto Schmidt, pp. 633-654.
- URÍA, Rodrigo (1953). *sub* art. 59. En *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, 2.^a ed, Madrid, pp. 568 y ss.
- WESTERMANN, Harm Peter (1994). *Das Verhältnis von Satzung und Nebenordnungen in der Kapitalgesellschaft*, pp. 25 y ss.
- WICKE, Harmut (2015). Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsbeteiligung. *ZGR*, núm. 44, pp. 161-184.
- WINTER, Martin (1990). Satzungsergänzende schuldrechtliche Abreden? *ZHR*, núm. 154, pp. 259 y ss.
- ZÖLLNER, Wolfgang (1991). Zu Schranken und Wirkung von Stimmbindungsverträgen, insbesondere bei der GmbH. *ZHR*, núm. 155, pp. 168-189.
- ZÖLLNER, Wolfgang (1996). Wechselwirkungen zwischen Satzung und Gesellschaftervereinbarungen ohne Satzungscharakter. *RWS-Forum 8 – Gesellschaftsrecht 1995*, Colonia: RWS, pp. 89-111.
- ZÖLLNER, Wolfgang (2007). Beschlussfassung und Beschlussmängel. En W. BAYER; M. HABERSACK (dirs.), *Aktienrecht im Wandel. Grundsatzfragen des Aktienrechts*, vol. II, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 480 y ss.

Artículos

LA IMPLANTACIÓN DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL SECTOR PÚBLICO: EVOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO HASTA HOY Y PERSPECTIVAS DE FUTURO EN ESPAÑA Y CHILE

José Luis Lara Arroyo y Carlota Bescós Puyuelo

Socio del Área de Derecho Público de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Santiago de Chile) y abogada del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid), respectivamente.

La implantación de la inteligencia artificial en el sector público: evolución del procedimiento administrativo hasta hoy y perspectivas de futuro en España y Chile

El despliegue de las tecnologías de inteligencia artificial en la Administración pública es una certeza actualmente que presenta grandes oportunidades, pero que, a su vez, puede conllevar importantes perjuicios. Ello ha determinado que las autoridades públicas tanto nacionales como europeas se hayan lanzado a regular esta materia, imponiendo una serie de prohibiciones, limitaciones o condiciones, según demande cada supuesto.

A pesar de ello, estas tecnologías se emplean cada vez con más frecuencia en procedimientos administrativos en España, erigiéndose como una apuesta del Gobierno invertir fondos para su desarrollo en el sector público y existiendo actualmente diversos proyectos en marcha tanto a nivel estatal como autonómico o local, tales como herramientas para tramitar expedientes de impuestos, de prestaciones sociales, de protección de víctimas, etc. Por su parte, Chile ha seguido la misma dinámica, impulsando la incorporación de la inteligencia artificial en sectores clave como salud, transporte, seguridad, etc.; en definitiva, como una forma para mejorar la interacción existente actualmente entre los servicios públicos y los ciudadanos destinatarios de su actuar.

Pues bien, aunque es cierto que estas tecnologías pueden suponer más eficiencia en la actuación administrativa, no es menos cierto que también pueden conllevar una mayor opacidad o, incluso, discriminación (contraviniendo así algunos de los principios más elementales del derecho público). Por ello, cabe preguntarse la conveniencia de promulgar una regulación específica del uso de la inteligencia artificial en el ámbito público en aras de garantizar correctamente los derechos que asisten a los ciudadanos en este ámbito tan particular.

PALABRAS CLAVE:

Inteligencia artificial; Administración pública; Actuaciones administrativas automatizadas.

Artificial intelligence in the public sector: the evolution of administrative procedure and future perspectives in Spain and Chile

Deploying AI technologies in public administration is currently a reality that presents great opportunities, but which can also entail significant risks. This has prompted both national and European authorities to regulate the matter by imposing prohibitions, limitations or conditions, depending on the circumstances.

Nevertheless, these technologies are being used more and more in administrative procedures in Spain. The Spanish government is committed to investing public funds in developing them in the public sector, and various projects are currently underway at state, regional and local levels. These include tools for processing taxes, social benefit files and victim protection, etc. Chile has also adopted this approach, promoting the incorporation of AI in key sectors such as healthcare, transport and security. Overall, this is intended to enhance the interaction between public services and their users.

While it is true that these technologies can lead to greater efficiency in administrative action, they can also lead to greater obscurity or even discrimination (thus contravening some of the most fundamental principles of public law). For this reason, the question arises as to whether it would be advisable to enact specific regulations on the use of AI in the public sector in order to correctly guarantee citizens' rights in this particular area.

KEYWORDS:

artificial intelligence; public authorities; automated administrative actions

FECHA DE RECEPCIÓN: 29-7-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 5-8-2025

Lara Arroyo, José Luis; Bescós Puyuelo, Carlota (2025). La implantación de la inteligencia artificial en el sector público: evolución del procedimiento administrativo hasta hoy y perspectivas de futuro en España y Chile. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 87-104 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Aunque *a priori* pudiera parecer que la Administración pública es un ente anquilosado, lo cierto es que es un hecho notorio que, igual que la mayoría de las personas físicas y jurídicas privadas, también se ha sumado al uso de las nuevas tecnologías de vanguardia, como, particularmente, las de inteligencia artificial (o "IA").

Las tecnologías de IA son sistemas basados en una máquina, diseñados para funcionar con distintos niveles de autonomía, capaces de inferir resultados a partir de cierta información, tales como

predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones (*vid.* artículo 3 apartado 1 del Reglamento de IA de la Unión Europea —la “UE”—¹).

Pues bien, resulta incuestionable que las tecnologías de IA pueden suponer importantes ventajas para la Administración pública y, por ende, para los ciudadanos, que podrán beneficiarse de mayor agilidad y eficiencia en los procedimientos y procesos administrativos (tan anhelados en muchas ocasiones en este ámbito y que, además, son un principio consagrado expresamente en la Constitución española y que, *de facto*, también se siguen en el Estado chileno).

Sin embargo, el uso de las tecnologías de IA también ha suscitado sendas dudas en tanto que pueden conllevar graves riesgos para los ciudadanos en su aplicación en el sector público, como por ejemplo una menor transparencia o, incluso, una mayor discriminación (pese a que ambos son principios clave del derecho público, de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable tanto en España —artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público— como también en Chile —artículo 4 de la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado—, respectivamente, “Ley 40/2015” y “Ley 19.880”).

Sea como fuere, lo cierto es que el empleo de estas tecnologías en el ámbito público es actualmente una realidad. Por ello, merece la pena analizar cuál es la base jurídica para su uso por parte de la Administración pública, para qué se utiliza y qué problemáticas puede generar, así como plantear cuáles podrían ser algunas soluciones posibles.

2. Regulación de la IA en el sector público

2.1. Primeros pasos: regulación de la administración electrónica

Como hemos avanzado anteriormente, para poder funcionar, las tecnologías de IA precisan que se les proporcione información para poder generar resultados. De hecho, una de las claves para el correcto funcionamiento de estas tecnologías es precisamente que la información de la que se nutren sea de calidad (cierta, precisa, completa —es decir, que los datos con los que se entrena el modelo sean suficientes y adecuados para explicar la variable que queremos analizar—, etc.).

Siendo esto así, los mimbres para la aplicación de la IA en la Administración pública comienzan con la digitalización de la información de este sector, de manera que así se pueda utilizar en estas tecnologías. Por esta razón, creemos conveniente realizar un breve repaso de cuál ha sido la evolución del procedimiento administrativo electrónico en España y Chile, en tanto que justamente este constituye el germen de las decisiones administrativas automatizadas a través de la IA a las que ahora nos enfrentamos.

¹ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144, y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828.

2.1.1. ESPAÑA

En España el proceso de digitalización del sector público comenzó hace ya más de tres décadas. En concreto, la primera mención a los medios electrónicos en el procedimiento administrativo la encontramos en el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ("Ley 30/1992").

Esta previsión se incorporó de manera ciertamente aislada en el ordenamiento jurídico entonces vigente, pero abría la puerta a la aplicación de medios electrónicos para desempeñar la actividad de la Administración pública, con las limitaciones derivadas de la Constitución y de las leyes. A su vez, se permitía que los ciudadanos ejerciesen sus derechos a través de dichos medios, siempre y cuando fuera posible atendiendo a los medios públicos disponibles.

Una década después se aprobó la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que, entre otras cuestiones, introdujo varias modificaciones en la Ley 30/1992 para impulsar realmente la Administración electrónica.

Los cambios de esta ley consistieron principalmente en la creación de registros electrónicos para la recepción y envío de comunicaciones, garantizando que la información cumpliera requisitos de disponibilidad, autenticidad, integridad, confidencialidad y conservación. Aun así, la utilización de estos registros era voluntaria como regla general, con la salvedad de determinadas personas a las que podía imponerse *ad hoc*.

Posteriormente se dictó también el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas y la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos.

Mediante esta norma se crearon las notificaciones electrónicas tan relevantes hoy en día, y que sustituirían las notificaciones en papel con el consentimiento de los ciudadanos.

Pese a ello, después se consideró que el desarrollo del procedimiento electrónico seguía siendo aún insuficiente, por lo que se promulgó la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos ("Ley 11/2007").

La principal novedad fue que se pasó de la mera declaración de impulso de medios electrónicos a la imposición de una obligación de la Administración pública al uso de estos medios, en tanto que se reconoció el derecho de los ciudadanos a su uso. La ratio de este cambio de paradigma radicaba en la noción de Administración pública pesada y burocrática que suponía una pérdida de tiempo para el ciudadano y que, consecuentemente, debía mejorarse. Y es que esta agilidad en la respuesta a los destinatarios en el actuar administrativo viene impuesta por el derecho a una buena administración consagrado en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, por lo que no puede desdeñarse la importancia de contar con los medios necesarios para asegurarla.

Finalmente, fueron las vigentes Leyes 39/2015 y 40/2015, ambas de 1 de octubre, y respectivamente, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen

Jurídico del Sector Público (“Ley 39/2015” y “Ley 40/2015”) las que consolidaron definitivamente este modelo, determinando que el procedimiento administrativo electrónico sea desde entonces la regla general en las relaciones con la Administración pública (sin perjuicio de que en el caso de las personas físicas será su decisión optar por ese medio o no).

Más recientemente, se han seguido aprobando nuevas normas que completan o complementan las previsiones de las Leyes 39/2015 y 40/2015 y de las demás normas vigentes, entre las que destacan el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (“RD 203/2021”), y el Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad.

2.1.2. CHILE

En Chile, si bien la Ley 19.880 de 2003, basándose en la Ley 30/1992 de España ya aludida, permite el uso de medios electrónicos, el principal hito normativo en materia de digitalización de la Administración pública tuvo lugar a finales de 2019, con la promulgación de la Ley 21.180, de Transformación Digital del Estado (“Ley 21.180”), que introdujo diversas modificaciones a la Ley 19.880 (de 2003) y otras normas relacionadas.

El objetivo principal de la Ley 21.180 era la implementación de un régimen para la tramitación del procedimiento administrativo por medios electrónicos con carácter general, puesto que, aunque había varias menciones a esta práctica en la anterior Ley 19.880, estas se consideraban insuficientes por cuanto carecían de efectos prácticos, en tanto que la Administración pública seguía sin digitalizarse realmente y el soporte papel continuaba siendo la regla general.

Sin embargo, las disposiciones de la Ley 21.180 no entraron en vigor inmediatamente, sino que se previó una gradualidad en su implementación. En concreto, se previó que entraría en vigor 180 días después de la última publicación en el Diario Oficial de los reglamentos asociados, siendo el último de ellos de 11 de diciembre de 2021, por lo que esta Ley no entró en vigor hasta el 9 de junio de 2022. Además, ciertas previsiones entrarán en vigor progresivamente, con plazo máximo el 31 de diciembre de 2027.

En cualquier caso, la normativa chilena es bastante similar a la española en cuanto al procedimiento administrativo electrónico. Destaca en este caso que no se configura como un mero derecho de los ciudadanos, sino como la regla general para todos ellos (independientemente de si son personas jurídicas o físicas), debiendo ser estos quienes expresen cuándo no pueden utilizarlos por causas justificadas.

2.2. Nuevos avances: regulación de la inteligencia artificial

Así, todas estas normas sobre las que se sustenta el procedimiento administrativo electrónico conforman los cimientos necesarios para la implementación de tecnologías de IA en tanto que, como decíamos, permiten que los intercambios de información con la Administración pública sean por medios electrónicos, de manera que dicha información podrá utilizarse para desplegar la IA dentro del sector público.

No obstante, el procedimiento electrónico es simplemente un primer paso en la implementación de la IA en la Administración pública, pero esta va mucho más allá. Consecuentemente, existe asimismo una regulación específica de esta materia, como expondremos a continuación.

2.2.1. ESPAÑA

En España la puerta al uso de tecnologías de IA en la Administración pública se abrió también mediante la Ley 11/2007, que en su artículo 39 contempló la posibilidad de que se realizasen actuaciones administrativas automatizadas (es decir, en las que no intervenga de forma directa ningún empleado público²). Para ello el único requisito era que se estableciesen previamente cuáles serían el órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente, así como los responsables en caso de recursos.

Este precepto ha sido posteriormente recogido, en términos prácticamente idénticos, como artículo 41 de la vigente Ley 40/2015.

Lo anterior ha sido desarrollado más adelante por el artículo 13 del RD 203/2021, que prevé que las actuaciones automatizadas se deberán autorizar por resolución del órgano competente y que deberán establecerse medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades de los interesados.

Además, estas normas nacionales se han visto completadas recientemente con el Reglamento de IA de la UE, que contempla una serie de reglas aplicables a la Administración pública, pues, si bien no se dirige a esta específicamente, su ámbito subjetivo de aplicación incluye, entre otros actores, los proveedores de IA y los responsables del despliegue IA, que comprende, por tanto, a las autoridades públicas de los Estados miembros cuando ostenten estas condiciones. Adicionalmente, el Reglamento otorga a la Administración pública de los Estados miembros cierto papel en la garantía del cumplimiento de la norma (*vid.* artículo 2 del Reglamento).

El Reglamento de IA de la UE tiene como finalidad esencialmente promover una IA centrada en el ser humano y fiable, garantizando un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales europeos, incluidos la democracia y el Estado de Derecho, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA (*vid.* artículo 1 del Reglamento).

Este objetivo está plenamente alineado con las consideraciones originales en esta materia emitidas por la Comisión Europea, que abogaban por que *"la IA no es un fin en sí mismo, sino un medio que debe servir a las personas con el objetivo último de aumentar su bienestar"*³, o, igualmente, que

² Aunque es cierto que no cualquier actuación automatizada implicará necesariamente el uso de tecnologías de IA, y que tampoco todas las tecnologías de IA desembocan en una actuación automatizada, no cabe duda de que es precisamente esta previsión la que abrió la veda para la implantación de la IA en la Administración pública en nuestro país.

³ COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano, COM/2019/168 final (2019).

“las aplicaciones de IA no solo deben ajustarse a la ley, sino también respetar unos principios éticos y garantizar que su implementación evite daños involuntarios”⁴.

Bajo este planteamiento, el Reglamento prevé prohibiciones, restricciones o condiciones para el uso de la IA en función de los riesgos para intereses públicos y los derechos fundamentales que puedan derivarse de su utilización —es decir, considerando la probabilidad de que se cause un perjuicio y su gravedad—⁵.

Así, en primer lugar, el Reglamento establece una serie de prohibiciones al uso de IA de carácter general. Concretamente, se proscribe el uso de la IA para, entre otras, las siguientes acciones (*vid.* artículo 5 del Reglamento):

- i. trascender la conciencia de una persona o colectivo con el objetivo de alterar sustancialmente su comportamiento;
- ii. evaluar o clasificar a personas físicas o colectivos por sistemas de puntuación ciudadana según su comportamiento social o características personales de manera que ello provoque que se les otorgue un trato perjudicial o desfavorable en determinadas condiciones;
- iii. clasificar individualmente a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual, con algunas salvedades, como el ámbito de la garantía del cumplimiento del derecho;
- iv. crear o ampliar bases de datos de reconocimiento facial mediante la extracción no selectiva de imágenes de internet o televisión;
- v. usar sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real en espacios públicos con fines de garantía del cumplimiento del derecho, salvo que dicho uso sea estrictamente necesario para alcanzar determinados objetivos: búsqueda de víctimas de ciertos delitos, prevención de amenazas específicas, importantes e inminentes para la seguridad o identificación de una persona que haya cometido determinados delitos.

En segundo lugar, el Reglamento regula dos condiciones para desplegar tecnologías de IA que puedan ser “de alto riesgo”. Esto sucede en los siguientes casos (*vid.* artículo 6 del Reglamento):

- i. que se destine a ser usado como componente de seguridad de un producto que entre dentro del ámbito de aplicación de ciertos actos legislativos de armonización de la UE (p. ej., de máquinas, de equipos radioeléctricos, de embarcaciones...); y

4 COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano, COM/2019/168 final (2019).

5 CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2024). El impacto del Reglamento de Inteligencia Artificial en las Administraciones públicas. *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 26.

- ii. que dicho producto o la propia IA como producto deba someterse a una evaluación de conformidad de terceros para su introducción en el mercado o puesta en servicio de acuerdo con los actos legislativos de armonización de la UE enumerados en el anexo I del Reglamento.

Adicionalmente, se consideran *per se* sistemas de alto riesgo los listados en el anexo III del Reglamento. Estos serían, entre otros, los que formen parte de los ámbitos de biometría, infraestructuras críticas, educación, empleo, servicios esenciales, garantía del cumplimiento del derecho, migración, administración de justicia y procesos democráticos. Sin perjuicio de ello, no se considerarán de alto riesgo cuando no planteen un riesgo importante de causar perjuicios a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas, o en la medida en que no influyan sustancialmente en el resultado de la toma de decisiones. Se entenderá que concurren estas premisas cuando la tecnología verse sobre tareas de procedimiento limitadas, se destine a tareas preparatorias o para mejorar una tarea humana previamente realizada, etc.

Pues bien, con carácter general, el primer requisito para implementar sistemas de alto riesgo por primera vez consiste en la evaluación diversas cuestiones —a saber, en qué procesos se usará, con qué período y frecuencia, a qué personas afectará, etc.— (*vid.* artículo 27 del Reglamento).

Asimismo, existen otras exigencias para los sistemas de alto riesgo. Estas son, principalmente, el establecimiento de un sistema de gestión de riesgos, la utilización de información de calidad, el registro automático de acontecimientos, la supervisión humana, etc. (*vid.* artículos 8 a 15 del Reglamento). Igualmente, hay una serie de demandas que no se refieren a los sistemas en sí, sino a los distintos sujetos con funciones sobre estos (*vid.* artículos 16 a 27 del Reglamento).

En tercer lugar, el Reglamento contempla también algunas reglas para ciertos sistemas de IA, según si son sistemas destinados a interactuar directamente con personas físicas o si son sistemas de uso general o sistemas de uso general, pero con riesgo sistémico —simplificadamente, aquellos con potencial de generar un gran impacto— (*vid.* artículos 51 a 55 del Reglamento).

Por último, es interesante asimismo que el Reglamento se refiere a cuestiones más transversales, como la creación de códigos de buenas prácticas o de espacios controlados de pruebas de IA.

Atendiendo a lo expuesto, puede afirmarse decididamente que el ordenamiento jurídico vigente permite que la Administración pública en España (y en la UE) implemente tecnologías de IA en sus actuaciones, siempre y cuando cumpla con las determinadas condiciones. Y, de hecho, la realidad es que numerosas Administraciones públicas se han lanzado a la implementación de la IA en sus respectivos ámbitos de competencia, como veremos después.

2.2.2. CHILE

Frente a lo que sucede en el caso español, en Chile no existe una habilitación legal expresa que sustente la aplicación de las tecnologías de IA en el sector público.

Sin embargo, sí se han aprobado algunas regulaciones *infra* legislativas relacionadas con el despliegue de la IA en la Administración pública chilena, como la Circular n.º 711, de 11 de diciembre

de 2023, conjuntamente de los Ministerios del Gobierno de Chile de Secretaría General de la Presidencia y de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación. Esta circular recoge sendas directrices para el sector público para el uso de tecnologías de IA (a saber, transparencia y explicabilidad o foco en las personas).

De hecho, en el actual Proyecto de Ley sobre Sistemas de Inteligencia Artificial se asume que la Administración pública puede utilizar la IA. Esta asunción la encontramos, por ejemplo, en la referencia a la obligación de confidencialidad, respecto a la que se aclara que alcanza a todos los actores "*públicos y privados*".

En cualquier caso, este menor sustento normativo no ha impedido que Chile también se lance al uso de la IA en su Administración pública, como veremos a continuación.

3. Usos actuales de la IA en la Administración pública

3.1. Ejemplos de posibles usos de la IA en general

Conviene que empecemos señalando que las tecnologías de IA pueden aplicarse con distintos fines. Para simplificar, los propósitos de la IA podrían clasificarse en dos grandes grupos:

- i. la toma de decisiones, lo cual implicaría que la propia IA emite un juicio considerando los datos que se le han proporcionado; o
- ii. la preparación de las decisiones, lo que supondría que la IA analiza la información y arroja un resultado sobre el que después decidirá, en el caso de la Administración pública, un funcionario o responsable⁶.

Profundizando más dentro de este espectro, las posibilidades que ofrecen las tecnologías de IA son prácticamente infinitas. Como ejemplo de algunos de estos usos, podemos mencionar aquí los más comunes, que son probablemente:

- i. la automatización de tareas repetitivas, tales como clasificación de documentación, respuesta a consultas rutinarias, etc.; y
- ii. el análisis de datos, pues la IA permite examinar grandes volúmenes de información para, por ejemplo: identificar patrones, tendencias o anomalías. Así, con esta función podrían detectarse fraudes, predecirse sucesos o, en general, tomarse decisiones basadas en datos⁷.

6 BARRIO ANDRÉS, Moisés (2020). Luces y sombras del Estado algorítmico de Derecho. *Derecho Digital e Innovación*, n.º 5.

7 LÓPEZ DONAIRE, Belén (2023). Breves reflexiones sobre la IA y el Sector Público: fundamentos, desafíos y experiencias. *Derecho digital e innovación*, n.º 16.

Esto, a su vez, se traduce en numerosas opciones en el campo del sector público. Por ejemplo (y, por supuesto, sin limitación...):

- i. Salud: la IA contribuye a la asistencia sanitaria mediante el análisis de pruebas médicas para crear patrones que faciliten la detección de enfermedades y trastornos. Adicionalmente, la IA favorece el desarrollo de fármacos para tratar estas afectaciones.
- ii. Educación: la IA facilita la creación de contenidos educativos multidisciplinares, erigiéndose como una potente herramienta de aprendizaje.
- iii. Medioambiente: la IA puede ayudar a optimizar los recursos, como por ejemplo energía, favoreciendo la lucha contra el cambio climático⁸.

Muchas de estas aplicaciones de la IA ya han sido puestas en práctica en la presente fecha mediante diversos proyectos tanto públicos como privados. No obstante, analizaremos particularmente los casos de uso en actuaciones administrativas en las que existe una relación directa entre la Administración pública y el ciudadano, en tanto que pueden ser más ilustrativas de las problemáticas que pueden surgir por el uso de IA para los ciudadanos.

3.2. Ejemplos prácticos de utilización de la IA

3.2.1. ESPAÑA

Estrategia nacional de IA

En este momento existe una decidida resolución por parte de las autoridades públicas de incorporar la IA en sus ámbitos de acción, tal y como se corrobora, por ejemplo, en la existencia de una Estrategia nacional de IA publicada inicialmente a finales de 2020 y que se ha extendido mediante la nueva Estrategia de IA 2024 (la "ENIA 2020"⁹ y la "ENIA 2024"¹⁰, respectivamente, o la "ENIA", conjuntamente).

El nacimiento de la ENIA surge por la constatación de una gran oportunidad de aplicar la IA como elemento de transformación de la economía y la sociedad, abarcando, entre otras materias, un mejor funcionamiento de los servicios públicos. En concreto, se apunta que la IA constituye una pieza fundamental para el desarrollo de una Administración pública abierta y moderna, capaz de proporcionar servicios públicos con plenas garantías.

La ENIA 2020 contó con una dotación inicial de más de 500 millones de euros, procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que se destinarían al desarrollo de medidas ver-

8 LA MONCLOA (2024). ¿Qué es la Estrategia de Inteligencia Artificial 2024? *Prensa - Actualidad - Transformación Digital y Función Pública*. Accesible a través del siguiente enlace: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/transformacion-digital-y-funcion-publica/Paginas/2024/ia-inteligencia-artificial-estrategia-espana.aspx>.

9 Accesible a través del siguiente enlace: https://avance.digital.gob.es/es-es/Documents/201202_ENIA_V1_0.pdf.

10 Accesible a través del siguiente enlace: https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/Documents/Estrategia_IA_2024.pdf.

tebradas en distintos ejes estratégicos. En particular y por lo que aquí interesa, existían partidas específicas para el despliegue de la IA en el sector público, integradas en el eje n.º 5, que tenía como fin *"potenciar el uso de la Inteligencia Artificial en la Administración pública y en las Misiones estratégicas nacionales"*.

Pues bien, según el informe sobre los avances en la ENIA 2020 publicado en mayo de 2023¹¹, se habrían desarrollado tres iniciativas en el ámbito del sector público:

- i. en primer lugar, incorporar la IA en la Administración pública para mejorar la eficiencia y eliminar cuellos de botella administrativos;
- ii. en segundo lugar, crear un laboratorio de innovación para nuevos servicios y aplicaciones de la IA en la Administración pública (*GobTechLab*); y
- iii. por último, promover misiones estratégicas en el ámbito de la Administración pública donde la IA puede tener impacto (foco en salud, justicia, empleo).

La vigente ENIA 2024 se estructura en tres ejes, el segundo de los cuales se refiere a *"facilitar la aplicación de la IA en el sector público y privado"*, siendo en concreto el objetivo en el primer ámbito *"mejorar la prestación de servicios a los ciudadanos"*.

Los proyectos propuestos como parte de la ENIA 2024 siguen la línea de los anteriores, y bajo el paraguas del ámbito público se encuentran los siguientes:

- i. primero, el meritado *GovTechLab*;
- ii. segundo, como en la anterior ocasión, incorporar la IA para mejorar la eficiencia y eliminar cuellos de botella; y
- iii. finalmente, los servicios lingüísticos básicos en lenguas cooficiales y transversales para utilizarlos en todas las Administraciones públicas.

Pues bien, ya sea financiados a través de estos fondos o mediante otras partidas, encontramos proyectos totalmente implantados en las Administraciones públicas en todos los niveles que tienen como finalidad principal mejorar la eficiencia de sus actuaciones a través de la IA. Nos referiremos seguidamente a algunos de estos proyectos para una mejor comprensión del verdadero alcance de la IA en este momento en el sector público.

Actuaciones concretas de distintas Administraciones públicas

Hoy en día podemos encontrar ejemplos de implantación de la IA en todos los niveles de la Administración pública. A modo ilustrativo (y sin que en ningún caso pretendamos que sea una enumeración taxativa):

¹¹ Accesible a través del siguiente enlace: https://avance.digital.gob.es/es-es/Documents/20230522_informe_enia.pdf.

A. A nivel estatal:

- i. “BOSCO”: Se trata de una plataforma informática implantada por el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital¹² para conceder el “bono social” que otorga precios bonificados del gas y la electricidad a determinadas personas o colectivos (familias con rentas modestas, familias numerosas, etc.), de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria segunda del RD 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica y en virtud de la Resolución de 15 de noviembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se pone en marcha la aplicación telemática que permita al comercializador de referencia comprobar que el solicitante del bono social cumple los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable.

El propósito de la aplicación es facilitar que las empresas comercializadoras puedan comprobar el cumplimiento de los requisitos de manera automatizada, evitando una labor burocrática larga y tediosa, de manera que se agilice el proceso para poder otorgar esta prestación a los interesados.

- ii. “VIOGÉN”: Se refiere al sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género puesto en marcha por el Ministerio del Interior el 26 de julio del 2007, en cumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (“LO 1/2004”).

El objetivo es que el sistema realice automáticamente una predicción del riesgo según la información proporcionada por los agentes policiales encargados del caso, teniendo en consideración los factores de tipo histórico que contempla (sin perjuicio de que, en cualquier caso, los agentes podrían modificar el riesgo al alza atendiendo a la circunstancias concurrentes según su propio criterio –*vid.* Instrucción 7/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (LO 1/2004) y de gestión de la seguridad de las víctimas–). Además, el sistema realizará también otras funciones (p. ej., integrar la información de intereses, emitir avisos o alertas...).

- iii. “IMPORTASS”: Este es el portal de la Tesorería General de la Seguridad Social, que, no obstante, no se limita a una mera plataforma de intercambio de información entre dicha Administración y el ciudadano, sino que incorpora novedosas funciones como la regularización de las cuotas anuales de los trabajadores autónomos automáticamente según las bases seleccionadas inicialmente por el trabajador y cuáles son los rendimientos netos obtenidos según los datos de Hacienda.

Así, la emisión y notificación de las resoluciones y otros actos dictados en el marco del procedimiento de regularización de cotizaciones de trabajadores autónomos es

¹² Actualmente, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico en cuanto a las competencias en materia de energía.

una actuación administrativa automatizada (*vid.* Resolución de 29 de mayo de 2024, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se establece la tramitación automatizada de las resoluciones y otros actos administrativos relativos a la regularización anual de la cotización correspondiente a los trabajadores por cuenta propia o autónomos).

B. A nivel autonómico:

- i. Sistema para la comprobación de requisitos para la concesión de subvenciones de fomento del empleo de personas con discapacidad de la Junta de Andalucía (*vid.* Resolución conjunta de la Dirección General de incentivos para el empleo y competitividad empresarial y de la Dirección General de estrategia digital, de 3 de julio de 2024, por la que se autorizan actuaciones administrativas para su realización de manera automatizada).
- ii. Sistema para la expedición de certificados y documentación administrativa oficial en materia de turismo en la Comunitat Valenciana (*vid.* Resolución de 14 de febrero de 2025, de la Dirección General de Turismo, por la cual se establecen las actuaciones administrativas automatizadas que harán uso del sello electrónico de la Conselleria de Innovación, Industria, Comercio y Turismo).

C. A nivel municipal:

- i. "SAP Tax and Revenue Management", sistema del Ayuntamiento de Madrid para dictar las providencias de apremio relativas a todos los tributos municipales, así como a los restantes ingresos municipales de derecho público no tributario (*vid.* Resolución de 13 de enero de 2024 del Director General de la Oficina Digital por la que se aprueba la actuación administrativa automatizada de los actos de aprobación de las providencias de apremio de los tributos municipales y de los restantes ingresos municipales de derecho público no tributario).
- ii. "SAP HISENDA", programa del Ayuntamiento de Barcelona para la tramitación de diversas fases de expedientes del Instituto Municipal de Hacienda, tales como firmar resoluciones de aprobación de diligencias de embargo en ciertos casos, acordar la suspensión de cargos, aprobar liquidaciones tributarias y no tributarias... (*vid.* Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 10 de noviembre de 2022).

En general, estas aplicaciones no han suscitado grandes problemas ni han generado litigiosidad, si bien sí existe un pleito actualmente en torno al sistema "BOSCO". El origen de este proceso nació con una solicitud de la fundación ciudadana CIVIO al Ministerio para que le diese acceso a determinada información del algoritmo en cumplimiento de las obligaciones de transparencia de la Administración pública. La solicitud terminó siendo resulta por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que concedió acceso a las especificaciones técnicas y las pruebas, pero no así al código fuente.

La negativa a dar acceso al código fuente del algoritmo desembocó en un recurso judicial, siendo la última fase de dicho juicio el recurso de casación tramitado por el Tribunal Supremo que, tras admitirlo a trámite, ha dictado sentencia declarando haber lugar al recurso de CIVIO, declarando su derecho a acceder al código fuente de la aplicación, y condenando consecuentemente a la Administración pública a proporcionárselo.

El fundamento del fallo del Tribunal Supremo radica en la configuración del derecho de acceso a la información pública, no como un principio objetivo rector de la actuación administrativa meramente, sino como un verdadero derecho constitucional ejercitable por los ciudadanos como derecho subjetivo. Y ello es así especialmente en un contexto en el que la utilización de nuevas tecnologías en el ejercicio de potestades públicas o en la prestación de servicios públicos puede entrañar ciertos riesgos para las personas, que exige que puedan conocer y comprender correctamente su funcionamiento.

Este ejemplo es relevante en la medida en que sirve para ilustrar algunas de las flaquezas que supone hoy en día el uso de IA en la Administración pública, y en las que nos detendremos con más detalle en el siguiente apartado.

3.2.2. CHILE

Laboratorio de innovación pública de la Escuela de Gobierno

En Chile ha surgido una iniciativa denominada “GobLab UAI”, que es el laboratorio de innovación pública de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez, cuya misión es contribuir a la innovación en políticas públicas para beneficiar a la sociedad. El laboratorio trabaja con organismos públicos, organizaciones de la sociedad civil e investigadores para lograr políticas públicas más eficaces, eficientes y equitativas mediante el uso responsable de la ciencia de datos.

Pues bien, GobLab UAI elabora anualmente un informe del repositorio de algoritmos públicos en cuya versión de 2024¹³ señala que, en ese momento, el desarrollo de la IA en el sector público ha transformado significativamente la toma de decisiones en Chile.

Actuaciones concretas de distintas Administraciones públicas

Encontramos numerosos ejemplos de aplicaciones prácticas de la IA en la Administración pública de Chile. A efectos ilustrativos.

- i. “EMILIA”¹⁴: Soluciones de salud digital con inteligencia artificial que permite que diversas municipalidades puedan mejorar su salud y bienestar. Este efecto se consigue gracias a la automatización de procesos, optimización de recursos, mejor comunicación... Las herramientas utilizadas para ello son diversas, incluidos tanto los llamados *bots* como modelos matemáticos con algoritmos de *machine learning* e IA generativa.

13 Accesible a través del siguiente enlace: https://algoritmospublicos.cl/static/Informes/GobLab-UAI-Repositorio_Algoritmos_Publicos_Informe_2025.pdf.

14 Accesible a través del siguiente enlace: <https://www.rayensalud.com/servicios/inteligencia-sanitaria-y-de-negocios/emilia>.

- ii. “CAMINAR”¹⁵: Se trata de una solución impulsada por la Cámara de Diputados/as de Chile para desarrollar asistentes de IA que apoyen el trabajo legislativo. La aplicación del proyecto permite la transcripción de debates, búsqueda semántica, gestión de recursos, acceso a la información, etc.
- iii. “CATI” (Centro Automatizado de Tratamiento de Infracciones)¹⁶: Esta iniciativa pretende salvar vidas mediante la prevención de accidentes en carretera que se conseguirá gracias a medios tecnológicos que permitan detectar y fiscalizar de forma automatizada las infracciones por exceso de velocidad.

4. Problemas del empleo de IA en la actuación administrativa

4.1. Planteamiento de las posibles deficiencias de la IA

Desde la irrupción de las tecnologías de IA se han levantado no pocas suspicacias en cuanto a problemáticas que pueden llevar aparejadas, como son la parcialidad y discriminación, así como la falta de transparencia, de motivación o de rendición de cuentas (y ello sin entrar, en tanto que excede del objeto de este debate, en cuestiones relativas a la protección de datos personales)¹⁷.

Pues bien, estas deficiencias de la IA pueden ser particularmente acuciantes cuando se utiliza por la Administración pública, en la medida en que en este ámbito es especialmente necesario proteger adecuadamente ciertos derechos de los ciudadanos (tanto por la relevancia del ámbito al que se refieren —i. e., materias como impuestos, prestaciones o contribuciones sociales...— como por el tipo de relación en el que se enmarcan, donde la Administración goza de potestades exorbitantes —como son la presunción de validez y legalidad de sus decisiones, inmediata ejecutividad...—).

De hecho, el legislador español es consciente de esta problemática, de manera que al promulgar la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, estableció en relación con la IA y los mecanismos de toma de decisiones automatizados que sean utilizados en la Administración pública que deberán tener en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas. Pero eso sí, matiza que siempre que sea “*factible técnicamente*” (vid. artículo 23.1 de esta Ley). Por tanto, aún no están claros los verdaderos efectos de la anterior previsión, toda vez que queda abierto el portillo para eludir esas obligaciones amparándose en la imposibilidad técnica, de manera que podría parecer más bien una mera declaración programática.

¹⁵ Accesible a través del siguiente enlace: <https://parlamericas.org/uploads/documents/Presentation-OPNStaffMeeting-ProyectoCAMINARChile-MiguelLanderos-sp.pdf>.

¹⁶ Accesible a través del siguiente enlace: <https://www.mtt.gob.cl/cati>.

¹⁷ BARRIO ANDRÉS, Moisés (2020). Luces y sombras del Estado algorítmico de Derecho. *Derecho Digital e Innovación*, n.º 5.

Igualmente, en Chile el Gobierno es conocedor de estas deficiencias de la IA, de manera que en la Circular n.º 711 ha planteado que informará por medios idóneos y fáciles a los ciudadanos de cuáles son las tecnologías de IA que se están empleando en la Administración pública, tanto respecto a la prestación de servicios públicos como en la toma de decisiones.

4.2. Problemáticas más relevantes en el sector público

4.2.1. LOS POTENCIALES EFECTOS DISCRIMINATORIOS DE LOS ALGORITMOS

Es un hecho constatado que los algoritmos pueden generar ciertas discriminaciones contra determinados colectivos (mujeres, grupos de edad, grupos étnicos o grupos religiosos...) a causa de los datos históricos con los que se entrena el modelo, si no se hacen los ajustes que sean convenientes y adecuados.

La discriminación generada puede considerarse directa o indirecta. Así, podríamos entender que concurre discriminación directa cuando el sistema tenga en cuenta para su funcionamiento datos relativos a características recogidas en el artículo 14 de la Constitución española. En cambio, podríamos entender que se genera discriminación indirecta cuando el sistema se base en información supuestamente neutra, pero *de facto* se genere un resultado más perjudicial para un colectivo específico¹⁸.

Esta discriminación se ha apreciado ya en distintas aplicaciones de la IA que han tenido lugar en diferentes jurisdicciones tanto en el sector privado como en el público por diversas razones. Así, por ejemplo, en el caso público, encontramos fallos que critican la vulneración del derecho a la igualdad en programas para la detección de fraudes frente a Hacienda o la Seguridad Social, toda vez que únicamente se aplicaban a algunas zonas concretas, cuya población se consideraba con más predisposición a esas conductas¹⁹.

4.2.2. LA CRITICADA FALTA DE TRANSPARENCIA DE LOS SISTEMAS DE IA

Una de las críticas más férreas frente al uso de IA en la Administración pública es la opacidad de que adolecen estos sistemas, en la medida en que la mayoría de los ciudadanos, e incluso de los funcionarios, que los utilizan desconocen cuál es su funcionamiento (y, por consiguiente, en qué se basan a la hora de emitir un juicio).

Se considera que las principales aristas de esta opacidad son la complejidad técnica (dado que funcionan mediante lenguajes de programación complejos) y la confidencialidad (puesto que, como

18 JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, Inmaculada (2022-2023). Decisiones automatizadas y transparencia administrativa: nuevos retos para los derechos fundamentales. *Revista Española de la Transparencia*, pp. 191-215.

19 LÓPEZ DONAIRE, Belén (2023). Breves reflexiones sobre la IA y el Sector Público: fundamentos, desafíos y experiencias. *Derecho Digital e Innovación*, n.º 16.

regla general, no se permite acceder al código fuente, que es lo que permitiría conocer qué variables utiliza y cómo las relaciona para arrojar un resultado)²⁰.

Sea como fuere, la falta de transparencia no solo es un vicio en sí mismo, sino que además conlleva, con carácter general, una falta de motivación de los actos administrativos, que es una de sus condiciones esenciales²¹.

Como veíamos, este problema se ha planteado ante los órganos judiciales españoles en el caso del sistema "BOSCO", en el que, de hecho, el fallo del Tribunal Supremo ha sido contundente: las decisiones automatizadas de la Administración pública conllevan exigencias de transparencia respecto a los procesos informáticos seguidos en dichas actuaciones, para proporcionar a los ciudadanos la información necesaria para analizarlos.

5. Conclusiones (y algunas propuestas de posibles soluciones)

En atención a lo expuesto, no cabe ninguna duda de que la irrupción de las tecnologías de IA en el sector público no tiene vuelta atrás en ningún país (y, en particular, en España y Chile), en tanto que existen numerosos proyectos desplegados en los distintos niveles administrativos, así como otros que están en desarrollo impulsados mediante fondos gubernamentales. Y ello en un contexto global que aboga por el uso de la IA para poder ser competitivos en un entorno que se ha sumado masivamente a su adopción.

Siendo esto así, es importante abordar una regulación que permita maximizar sus ventajas (mayor agilidad y eficiencia en los procesos administrativos minimizando tiempos de respuesta, por ejemplo, gracias a la rigurosidad y rapidez en el análisis de grandes volúmenes de datos...), pero que minimice sus efectos desfavorables (discriminación y falta de transparencia particularmente). Esto último es especialmente relevante al emplear la IA en el plano público, puesto que la función administrativa debe garantizar especialmente el respeto de los derechos de todos los ciudadanos.

Pues bien, en aras de minimizar los efectos adversos del empleo de la IA en el sector público, algunas de las propuestas más repetidas por la doctrina son:

- i. En primer lugar, medidas que garanticen la neutralidad o imparcialidad de los algoritmos para evitar la discriminación en la actuación administrativa.

Estas medidas podrían consistir en la prohibición o limitación del recurso a ciertos datos en los modelos de IA (como, sexo, edad, ingresos...). Sin embargo, el problema de fondo es que la finalidad de los modelos de IA es precisamente discriminar la información para

20 JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, Inmaculada (2022-2023). Decisiones automatizadas y transparencia administrativa: nuevos retos para los derechos fundamentales. *Revista Española de la Transparencia*, pp. 191-215.

21 GAMERO CASADO, Eduardo (2023). Sistemas automatizados de toma de decisiones en el Derecho Administrativo Español. *Revista del Instituto Nacional de Administración Pública*, de 7 de julio de 2023.

conseguir los resultados más acertados. Consecuentemente, desde el plano técnico, eliminar determinada información podría suponer que este objetivo no se consiga, obteniendo peores resultados si se prescinde de variables realmente predictivas.

Por tanto, es muy importante que los reguladores de la Administración pública trabajen estrechamente con los desarrolladores de los modelos de IA para conseguir que los modelos logren los resultados más precisos y certeros, pero sin recurrir para ello a información personal o social que pueda generar una discriminación proscrita constitucionalmente, por atender a características que deben dejarse al margen a la hora de tomar decisiones públicas. Así las cosas, los modelos en ningún caso podrían incluir variables relacionadas con raza, sexo, religión u opinión, entre otras.

- ii. En segundo lugar, medidas que doten de transparencia las tecnologías de IA. Concretamente, buena parte de la doctrina hace referencia a la necesaria motivación de los actos administrativos, que no puede obviarse en el caso de aquellas que se basen en IA²².

Estas medidas deben dar respuesta a las incógnitas más repetidas de los modelos de IA que se refieren a cuáles son las variables principales que han influido en un resultado. Para responder a esta cuestión es necesario que los desarrolladores de los modelos publiquen o den acceso a los datos empleados y su contribución marginal en el resultado.

El conocimiento de las variables utilizadas y su peso en los modelos de IA permitirá que, por un lado, se tenga certeza sobre la no utilización de variables prohibidas (*ut supra*) y, por otro lado, se pueda juzgar la adecuación de la información utilizada. Esto es clave para que los ciudadanos puedan cuestionar fundadamente las decisiones administrativas basadas en IA cuando lo consideren oportuno.

- iii. Por último, también son esenciales las medidas que garanticen la rendición de cuentas.

Para ello es necesario que se defina claramente a quién corresponde la responsabilidad asociada a los modelos de IA y, en particular, a los efectos desfavorables o errores derivados de estos: ¿debería ser la Administración pública o los desarrolladores?

Parece que debería ser la primera quien responda directamente frente a los ciudadanos, pero, lógicamente, sin perjuicio del recurso que tenga frente a los segundos. No obstante, este esquema no debería eximir a la Administración de su diligencia a la hora de utilizar modelos de IA para el ejercicio de sus funciones, pues es esta quien debe garantizar que los bienes y servicios públicos se ajustan a las exigencias constitucionales y legales.

En cualquier caso, en este momento aún está pendiente que terminen de perfilarse estas medidas según vayan extendiéndose los usos de la IA en la Administración pública, de manera que puedan concretarse mejor cuáles son sus debilidades más acuciantes según vaya evolucionando la experiencia de los ciudadanos con estas nuevas prácticas.

22 GAMERO CASADO, Eduardo (2023). Sistemas automatizados de toma de decisiones en el Derecho Administrativo Español. *Revista del Instituto Nacional de Administración Pública*, 7 de julio de 2023.



Foro de
Actualidad

Foro de Actualidad

España

CARTAS DE PATROCINIO FUERTES Y DÉBILES A LA LUZ DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 944/2025 DE 16 DE JUNIO

Ricardo Ruiz Gómez

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

Cartas de patrocinio fuertes y débiles a la luz de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 944/2025 de 16 de junio

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 944/2025, de 16 de junio (Roj: STS 2725/2025), confirma que la carta de patrocinio «fuerte» constituye una garantía personal atípica de indemnidad, en virtud de la cual el patrocinador asume una obligación de resultado: mantener indemne al acreedor frente al impago del patrocinado en la operación de financiación vinculada. Asimismo, recuerda que su eficacia requiere un compromiso claro e inequívoco y la aceptación, expresa o tácita, del acreedor. En materia de interpretación, junto con la literalidad (art. 1281.1 CC), el canon de la totalidad (art. 1285 CC) y la consideración de los actos coetáneos y posteriores (art. 1282 CC), la sentencia subraya la prevalencia del art. 1284 CC —principio de conservación del negocio o interpretación pro eficacia— frente al art. 1288 CC —cláusulas oscuras—.

PALABRAS CLAVE:

Cartas de patrocinio; Cartas de confort; Garantía personal atípica; Indemnidad; Obligación de resultado; Declaración unilateral recepticia; Aceptación tácita; Interpretación contractual; Fianza (diferencias); Mandato de crédito; Contrato a favor de tercero.

Comfort letters in Spanish case law: from ambiguity tolerance to indemnity guarantee

Supreme Court Judgment 944/2025 of the Civil Chamber, dated 16 June, confirms that a “strong” comfort letter constitutes an uncommon personal indemnity guarantee, whereby the sponsor assumes an obligation to hold the creditor harmless from the sponsored party’s default under the linked financing transaction. The judgment also recalls that the comfort letter must be (i) clearly and unequivocally worded and (ii) accepted by the creditor either expressly or tacitly. As for the rules of construction, in addition to (i) a literal interpretation (art. 1281.1 of the Spanish Civil Code), (ii) the rule of entirety (art. 1285 of the Spanish Civil Code), and (iii) consideration of contemporaneous and subsequent acts (art. 1282 of the Spanish Civil Code), the judgment emphasises the primacy of article 1284 — the principle of conservation of the contract (*favor contractus*) or *pro-effectiveness* interpretation — over article 1288 (ambiguous clauses).

KEYWORDS:

uncommon personal indemnity guarantee; indemnity; performance obligations; unilateral declaration of receipt; tacit acceptance; contractual interpretation; security (differences); credit mandate; contract for the benefit of a third party

FECHA DE RECEPCIÓN: 30-9-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 3-10-2025

Ruiz Gómez, Ricardo (2025). Cartas de patrocinio fuertes y débiles a la luz de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 944/2025 de 16 de junio. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 107-115 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

En las relaciones mercantiles actuales se ha intensificado el uso de instrumentos financieros y jurídicos que desbordan la tipicidad contractual clásica con el propósito de dotar a la negociación de una mayor flexibilidad¹. A menudo se trata de figuras atípicas de inspiración anglosajona, entre las que destacan las cartas de patrocinio.

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 944/2025, de 16 de junio (Roj: STS 2725/2025; en adelante, “STS 944/2025”), brinda una oportunidad idónea para examinar la jurisprudencia más relevante sobre las cartas de patrocinio en el derecho privado español.

En concreto, en esta sentencia se analizaba un documento dirigido a una entidad bancaria con el siguiente tenor literal:

“Nos dirigimos a ustedes en relación con la operación de préstamo que, por importe de 3.150.000 euros, fue formalizada el día [...], cuyo saldo deudor por principal a la fecha ha quedado fijado en 1.770.117,69 euros.

Somos conocedores de que, para la concesión de dicho préstamo, han tenido ustedes en cuenta y van a seguir teniéndolo, como elemento determinante, la vinculación de Andrés y Ceferino, abajo firmantes, con la sociedad CARTERA HUMAN SL.

¹ DIÉGUEZ OLIVA, Rocío (2018). Vinculatoriedad de las cartas de patrocinio en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. En *Derecho de sociedades. Revisando el Derecho de sociedades de capital*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 509-526.

En consecuencia, nos comprometemos ante ustedes a no alterar esta relación, y, muy especialmente a no desvincularnos de la citada compañía, mientras exista la operación de préstamo citada en el párrafo primero, o en su caso, a proponer las garantías necesarias, a criterio de ustedes, que sustituyan nuestra desvinculación de la citada sociedad.

Asimismo, Andrés y Ceferino nos comprometemos solidariamente a realizar todos los esfuerzos, tanto financieros como técnicos y comerciales, para que el desarrollo empresarial de Human Management System S.A. y CARTERA HUMAN S.L. sea satisfactorio. En particular, nos comprometemos a dotar a la sociedad CARTERA HUMAN S.L. con los medios financieros necesarios, incluso ampliaciones de capital o préstamos participativos, para que dicha sociedad cumpla puntualmente y en su totalidad, con los riesgos asumidos en la operación de préstamo señalada en el párrafo primero, cuyo contenido y pactos manifestamos conocer en su integridad.

El presente documento permanecerá en vigor hasta que la operación crediticia descrita en el párrafo primero tenga un saldo deudor, por principal, igual o inferior a 700.000 € (setecientos mil euros)”.

En la STS 944/2025 la Sala sostiene que, cuando el texto de la carta de patrocinio incorpora compromisos de resultado claros e inequívocos, vinculados causalmente a una operación de financiación y aceptados por el acreedor —aceptación que puede inferirse de la naturaleza recepticia de la declaración y de su inserción funcional en la financiación—, la carta se configura como una garantía personal atípica de indemnidad exigible frente al patrocinador.

La STS 944/2025, además, recuerda la tipología dual («débil»/«fuerte») consolidada por la jurisprudencia, así como la plena exigibilidad de las cartas «fuertes».

Por último, la STS 944/2025 resulta de gran interés en el plano hermenéutico, ya que afirma que, junto con la literalidad (art. 1281.1 del Código Civil; en adelante, “CC”), el canon de la totalidad (art. 1285 CC) y la consideración de los actos coetáneos y posteriores (art. 1282 CC), debe primar la aplicación del art. 1284 CC —principio de conservación del negocio o interpretación pro eficacia— frente al art. 1288 CC —cláusulas oscuras—. Conforme al art. 1284, cuando una cláusula admita varios sentidos, debe preferirse el que la haga eficaz, esto es, aquel determinado por la aptitud de las declaraciones de la carta para producir el efecto perseguido.

En el presente artículo abordaremos, además, la evolución de la jurisprudencia más relevante dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto de esta figura.

2. Concepto y fundamento: una figura atípica

Por *carta de patrocinio* (en la práctica, *letter of comfort*, *letter of support*, *lettre de patronage*) entendemos una declaración negocial atípica por la que un tercero vinculado al deudor (matriz, accionista de control o patrocinador) garantiza al financiador —habitualmente una entidad de crédito— su indemnidad patrimonial a resultas de la operación de financiación vinculada.

Su eficacia descansa en la autonomía privada y la libertad contractual (art. 1255 CC), así como en la buena fe y los usos del tráfico (art. 1258 CC y arts. 2 y 57 del Código de Comercio, en adelante, "CCom").

Ahora bien, la buena fe no basta para configurarla como garantía: si no hay contrato ni compromiso claro, no hay garantía. Así lo advirtió la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 774/1985, de 16 de diciembre (Roj: STS 1643/1985; en adelante, "STS 774/1985"): "*Las declaraciones meramente enunciativas carecerán de obligatoriedad, dado que por su contenido no crean nexo alguno con posible ejecución forzosa entre la sociedad principal y el tercero, ni aun invocando el elemento de la buena fe*".

Desde el año 1985, ante la habitual ambigüedad de su redacción, la Sala mantiene dos cautelas que permanecen vigentes: no toda carta con fórmulas de cortesía, información o buena disposición traslada responsabilidad al patrocinador, y si se pretende operar como garantía, la declaración ha de ser inequívoca, por proyección analógica del art. 1827 CC (la fianza no se presume). Este primer filtro evita que meras declaraciones de intención se conviertan en garantías no pactadas.

La jurisprudencia posterior sistematiza la figura. La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 529/2005, de 30 de junio (Roj: STS 4375/2005; en adelante, "STS 529/2005"), distingue entre cartas *débiles* (recomendación o confianza, sin efecto vinculante) y cartas *fuertes* (compromisos concretos y exigibles referidos a una operación identificada). La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 96/2007, de 13 de febrero (Roj: STS 1026/2007; en adelante, "STS 96/2007"), aplica el canon de la totalidad (art. 1285 CC) para negar la virtualidad de garantía cuando el tenor global es equívoco: por ejemplo, una cláusula final del tipo "*pondremos por nuestra parte todos los medios y medidas necesarias...*" no se consideró como una garantía exigible al quedar condicionada, en el conjunto del documento, a futuros acuerdos y a un deber de información.

La STS 944/2025 precisa y consolida la construcción: en la carta *fuerte* el patrocinador "*asume una obligación de resultado*" frente al acreedor y "*garantiza su indemnidad patrimonial*" por el buen fin de la operación. La declaración es recepticia y requiere aceptación; aunque no ha de ser expresa si puede inferirse del contexto causal de la financiación o de su novación. En la calificación, solo un tenor inequívoco de asunción de deuda ajena permite hablar de fianza (art. 1827 CC); en caso contrario, estamos ante una obligación de indemnidad.

Y, en cuanto a los efectos, confirma la sentencia recurrida y delimita el remedio: la condena por carta de patrocinio *fuerte* comprende el principal y los intereses del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), pero no los intereses moratorios contractuales del préstamo, salvo que la propia carta exprese la constitución del patrocinador en fiador (por ejemplo, con la fórmula "*en los mismos términos e intereses*").

3. Tipología funcional: “débiles” y “fuertes”

La jurisprudencia distingue dos categorías:

- i. *Cartas débiles*: Se limitan a declaraciones enunciativas, de conocimiento o de confianza (conocimiento de la operación, satisfacción con la gestión de la filial, propósito de mantener la participación o de procurar el buen fin “*en la medida de lo posible*”). No trasladan riesgo jurídico al patrocinador; por tanto, no generan garantía. Así lo declaró la STS 96/2007 respecto de una carta cuyo párrafo final (“*pondremos por nuestra parte todos los medios y medidas necesarias...*”) no podía leerse aisladamente: el conjunto del documento lo condicionaba a futuros acuerdos y a un deber de mera información sobre cambios accionariales, lo que eliminaba su contenido obligacional.
- ii. *Cartas fuertes*: Incorporan compromisos claros y exigibles, normalmente anclados en una operación identificada (importe, vencimiento, deudor y entidad financiadora). Pueden operar como garantía de pago —funcionalmente asimilable a la fianza solo si el tenor es inequívoco de asunción de deuda ajena (art. 1827 CC)—; o garantía de indemnidad —p. ej., fórmulas del tipo “*prestaremos [...] todos los recursos necesarios [...] para atender el nominal [...]*”—.

4. Requisitos jurisprudenciales de eficacia obligacional

Los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para dotar de eficacia obligacional a una carta de patrocinio son los siguientes.

- i. Intención de obligarse

La carta ha de exteriorizar deberes positivos (aportar recursos, mantener indemne, asegurar el buen fin). Las fórmulas meramente enunciativas no vinculan. En palabras de la STS 944/2025, se “*excluye las declaraciones que sustenten meras recomendaciones o declaraciones de simple complacencia, sin voluntad real de crear un auténtico vínculo obligacional (cartas de patrocinio «débiles»*)”.

- ii. Claridad y carácter inequívoco (exclusión de ambigüedad)

La jurisprudencia ha señalado también que no bastan promesas abiertas ni condicionadas a futuros acuerdos: la ambigüedad opera en contra de la pretensión de garantía (proyección analógica del art. 1827 CC). La STS 96/2007 aplica el canon de la totalidad (art. 1285 CC) y, leyendo la carta “*en relación con el conjunto*”, concluye que “*el conjunto [...] resulta equívoco*” —pese a frases como “*pondremos por nuestra parte todos los medios*”—, porque tales expresiones quedaban supeditadas al estudio de medidas con el banco y a deberes meramente informativos, sin obligación de resultado.

iii. Aceptación del acreedor (expresa o tácita)

Por su naturaleza recepticia, la carta requiere aceptación. Ahora bien, no tiene por qué ser expresa si el uso causal de la carta en la concesión o mantenimiento del crédito permite inferirla.

En este sentido, la STS 944/2025 lo formula en los siguientes términos: la aceptación *"puede inferirse de la relación causal [...] para la consecución de la financiación"*. En ese caso, los contratantes partían de un escenario de dos novaciones del primitivo contrato de préstamo, que motivaron que quedara supeditada la última de tales novaciones al reforzamiento de las garantías hasta entonces prestadas.

Y, por último, la carga de probar la aceptación incumbe al acreedor, quien debe acreditar que la carta fue tenida en cuenta para la concesión o renovación del crédito.

5. Calificación jurídica: fianza, mandato de crédito, contrato a favor de tercero y garantía de indemnidad

i. Fianza (arts. 1822 y ss. CC) — supuestos excepcionales

Solo cabe hablar de fianza cuando el texto indica de forma inequívoca que el patrocinador pagará en defecto del deudor (*"nos constituimos fiadores [...] en los mismos términos e intereses del préstamo"*, p. ej.). La Sala insiste desde 1985 en que *"la declaración constitutiva de la fianza ha de ser clara y no puede basarse en expresiones equívocas"* (STS 774/1985).

En el mismo sentido, la Propuesta de Código Mercantil, redactada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, al tratar las cartas de patrocinio, rechaza que pueda presumirse su eficacia como fianza y, en consecuencia, dispone que *"el emisor de manifestaciones de patrocinio, de conformidad o de garantía, en términos simples, no contrae obligación como fiador por dicha mera manifestación, salvo que la hubiese asumido de modo claro e indubitado"* (art. 578-11). Si falta ese tenor, no hay fianza.

ii. Mandato de crédito (arts. 1710, 1712 y 1729 CC) — encuadre alternativo cuando no hay fianza

Como establece la STS 529/2005, cuando el patrocinador exhorta a una entidad financiera a conceder crédito y asume el riesgo de la operación —sin prometer el pago directo—, la carta puede llegar a interpretarse como una oferta de mandato: si la entidad financiera acepta y concede el crédito, puede nacer para el patrocinador el deber de mantener indemne al mandatario por los perjuicios del encargo (art. 1729 CC).

La STS 529/2005 lo expresa así: *"Quien inste a otro a dar crédito a un tercero y logra efectivamente la concesión del crédito solicitado puede quedar obligado jurídicamente, no ya tanto por mediar contactos previos más o menos explicitados en acuerdos, sino porque el"*

ordenamiento viene a contemplar y dar relevancia al hecho de haber obtenido la satisfacción del interés que el encargo expresaba, pudiendo el destinatario de la carta de patrocinio (concedente) dirigirse para reclamar la efectividad y cumplimiento del contrato de crédito contra el también interesado (patrocinador-mandante) cuando el acreditado incumpla; ello al margen de la responsabilidad que pueda apreciarse en el emisor de la carta de patrocinio, en cada caso concreto, como verdadero interesado en la subsiguiente operación de crédito y beneficiado en definitiva por la misma, cual sucede a menudo, en los supuestos de sociedades participadas o integrantes de grupo”.

Es decir, si se considera que la carta es una oferta de mandato para conceder crédito, la responsabilidad del patrocinador deriva del hecho de haber obtenido satisfacción del interés que el encargo expresaba.

iii. Contrato a favor de tercero (art. 1257 CC) — vía de acción de la entidad financiera

Cuando la carta refleja un pacto interno patrocinador–patrocinado, pero designa a la entidad financiera como beneficiaria, esta puede exigir su cumplimiento como tercero (art. 1257 CC). Es una vía de legitimación útil si el documento no está dirigido a la entidad financiera o se integra en acuerdos intragrupo. No altera, por sí sola, la calificación de la garantía (fianza/mandato/indemnidad).

iv. Garantía de indemnidad (tipo prevalente)

Es el encuadre preferente cuando el texto contiene un compromiso de resultado de mantener indemne a la entidad financiera frente al impago del patrocinado (aportación de recursos, aseguramiento del buen fin, cobertura del “nominal, intereses y costas”, etc.).

6. Cánones de interpretación

Al analizar las cartas de patrocinio —o, en su caso, garantías afines— en el plano hermenéutico, la STS 944/2025 señaló que, dado que las cartas de patrocinio carecen de una regulación específica en nuestro ordenamiento y suelen redactarse con fórmulas ambiguas o poco precisas (ambas características habitualmente buscadas por las dos partes), la pauta interpretativa más adecuada es la del artículo 1284 CC y no la del 1288 CC: de conformidad con el 1284 CC, cuando una cláusula admite varios sentidos, debe preferirse el que le otorgue eficacia.

En este sentido, la STS 944/2025 manifiesta que *“dada la atipicidad de las cartas de patrocinio, la doctrina y la jurisprudencia han puesto de manifiesto reiteradamente la ambigüedad e imprecisión de los términos que suelen contener. Pero como también suele ser resultado de las negociaciones de las partes (emite y acreedor), la regla de interpretación más adecuada no será la del art. 1288 CC, sino la del art. 1284 CC (interpretación del sentido más favorable para que produzca efecto), es decir, desde el punto de vista de la aptitud de las declaraciones de la carta para que surtan el efecto pretendido. En este caso, la voluntad concurrente de las partes era prorrogar la financiación mediante la obtención de la novación del primitivo contrato de préstamo, a cambio de fortalecer las*

garantías de la prestamista. Lo que incluía la garantía de indemnidad en caso de incumplimiento de las prestatarias".

Aplicando ese criterio al supuesto enjuiciado, el Tribunal entendió que la voluntad de las partes fue prorrogar el vencimiento del préstamo a cambio de reforzar las garantías del prestamista, incorporando, entre otras, una obligación de indemnidad asumida por los accionistas.

Junto con el anterior criterio, la jurisprudencia también insiste en la importancia de (i) la literalidad (art. 1281.1 CC), sin tergiversar "*el sentido recto, propio y usual de las palabras*" (art. 57 CCom); (ii) el canon de la totalidad (art. 1285 CC), que evita aislar expresiones si el conjunto del documento las condiciona; y (iii) la atención a los actos coetáneos y posteriores (art. 1282 CC), admitiendo también el valor interpretativo de los anteriores cuando iluminen la voluntad declarada. Por ejemplo, la STS 944/2025 toma en consideración que "*los propios firmantes dicen ser conscientes de que para el mantenimiento y renovación de la operación crediticia la entidad prestamista ha valorado su disposición a ofrecer garantías*".

Por ello, en la STS 944/2025, la cláusula de "*todos los esfuerzos*" se interpreta conjuntamente con el resto del texto, los antecedentes de financiación y la dinámica de la novación, y se concluye que el patrocinador asume una obligación de resultado de indemnidad patrimonial a favor del financiador.

La evolución jurisprudencial hasta dicha resolución es coherente con ese enfoque. La STS 774/1985 subraya la exigencia de claridad y el contexto de matriz / filial en la esfera de créditos bancarios; la STS 529/2005 sistematiza la tipología débil/fuerte y los efectos y analiza la asimilación de las relaciones derivadas de la emisión de las cartas de patrocinio y las relaciones típicas del mandato; la STS 96/2007 aplica con rigor el canon de la totalidad para negar eficacia cuando el tenor global es equívoco; y la STS 197/2009 (Roj: STS 1257/2009) reconoce como *fuerte* la carta que contiene compromisos concretos de dotación de recursos referidos a una operación identificada.

7. Cumplimiento e incumplimiento

Como se ha expuesto, la jurisprudencia ha perfilado las cartas de patrocinio como un contrato atípico de garantía personal que, en su versión *fuerte*, impone al patrocinador una obligación de resultado consistente en mantener indemne al financiador.

En cuanto a los remedios, la STS 944/2025 confirma la sentencia recurrida con el resultado de que, cuando la carta no equivale a una fianza, el patrocinador responde por el principal pendiente, pero no por los intereses moratorios pactados (salvo que de la redacción de la carta se desprenda dicho compromiso expreso); en su lugar, proceden los intereses del art. 576 LEC.

Por el contrario, la jurisprudencia niega eficacia obligacional a las cartas *débiles*, de tenor equívoco o meramente declarativo. Así, la STS 96/2007, aplicando estrictamente el canon de la totalidad, descartó la garantía cuando el conjunto del documento revelaba únicamente deberes de información y de estudio de medidas, sin compromiso resolutivo.

A su vez, en cuanto a los supuestos exoneratorios, no resulta procedente invocar el caso fortuito o la imposibilidad sobrevenida (arts. 1105 y 1184 CC) por la insolvencia o el concurso de la patrocinada, pues precisamente para ese riesgo se emite la carta (STS 197/2009).

8. Cierre: la distribución del riesgo

La carta de patrocinio es, en realidad, una figura por la que se buscan objetivos diversos, tales como evitar la aplicación de normas contables, fiscales, societarias, de control prudencial de las entidades de crédito y de control de cambios que afectan a la prestación de garantías personales. Está llamada a convivir con la fianza, la garantía a primer requerimiento y los colaterales clásicos. Nuestro Tribunal Supremo ha hecho su parte: ha blindado al mercado frente a ambigüedades interesadas y ha permitido exigir el cumplimiento cuando la promesa es clara.

En otras palabras: la etiqueta importa poco; lo decisivo es qué se promete, a quién, para qué operación y con qué fuerza.

España

SOBRE LA SUSTANCIALIDAD DE LA MODIFICACIÓN (SUSTANCIAL) DEL OBJETO SOCIAL

Martín Rodríguez Cabrero

Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

Sobre la sustancialidad de la modificación (sustancial) del objeto social

El derecho de sociedades español reconoce el derecho de separación del socio cuando el objeto social experimenta una "modificación sustancial" conforme al artículo 346.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital. En sentencias de 2010 y 2011, el Tribunal Supremo estableció que la determinación de la sustancialidad exige valorar si la modificación transforma la sociedad en una realidad jurídica o económica distinta respecto del momento en que el socio se incorporó a ella. El presente artículo recoge algunas resoluciones recientes de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que permiten comprobar cómo se ha aplicado esta doctrina jurisprudencial en la práctica, evidenciando la naturaleza altamente valorativa del concepto de sustancialidad. Tal carácter valorativo invita a reflexionar sobre las implicaciones prácticas del derecho de separación y sus posibles externalidades negativas.

PALABRAS CLAVE:

Objeto social; Derecho de separación; Modificación sustancial; Protección del socio; Derecho de sociedades.

Determining when a change in corporate purpose is "significant"

Article 346.1.a) of the Spanish Companies Law recognises the right of shareholders to leave the company when the company's corporate purpose changes "significantly". Spanish Supreme Court judgments from 2010 and 2011 established that assessing significance requires assessing whether the change transforms the company into a different legal or economic entity to that which the shareholder joined. This article examines recent resolutions by the Directorate General for Legal Security and Public Trust, showing the practical application of this case law and revealing the highly subjective-based nature of the concept of "significance". This nature raises questions about the practical implications of withdrawal rights and their potential negative consequences.

KEYWORDS:

corporate purpose; withdrawal rights; significant modification; shareholder protection; corporate law

FECHA DE RECEPCIÓN: 3-10-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 6-10-2025

Rodríguez Cabrero, Martín (2025). Sobre la sustancialidad de la modificación (sustancial) del objeto social. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 116-122 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción. Fundamento y contenido de la figura

Como es bien sabido, en el derecho de sociedades se contemplan legalmente una serie de causas, tasadas y concretas, por las cuales se habilita a los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo a separarse de la sociedad (v. arts. 346 y 348 bis LSC y, en cierto modo, art. 108.3 LSC, además de los preceptos correspondientes del RDLME para determinadas modificaciones estructurales). Igualmente, se permite el establecimiento estatutario de causas adicionales de separación, si bien con el consentimiento unánime de los socios (art. 347 LSC).

Las causas de separación se configuran como supuestos desencadenantes del derecho individual del socio a separarse de la sociedad. En caso de concurrir alguna de ellas, se permite la *extinción voluntaria y unilateral* de la relación contractual del socio disidente con la sociedad, con el consiguiente reembolso del valor de sus acciones o participaciones en la sociedad (arts. 353 y ss. LSC). Al separarse, el individuo en cuestión pierde la condición de socio, continuando la sociedad con el resto de los socios.

Estas causas encuentran su principal fundamento en la *protección del socio minoritario* en aquellos casos en que determinados acuerdos sociales son aprobados por la mayoría, lo que provoca una alteración de los presupuestos de ingreso del socio en la sociedad. Así, estas causas se convierten en una verdadera excepción al carácter vinculante de los acuerdos mayoritarios *ex art. 159.2 LSC*.

De entre las causas legales de separación que pueden contarse, la sustitución o modificación sustancial del objeto social ocupa, a buen seguro, un lugar destacado en la consideración de muchos, tanto por su relevancia práctica como por la especial atención que ha recibido por parte de doctrina y jurisprudencia. Como es sabido, esta causa habilita la separación del socio disidente en aquellos supuestos en que la modificación del objeto social sea de tal entidad que produzca una especial distorsión de la realidad y configuración de la sociedad existentes en el momento de ingresar en ella, lo que justificaría una especial protección.

A continuación, se realizará un breve repaso de la evolución normativa y jurisprudencial de esta figura hasta nuestros días, que permitirá sentar las bases necesarias para abordar el objeto principal de la presente publicación: reflexionar sobre el evidente componente valorativo inherente al carácter sustancial de la modificación del objeto social a la luz de determinadas resoluciones recientes dictadas por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (“DGSJFP”) y, con ello, recordar algunas de las posibles externalidades negativas relativas al ejercicio del derecho de separación del socio.

2. Breve repaso de la evolución normativa y jurisprudencial de la figura

La evolución normativa del derecho de separación por modificación del objeto social puede describirse como un camino de altibajos, en el sentido de que las distintas enmiendas legislativas fueron graduando, al alza o a la baja, la intensidad de la modificación del objeto social susceptible de desencadenar tal derecho.

La primera manifestación de este derecho en nuestro ordenamiento se remonta al artículo 85 LSA 1951 que, inspirado en el Código Civil italiano (*cambiamento dell'oggetto*), estableció que *"cuando la modificación [consistiera] en el cambio de objeto, los accionistas que no [hubieran] votado a favor del acuerdo [tendrían] el derecho de separarse de la sociedad y de obtener el reembolso de las acciones propias [...]"*.

Dada la amplitud del término *cambio*, que podía significar tanto una modificación total como parcial (ampliación o reducción) del objeto social, en el artículo 147 LSA 1989 se habló ya de *sustitución del objeto social*, con evidente ánimo de restringir el ámbito material a supuestos de reemplazo del objeto social y, por tanto, restringir los casos en que el derecho de separación se podía ejercitar. La expresión *sustitución del objeto social* se mantuvo en el artículo 95 LSRL y en la redacción primigenia del artículo 346.1.a) LSC, y se conserva todavía en los artículos 160 y 161 del RRM.

La redacción vigente del artículo 346.1.a) LSC (*"sustitución o modificación sustancial del objeto social"*) vino a ampliar de nuevo el ámbito material de la causa de separación. Esta redacción trajo causa de los pronunciamientos del Tribunal Supremo (STS 438/2010, de 30 de junio —ES:TS:2010:3538— y STS 102/2011, de 10 de marzo —ES:TS:2011:2033—), conforme a los cuales la sustitución del objeto no debe apreciarse desde una perspectiva absoluta —esto es, solo cuando la modificación es total—, sino relativa, teniendo en cuenta que la *ratio iuris* del precepto es el respeto de la voluntad del socio en el momento en que ingresó en la sociedad. Así, en la citada sentencia de 2010, el Alto Tribunal sostuvo que:

"No habrá, pues, sustitución cuando la modificación, por adición o supresión, resulte intrascendente desde aquel punto de vista y, menos, en los casos de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos, [...] pero sí cuando se produzca una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta: caso de la eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino distinto del previsto en los estatutos".

3. La sustancialidad de la modificación como elemento altamente valorativo. Reflexiones al respecto a raíz de determinadas resoluciones recientes

La casuística de la modificación sustancial del objeto social es notablemente heterogénea. El supuesto prototípico, en el que nos centraremos, es el de la modificación del objeto a través de un acuerdo social para la correspondiente reforma estatutaria. Escapan del objeto de análisis otras posibles modalidades de modificación del objeto (y sus consecuencias respecto del derecho de separación), tales como aquellas realizadas mediante acuerdos que implícitamente conducirían a ese resultado (v. gr., filialización, aportación de rama de actividad), así como las llamadas "alteraciones *de facto*" del objeto social, efectuadas sin mediar acuerdo social alguno.

Pues bien, en los supuestos de acuerdo de modificación estatutaria, la determinación de la existencia de la causa que "active" el derecho de separación del socio disidente requiere analizar las circunstancias concurrentes en cada caso, precisamente para valorar si, en efecto, concurre una genuina sustitución o modificación sustancial del objeto social.

Para ello, es preciso partir de la observación de la formulación estatutaria del objeto social, antes y después de la modificación del precepto correspondiente, y detectar los cambios producidos. Nótese que el art. 346.1.a) LSC se refiere a dos conceptos distintos: *sustitución* y *modificación sustancial*. El primero, referente al reemplazo total del objeto, no plantea problemas interpretativos relevantes en la práctica. Se intuyen, sin embargo, mayores dificultades con el segundo concepto, en el sentido de adición o supresión de actividades del objeto social, por cuanto el carácter sustancial del cambio carga con un componente valorativo muy evidente.

Nuestra doctrina apunta que deben considerarse parámetros *cuantitativos* y *cualitativos* para concretar la concurrencia de una modificación sustancial. Así, entre otros factores, deben tenerse en cuenta, por un lado, circunstancias como la proporción de activos sociales, las cantidades invertidas o el importe neto de la cifra de negocios de la sociedad correspondiente a las respectivas actividades del objeto (las ya existentes y las suprimidas o añadidas) y, por otro lado, la similitud o afinidad entre las actividades que conforman el objeto, para lo cual podrá tomarse en consideración la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE).

En consecuencia, y como señalaba la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 2010, debe realizarse un análisis finalista de la modificación, considerando si, atendidas las circunstancias del caso, aquella conlleva la conversión de la sociedad en una realidad jurídica o económica distinta, alterando los presupuestos determinantes de la adhesión del socio a ella.

Por su parte, la DGSJFP, haciéndose eco de la doctrina del Alto Tribunal, sostiene que debe adoptarse el "criterio de la actividad" para determinar la esencialidad de la modificación, y señala que "tanto la supresión como la adición de actividades distintas a las que constituían el objeto antes de la modificación merecen tal categorización", sin que sean trascendentes "la mera adición de términos sinónimos" o "la mayor concreción y sumariadad de las actividades integrantes del objeto" (v., por

todas, RDGSJFP de 11 de marzo de 2024). El examen de algunas resoluciones recientes permite comprobar cómo el órgano directivo ha aplicado el criterio anterior y calibrar el “umbral de sustancialidad” utilizado.

En su resolución de 18 de junio de 2020, la DGSJFP trató un supuesto de modificación del objeto social de una sociedad dedicada a la comercialización y arrendamiento de embarcaciones. En concreto, los estatutos de la sociedad se modificaron como sigue (las adiciones se marcan con subrayado; las supresiones con tachado):

“La sociedad tiene por objeto: la comercialización de embarcaciones y naves deportivas, nuevas o usadas, de una eslora no inferior a 24 metros, y la ejecución de mandatos de agencia, de representación o distribución en relación con las mismas. ~~Y la intermediación y arrendamiento “chárter” de embarcaciones.~~”

A juicio de la DGSJFP,

“Resulta claro que la restricción de la actividad a determinadas embarcaciones supone una modificación sustancial de la actividad de la empresa con relación a la situación anterior como resulta claro que la supresión de la actividad de intermediación y arrendamiento chárter supone una limitación de las actividades de la sociedad venía realizando”.

En una resolución posterior (29 de junio de 2022), la DGSJFP examinó el supuesto de una sociedad dedicada a la producción, transformación y comercialización de energía eléctrica o derivados de la electricidad que suprimió actividades de su objeto social por no haber sido nunca desarrolladas ni tener previsto desarrollarlas nunca. Las actividades suprimidas consistían en la *“representación y comercialización de programas informáticos, equipos industriales y maquinaria, herramientas, utillaje, repuestos y accesorios”* y *“la investigación, estudio y planeamiento de proyectos de inversión y de organización de empresas”*.

En el recurso interpuesto frente a la calificación registral negativa se alegó que las mencionadas actividades se suprimieron para retirar del objeto social —de por sí amplio— aquellas que nunca habían sido desarrolladas ni se tenía previsto desarrollar. Esto es, se redujo *de iure* un objeto que *de facto* se encontraba ya reducido desde el inicio de la actividad de la sociedad. Para reforzar su argumento, el recurrente aportó datos relativos a la cifra de negocios de la sociedad en distintos ejercicios para constatar la irrelevancia de las actividades suprimidas para la sociedad. A pesar de lo anterior, el órgano directivo consideró que dicha modificación revestía igualmente carácter sustancial, puntualizando —con cita de la RDGSJFP de 12 de abril de 2021— que *“esta administración no puede entrar a valorar los motivos o fundamentos que han llevado a la sociedad a modificar el objeto social ni tampoco decidir si tales motivos o fundamentos justifican o no la decisión adoptada y si de ello cabe excluir la existencia de derecho de separación. Nada de ello cae bajo su competencia [...]”*.

Por último, en su resolución de 13 de mayo de 2024, la DGSJFP resolvió un supuesto de modificación del objeto social de un conocido equipo de fútbol profesional. En concreto, los estatutos de la sociedad se modificaron como sigue (la adición se marca con subrayado):

“Artículo 2.º Constituye su objeto: 1. La participación en competiciones deportivas de carácter profesional, de la modalidad deportiva de fútbol. 2. La promoción y desarrollo de actividades deportivas de una o varias modalidades deportivas. 3. La explotación y comercialización de espectáculos deportivos, productos y derechos de todo tipo vinculados a, o relacionados con la modalidad deportiva [(sic)] de fútbol, el equipo profesional y los medios del equipo. Podrán también ser desarrolladas por la Sociedad, total o parcialmente, a través de Sociedades filiales en las que la Sociedad ostente la titularidad de acciones o cualquier tipo de participación y que tenga objeto social idéntico o análogo”.

Como puede observarse, la modificación consistió en la concreción de la actividad desarrollada por la sociedad desde su constitución (fútbol), siendo además un hecho incontrovertido y de conocimiento general, dada la relevancia del club en cuestión. De nuevo, el órgano directivo apreció sustancialidad en la modificación —por entender suprimidas (todas) las actividades relativas a las modalidades deportivas distintas del fútbol— y sostuvo, como en la citada resolución de junio de 2022, que no era competente para valorar los motivos que la habían provocado.

La cuestión, desde luego, no es sencilla, y existen seguramente argumentos para decantarse de un lado o de otro en estos supuestos, que transitan en una escala de grises de muy distintas tonalidades. Como apuntábamos, la muy relevante carga valorativa del carácter esencial de la modificación conlleva realizar un igualmente relevante esfuerzo interpretativo para su determinación.

Sea como fuere, lo anterior nos permite recordar que habilitar la separación voluntaria del socio —no solo con motivo de una modificación sustancial, sino por cualquier otra causa— puede conllevar ciertas externalidades negativas dentro y fuera de la sociedad: no en vano, voces autorizadas de nuestra doctrina afirman que el derecho de separación es excepcional.

En el plano interno, como se apuntó al inicio, las causas de separación exceptúan el carácter vinculante de los acuerdos de la mayoría, cuestionando su poder. De hecho, decíamos entonces que estas causas tienen como fundamento la protección del socio minoritario. Por bienintencionado que ello sea, no debe olvidarse que los mecanismos de protección de la minoría, en determinados supuestos, pueden ser herramientas utilizadas con objetivos perversos y convertirse en verdaderas palancas de presión en manos de los socios minoritarios. Por otro lado, las causas de separación suponen un contrapeso al carácter cerrado, en ocasiones deliberado, de las sociedades limitadas y de aquellas sociedades anónimas cuya regulación estatutaria les confiera tal carácter.

En el plano externo, la separación del socio puede generar el riesgo —mayor o menor, según el caso— de descapitalización de la sociedad como consecuencia de la amortización de las acciones o participaciones del socio separado, con el consiguiente deterioro de la protección de los acreedores de la sociedad.

Sirvan las reflexiones anteriores para incidir sobre la conveniencia de valorar con detenimiento las circunstancias de cada caso a la hora de proyectar a una modificación estatutaria que afecte al objeto social —¿cuál va a ser la modificación concreta?, ¿esa modificación podría considerarse sustancial a la vista de la doctrina jurisprudencial y administrativa actuales?, ¿qué mayoría se espera recabar para la aprobación del acuerdo?— para evitar o, al menos, reducir en lo posible riesgos relacionados con el eventual ejercicio del derecho de separación.

4. Conclusiones

- i. La sustancialidad de la modificación del objeto social carga con un evidente componente valorativo que conlleva un importante esfuerzo interpretativo para su determinación.
- ii. La jurisprudencia del Tribunal Supremo estableció un marco interpretativo finalista que exige analizar si la modificación convierte a la sociedad en una realidad jurídica o económica distinta, alterando los presupuestos objetivos de ingreso del socio en la sociedad.
- iii. Algunas resoluciones recientes de la DGSJFP permiten comprobar cómo el órgano directivo ha aplicado el criterio anterior y calibrar el “umbral de sustancialidad” utilizado.
- iv. Conviene analizar con detenimiento las circunstancias de cada caso cuando se proyecte un acuerdo de modificación estatutaria que afecte al objeto social de cara a evitar o, al menos, reducir en lo posible riesgos relacionados con el eventual ejercicio del derecho de separación.

Foro de Actualidad

España

OBLIGACIONES *PROPTER REM* VINCULADAS A LOS BIENES INMUEBLES

Ignacio M. Nägele García de Fuentes y Sara Rodríguez Aparicio
Abogados del Área de Derecho Inmobiliario de Uría Menéndez (Madrid)

Obligaciones *propter rem* vinculadas a los bienes inmuebles

*En un contexto de creciente inversión internacional en el mercado inmobiliario español, resulta necesario ofrecer mecanismos que protejan a los inversores frente a los daños derivados de una administración defectuosa de inmuebles colindantes. En nuestro ordenamiento jurídico, la normativa que regula estos mecanismos se encuentra dispersa tanto a nivel territorial como por ramas del derecho. Debido a esta dispersión y amplitud normativa, el presente texto se centra en el análisis de las obligaciones *propter rem* que tienen los propietarios de bienes inmuebles por ostentar tal condición, siendo un mecanismo jurídico esencial para garantizar la adecuada conservación, mantenimiento y uso de los inmuebles, que protege tanto los intereses individuales de cada propietario como los intereses colectivos.*

PALABRAS CLAVE:

Propietario; Deber de conservación; Obligaciones *propter rem*; Régimen de propiedad horizontal; Daños y perjuicios.

Propter rem obligations over real estate assets

*In the context of rising foreign investment in the Spanish real estate market, investors need to be protected against damage resulting from the poor management of neighbouring properties. Spanish regulations governing this protection are scattered across different areas of law and territorial levels. This document therefore focuses on analysing owners' *propter rem* obligations. This is an essential legal mechanism for ensuring that properties are conserved, maintained and used properly, and for protecting both the individual and collective interests of owners.*

KEYWORDS:

property owner; duty of care; *propter rem* obligations; horizontal property regime; damages

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-6-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-09-2025

Nägele García de Fuentes, Ignacio M.; Rodríguez Aparicio, Sara (2025). Obligaciones *propter rem* vinculadas a los bienes inmuebles. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 123-133 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Hace ya años que los inversores internacionales desempeñan un papel protagonista en las operaciones inmobiliarias en España. Sin embargo, no es raro que estos se enfrenten a cierta sorpresa o confusión al tener que lidiar con una normativa y unos trámites que les resultan desconocidos, especialmente en lo relativo a los derechos que les asisten como propietarios de inmuebles. En particular, esta inseguridad es habitual cuando los intereses del propietario pueden verse afectados por las actuaciones de otros titulares de derechos sobre bienes inmuebles, como en casos de copropiedad, propiedades colindantes o medianerías, o en lo referente a los elementos comunes dentro de una comunidad de propietarios.

Disponer de la propiedad de un inmueble implica, en el derecho español, la asunción de una serie de deberes derivados de la necesidad de evitar riesgos o daños que este pudiera ocasionar, especialmente como consecuencia de una falta de diligencia en su conservación y mantenimiento. Esta preocupación ha estado siempre presente en la mirada del legislador. Ya en el derecho romano se preveía la *actio de effusis vel deiectionis*, que establecía una responsabilidad objetiva para el habitante del inmueble desde el cual se desprendía algún objeto que causara daño a un tercero, y que en nuestro ordenamiento encuentra su reflejo más cercano en el artículo 1910 del Código Civil ("CC"). Aunque la normativa actual difiere de aquella acción romana, subyace en ambas una misma lógica: la protección de los terceros frente a los perjuicios derivados de un mantenimiento deficiente del edificio.

En este contexto, el presente texto tiene por objeto analizar las principales normas en las que nuestro derecho privado establece obligaciones para los propietarios en relación con la conservación y el mantenimiento de sus inmuebles.

2. Obligaciones *propter rem* y otras figuras

En este contexto, y dejando a un lado la discusión doctrinal en cuanto a su clasificación como obligación o derecho real *in faciendo*, es indispensable mencionar las obligaciones *propter rem* de los propietarios de bienes inmuebles. Se trata de aquellas cargas o deberes que recaen sobre el titular de un bien por el mero hecho de contar con esa titularidad y se caracterizan por el hecho de que su existencia y exigibilidad están directamente vinculadas a la propiedad del bien, de modo que, cuando el inmueble se transmite, la obligación pasa automáticamente al nuevo propietario. Un ejemplo es el pago de las cuotas de la comunidad de propietarios en un edificio. Las obligaciones *propter rem* constituyen mecanismos jurídicos para garantizar el cumplimiento de ciertas presta-

ciones que resultan esenciales para la adecuada utilización, conservación o disfrute de los bienes inmuebles, así como para la protección de intereses colectivos o de terceros.

Por su parte, los derechos *ob rem* son aquellos derechos que, aun referidos a una cosa determinada, se encuentran subordinados a una relación jurídica específica y no otorgan un poder inmediato y directo sobre la cosa, a diferencia de los derechos reales (e. g., derecho de adquisición preferente del copropietario o derecho de tanteo o retracto del arrendatario).

Asimismo, en el ámbito de los derechos reales, es fundamental distinguir entre el *ius ad rem* y el *ius in re*. El *ius ad rem* es un derecho que otorga a su titular la facultad de exigir la adquisición de un derecho real sobre un bien, generalmente derivado de una relación obligacional previa. Por su parte, el *ius in re* es el derecho real propiamente dicho, que confiere a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa. Mientras que el *ius ad rem* es un derecho de crédito que puede convertirse en un derecho real, el *ius in re* implica ya la titularidad efectiva sobre el bien y, por tanto, la asunción de las obligaciones *propter rem* asociadas a él.

Pues bien, teniendo en cuenta los conceptos expuestos y a la luz de la naturaleza de los deberes y obligaciones analizados en el presente trabajo, resulta evidente que estamos ante obligaciones *propter rem*, que se distinguen precisamente por recaer sobre el titular en virtud de su condición de propietario, reforzando su naturaleza accesoria y real, y constituyen un elemento fundamental para asegurar el correcto uso de la propiedad de bienes inmuebles.

3. Obligaciones de mantenimiento y conservación según el Código Civil

El CC establece algunas obligaciones de mantenimiento para los propietarios. Se trata, en su mayoría, de obligaciones de carácter general y, en cierta medida, han sido superadas por la normativa derivada del régimen de propiedad horizontal y otras normas administrativas. Asimismo, el significado y el alcance de estas obligaciones han sido precisados por la jurisprudencia y la doctrina jurídica.

3.1. Deber de cuidado

Entre las obligaciones *propter rem* inherentes a la propiedad, el artículo 389 CC establece la obligación del propietario de demoler o ejecutar las obras necesarias si un edificio, pared, columna o cualquier otra construcción amenazase de ruina, con el fin de evitar su caída, o, de lo contrario, la autoridad pública competente podrá hacer que se derribe a costa del propietario.

Además, en estos casos, el propietario será responsable de los daños y perjuicios que se deriven de la ruina de todo o parte del edificio si esta se debe a la falta de reparaciones necesarias, es decir, si el propietario incumple los deberes preventivos, deberá responder por los daños causados de acuerdo con el artículo 1907 CC.

Según la jurisprudencia, este deber de cuidado tiene las siguientes características:

- i. La expresión “amenaza de ruina” no exige una declaración administrativa formal ni que la ruina sea real y presente, ya que el deber de cuidado impone también obligaciones preventivas¹. Basta con que exista un riesgo cierto y objetivo, evaluable de forma clara e independiente de percepciones subjetivas, que implique peligro para terceros (SAP Las Palmas, 21 de junio de 2018).
- ii. Ante una amenaza de ruina, el propietario debe optar entre demoler el edificio o realizar las reparaciones necesarias que eliminen el riesgo, siempre que estas sean viables. No obstante, si el inmueble tiene valor cultural, histórico o artístico, la normativa puede prohibir su demolición.
- iii. La autoridad competente ante una amenaza de ruina puede ser judicial o administrativa, según los intereses afectados. Si son privados, los tribunales pueden intervenir a instancia de los perjudicados; si hay un interés público, actúa la Administración.

En aquellos casos en los que el estado de los bienes inmuebles no pueda clasificarse de ruina, pero, aun así, causen daños a las propiedades de terceros por no haber actuado con la diligencia exigible, estos terceros perjudicados podrán exigir la correspondiente responsabilidad en virtud de los artículos 1902 y 1910 CC. Según el caso concreto, la jurisprudencia distingue la aplicación de la responsabilidad extracontractual regulada en el artículo 1902 CC y la responsabilidad objetiva o por riesgo regulada en el artículo 1910 CC. No obstante, en ambos casos, el propietario del bien podría quedar exento de responsabilidad si prueba que han actuado con la diligencia debida, sin que sea suficiente para exonerar de responsabilidad la simple observancia de las disposiciones reglamentarias, aunque no podrá exigirse al propietario mayor diligencia que la exigida a profesionales en la materia.

3.2. Obligaciones de mantenimiento

El CC contiene obligaciones de mantenimiento que se aplican específicamente a los copropietarios de un bien inmueble cuando este pertenece a varias personas en proindiviso (*i. e.*, condominio). No obstante, hay que tener en cuenta que, con respecto a los bienes inmuebles divididos horizontalmente, estas obligaciones han sido sustituidas por su régimen jurídico específico.

Según el artículo 395 del Código Civil, cada copropietario debe contribuir a los gastos necesarios para el mantenimiento del condominio y puede exigir a los demás que hagan lo mismo². Esta obligación presenta las siguientes características:

- i. Deriva directamente del hecho de ser copropietario, por lo que no requiere acuerdo previo entre los copropietarios para exigirse.
- ii. La contribución debe hacerse en proporción a la cuota de participación.
- iii. Quien adelante gastos comunes podrá reclamar su reembolso a los demás.

- iv. Se incluyen los gastos necesarios para conservar la cosa común y evitar su deterioro o destrucción, pero no los destinados exclusivamente a aumentar su valor o utilidad.
- v. Cualquier copropietario puede eximirse de esta obligación renunciando a su cuota, sin necesidad del consentimiento de los demás. Esta renuncia debe ser clara, inequívoca y conforme a la buena fe, sin que sea admisible si ha generado expectativas razonables de participación en los gastos.

3.3. Obligaciones derivadas de la servidumbre de medianería

Las servidumbres medianeras, reguladas en los artículos 571 y siguientes del CC, recaen sobre elementos (p. ej., muro, pared, zanja o seto) situados en la línea divisoria entre dos fincas, en posición vertical u horizontal, y se han llegado a considerar una forma de copropiedad tanto por la doctrina como por la jurisprudencia³. Su existencia implica diversas obligaciones de mantenimiento para los propietarios colindantes.

- i. Todos los propietarios deben contribuir a los gastos necesarios para el mantenimiento según su cuota de participación. Son obligatorias las obras y reparaciones necesarias para evitar daños en la medianera o en los edificios apoyados en ella. Todas las demás obras requieren el consentimiento unánime de los propietarios.
- ii. El principio general antes mencionado no se aplica en el caso de defectos o daños causados a la medianera por uno de los propietarios. En estos casos, el propietario responsable de los daños debe soportar la totalidad de los costes de las reparaciones.
- iii. Existen varias limitaciones a los derechos de uso de una pared medianera: no impedir al resto de los propietarios el ejercicio de sus derechos y el uso común, u obtener el consentimiento previo de los propietarios para construir y apoyar obras en la pared medianera o insertar vigas hasta la mitad del espesor de la pared.
- iv. Si el propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera desea demoler su edificio, puede renunciar a sus derechos relacionados con la pared medianera, pero será responsable de los gastos necesarios para evitar los daños que la demolición pueda causar a la pared medianera.
- v. Ningún propietario puede introducir ventanas o hacer agujeros en la pared medianera sin el consentimiento de los otros propietarios. En caso de que esto ocurra, los propietarios que no dieron su consentimiento tienen derecho a exigir el cierre de esos agujeros.

4. Obligaciones derivadas del régimen de propiedad horizontal

La Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (la "LPH") establece el marco legal para la regulación de las comunidades de propietarios organizadas como propiedad horizontal, introduce varias obligaciones de mantenimiento para los propietarios y prevé un margen de autonomía para la regulación interna de las comunidades, mediante la aprobación de sus propias normas específicas.

4.1. Régimen voluntario

Por un lado, los estatutos establecen el marco general de derechos y deberes derivados del régimen de propiedad horizontal, sin contravenir la ley, y deben ser aprobados por unanimidad de los propietarios y sus cuotas de participación (artículo 17.6 de la LPH). Como regla general, el régimen establecido por los estatutos no perjudicará a terceros si no se inscribe en el Registro de la Propiedad⁴. Sin embargo, esta regla tiene una excepción: si el tercero implicado ha tenido conocimiento de la existencia del régimen estatutario antes de adquirir su derecho o antes de la inscripción de los estatutos, este quedaría sujeto al régimen. Esta cuestión es crucial en el caso de los terceros que pueden tener derechos sobre los elementos que conforman la comunidad distintos de la propiedad (entre otros, contratos de arrendamiento o derechos de servidumbre).

Por otro lado, el artículo 6 de la LPH confiere a los propietarios la facultad de establecer normas para regular la convivencia y la utilización de los servicios y elementos comunes dentro de los límites de la LPH y los estatutos. Se centra, por tanto, en cuestiones cotidianas derivadas del funcionamiento de la comunidad de propietarios. Estas normas, que pueden recogerse conjuntamente en un reglamento de régimen interior, deben ser aprobadas por mayoría simple de los propietarios que representen la mayoría de las cuotas de participación, dado que, al no estar expresamente previsto en ninguno de los supuestos de mayorías específicas, será de aplicación la mayoría simple del artículo 17.7 de la LPH. Asimismo, al contrario que los estatutos, estas normas no tienen acceso al Registro de la Propiedad, aunque sí pueden ser eficaces frente a terceros si son conocidas por estos⁵.

La comunidad de propietarios puede establecer sanciones de carácter económico por el incumplimiento de los estatutos y las normas internas. No obstante, no puede privar al propietario infractor de su derecho de uso sobre la propiedad horizontal, pues solo los tribunales pueden hacerlo.

Al margen de las normas establecidas en los estatutos y en las normas de régimen interno, la junta de propietarios podrá acordar la realización de determinadas obras o reparaciones cuyo coste deberá ser asumido por cada propietario. Esta facultad podrá ejercerse en los siguientes términos:

4.2. Régimen legal

La LPH establece varios deberes y obligaciones para los propietarios en relación con el mantenimiento y conservación del inmueble, y distingue los deberes que se refieren a los elementos privativos de los que se refieren a los elementos comunes.

4.2.1. DEBERES Y OBLIGACIONES RELATIVOS A LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS

Las principales características del régimen jurídico de los elementos privativos que podemos destacar son las siguientes:

- A. Como regla general, de acuerdo con el artículo 7.1 de la LPH, todo propietario tiene derecho a modificar los elementos de su propiedad o local (los elementos privativos), siempre que (i) la alteración no perjudique la seguridad, la estructura general, la configuración o los elementos exteriores del edificio, ni los derechos de los demás propietarios, y (ii) se notifique previamente a los representantes de la comunidad de propietarios. En este sentido, la mera alteración no se califica a este respecto como impedimento, pues ello requiere que la alteración suponga un menoscabo objetivo de la seguridad del edificio, correspondiendo la carga de la prueba a la parte que lo alega.
- B. De acuerdo con el artículo 7.2 de la LPH, los propietarios no podrán realizar actividades ilícitas, peligrosas o insalubres en su propiedad o local, ni actividades prohibidas por las ordenanzas o que sean perjudiciales para el edificio⁶.
- C. Además, según el artículo 9.1 de la LPH, todo propietario debe cumplir con las siguientes obligaciones de mantenimiento de los elementos privativos:
 - i. Mantener su propia finca en un adecuado estado de conservación, sin perjudicar a la comunidad ni a otros propietarios. Esto implica la realización de todas las obras y reparaciones necesarias para evitar daños a los elementos comunes o a los demás elementos privativos del edificio.

En este sentido, destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 5 de octubre de 2023 por la que se determina que el propietario de una vivienda, independientemente de que estuviese ocupada ilegalmente, debe responder por los daños derivados de un incendio producido en ella, debido a que, pese a no tener la posesión de la vivienda, no llevó a cabo ninguna actividad diligente para evitar la producción del daño, es decir, califica la responsabilidad del propietario por los daños derivados de su inmueble como una responsabilidad objetiva.

- ii. Consentir las reparaciones y obras necesarias en su finca de acuerdo con la ley, teniendo derecho a indemnización por parte de la comunidad de propietarios por los daños causados, en su caso, tratándose de aquellas obras y reparaciones que se consideren necesarias para el normal funcionamiento del edificio.

4.2.2. DEBERES Y OBLIGACIONES RELATIVOS A LOS ELEMENTOS COMUNES

Por su parte, respecto a los elementos comunes, el artículo 9.1 de la LPH también establece una serie de obligaciones *propter rem* para todo propietario, que deberá:

- i. Contribuir, según su cuota de participación en la propiedad horizontal, a los gastos generales para el adecuado mantenimiento del edificio y sus servicios. Se entiende por “gastos generales” aquellos que son necesarios para el adecuado mantenimiento del edificio y de los elementos y servicios comunes, y que no pueden ser asignados y distribuidos individualmente a cada propietario.
- ii. Contribuir, según su cuota de participación, al fondo de reserva común constituido para las obras de mantenimiento, reparación y rehabilitación del edificio.

Por otra parte, y en contra de la regla general que establece que se requiere la aprobación de la comunidad de propietarios para la realización de obras que afecten a los elementos comunes, el artículo 10.1 LPH establece determinadas obras obligatorias que no requieren dicho acuerdo previo:

- i. Las obras necesarias para el mantenimiento y conservación del edificio y de sus servicios e instalaciones comunes, así como las reparaciones necesarias en caso de daños o deterioro del edificio o de sus elementos. Si no se cumplen estas obligaciones, la comunidad deberá indemnizar los daños producidos, incluso si son imputables a terceros, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer⁷.
- ii. Las obras necesarias para garantizar la accesibilidad universal al edificio, siempre que su coste anual no supere los gastos comunes ordinarios de doce meses, excluidas las subvenciones públicas aplicables. En este caso, se incluyen no solo las obras exigidas por la normativa aplicable, sino también las que se consideren razonables para tal fin (los tribunales determinan esta calificación caso por caso).
- iii. Las obras y toda alteración de la estructura del edificio (incluida la agregación o segregación de fincas o locales) derivadas de la inclusión del edificio en un plan de rehabilitación, regeneración o renovación urbanas, lo cual dependerá de las disposiciones específicas de dichos planes.

5. Obligaciones de aseguramiento de bienes inmuebles

La normativa española contempla mecanismos preventivos para proteger activos inmobiliarios mediante la contratación obligatoria de ciertos seguros. Entre ellos destacan los siguientes:

- i. Seguro decenal. Según el artículo 19.1 y la disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE), es obligatorio contratar un seguro de daños materiales

estructurales para edificios cuyo destino principal sea de vivienda, siempre que vayan a ser transmitidos a terceros. Esta obligación no se aplica al autopromotor individual de una única vivienda para uso propio⁸. El seguro, con una duración de diez años desde la recepción de la obra, cubre los daños materiales causados por vicios o defectos que afecten a elementos estructurales del edificio. El promotor inmobiliario es quien debe contratarlo, y son beneficiarios tanto él como los sucesivos adquirentes del inmueble o parte de este.

- ii. Seguro hipotecario. El Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrolla la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, establece en su artículo 10 que, cuando un bien inmueble garantiza un crédito hipotecario, debe contratarse un seguro de daños y debe incluirse el derecho de crédito vinculado al seguro en el registro especial previsto en el artículo 9 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre. Este seguro debe cubrir, como mínimo, incendios, explosiones, fenómenos meteorológicos (como pedrisco o heladas) y robo. La suma asegurada debe coincidir con el valor de tasación del bien, excluyendo el valor del suelo y de los elementos no asegurables por su naturaleza.
- iii. Seguros exigidos por la normativa regional. Algunos seguros específicos son exigidos por la normativa establecida por las Administraciones locales, como es el caso del seguro contra incendios y daños a terceros exigido para todos los edificios en la Comunidad Autónoma de Madrid⁹ o en la Comunidad Valenciana¹⁰.

6. Conclusiones

Aunque el presente análisis se ha centrado en el ámbito del derecho privado estatal, lo cierto es que no existe una regulación única y sistematizada sobre el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad de los propietarios derivada de los daños ocasionados por la situación de los inmuebles que les pertenecen. Estas obligaciones —especialmente las relativas a la conservación, el mantenimiento y la prevención de daños a terceros— se encuentran dispersas en distintas normas civiles y han sido objeto de constante desarrollo jurisprudencial.

En particular, los propietarios cuentan con diversas herramientas para proteger sus derechos. Entre ellas, destaca la posibilidad de ejercer acciones legales para exigir el cumplimiento de los deberes de conservación por parte de otros propietarios cuando exista un riesgo para sus bienes. Además, en casos de riesgo o daño causado por un inmueble, el afectado puede solicitar al juez la adopción de medidas cautelares —no enumeradas de forma cerrada en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)— siempre que se cumpla que (i) exista riesgo de ineficacia de la futura sentencia (*periculum in mora*), (ii) exista apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y (iii) la prestación de una garantía suficiente para cubrir los daños que pueda sufrir el demandado. Estas medidas son especialmente útiles para anticiparse a responsabilidades por falta de diligencia en la conservación del inmueble.

Por otro lado, los mecanismos *ex post* incluyen el régimen de responsabilidad civil regulado en los artículos 1902, 1907 y 1910 del Código Civil, que permite reclamar daños y perjuicios derivados

del incumplimiento de los deberes legales de mantenimiento, tanto en situaciones de culpa como en supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo, especialmente cuando el daño se produce por elementos estructurales del edificio o elementos comunes. Asimismo, existe la posibilidad de obtener compensación bajo los seguros obligatorios, aunque sea en supuestos más concretos (por ejemplo, el seguro decenal o el seguro de daños en bienes hipotecados).

En consecuencia, puede afirmarse que el derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles se encuentra limitado por un conjunto de obligaciones *propter rem* impuestas por el legislador con el objetivo de garantizar su conservación y mantenimiento. Tales deberes tienen una doble finalidad: proteger los derechos de terceros potencialmente afectados y favorecer la adaptación de los inmuebles a las exigencias legales, técnicas y funcionales vigentes en cada momento, lo que contribuye a una edificación más segura, sostenible y coherente con los intereses generales.

Notas

- 1 *Vid.* expresamente en este sentido la STS de 27 de noviembre de 2002, en la que se afirma que, dado que la *"ruina se presentaba amenazante, ya por ello obligaba a la propiedad a adoptar las medidas previstas en el artículo 389 del Código Civil"*.
 - 2 Nuestros tribunales han admitido ampliamente que cualquier copropietario pueda representar a la comunidad, siempre que, de prosperar su pretensión, reporte un beneficio a toda la comunidad. En particular, nos referimos al derecho de todo copropietario a usar la cosa común, siempre que no perturbe el uso de los demás copropietarios de conformidad con el artículo 394 CC, la obligación de no modificar la finca sin previo consentimiento de los demás copropietarios en virtud del artículo 397 CC, y la obligación de administrar y usar la cosa común según el acuerdo de la mayoría de los copropietarios según el artículo 398 CC. En este sentido, destacan las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1991, 2 de octubre de 1992 y 24 de junio de 2004.
 - 3 Destacan la Resolución de la Dirección General del Registros y del Notariado (actual DGSJFP) de 15 de septiembre de 2009 y la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2005.
 - 4 De conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la LPH *"el título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad"*.
 - 5 Aunque existe una corriente doctrinal minoritaria que defiende la posibilidad de inscribir las normas de régimen interior, que argumenta que en numerosas ocasiones estas se incorporan a los estatutos, lo cierto es que dichas normas no tienen acceso al Registro. En este sentido, Sánchez-Ferrero García (2001) afirma que *"tampoco las normas de régimen interior, acuerdos por los que se rige una comunidad de propietarios en su funcionamiento interno, constan en el Registro, y sin embargo, de existir está claro que vinculan a los propietarios recién llegados a la comunidad."* Por su parte, Magro (2024) indica que *"aunque no estén inscritas porque no se precisa hacerlo, y lo que debe hacer todo vendedor de inmueble es entregarlas en la compraventa al adquirente para que las conozca, ya que las estatutarias están en el registro de la propiedad inscritas"*.
 - 6 Corresponde al presidente de la comunidad requerir al infractor para que cese la actividad y, a estos efectos, el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de julio del 2012 precisa respecto de las facultades del presidente de la comunidad que *"no debe quedar supeditado al acuerdo de la Junta de Propietarios, pues ante la violación de normas de la Ley de Propiedad Horizontal y estatutaria, goza de la precisa legitimación causal para proceder a ejercitar las acciones que competen a la Comunidad en defensa de los intereses generales, cuando, además, el acto perturbador se realiza en franca contradicción de un acuerdo precedente de la Junta de Propietarios"*. Esta línea es seguida en la sentencia de 16 de marzo de 2023, en la que se indica que en vía contencioso-administrativa el presidente de una comunidad de propietarios que ostenta su representación está habilitado para interponer recursos, sin que le sea exigible que presente un acuerdo expreso de autorización por parte de la junta.
 - 7 Cuando se producen daños a terceros en relación con los deberes de mantenimiento y conservación del artículo 10.1 LPH, la jurisprudencia distingue la aplicación de la responsabilidad extracontractual regulada en el artículo 1902 CC y la responsabilidad objetiva o por riesgo regulada en el artículo 1910 CC, según el caso concreto. En este sentido, la SAP de Pontevedra de 22 de noviembre de 2013 declara que en el caso objeto de controversia resulta de aplicación el artículo 1910 CC, y no el artículo 1902 CC, siendo una clara muestra de la responsabilidad objetiva o por riesgo (SSTS 6 abril 2001 y 28 de mayo de 2008). Por tanto, la cuestión es determinar si se habían adoptado todas las medidas de conservación de forma que no fuera imputable a la comunidad demandada la causa del siniestro, correspondiendo la carga de la prueba a la demanda como titular del elemento común donde habían tenido lugar los daños materiales.
- En cambio, sí será exigible si transmite la vivienda antes del transcurso del citado plazo de garantía de diez años y el adquirente no le ha exonerado de la contratación del seguro. En concreto, no podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad la transmisión si no se acredita la suscripción del seguro decenal, salvo que el autopromotor acredite la exoneración por parte del nuevo adquirente.
- 8 De conformidad con el artículo 24 de la Ley 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas para la Calidad de la Edificación, todo edificio deberá estar asegurado por los riesgos de incendio y daños a terceros. El incumplimiento de esta obligación se considera una falta muy grave a efectos administrativos, tipificada en el artículo 26 de la mencionada ley, y sancionada con multa de 60.000 a 150.000 euros aproximadamente.
 - 9 Según el artículo 30 de la Ley de Vivienda de la Comunidad Valenciana, todo edificio destinado a vivienda deberá estar asegurado contra incendios y daños a terceros. El incumplimiento de esta obligación se considera una falta grave a efectos administrativos, tipificada en el artículo 68 de la misma ley, con la correspondiente multa (entre 600 y 3000 euros aproximadamente) como sanción.
 - 10 Este seguro está previsto que sea contratado por la comunidad de propietarios en su conjunto en el caso de propiedad horizontal, y cubrirá los elementos comunes del edificio. Las comunidades de propietarios que suscriban una póliza de seguro con cobertura ampliada frente a riesgos extraordinarios tendrán preferencia para obtener subvenciones públicas para la rehabilitación, conservación y mantenimiento del edificio.

España

LA AUDIENCIA PREVIA EN EL DESPIDO DISCIPLINARIO: UN NUEVO PARADIGMA TRAS EL CAMBIO DE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Remedios Rodríguez Fernández y María Batalla Rodríguez
Abogadas del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)

La audiencia previa en el despido disciplinario: un nuevo paradigma tras el cambio de doctrina del Tribunal Supremo

Han transcurrido ya varios meses desde la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2024, que supuso un giro trascendental en la regulación del despido disciplinario en España al establecer la obligatoriedad de conceder audiencia previa al trabajador antes de ejecutar la extinción contractual por motivos disciplinarios. Este cambio doctrinal, alineado con el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, refuerza el derecho de defensa del trabajador y obliga a las empresas a replantear sus procedimientos internos, introduciendo una garantía adicional que hasta esa fecha solo era exigible en supuestos muy tasados.

Con cierta perspectiva temporal, el presente artículo analiza, entre otras cuestiones, el alcance y las implicaciones prácticas de esta nueva exigencia, y aborda tanto los fundamentos jurídicos que la sustentan como las principales dudas interpretativas y los retos que ha venido planteando su aplicación en la práctica.

PALABRAS CLAVE:

Despido disciplinario; Audiencia previa; Garantías; Convenio de la OIT

Reconsidering the preliminary hearing in disciplinary dismissals: a new paradigm after the Supreme Court's doctrinal turn

Several months have now passed since the Supreme Court handed down its judgment on 18 November 2024, marking a fundamental shift in the regulation of disciplinary dismissals in Spain. The Court ruled that employees must be granted a prior hearing before termination on disciplinary grounds can be enacted. This change in case law is aligned with Article 7 of ILO Convention No. 158 and strengthens employees' right to defence. It also compels companies to reassess their internal procedures and introduces an additional safeguard that was previously only required in narrowly defined cases.

Taking a retrospective view, this article examines the scope and practical implications of the new requirement. It analyses the legal basis for the reform, as well as the main interpretative uncertainties and implementation challenges that have arisen in practice.

KEYWORDS:

disciplinary dismissal; preliminary hearing; safeguards; ILO Convention

FECHA DE RECEPCIÓN: 29-10-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 3-11-2025

Rodríguez Fernández, Remedios; Batalla Rodríguez, María (2025). La audiencia previa en el despido disciplinario: un nuevo paradigma tras el cambio de doctrina del Tribunal Supremo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 134-149 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

En este foro analizaremos sintéticamente la controversia suscitada a raíz de la sentencia del pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, n.º 1250/2024, de 18 de noviembre de 2024 (rec. 4735/2023) (la "STS de 18 de noviembre de 2024").

La citada sentencia altera la doctrina existente en la materia hasta la fecha e introduce un cambio significativo en el panorama laboral español, al establecer de forma novedosa la obligatoriedad de dar audiencia previa a la persona trabajadora antes de proceder a su despido por motivos disciplinarios.

En síntesis y con carácter general, se considera que los empleadores deben conceder a sus trabajadores un trámite de audiencia con carácter previo a ser despedidos disciplinariamente, salvo que no se les pueda exigir razonablemente que concedan dicha audiencia. Este trámite, como se expondrá más adelante, tiene por finalidad permitir que los trabajadores puedan defenderse por anticipado de los cargos que se les atribuyan.

A lo largo del presente artículo se tratará de ofrecer una visión de conjunto que permita al lector comprender la relevancia del citado pronunciamiento. Para ello, se comenzará analizando la naturaleza de la audiencia previa y el impacto de la normativa internacional en la materia, se abordarán las cuestiones principales en las que se centra la sentencia y, finalmente, se realizará un repaso de los aspectos prácticos que se han ido suscitando y que han sido (y siguen siendo) objeto de un intenso debate entre los profesionales del sector.

2. Contexto y antecedentes

Antes del análisis de las implicaciones que la STS de 18 de noviembre ha supuesto en el ámbito laboral, conviene realizar una breve aproximación a la figura de la audiencia previa al despido disciplinario desde el punto de vista de la normativa nacional e internacional, así como al tratamiento que tradicionalmente venía recibiendo por parte de los Tribunales españoles.

2.1. La audiencia previa al despido disciplinario: naturaleza y régimen jurídico

Como punto de partida, debemos comenzar conceptualizando la audiencia previa al despido disciplinario como un trámite formal mediante el cual el empleador comunica al trabajador los hechos justificativos de esta medida disciplinaria y le ofrece la oportunidad de exponer las alegaciones o pruebas de descargo que considere pertinentes. El propósito de este procedimiento consiste, por tanto, en evitar que se produzca la extinción del contrato sin que el interesado tenga un conocimiento adecuado de los motivos que la justifican y pueda, en su caso, refutarlos con carácter previo a la efectividad de la medida.

Con este concepto en mente y para tener una visión panorámica de la cuestión objeto de análisis, a continuación se darán unas pinceladas básicas sobre la regulación del despido disciplinario en España y, especialmente, sobre las obligaciones formales que la legislación vigente impone al empleador a la hora de adoptar esta drástica medida disciplinaria.

El despido, como acto de voluntad unilateral del empresario, se produce y es eficaz desde el mismo momento en que el trabajador adquiere un conocimiento cierto sobre la extinción de su relación laboral.

El hecho de que no se requiera la concurrencia de ulteriores requisitos para que el despido se considere válidamente producido no implica que la comunicación del despido se encuentre exenta de ciertas exigencias formales. Dichas exigencias, en el caso del despido disciplinario, se encuentran recogidas en el artículo 55.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre ("ET"):

- i. En primer lugar, este artículo exige que el empleador notifique el despido por escrito al trabajador, proporcionando una descripción clara y detallada de los hechos que motivan la extinción del contrato, así como la fecha a partir de la cual surte efecto la decisión.
- ii. En segundo lugar, el precepto regula de manera específica la situación de los representantes legales de los trabajadores y los delegados sindicales, e impone la obligación de abrir un expediente contradictorio previo al despido. Mediante este procedimiento no solo tiene la oportunidad de manifestarse el propio representante sujeto a la extinción contractual, sino que también se concede audiencia a los demás miembros de la representación de los trabajadores. Esta exigencia responde a la necesidad de proteger de forma reforzada a quienes ejerzan cargos de representación, de manera que el cese no pueda producirse

sin haber contrastado versiones y alegaciones que pudieran desvirtuar la decisión empresarial.

- iii. En tercer lugar, cuando la persona trabajadora afectada esté afiliada a una organización sindical y el empleador tenga conocimiento de ello, se establece la obligación de dar audiencia a los delegados sindicales propios de la sección sindical correspondiente. De esta forma, se pretende evitar que el despido encubra una represalia a la actividad sindical.
- iv. Finalmente, cabe señalar que el mencionado artículo reconoce la posibilidad de que a través de la negociación colectiva se establezcan otras exigencias formales adicionales para proceder al despido disciplinario. Esta cláusula permite que, en función de la rama de actividad o las circunstancias de cada sector, se refuerce la protección de los trabajadores más allá de los mínimos legales establecidos.

De lo anterior se extrae que, aunque el ET regula la forma y contenido de la comunicación del despido y contempla de forma tasada y expresa ciertas garantías adicionales cuando el afectado es un representante legal o sindical, la realidad es que no se pronuncia en ningún momento sobre la exigibilidad de dar audiencia al trabajador con carácter previo a la extinción disciplinaria.

Por ello, y al margen de lo que pudiera disponer al respecto el convenio colectivo que en cada caso resultara de aplicación, este análisis preliminar llevaría en principio a descartar que la audiencia previa al trabajador se constituya como una exigencia general e ineludible antes de adoptar la decisión de proceder al despido disciplinario, al menos desde el punto de vista de la legislación laboral española.

2.2. El convenio de la OIT

Es en este punto cuando entra en juego la normativa laboral internacional y, en concreto, el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador ("Convenio 158"), el cual, en su artículo 7, exige que se le confiera al trabajador la oportunidad de defender su posición antes de ser objeto de una decisión unilateral como sería el despido por motivos disciplinarios. El Convenio 158 fue ratificado por España y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* en fecha 29 de junio de 1985.

Con respecto a los métodos de aplicación, el artículo 1 establece que sus disposiciones deberán hacerse efectivas a través de la legislación nacional, salvo en aquellos casos en que estas disposiciones se apliquen por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, sentencias judiciales u otras formas conforme a la práctica nacional.

Retornando al mencionado artículo 7, ubicado en la Sección B sobre "Procedimientos Previos a la Terminación o en Ocasión de ésta", debemos comenzar señalando que establece lo siguiente: *"No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad"*.

Del tenor literal de este precepto es posible extraer ciertas ideas:

- i. La primera cuestión relevante es la restricción del ámbito de aplicación de esta garantía a aquellos supuestos en los que la terminación del contrato responde a razones relacionadas con la conducta o el rendimiento del trabajador, esto es, a despidos disciplinarios. Esto implica que el trámite de audiencia previa no sería exigible en el caso de otras decisiones extintivas unilaterales, como por ejemplo los despidos objetivos cuando descansan en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción (quizás podría plantearse la duda respecto de otras causas objetivas, como se analizará más adelante).
- ii. En segundo lugar, cabe destacar que este precepto no establece un procedimiento ni unos requisitos específicos en cuanto a forma o contenido para que el trámite de audiencia previa se considere completado de forma satisfactoria por el empleador. Más bien, simplemente se apunta a la mera exigencia de brindar al trabajador la posibilidad de rebatir los hechos imputados o los motivos esgrimidos por la empresa.

Como también se tratará más adelante, dicha inconcreción concede *a priori* un amplio margen a los empleadores a la hora de articular este trámite (mediante la organización de una reunión presencial, la apertura de un expediente contradictorio con la posibilidad de presentar alegaciones por escrito, etc.).

- iii. Finalmente, debe prestarse especial atención a la excepción que recoge el propio precepto cuando indica que será exigible otorgar audiencia previa al trabajador *"a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad"*. Esta salvedad, cuyo contenido ciertamente adolece de cierta vaguedad, contempla la posibilidad de que se exima a la empresa de este deber en escenarios excepcionales y debidamente justificados, por ejemplo, cuando resultase materialmente imposible, inútil o excesivamente gravoso escuchar la versión del trabajador antes de la toma de la decisión definitiva sobre la extinción del vínculo laboral.

Ahora bien, tal y como se expondrá más adelante, esta última excepción no puede entenderse como una carta blanca para que el empleador prescinda de este trámite en la mayoría de los casos.

2.3. Situación previa: doctrina jurisprudencial anterior a la STS de 18 de noviembre de 2024

En relación con la aplicación del artículo 7 del Convenio 158 en el ordenamiento jurídico español, la posición tradicional del Tribunal Supremo se fundamenta en una línea jurisprudencial consolidada desde finales de la década de los ochenta. En este sentido, resoluciones como las del 4 de noviembre de 1987 y 8 de marzo de 1988 establecieron que el artículo 7 del Convenio 158 no era de directa aplicación y que, además, existían las suficientes garantías de defensa frente al despido en el ordenamiento interno como para considerar satisfechas las obligaciones establecidas por la normativa internacional.

Según este criterio, la aplicación directa de dicha disposición internacional requeriría un desarrollo normativo específico, competencia que no corresponde al poder judicial, sino al legislador. Dicho de otro modo, el Tribunal Supremo venía considerando que la incorporación de las garantías previstas en el Convenio 158 debía realizarse en todo caso a través de la correspondiente adaptación legislativa, y no mediante la aplicación directa e inmediata de sus preceptos por parte de los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, se consideraba que la normativa española era suficiente para garantizar que el trabajador tuviese un conocimiento adecuado de los cargos imputados en el marco de un despido disciplinario y pudiese ejercer una defensa adecuada, particularmente en el contexto del proceso laboral, gracias a la existencia de normas sobre la carga de la prueba que resultaban especialmente eficaces para este fin.

Las resoluciones emitidas por los Tribunales Superiores de Justicia en la materia objeto de análisis han sido escasas y unánimes, y han reiterado los criterios previamente establecidos por el Tribunal Supremo. Así lo evidencian, por ejemplo, la STSJ Cataluña de 16 de enero de 2014 (rec. 4441/2013), la SSTSJ Comunidad Valenciana de 21 de noviembre de 2023 (rec. 1984/2023) y de 21 de noviembre 2023 (rec. 1984/2023) o la STSJ de Murcia de 12 de marzo 2024 (rec. 837/2023).

3. La STS de 18 de noviembre de 2024: un cambio radical de paradigma

Es en este contexto cuando se dicta la novedosa STS de 18 de noviembre de 2024, en la que, resolviendo el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, se aborda un asunto de especial relevancia en el ámbito jurídico-laboral: la obligatoriedad de ofrecer al trabajador, antes de que se produzca su despido disciplinario, la posibilidad de exponer su defensa respecto de las conductas que se le atribuyen. Este pronunciamiento —como se ha venido adelantando— supone un punto de inflexión respecto de la interpretación de la normativa laboral de carácter internacional y un importante cambio en la doctrina judicial española.

A modo de contexto, el objeto del litigio se centra en el despido disciplinario de un profesor de un centro de formación escénica, a quien se le imputan conductas de acoso y hostigamiento hacia varias alumnas. La entidad titular del centro, tras llevar a cabo una investigación interna y recabar diversos testimonios, despide al trabajador por transgresión de la buena fe contractual y por incumplimiento de sus deberes de empleado público adscrito a un ente del sector instrumental de la Comunidad Autónoma correspondiente.

El trabajador impugna la medida ante la jurisdicción social, alegando tanto la inexistencia de las conductas imputadas como la concurrencia de defectos formales, pero el Juzgado de lo Social falla a favor de la entidad empleadora al declarar procedente el despido. Sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares revoca esta decisión y subraya que no se habían cumplido los requisitos formales que el Convenio 158 exige al empleador con carácter previo a la extinción. En consecuencia, determina que el hecho de no haber concedido una audiencia previa al empleado para conocer los hechos que se le imputaban y darle la oportunidad

de defenderse de ellos suponía un defecto formal y la necesaria declaración de improcedencia del despido.

El pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo gira, por tanto, en torno a la aplicabilidad del artículo 7 del Convenio 158 y, en caso de resultar aplicable, al alcance de dicho precepto.

En primer lugar, el Tribunal Supremo reconoce que el requisito de conceder audiencia al trabajador para exponer su defensa respecto de las conductas constitutivas de despido que se le atribuyen forma parte del ordenamiento interno desde la ratificación y publicación oficial del Convenio 158.

En segundo lugar, considera que la literalidad del artículo 7 de este Convenio 158, al prohibir la terminación de la relación laboral por motivos de conducta sin ofrecer la posibilidad de defensa, incide con carácter obligatorio en el régimen jurídico del despido disciplinario. En este sentido, la Sala admite que, hasta el presente, no existía en el ET una regla general que obligase al empresario a oír al trabajador antes de proceder al despido, salvo en supuestos muy concretos (como se ha visto, despidos disciplinarios de representantes sindicales y otros supuestos asimilados).

Por ello, se alcanza la conclusión de que esta carencia normativa contraviene, al menos formalmente, el tenor literal del artículo 7 del Convenio 158, puesto que no se ha integrado en la legislación social una disposición de audiencia previa de carácter universal y no restringida a casos especiales.

La sentencia profundiza en otro aspecto relevante: la distinción entre la posibilidad de defenderse previamente ante el empleador y la posibilidad de impugnar judicialmente el despido una vez consumado. El Tribunal subraya que el Convenio 158 contempla ambas garantías como derechos diferenciados. Por tanto, el mero hecho de que el trabajador pueda acudir posteriormente a los tribunales y defender su postura no suple la obligación que pesa sobre el empresario de darle la ocasión de explicar o rebatir las acusaciones antes de ejecutar la extinción contractual. De lo contrario, el derecho a la defensa en sede administrativa o laboral perdería sentido como medida preventiva al quedar relegado a un momento posterior al despido.

Aun así, el Tribunal Supremo señala que existe una cláusula de excepción en el artículo 7 del Convenio: aquella que exime de la obligación de dar audiencia cuando *"no pueda pedirse razonablemente"* al empleador que lo permita. En el caso objeto de autos, la Sala señala que la entidad empleadora actuó conforme a la jurisprudencia existente, que no exigía esta audiencia previa con carácter general. Por tanto, se considera que no se le puede reprochar al empleador una conducta que, desde la perspectiva del "estado de la cuestión" en el momento del despido, se estimaba ajustada a la ley. De hecho, como hemos expuesto anteriormente, la propia jurisprudencia española (incluida la del Tribunal Supremo) había sostenido reiteradamente que el derecho a impugnar el despido y la existencia de trámites de conciliación preprocesal "colmaban" las exigencias de defensa a pesar de no constituirse como una audiencia previa como tal.

De esta manera, a partir de la lectura de la sentencia, se puede constatar una cierta "rectificación" parcial de la doctrina tradicional: ahora se reconoce la plena vigencia del artículo 7 del Convenio

158 de la OIT y su aplicabilidad directa en el ámbito del despido disciplinario, de modo que se sienta el principio de que la audiencia previa es un requisito formal previo al despido disciplinario.

Al alinearse con el Convenio 158, se reconoce que el fin principal de la audiencia previa es de índole garantista, ya que ofrece una oportunidad al trabajador para presentar alegaciones en un momento en que la empresa haya de valorar la adopción de la sanción más grave posible en el contexto de la relación laboral: la extinción del vínculo laboral por causa disciplinaria. El Tribunal Supremo básicamente efectúa un contraste entre la literalidad del mencionado artículo 7 y la tipología de exigencias formales recogidas en el ET (carta de despido por escrito y fecha de efectos), y concluye que dichas exigencias no satisfacen por sí solas la obligación de dar la oportunidad efectiva de defensa, que es aquello que realmente proclama el Convenio 158.

Por último, conviene subrayar que la sentencia no entra al fondo de las acusaciones por acoso y hostigamiento contenidas en la carta de despido, puesto que se limita a resolver el problema jurídico de la audiencia previa y la coherencia del proceder empresarial con la jurisprudencia imperante en su momento. De hecho, el Tribunal Supremo anula en parte la decisión del Tribunal Superior de Justicia y dispone que se retrotraiga el procedimiento al momento procesal oportuno para que se analicen las imputaciones del despido con detalle.

En resumen, esta sentencia, cuyo razonamiento jurídico ya ha sido ratificado en sentencias posteriores del propio Tribunal Supremo (entre otras, sentencia 185/2025 de 11 de marzo de 2025 [rec. 939/2024]), plantea un verdadero hito en la interpretación del despido disciplinario tal y como se había venido entendiendo hasta la fecha, al reconocer de forma clara la vigencia y la aplicación directa del derecho de audiencia previa contenido en el artículo 7 del Convenio 158. Se abre así un escenario novedoso para las empresas, los trabajadores y, en general, para el conjunto del orden jurisdiccional social, puesto que el Tribunal Supremo comienza a exigir un trámite que, hasta la fecha, no constituía un requisito generalizado en la legislación española. Ello implica, en última instancia, un reforzamiento del principio de tutela efectiva en el ámbito de la extinción de la relación laboral.

4. Cuestiones de interés suscitadas a raíz de la STS de 18 de noviembre de 2024

Es un hecho que la disruptiva STS de 18 de noviembre de 2024 ha generado un intenso debate en el ámbito de las relaciones laborales al fijar de forma novedosa, como se ha explicado, la obligatoriedad de conceder audiencia previa a la persona trabajadora antes de proceder a su despido disciplinario.

Esta exigencia —como era de esperar— ha planteado numerosos interrogantes en el sector, especialmente en relación con su aplicación práctica, que habrá de ir resolviendo la doctrina judicial, mediante su regulación en convenios colectivos o —tampoco es descartable— mediante un futuro cambio legislativo. Sin ánimo exhaustivo, a continuación se abordarán algunas de estas cuestiones.

4.1. ¿Qué despidos quedan afectados?

El punto de partida consiste en determinar en qué supuestos concretos es preciso conceder trámite de audiencia previa o —dicho de otro modo— qué despidos se ven alterados a raíz del cambio de doctrina. Ello se puede abordar desde un doble punto de vista: por un lado, desde la perspectiva objetiva y, por otro, desde la temporal.

Respecto a la primera cuestión, la STS de 18 de noviembre de 2024 no alberga dudas de que los despidos afectados son los disciplinarios, pues, como se había adelantado, el artículo 7 del Convenio 158 se circunscribe a aquellos basados en "*motivos relacionados con [la] conducta o [el] rendimiento*" de la persona trabajadora.

En efecto, se coincide en que dicha literalidad está referida a extinciones motivadas por causas disciplinarias. Ello lleva a excluir *ipso facto* el trámite de audiencia previa para el caso de despidos objetivos (la otra modalidad de despido existente en nuestro ordenamiento jurídico), en tanto en cuanto estos se fundamentan en causas no relacionadas directamente con la voluntad o los actos de la persona trabajadora.

Dicho lo anterior, podría plantearse la duda razonable de si el trámite de audiencia previa ha de respetarse igualmente en determinados supuestos de despidos objetivos que, en cierto modo, pueden entenderse relacionados con el rendimiento del trabajador e inherentes a su persona (véase el caso de la ineptitud conocida o sobrevenida, o la falta de adaptación a los cambios técnicos producidos en el puesto de trabajo, apartados *a* y *b* del artículo 52 del ET, respectivamente). A nuestro juicio, y atendiendo a los precedentes dictados hasta la fecha y al propio tenor del artículo 7 del Convenio 158, tal posibilidad quedaría descartada.

En cuanto al ámbito temporal, igualmente resulta claro que esta nueva doctrina afecta a los despidos disciplinarios llevados a cabo con posterioridad a la publicación de la STS de 18 de noviembre de 2024 (dicho de otro modo, los despidos realizados antes de dicha publicación no se ven impactados por este cambio). Y sobre ello no hay duda, por cuanto el propio Tribunal Supremo lo determina de forma expresa en su sentencia, si bien de una forma —podría decirse— un tanto imaginativa.

En efecto, lo que en la práctica vendría a ser una suerte de aplicación del principio de irretroactividad (más propio de las leyes que de un cambio de doctrina), el Tribunal Supremo niega que su postura descansa en tal canon y, en su lugar, determina que la no aplicabilidad de la nueva doctrina a los despidos acaecidos con anterioridad pivota sobre la excepción prevista en el artículo 7 del Convenio 158 (recordemos, "*a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad*"). Y ello por cuanto no puede estimarse razonable pedir al empleador que cumpliera con un trámite que, en el momento del despido, la jurisprudencia había reputado innecesario.

Sea como fuere, es evidente que el anterior criterio interpretativo proporciona seguridad jurídica y deja claras las reglas del juego a la hora de limitar el impacto del cambio de doctrina a los despidos disciplinarios llevados a cabo "a futuro".

A pesar de ello, ya se ha dictado algún pronunciamiento que contradice el referido criterio. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Baleares, de 12 de febrero de 2025 (rec. 537/2024), que, con un voto particular, estima la exigibilidad de la audiencia previa con anterioridad a la STS de 18 de noviembre de 2024 y declara la improcedencia de un despido anterior a dicha fecha por el incumplimiento del artículo 7 del Convenio 158 OIT. Esencialmente, el núcleo de su razonamiento reside en el hecho de que el Tribunal Supremo no está imponiendo una regla absoluta de inexigibilidad retroactiva de la audiencia previa al despido, sino una norma general (i. e., mientras la doctrina anterior era clara y aceptada, no se podía exigir razonablemente a los empleadores que cumplieran con la exigencia de audiencia previa) a fin de garantizar seguridad jurídica, que puede ser objeto de excepciones atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso.

De hecho, así lo sugiere la propia STS de 18 de noviembre de 2024 al advertir que *“el criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a dar la audiencia que, como excepción que es, vendrá determinada por las concretas circunstancias que rodeen cada caso y que permitan justificar que el empleador no podía o tenía que conceder esa posibilidad que no es lo mismo que eludirla”*.

Pues bien, el referido Tribunal Superior de Justicia considera que la garantía de audiencia previa es exigible en el caso analizado por dos motivos:

- i. En primer lugar, y como fundamento determinante, porque ha existido un consenso entre las partes sobre la exigibilidad de dicho trámite. En este sentido, la empresa demandada no invocó en el momento procesal oportuno que no podía razonablemente cumplir con dicha exigencia. En lugar de alegar indefensión, la empresa argumentó que había cumplido con la audiencia previa mediante la audiencia al delegado sindical, lo que, por su parte, no equivale ni satisface la exigencia de la audiencia previa. Este consenso — podría decirse implícito— respecto a la exigibilidad de la garantía de audiencia previa, renunciando con ello la parte demandada al supuesto de excepcionalidad, determina la plena exigibilidad de la garantía.
- ii. En segundo lugar, porque, en la fecha del despido (julio de 2023), la doctrina de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Baleares sobre la exigibilidad de la audiencia previa ya era conocida y aplicable en el ámbito balear. La empresa, debido a su tamaño e importancia, tenía perfecto conocimiento de esta evolución jurisprudencial y no podía tener la confianza legítima ni la seguridad jurídica de que tal exigencia no resultara aplicable, sin que fuese necesario *“esperar el refrendo por el Tribunal Supremo”*.

Partiendo de la anterior línea interpretativa, el mismo TSJ alcanza una solución opuesta solo unos días más tarde, en su sentencia de 21 de febrero de 2025 (rec. 534/2024), al considerar que el requisito de la audiencia previa no era exigible por las concretas circunstancias que concurrían en ese caso: por un lado, la demandada es una pequeña empresa, por lo que no puede inferirse que, a fecha del despido, necesariamente conociera la doctrina del TSJ balear relativa a la aplicabilidad directa del artículo 7 del Convenio 158 y, por otro, no consta que la parte actora reclamara en la papeleta de conciliación el cumplimiento efectivo de la garantía de la audiencia previa.

A nuestro juicio, la principal cuestión controvertida que surge del planteamiento del TSJ de Baleares es la relativa a determinar en qué casos la empresa tenía (o, más bien, debía tener) conocimiento o no de la necesidad de cumplir con el trámite de audiencia, con anterioridad a la STS de 18 de noviembre de 2024. En este sentido, son varios los interrogantes que, sin demasiada reflexión, surgen. ¿Cuáles habrían de ser los criterios a considerar para valorar si debe aplicarse o no la excepción? ¿El tamaño de la empresa implica necesariamente el ser conocedor de una determinada doctrina? Y aun asumiendo que se conociera, ¿ello permite a los tribunales de inferior instancia “sortear” la regla establecida por el propio Tribunal Supremo?

En fin, habrá que esperar con expectación para conocer qué recorrido tiene este criterio interpretativo y, sobre todo, qué postura adoptará al respecto el Tribunal Supremo.

4.2. ¿Cómo debe llevarse a cabo la audiencia previa?

Analizada la cuestión de qué despidos se ven afectados por el cambio de doctrina, ahora se pasa a tratar uno de los interrogantes más suscitados, que no es otro que la forma en la que ha de otorgarse la audiencia previa: si debe ser por escrito, concediendo un determinado plazo para que el trabajador presente alegaciones, o si basta con un simple trámite verbal. La incertidumbre en este plano surge porque, si bien la normativa internacional establece el deber de garantizar el derecho de defensa del trabajador, no especifica el procedimiento que debe seguirse a tal efecto.

Atendiendo a la STS de 18 de noviembre de 2024, *“basta, simplemente, con permitir al trabajador que se defienda de los cargos sobre su conducta o trabajo”*.

De tal afirmación se extrae que no existe una regla general al respecto y que las empresas cuentan con cierto margen de flexibilidad, siempre y cuando, eso sí, se garantice que la persona trabajadora es efectivamente oída antes de acometer el despido. En este sentido, más allá del modo en que se adopte (y sin perjuicio de que, como resulta evidente, la forma escrita siempre resultará más aconsejable desde el punto de vista probatorio), la clave reside en ofrecer a la persona trabajadora un plazo razonable para ser escuchada sobre los hechos que justifican su despido, cuya concreta duración habrá de fijarse atendiendo a las circunstancias concretas de cada supuesto.

La subsiguiente cuestión que se plantea es a qué concretos criterios se puede recurrir para determinar dicha duración. Si existe un convenio o acuerdo colectivo que regule la audiencia previa, esta dificultad práctica desaparecería, pues simplemente habría de respetarse el plazo específico en él contemplado. En ausencia de lo anterior, lo razonable es tratar de aplicar el mecanismo de la analogía en relación con otros casos de audiencia previa. Uno de los supuestos paradigmáticos sería el de la audiencia al delegado sindical en los despidos de trabajadores afiliados a sindicatos, en los términos de los artículos 10.3.3.º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y 55.1 del ET. Si bien los citados preceptos no especifican plazo alguno, se puede tomar como referencia de “mínimos” la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2006 (rec. 2276/2005) que, matizando su anterior doctrina, determina que un plazo de audiencia de 24 horas resulta insuficiente a los efectos de que los delegados sindicales puedan articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador afiliado.

Como apunte a lo anterior, un plazo superior generalmente resultará más conservador, sin perjuicio de que perfectamente puede darse el caso de que, atendiendo a los hechos concretos que concurren (por ejemplo, la simplicidad de la infracción cometida) la finalidad de la audiencia previa pueda entenderse cumplida con todas las garantías en un plazo más reducido.

En cualquier caso, si bien desde el punto de vista teórico podría considerarse que no hay obstáculo para llevar a cabo la audiencia previa y la entrega de la carta de despido en un mismo acto, dando la oportunidad al trabajador de que alegue verbalmente cuanto considere, por razones evidentes (entre otras, la imposibilidad material de recabar prueba que apoye sus alegaciones) no resulta lógico pensar que en tal supuesto se encuentre en condiciones óptimas para defenderse de forma real y, en última instancia, que se esté garantizando de forma efectiva su derecho de defensa.

Si bien se habrá de estar atento a los pronunciamientos judiciales que, con toda probabilidad, se irán sucediendo y a la casuística de cada despido, hoy en día es posible identificar algunos precedentes dictados en la materia que, en cierto modo, pueden servir de referencia a la hora valorar estas cuestiones prácticas.

A modo ilustrativo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 14 de octubre de 2024 (rec. 486/2024) ha considerado que, en un supuesto en el que la empresa se reunió con la trabajadora para explicarle las causas de su despido disciplinario —con la posibilidad de que alegase lo que estimase pertinente—, el mismo día en el que le hizo entrega de la correspondiente carta de despido, el requisito de audiencia previa se entiende cumplido, al haberse respetado la garantía de defensa previa al despido.

O, por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de abril de 2023 (rec. 1436/2022), que considera que no es exigible que el trámite de audiencia previa se lleve a cabo por escrito ni respetando unas determinadas formalidades (como sí se requeriría, por ejemplo, en el caso de un “expediente contradictorio”), siendo relevante la forma en que se articule la posibilidad de defensa a los únicos efectos probatorios, esto es, a fin de permitir a la empresa acreditar que ha cumplido con su obligación.

4.3. ¿Qué excepciones pueden concurrir para no otorgar la audiencia previa?

La STS de 18 de noviembre de 2024 tampoco precisa los criterios para determinar la razonabilidad de la excepción prevista en el artículo 7 del Convenio 158 (“*a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad*”), lo que deja esta valoración al criterio de las empresas y, en última instancia, de los tribunales. Ello, nuevamente, incrementa de forma notable la inseguridad jurídica para las partes, pues el juicio de “razonabilidad” lleva *per se* aparejado un marcado carácter subjetivo.

Recordemos que, conforme a la STS de 18 de noviembre de 2024, el hecho de no respetar la audiencia previa por parte del empleador, como excepción que es, “*vendrá determinado por las concretas circunstancias que rodeen cada caso y que permitan justificar que el empleador no podía o tenía que conceder esa posibilidad que no es lo mismo que eludirla*”. Es decir, la empresa debe

poder demostrar que, en el caso concreto, concurren circunstancias que hacen inviable o irrazonable la audiencia previa.

Es el propio Tribunal Supremo quien se sirve de esta excepción para concluir que no es razonable exigir la observancia de la audiencia previa a aquellas empresas que hubiesen llevado a cabo despidos disciplinarios con anterioridad a la publicación de la sentencia, dado que no estaban incumpliendo ningún trámite al amparo de la anterior doctrina, vigente en el momento del despido.

Pues bien, a continuación se expondrán algunas otras de las situaciones que, *a priori*, podrían encontrar encaje en la referida excepción:

- i. En primer lugar, cuando concurren circunstancias de urgencia o gravedad extrema. Esto es, parece razonable pensar que, si la situación requiere una actuación inmediata para proteger intereses esenciales (i. e., existe un riesgo grave e inminente para la seguridad de personas, bienes o la propia actividad empresarial), la empresa pueda estar “legitimada” para omitir la audiencia previa. Este sería el caso, por ejemplo, de un trabajador que es sorprendido cometiendo un acto violento o delictivo en el centro de trabajo, donde la permanencia de este supone un peligro inmediato, bien para el resto de la plantilla, o bien para el propio empresario.
- ii. En segundo lugar, en caso de incomparecencia o imposibilidad de localización del trabajador. Si el trabajador se encuentra en paradero desconocido, ha abandonado el puesto de trabajo sin dejar rastro o, tras intentos razonables de localización (comunicaciones fehacientes, burofax, llamadas, etc.), no es posible contactar con él, la empresa igualmente podría estar eximida de la obligación. Lo mismo se aplicaría en caso de negativa expresa del trabajador a participar en la audiencia, es decir, si el trabajador, debidamente citado y con constancia de la comunicación, rehúsa o se niega a participar en el trámite de audiencia, la empresa no estaría obligada a reiterar el ofrecimiento ni a demorar la decisión del despido.
- iii. Cuestión quizás más controvertida es la relativa a supuestos en los que el contrato de trabajo está suspendido por encontrarse el empleado, entre otros motivos, en situación de incapacidad temporal. Aquí, nuevamente, será preciso atender a las particularidades concurrentes para valorar el canon de razonabilidad. Como regla general, podría señalarse que, si el trabajador está en situación de IT, pero se encuentra localizable y puede ser oído (por ejemplo, mediante carta, correo electrónico o videollamada), la empresa debería intentar cumplir con el trámite de audiencia (aunque podría ser discutible que el empleado se encuentre en condiciones plenas —o, al menos, razonables— para defenderse de los cargos que se le atribuyen).

Parecería que, solo si la situación de incapacidad imposibilita de forma objetiva y acreditada la comunicación o la defensa del trabajador (en casos tales como hospitalización grave, estado de inconsciencia, incapacidad cognitiva transitoria, ingreso en UCI, etc.), podría considerarse justificada la excepción. No obstante, el empresario habrá de ser extremadamente cauteloso en estos casos, tratando en la medida de lo posible ser capaz de justificar que el despido no podía llevarse a cabo en otro momento (por ejemplo, por razones de

prescripción de la falta cometida), para minimizar el riesgo de que se le achaque una suerte de “mala fe” y comportamiento oportunista respecto a un trabajador que, materialmente, se ve impedido para atender la audiencia previa.

En este contexto, resulta ejemplificativo el supuesto analizado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de junio de 2024 (rec. 6632/2023), en el que la falta de audiencia previa se debió a que el trabajador se encontraba de vacaciones en el momento del despido y a que la sanción podía estar prescrita una vez que regresase de su tiempo de descanso. Es, precisamente, esa posibilidad de prescripción la que llevó a la Sala a concluir que era aceptable entender que dicho supuesto debía ser considerado como constitutivo de la excepción que a la audiencia previa al despido prevé el propio artículo 7 del Convenio 158.

- iv. Por último, cuando exista un riesgo de alteración de pruebas o de obstrucción a la investigación. En situaciones excepcionales, si la audiencia previa puede poner en peligro la investigación de hechos de carácter muy grave (p. ej., acoso sexual, sustracción de bienes, etc.), y existe un riesgo real y acreditado de destrucción de pruebas, represalias o coacciones a testigos, podría valorarse la excepción. No obstante, en este tipo de casos quizá podría valorarse (y probablemente resultaría más garantista) la posibilidad de que el empresario le concediese un permiso retribuido durante la tramitación del expediente disciplinario, con el fin de mitigar el riesgo anterior, a la vez que se garantiza el trámite de audiencia.

En cualquiera de los casos expuestos y frente a la previsible litigiosidad que se augura ante el novedoso cambio de doctrina, en cualquier caso sería recomendable que la empresa que invoque la excepción (i) justifique la razonabilidad de la omisión, explicando por qué, en el caso concreto, no era posible o resultaba desproporcionado exigir la audiencia; y (ii) en apoyo de lo anterior, trate de acreditar de forma fehaciente las circunstancias que motivan la imposibilidad de llevarla a cabo (informes médicos, comunicaciones enviadas al empleado o intentos de comunicación, etc.). Y todo ello sin perder de vista que el control de la excepción corresponderá en última instancia a los tribunales, que valorarán caso por caso si la empresa ha actuado de forma diligente y si la omisión de la audiencia previa está (o no) justificada.

En definitiva, si bien no existe *un numerus clausus* de casos en los que es posible acogerse a la excepción a la audiencia previa y será preciso atender a las circunstancias concurrentes en cada supuesto, como regla general sí que puede afirmarse que habrá de invocarse de forma restrictiva y sobre la base de una justificación suficientemente objetiva y acreditada.

4.4. ¿Qué consecuencias se derivan de no conceder la audiencia previa?

Cabe analizar, finalmente, las consecuencias aparejadas al incumplimiento de la audiencia previa: declaración de improcedencia del despido, por entenderse que no se ha cumplido con un requisito formal en los términos previstos en el artículo 55 del ET, o su nulidad. Esta cuestión es crucial, ya que, como es sabido, la calificación del despido como improcedente o nulo conlleva implicaciones muy diferentes en un caso y en otro.

A nuestro modo de ver, y sin perjuicio de los pronunciamientos judiciales que se vayan sucediendo, la respuesta a dicho interrogante ha de ser categórica: el incumplimiento de la audiencia previa no puede derivar en consecuencia alguna que no sea la improcedencia del despido; dejando al margen, evidentemente, aquellos casos en los que, por las circunstancias concurrentes ajenas a dicho incumplimiento, existan causas de nulidad. Y ello se afirma por varios motivos.

En primer lugar, ya la propia normativa laboral española (véase el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores), así como la jurisprudencia que la interpreta, prevé de forma expresa esta consecuencia en aquellos supuestos en los que no queda acreditada la causa del despido o, a lo que a estos efectos interesa, cuando se haya incurrido en defectos formales, como sería el caso de la omisión de la audiencia previa. En el contexto de dicha previsión legal, lo cierto es que no se identifica motivo alguno por el cual dicha omisión habría de recibir un tratamiento diferente al de cualquier otro incumplimiento de carácter formal.

En segundo lugar, y aunque la STS de 18 de noviembre 2024 no entra a valorar esta cuestión de forma, podría decirse, “directa” o “expresa”, sí que podría considerarse que el Tribunal Supremo acepta implícitamente la improcedencia (y no la nulidad) como el efecto directo del incumplimiento del trámite, al determinar que la sentencia recurrida, que declaró la improcedencia del despido, es *“la que contiene la doctrina correcta”*, y no poner en entredicho que esa es la única consecuencia legal que, efectivamente, ha de derivarse del citado incumplimiento.

Y, finalmente (en este caso sí de modo esclarecedor y, probablemente, con la intencionada voluntad de disipar cualquier duda al respecto), el propio Tribunal Supremo ha arrojado luz sobre la cuestión en la ya referida sentencia 185/2025 de 11 de marzo de 2025 (rec. 939/2024) en los términos que, por su claridad, se reproducen a continuación: *“En consecuencia, los incumplimientos de la audiencia previa al trabajador en despidos previos a la doctrina que rectificamos en nuestra STS 1250/2024, no pueden ser calificados de improcedentes, ni mucho menos de nulos, como consecuencia o efecto de la omisión de la audiencia previa”*.

Aunque —como decimos— *a priori* se trata de una cuestión clara, en el panorama judicial actual es posible identificar algunos pronunciamientos que se apartan de lo anterior y aportan una solución, podría decirse, en cierto modo “imaginativa”. Nos referimos, en concreto, a la ya citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de abril de 2023 (rec. 1436/2022), que sostiene que la omisión del trámite de defensa del trabajador no implica la declaración de improcedencia del despido, pues ello no está previsto con carácter general de forma expresa en la norma española. En su lugar, dicho incumplimiento podría dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios en aplicación del artículo 1101 del Código Civil, en la medida en que el trabajador sea capaz de acreditar un daño valorable a efectos de fijar dicha indemnización.

En definitiva, tanto desde el punto de vista normativo como jurisprudencial, y dejando al margen algún que otro precedente “divergente”, bajo el panorama actual se considera que es posible concluir que la inobservancia del requisito de conceder audiencia previa al trabajador con carácter previo a su despido conducirá, en todo caso, a la improcedencia de este.

5. Conclusión

En vista de todo lo que se ha expuesto, puede afirmarse con rotundidad que nos encontramos ante una innegable realidad: la reciente doctrina del Tribunal Supremo, que impone la obligatoriedad de conceder audiencia previa al trabajador antes de un despido disciplinario, ha supuesto un auténtico punto de inflexión en el panorama laboral español. En este contexto, varias conclusiones pueden extraerse:

- i. Hasta ahora, la legislación nacional y la jurisprudencia solo exigían este trámite en casos muy concretos, como el de los representantes legales o sindicales, pero la nueva interpretación extiende esta garantía a todos los trabajadores en supuestos de despido disciplinario, alineando la práctica nacional con el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT. Este “giro de guion” ha generado un notable revuelo en el sector, pues obliga a las empresas a revisar y adaptar sus procedimientos internos e incorporar una salvaguarda que refuerza el derecho de defensa del trabajador que, hasta la fecha, no era exigible de forma generalizada.
- ii. El impacto de esta sentencia va más allá de la mera formalidad, pues introduce una exigencia que afecta directamente a la validez del despido disciplinario y a la seguridad jurídica de las relaciones laborales. La falta de una regulación detallada sobre cómo debe articularse la audiencia previa —en cuanto a forma, plazos o procedimiento— ha incrementado la incertidumbre entre empresas y profesionales, que ahora deben operar en un marco más garantista, pero también más incierto. La reacción en el sector ha sido inmediata, con debates sobre la aplicación práctica, las posibles excepciones y las consecuencias de su incumplimiento, lo que evidencia la trascendencia y el alcance disruptivo de este cambio doctrinal.
- iii. En definitiva, habrá que prestar especial atención y seguir muy de cerca la evolución de la doctrina judicial en la materia, que poco a poco irá marcando directrices y aclarando las (no pocas) incertidumbres derivadas de este significativo cambio de postura del Tribunal Supremo.

España

REQUISITOS REFORZADOS PARA EL RECONOCIMIENTO, AUTORIZACIÓN Y CONTINUIDAD OPERATIVA DE UNIVERSIDADES PRIVADAS: IMPACTO DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL REAL DECRETO 905/2025, DE 7 DE OCTUBRE

María Er-Rahali García

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

Carlos Lora González

Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid). Profesor de Derecho en la Universidad Francisco de Vitoria

Requisitos reforzados para el reconocimiento, autorización y continuidad operativa de universidades privadas: impacto de la reforma introducida por el Real Decreto 905/2025, de 7 de octubre

El Real Decreto 905/2025 refuerza el marco normativo aplicable a las universidades privadas. Para ello, revisa, entre otras, las disposiciones del Real Decreto 640/2021 relativas a la creación, autorización y supervisión

de universidades, así como las normas que deben regir la actividad. En particular, la norma introduce nuevos requisitos destinados a asegurar la calidad académica e investigadora, la sostenibilidad financiera y la equidad en el sistema universitario. La reforma también establece un régimen transitorio escalonado para la adaptación a sus modificaciones por las universidades privadas existentes.

PALABRAS CLAVE:

Universidades privadas; Reconocimiento de universidades; Agencias autonómicas de calidad; Supervisión administrativa; Requisitos de calidad.

Stricter requirements for the recognition, authorisation and operation of private universities: the impact of Royal Decree 905/2025 of 7 October

Royal Decree 905/2025 tightens the regulatory framework applicable to private universities. Among other things, it revisits the provisions of Royal Decree 640/2021 relating to the creation, authorisation and supervision of universities. Notably, it introduces new requirements to ensure academic and research quality, financial sustainability and equity within the university system. The reform also establishes a transitional regime to ease the transition to the new requirements.

KEYWORDS:

private universities; recognition of universities; regional quality agencies; administrative supervision; quality requirements.

FECHA DE RECEPCIÓN: 5-10-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-10-2025

Er-Rahali García, María (2025). Requisitos reforzados para el reconocimiento, autorización y continuidad operativa de universidades privadas: impacto de la reforma introducida por el Real Decreto 905/2025, de 7 de octubre. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 150-161 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El sector universitario, entendido como el conjunto de universidades, públicas y privadas, con sus centros y estructuras, constituye hoy por hoy un sector fuertemente regulado y supervisado¹.

Según ha declarado nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia n.º 924/2022, de 6 de julio (rec. 382/2021), la intensa intervención pública del sistema universitario se justifica en razones de interés general, así:

"(...) debe recordarse que las universidades, tanto públicas como privadas, tienen atribuidas prerrogativas de innegable interés general, como es muy destacadamente la de expedir diplomas con validez oficial. De aquí que el art. 149.1.30 de la Constitución -que curiosamente ninguna de las partes ha mencionado- disponga que compete al Estado la "regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia". Así las cosas, resulta incuestionable que la creación y mantenimiento

¹ Rivero Ortega (2023: 36).

de universidades es una actividad que la propia Constitución exige que sea regulada. Pretender que las universidades privadas operen en el vacío regulatorio resulta, así, manifiestamente insostenible”.

Como toda intervención pública, la del sistema universitario se articula a través de dos fases lógicamente sucesivas: primero, mediante la ordenación de la actividad, esto es, el establecimiento de normas de conducta que deben seguir los particulares que la realizan en protección de ciertos bienes jurídicos protegidos²; después, mediante el establecimiento de un aparato supervisor dirigido a verificar que los particulares desarrollan su conducta con arreglo a tales normas y, en su caso, compeler coactivamente a quien se aparta de ellas a retornar al cumplimiento³.

En el ámbito de la ordenación, por un lado, la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, establece las bases centrales del derecho universitario español; por otro lado, el reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas confiere a los Gobiernos regionales importantes capacidades decisorias y deja en manos de las leyes autonómicas la regulación de aquellas cuestiones que son de su competencia. Este conjunto normativo se completa con una pléyade de normas reglamentarias que establecen estándares permanentes sobre oferta, alumnado, profesorado, investigación y medios materiales, y cierra con las normas internas de cada universidad, cuya autonomía está reconocida con el propósito de dotarlas de una capacidad regulatoria propia para su organización y funcionamiento⁴.

Por lo que a la supervisión se refiere, sobre el sector universitario se proyectan las potestades administrativas habitualmente incardinadas en esa actividad: primero, las autorizaciones o control previo, que condicionan el acceso al mercado universitario al cumplimiento de los requisitos de calidad, solvencia y proyecto institucional; segundo, la vigilancia o control inspector, que verifica el cumplimiento continuo de los requisitos de calidad; tercero, la intervención correctora, orientada a subsanar incumplimientos detectados; y cuarto, la potestad punitiva o sancionadora, que aplica medidas frente a incumplimientos persistentes o graves⁵.

En el anterior contexto, el Real Decreto 905/2025, de 7 de octubre, por el que se modifican el Real Decreto 640/2021, de 27 de julio, de creación, reconocimiento y autorización de universidades y centros universitarios, y acreditación institucional de centros universitarios; el Real Decreto 1509/2008, de 12 de septiembre, por el que se regula el Registro de Universidades, Centros y Títulos; el Real Decreto 1002/2010, de 5 de agosto, sobre expedición de títulos universitarios oficiales; y el Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad (el “RD 905/2025”) introduce una importante reforma en la ordenación y supervisión de la actividad universitaria privada mediante la modificación de diversas normas y, en particular, del Real Decreto

2 En palabras de Montero Pascual, la ordenación se identifica con *“la actividad de la Administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a misiones de interés general objetivamente determinadas, según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la Administración”* (Montero Pascual, 2016: 40).

3 Según explica Mariano Magide Herrero, la supervisión se identifica con *“la actividad de la Administración limitativa de la libertad de los administrados mediante la cual se pretende garantizar que los sujetos privados (...) que operan en un determinado sector o desarrollan una determinada actividad se ajusten en su actuación a lo establecido en la ordenación de dicho sector o actividad”* (Magide Herrero, 2000: 324).

4 Rivero Ortega (2023: 25).

5 Lora González (2024: 53-54).

640/2021, de 27 de julio, de creación, reconocimiento y autorización de universidades y centros universitarios, y acreditación institucional de centros universitarios (el "RD 640/2021"), que contiene las principales normas en la materia.

El objetivo declarado de esta reforma consiste en garantizar la calidad global del sistema universitario ante la expansión del número de universidades y centros, la implantación de centros de universidades ya existentes en otras comunidades autónomas, la diversidad de modelos institucionales, la extensión de la docencia virtual y ciertas carencias en la actividad investigadora y de transferencia de conocimiento que considera se manifiestan en parte del segmento privado del sector universitario. De este modo, la modificación convierte en imperativo que el reconocimiento de universidades presente proyectos académicamente sólidos y económicamente sostenibles, apoyados en una masa crítica de estudiantado y profesorado, y sometidos a una evaluación de calidad independiente con efectos vinculantes, junto con un seguimiento público reforzado.

El RD 905/2025 tiene carácter básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.1.^a y 30.^a de la Constitución española (condiciones básicas de igualdad y regulación de los títulos académicos y profesionales), pero respetando las facultades de ordenación de las comunidades autónomas y la autonomía universitaria (art. 27.10 de la Constitución española).

2. Medidas de ordenación

El régimen de ordenación de la actividad universitaria privada se proyecta sobre cuatro aspectos fundamentales: oferta y actividad académica, personal docente e investigador, actividad investigadora y de transferencia de conocimiento, e instalaciones y servicios, incluyendo alojamiento estudiantil.

2.1. Medidas de ordenación relativas a la oferta y actividad académica

En materia de oferta y actividad académica, el estándar mínimo se fija en diez títulos de Grado, seis de Máster y tres programas de Doctorado, con presencia de, al menos, tres de las cinco ramas de conocimiento (Artes y Humanidades, Ciencias, Ciencias de la Salud, Ciencias Sociales y Jurídicas, e Ingeniería y Arquitectura). Se elevan así las exigencias respecto a la oferta de Doctorado.

La reforma establece un nuevo principio de ordenación racional del crecimiento de la oferta académica, imponiendo límites cuantitativos a las solicitudes de verificación de nuevas titulaciones o de modificaciones sustanciales con aumento de plazas que pueden presentar las universidades anualmente. El límite se fija en un máximo de una quinta parte del total de titulaciones de Grado o Máster que ofrezca la universidad, con la excepción de las titulaciones que pueden impartir las nuevas universidades en sus inicios.

Este principio se consolida también mediante la implementación de un periodo de suspensión de un año en supuestos de denegación. Así, en caso de informe desfavorable de verificación de una

nueva titulación oficial, la universidad no podrá presentar una nueva solicitud de verificación para ese título en el plazo de un año desde la recepción del informe.

El equilibrio entre la oferta de enseñanzas oficiales y de títulos propios de formación permanente ya previsto en el RD 640/2021 en relación con el número de estudiantes, con el objetivo de mantener la importancia de la oferta oficial, se redefine ahora sobre la base de los créditos matriculados. En consecuencia, el número de créditos matriculados en títulos propios no podrá ser superior al doble de los créditos matriculados en enseñanzas oficiales.

2.2. Medidas de ordenación relativas a la masa estudiantil

En materia de alumnado, el RD 905/2025 exige que las universidades privadas cuenten, como mínimo, con 4.500 estudiantes matriculados en titulaciones oficiales a los seis años del inicio de actividad y que, en todo caso, el estudiantado de Grado y Dobles Grados represente como mínimo el 50 % del total matriculado en enseñanzas oficiales.

No obstante, con el propósito de favorecer la internacionalización de las universidades españolas, se establece una excepción aplicable a aquellas instituciones en las que el alumnado extranjero represente más del 50 % del total de estudiantes matriculados en los títulos oficiales de Máster. En estos casos, el límite mínimo de estudiantes matriculados en títulos oficiales de Grado y Dobles Grados se reducirá al 35 %.

La reforma mantiene los umbrales anteriores, pero añade mecanismos de supervisión con requerimientos de regularización y prevé la revocación de la autorización si, tras un plan corrector, persiste el incumplimiento.

2.3. Medidas de ordenación relativas al profesorado docente e investigador

En materia de profesorado docente e investigador ("PDI"), el RD 905/2025 conserva la ratio mínima general de 1/25 PDI/estudiantes (computado en régimen de dedicación a tiempo completo o su equivalente a tiempo parcial) y modulable en docencia virtual (permitiendo una ratio de hasta 1/50, con posibles excepciones justificadas y autorizadas), así como los umbrales de profesorado doctor para las distintas enseñanzas oficiales. No obstante, la reforma elimina el requisito de que las universidades acrediten que el PDI con contrato laboral temporal no supere el 40 % de su plantilla docente, tal como se preveía en el régimen anterior.

Por otro lado, el RD 905/2025 introduce métricas reforzadas de calidad investigadora del PDI, de modo que, en los últimos siete años al menos el 60 % del profesorado doctor de la universidad con más de seis años de doctorado acredite evaluación positiva de su actividad investigadora por la Agencia Nacional de Evaluación de Calidad y Acreditación ("ANECA") y se alcance un promedio mínimo de dos publicaciones por profesor en los últimos tres años. También se incrementa el número mínimo de proyectos de investigación competitivos, de ámbito autonómico, nacional o internacional, que el profesorado de la universidad debe haber obtenido en calidad de investigador principal, estableciéndose en al menos veinte proyectos.

2.4. Medidas de ordenación relativas a la actividad investigadora y de transferencia

En materia de actividad investigadora y de transferencia de conocimiento, la novedad principal consiste en la introducción de una nueva obligación de obtención de fondos externos para investigación. Así, además de destinar al menos el 5 % del presupuesto total a programas propios o conjuntos con otras universidades para fomentar la investigación y la transferencia, las universidades deberán captar anualmente como mínimo un 2 % de su presupuesto total, a través de convocatorias, programas o contratos de investigación y transferencia, incluyendo las cátedras y la valorización de patentes.

El nuevo requisito de captación de fondos se acompaña de una medida correctora de apercebimiento, de modo que, en el caso de que no se alcance el porcentaje, la comunidad autónoma podrá apercebir a la universidad y acordar con ella un plan de medidas de remediación para alcanzar el objetivo. Si, una vez recibido el apercebimiento, la universidad no resuelve el incumplimiento en un plazo de dos años, la Administración podrá acordar la revocación de la autorización de actividad de la universidad.

Ambos requisitos se proyectan con horizontes temporales de adaptación diferenciados para universidades existentes y de nueva creación. Las universidades que ya han iniciado su actividad disponen de un plazo de cinco años para alcanzar ese umbral del 2 %, mientras que las universidades de nuevo reconocimiento cuentan con un plazo de diez años.

2.5. Medidas de ordenación relativas a los medios materiales

En materia de instalaciones y servicios, la reforma mantiene los módulos mínimos de espacios docentes y de investigación y precisa la noción de espacios académicos complementarios. No obstante, se introduce como novedad, para universidades con oferta presencial, la obligación de disponer de capacidad de alojamiento estudiantil equivalente al 10 % de las plazas de estudiantes de titulaciones oficiales previstas para el cuarto año de funcionamiento (o el quinto año en caso de que se previeran titulaciones de dobles grados). Esta capacidad deberá estar operativa desde el inicio del tercer año de actividad y hacerse efectiva mediante medios propios o en colaboración con terceros mediante el correspondiente convenio. No están sujetas a esta obligación las universidades ya activas, aunque se prevén medidas de fomento para incentivar que sus estándares se aproximen a este nuevo requisito.

2.6. Medidas de ordenación relativas a la educación a distancia

El RD 905/2025 define como universidades de especiales características, a efectos de su creación, reconocimiento, supervisión y acreditación, a aquellas que impartan más del 80 % de su actividad docente oficial en modalidad virtual o híbrida, actividad que será medida sobre la suma de los créditos del conjunto de su oferta. Estas instituciones se sujetan, con carácter general, a la supervisión y control de los órganos de la Administración General del Estado.

De modo singular, la reforma obliga a estas universidades a garantizar que al menos el 75 % del PDI (computado en equivalente a tiempo completo) resida en España o en la Unión Europea, a fin de asegurar la coordinación docente, el seguimiento del aprendizaje y la homologación de condiciones del profesorado con los estándares del sistema.

2.7. Medidas de ordenación relativas a los sistemas estadísticos

El RD 905/2025 regula detalladamente el Sistema Integrado de Información Universitaria (“SIU”), asignando a la Subdirección General de Planificación, Seguimiento y Evaluación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades la tarea de recopilación, tratamiento y difusión de estadísticas e indicadores de las universidades públicas y privadas y de los centros extranjeros autorizados.

Como refuerzo del SIU, la norma incorpora un catálogo de tipologías de datos que las universidades deberán comunicar a las Administraciones públicas competentes, en los plazos y con el detalle requeridos, a fin de facilitar el seguimiento y control del cumplimiento de las disposiciones de calidad de la normativa universitaria. Entre esta información destacan los datos de estudiantes matriculados y egresados por titulaciones, resultados académicos, valor medio del precio de matriculación del conjunto de estudiantes para cada título oficial, estructura y dedicación del PDI, equipamientos, centros y sedes, oferta y plazas, y, en el plano económico, los recursos internos y externos para investigación o el volumen de sus ingresos medidos como el importe neto de la cifra de negocios. Este refuerzo persigue transparencia, comparabilidad y trazabilidad para la supervisión pública, intentando respetar en todo caso la normativa de protección de datos.

3. Medidas autorizatorias

3.1. Autorización de reconocimiento

El primer paso para la implantación de universidades privadas consiste en su reconocimiento, que debe efectuarse mediante ley autonómica o estatal.

- i. La exigencia de una ley singular para autorizar el acceso a la actividad universitaria privada resulta cuestionable, como se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en el debate sobre su posible incompatibilidad con las previsiones constitucionales que promulgan el derecho a la libertad de creación de centros docentes y la libertad de empresa de los artículos 27.6 y 38 de la Constitución española⁶.

En este sentido, desde una perspectiva dogmática, resulta contraintuitivo que el Poder Legislativo, titular por definición de la función legislativa del Estado y, en este caso, de las comunidades autónomas (en el sentido señalado por, entre otros, Garrido Falla⁷), sea investido de una potestad enteramente ejecutiva, propia de la función de la misma clase

⁶ Rivero Ortega (2023: 46).

⁷ Vid. Garrido Falla (2010: 37 y ss.).

que, por definición, no compete al Poder Legislativo desarrollar, so pena de infringir el principio de separación de poderes que integra el principio democrático característico de nuestro sistema constitucional (cfr. art. 1.1 de la Constitución española)⁸.

Además, este proceder supone revestir de forma de ley los efectos jurídicos propios de un acto administrativo, produciendo el nada desdeñable efecto de suprimir las garantías que, de ordinario, tiene el particular frente a la Administración, en aplicación del art. 106.1 de la Constitución española. De este modo, se circunscribe la posibilidad de impugnar el acto a los sujetos a quienes la Constitución reserva la legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad⁹, y restringe los motivos de impugnación a infracciones de la Constitución, convirtiendo, en consecuencia, esta autorización en un acto enormemente discrecional. Esta circunstancia encaja mal en la configuración de la autorización como acto declarativo del ejercicio de un derecho preexistente con la que la doctrina ha caracterizado propiamente las autorizaciones¹⁰.

No obstante, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia n.º 223/2012, de 29 de noviembre de 2012, ha declarado compatible esta opción del legislador de atribuir la potestad autorizatoria al Poder Legislativo bajo el argumento de que constituye una opción de política legislativa no enjuiciable por dicho Tribunal:

“La exigencia o no de una ley singular de reconocimiento de estas características, con carácter previo a la autorización administrativa que, en todo caso, corresponde a las Comunidades Autónomas, es una opción de política legislativa que no corresponde a este Tribunal enjuiciar salvo en aquello que pueda vulnerar las competencias autonómicas”.

Y, a pesar de ello, el Tribunal Constitucional corrobora la naturaleza ejecutiva, y no legislativa, de autorización, cuando señala con anterioridad que:

“La ley de reconocimiento no tiene, pues, naturaleza constitutiva, en cuyo caso no podría prescindirse de ella, sino que propiamente tiene la naturaleza de una autorización, y esta naturaleza no se ve alterada por la intervención del legislador”.

No compartimos el criterio de este Alto Tribunal. En nuestra opinión, las razones expuestas anteriormente permiten cuestionar el encaje de una autorización de naturaleza legislativa en nuestro sistema constitucional de separación de poderes.

8 Aunque en la actualidad la separación de poderes no sea estricta, la interdependencia de poderes no permite que exista una confusión, (Álvarez Conde; Tur Ausina, 2013: 47-48). Es cierto, no obstante, que el Poder Legislativo puede tener atribuido potestades ejecutivas, pero no lo es menos que, habitualmente, estas potestades ejecutivas tienen que ver con la autoorganización *ad intra* de las instituciones (así, personal, contratación, etc.) más que con el desarrollo de actividades típicamente administrativas que produzcan efectos jurídicos *ad extra* sobre los particulares (policía, fomento, servicio público... o supervisión).

9 Siguiendo a Lora González (2024: 152), *“nuestro ordenamiento jurídico no contiene remedios para sanar [las leyes] que legalizan la producción de efectos jurídicos propios de potestades administrativas distintos del recurso de inconstitucionalidad”*. Ello hace que la legalización del ejercicio de potestades administrativas conlleve una importante merma de las garantías de defensa de los particulares frente a efectos jurídicos propios del Poder Ejecutivo.

10 *Vid.*, por todos, Laguna de Paz (2006: 108-127).

- ii. Sea como fuere, el derecho positivo regula, hoy por hoy, la autorización de acceso a la actividad universitaria privada como una potestad atribuida al poder legislativo, en los términos que se exponen a continuación.

Como titular principal, el régimen de solicitud de reconocimiento de universidades privadas se vertebra en torno a una memoria justificativa que debe presentar el promotor y que se somete a dos informes previos.

En primer lugar, la evaluación preceptiva y vinculante por parte de la agencia autonómica de calidad o, en su defecto, la ANECA, con un plazo máximo de un año para emitir informe. El informe valora la calidad de la oferta docente, la adecuación de la plantilla, los equipamientos e instalaciones, y la viabilidad de la programación plurianual de investigación y transferencia. La falta de emisión del informe en plazo se considera desfavorable, determina la denegación de la solicitud de reconocimiento y conlleva la imposibilidad de presentar una nueva solicitud durante los dos años siguientes.

En segundo lugar, emitido informe favorable por la agencia de calidad, el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades elabora propuesta de informe preceptivo para la Conferencia General de Política Universitaria ("CGPU"), que deberá evacuar en un plazo de seis meses, tras lo cual procede la aprobación por ley autonómica o, en su caso, por ley estatal.

En este punto, el RD 905/2025 refuerza el expediente autorizador en tres planos: (i) consolida el carácter preceptivo y vinculante del informe de calidad e introduce consecuencias temporales de rechazo en supuestos de informe desfavorable o cuando no ha sido evacuado en plazo; (ii) exige detallar en la memoria unos aspectos de gobernanza y solvencia reforzados, como la adscripción a grupos empresariales o universitarios, la composición y experiencia del equipo rectoral o directivo y la coherencia financiera con la oferta académica y el despliegue comprometido; y (iii) incorpora un nuevo énfasis en sostenibilidad económica con garantías financieras, debiendo acreditar, ya desde la solicitud de reconocimiento, la disponibilidad de recursos para operar la oferta prevista en el tercer año, mediante avales, seguros de caución o valores de deuda pública depositados en la Caja General de Depósitos o en su equivalente autonómico. Estas garantías serán por el importe del presupuesto del tercer año de actividad y servirán también para cubrir el plan de cierre académico que asegure la finalización de los estudios por el estudiantado afectado en supuestos de extinción de títulos o de la universidad.

3.2. Autorización de inicio de actividad

Una vez que la universidad ha sido reconocida, la autorización para el inicio de sus actividades corresponde, con carácter general, al órgano competente en materia de sistema universitario de la comunidad autónoma en la que se ubiquen sus instalaciones, salvo cuando se trate de universidades de especiales características reconocidas mediante ley de las Cortes Generales, que la competencia corresponderá al Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

En ambos supuestos, la autorización se concederá una vez verificado el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos tanto en el propio RD 640/2021 como en la correspondiente ley de reconocimiento autonómica o estatal. De la autorización concedida se dará traslado al Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y a la CGPU, a efectos de información y coordinación.

3.2.1. AUTORIZACIÓN PARA LA CREACIÓN DE FACULTADES, ESCUELAS Y CENTROS

En relación con el proceso de aprobación de facultades, escuelas y centros propios o adscritos, la autorización se mantiene en sede autonómica para centros ubicados en su territorio. La novedad relevante reside en la exigencia de doble aprobación autonómica, previa obtención de informe preceptivo de la CGPU, cuando una universidad cree, reconozca o adscriba centros en una comunidad autónoma distinta de aquella en la que radica su sede social.

4. Medidas de supervisión

Las competencias de supervisión sobre el sector universitario se distribuyen entre las comunidades autónomas y la Administración General del Estado, en función de la naturaleza y alcance de la universidad. En esta tarea se apoyan en la actividad evaluadora independiente de las agencias de calidad y en los órganos colegiados estatales como el CGPU.

- i. Por lo que a las potestades inspectoras se refieren, estas corresponden, con carácter general, a las comunidades autónomas y al Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (o al que, en su caso, ostente las competencias en materia universitaria en cada momento) en el caso de universidades de especiales características reconocidas por ley estatal. Con el fin de facilitar la actuación inspectora, se exige una memoria anual de las actividades de la universidad que incluya información mínima sobre el cumplimiento de los requisitos y compromisos, con objeto de verificar su adecuación.

Cuando las actuaciones de inspección revelen la existencia de incumplimientos, deberán activarse los mecanismos correctivos correspondientes. En este sentido, la reforma de 2025 mantiene el proceso original, pero incluyendo la posibilidad de ampliar a tres años el plazo máximo para la ejecución del plan de medidas correctoras propuesto por la universidad en aquellos supuestos en que el incumplimiento se refiere a los requisitos relativos al número de estudiantes y las características del profesorado. En cualquier caso, la inacción o la persistencia del incumplimiento podrá conducir a la revocación total o parcial de la autorización de actividad.

- ii. El plan de medidas correctoras tiene que ser propuesto por la universidad. Sin embargo, el RD 905/2025 prevé que cuando el incumplimiento se refiera a la captación del 2 % de su presupuesto en convocatorias, programas y contratos de investigación, las medidas se acordarán directamente con la comunidad autónoma o, en su caso, con el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

- iii. Por último, conviene destacar que a nivel estatal no existe un régimen sancionador específico aplicable a las universidades. Esta ausencia normativa implica que las eventuales infracciones y sanciones en el ámbito universitario deben regularse, en su caso, a través de las disposiciones aprobadas por las comunidades autónomas.

Ahora bien, no todas las comunidades cuentan con una regulación de este tipo, lo que genera cierta disparidad territorial en la materia. Por ejemplo, la Ley 6/2013, de 13 de junio, del Sistema Universitario de Galicia, o el Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades, contemplan previsiones sancionadoras específicas para las universidades que operan en sus respectivos ámbitos competenciales.

5. Régimen transitorio

En consideración a la situación de las universidades en funcionamiento y a la magnitud de los ajustes que deberán realizar en sus estructuras, el RD 905/2025 establece un régimen de plazos de adaptación, orientado a facilitar su implementación ordenada y realista.

Las universidades y centros ya autorizados disponen de hasta tres años para dar cumplimiento a los nuevos requisitos, ampliables a cinco años si su actividad comenzó dentro de los tres años anteriores a la fecha de entrada en vigor del RD 905/2025. Las universidades y centros creados o reconocidos, pero no autorizados, cuentan con cinco años desde la autorización para completar la adaptación. Sin perjuicio de lo anterior, se prevén plazos específicos para ciertas obligaciones, como la relativa a la captación anual del 2 % de su presupuesto en I+D+i.

Para cerrar el régimen transitorio, el RD 905/2025 establece que los procedimientos de creación o reconocimiento en curso deberán adaptar su documentación a los nuevos requisitos en un plazo de hasta doce meses y someterse a un nuevo informe de calidad, continuando desde ese momento conforme al nuevo régimen.

Bibliografía

ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario (2013). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 3.ª ed.

GARRIDO FALLA, Fernando (2010). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos, vol. I.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2006). *La autorización administrativa*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1.ª ed.

LORA GONZÁLEZ, Carlos (2024). *¿Qué es la resolución bancaria? Respuestas desde el Derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MAGIDE HERRERO, Mariano (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 1.ª ed.

MONTERO PASCUAL, Juan José (2016). *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2.ª ed.

RIVERO ORTEGA, Ricardo (2023). *La reforma universitaria de 2023. Comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1.ª ed.

Portugal

EFEITOS DA INTEMPESTIVIDADE NA INSCRIÇÃO COMO RESIDENTE NÃO HABITUAL

Filipe Romão, António Castro Caldas e Joana Carvalhinho
Abogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Lisboa)

Efeitos da intempestividade na inscrição como residente não habitual

Uma rápida consulta da jurisprudência tributária produzida pelos tribunais arbitrais denota que um dos temas controvertidos mais recorrentes nos últimos anos são as consequências do atraso na inscrição dos contribuintes ao abrigo do regime dos residentes não habituais (RNH). Não obstante a revogação do regime legal dos RNH em 2024, o legislador manteve os efeitos do regime pelo período de 10 anos para um vasto leque de contribuintes, sendo por isso notória a manutenção do interesse desta temática. A Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) tem vindo a considerar que o atraso na inscrição como RNH determina a perda definitiva do direito a ser tributado ao abrigo daquele regime. Não obstante, a Lei prevê que o regime dos RNH é um benefício fiscal automático, dependente apenas do preenchimento de requisitos relacionados com a residência fiscal do contribuinte em Portugal. O presente artigo discute as leituras da AT e dos Tribunais e o quadro legal aplicável a casos de atraso na inscrição como RNH, destacando a janela de oportunidade que esse dissenso abre para o reconhecimento do estatuto de RNH em contencioso.

PALAVRAS CHAVE:

Regime dos Residentes Não Habituais; RNH; Inscrição após 31 de março; Produção de efeitos.

Effects of Late Filing on Registration as a Non-Habitual Resident

A brief review of the tax cases of the Portuguese arbitral courts reveals that one of the most frequently debated issues brought before the tax courts in recent years concerns the consequences of late registration of taxpayers under the non-habitual residents (NHR) regime. Despite revoking the NHR legal framework in 2024, the legislator has maintained the effects of the regime for ten years for many taxpayers, demonstrating the ongoing relevance of this topic. The Portuguese Tax Authorities (PTA) have consistently maintained that late

registration as an NHR results in the definitive loss of the right to be taxed under this regime. However, the law states that the NHR regime is an automatic tax benefit that depends solely on requirements relating to tax residence in Portugal. This article discusses the PTA's and courts' interpretation of this legislation, as well as the legal framework applicable to cases of late registration under the NHR regime. It highlights the window of opportunity that this divergence creates for the recognition of NHR status in tax litigation.

KEYWORDS:

non-habitual residents regime; NHR; post-31 March registration; effects

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-6-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-09-2025

Romão, Filipe; Caldas, António Castro; Carvalhinho, Joana (2025). Análise das consequências da intempetividade na inscrição como Residente Não Habitual. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 162-174 (ISSN: 1578-956X).

1. O regime dos RNH

1.1. O benefício fiscal dos RNH

O Regime dos Residentes Não Habituais (“RNH”) foi, durante anos, um dos maiores focos de atração de pessoas singulares para o território nacional, promovendo o investimento no país e a atração de novo talento para Portugal.

O regime prevê um tratamento mais favorável em sede de IRS dos rendimentos obtidos por pessoas singulares que residam em Portugal, aplicando uma taxa fixa de 20% aos rendimentos de trabalho dependente ou atividade profissional de elevado valor acrescentado, quando obtidos em Portugal ou quando obtidos no estrangeiro sem que sejam tributados no país de origem. Se, por outro lado, aqueles rendimentos são tributados no país de origem, ficam isentos em Portugal.

Pensões com origem no exterior são tributadas à taxa fixa de 10%¹. Finalmente, rendimentos de capitais, prediais e mais-valias estão isentos em Portugal se puderem ser tributados nos respetivos países de origem, de acordo com as disposições dos Acordos de Dupla Tributação em vigor com as jurisdições relevantes.

1.2. Condições de acesso ao regime dos RNH

O regime dos RNH estava, até 2024 (altura em que foi revogado, como veremos) previsto nos números 8 a 12 do artigo 16.º do Código do IRS. Naquele artigo podia então ler-se: “[c]onsideram-se residentes não habituais em território português os sujeitos passivos que, tornando-se fiscalmente residentes nos termos dos n.os 1 ou 2, não tenham sido residentes em território português em qualquer dos cinco anos anteriores” e ainda que “o sujeito passivo que seja considerado residente não habitual adquire o direito a ser tributado como tal pelo período de 10 anos consecutivos a partir do ano, inclusive, da sua inscrição como residente em território português”².

Isto é, preveem-se apenas dois requisitos de aplicabilidade do regime dos RNH: que a pessoa singular seja residente fiscal em Portugal e que não o tenha sido nos cinco anos anteriores.

Não obstante, como veremos adiante, com fundamento no número 10 do artigo 16.º do Código do IRS, o qual dispõe que *“o sujeito passivo deve solicitar a inscrição como residente não habitual, por via eletrónica, no Portal das Finanças, posteriormente ao ato da inscrição como residente em território português e até 31 de março, inclusive, do ano seguinte àquele em que se torne residente nesse território”*, entende a Autoridade Tributária e Aduaneira (“AT”) que em casos de atraso na inscrição como RNH, o acesso àquele regime fica vedado aos contribuintes, determinando a caducidade do seu direito a serem tributados ao abrigo do regime dos RNH.

Ora, não só a Lei não prevê essa consequência como todos os elementos interpretativos da Lei conduzem a conclusões distintas, como veremos adiante.

1.3. Revogação do regime dos RNH e manutenção do interesse no regime

A Lei de Orçamento de Estado para o ano de 2024 (Lei n.º 82/2023, de 29 de dezembro) revogou o disposto nos números 8 a 12 do artigo 16.º do Código do IRS, determinando que só podiam aceder-lhe contribuintes que se tornassem residentes em Portugal até 2024 e tivessem já um vínculo prévio com o território nacional³ e vedando o acesso ao regime a contribuintes que começassem a residir no país após 2024.

Não obstante, o regime transitório dos RNH abrange um elevado número de contribuintes: por um lado, aqueles que iniciaram a sua residência em Portugal em 2024 (com vínculos anteriores ao país), protegendo as legítimas expectativas daqueles que tinham já dado os primeiros passos no sentido da deslocalização da sua vida para Portugal; por outro, num universo ainda maior de contribuintes, que já estavam inscritos como RNH antes da revogação do regime. Em ambos os casos, os contribuintes mantiveram o direito a serem tributados a abrigo do regime dos RNH durante 10 anos desde o início da sua residência fiscal em Portugal.

Existe, sobretudo dentro deste segundo grupo de contribuintes, um elevado número de pessoas que, por circunstâncias diversas, mesmo cumprindo os requisitos materiais de aplicação do regime dos RNH (i.e., residência fiscal em Portugal e ausência daquela residência nos cinco anos anteriores), se atrasou a formalizar a sua inscrição como RNH, tendo-o feito apenas após 31 de março do ano seguinte ao início da sua residência no país, em aparente violação do disposto no número 10 do artigo 16.º do Código do IRS.

Como indicado na secção anterior, tem vindo a AT a recusar o reconhecimento da aplicabilidade do regime de RNH aos contribuintes que se tenham atrasado na inscrição, alegando que a inscrição é um requisito essencial do regime. Com aquele posicionamento, veda a AT aos contribuintes o direito a serem tributados ao abrigo do regime dos RNH por um período tão extenso quanto 10 anos e com enorme impacto na sua tributação individual, podendo implicar a recusa de isenção de rendimentos relevantes obtidos no exterior e a tributação às taxas gerais progressivas aplicáveis até 48% de rendimentos de trabalho de elevado valor acrescentado, quando estes deveriam ser tributados à taxa fixa de 20%.

Este breve exemplo demonstra a relevância prática que o regime tem para os contribuintes, justificando o elevado nível de litigância a que estes temas estão sujeitos, sobretudo estando em causa uma interpretação da Lei levada a cabo pela AT contrária à própria literalidade da Lei.

2. Litigância

2.1. Multiplicidade de decisões arbitrais sobre a aplicação do regime de RNH

A pesquisa do termo “residente não habitual” na base de dados da jurisprudência arbitral produzida pelo Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária (o “CAAD”) devolve cerca de noventa resultados, na sua vastíssima maioria relacionados com a aplicabilidade do regime dos RNH a contribuintes que não procederam à sua inscrição naquele regime até 31 de março do ano seguinte àquele em que iniciaram a sua residência fiscal em Portugal.

A resposta sistematicamente proferida pelos tribunais arbitrais é a de que a inscrição ao abrigo do regime dos RNH tem “*natureza meramente declarativa*”, negando que a aplicação do regime dependa de reconhecimento por parte da AT⁴.

Pode, nomeadamente, ler-se nas decisões arbitrais em referência que “*do cotejo dos n.ºs 8 a 11, do artigo 16.º, do CIRS resulta manifesto que os pressupostos para a aplicação do aludido regime são, unicamente, os seguintes: (i) O Sujeito Passivo se torne fiscalmente residente em Portugal e; (ii) O Sujeito Passivo não tenha sido considerado residente em território nacional em qualquer dos cinco anos imediatamente anteriores*”⁵ e que o direito a ser tributado como RNH “*resulta automaticamente e “ope legis” do sujeito passivo ser residente em território português e desde que não tenha sido residente em Portugal nos cinco anos anteriores*”⁶.

E, quanto à inscrição como RNH junto da AT, entende a maioria da jurisprudência arbitral que aquela é “*uma mera obrigação acessória, ad probationem, e cujo incumprimento não prejudica a aplicação do regime*”⁷, havendo mesmo decisões que defendem que “*é irrelevante a data em que o Requerente solicitou a inscrição como RNH*”⁸ e que o “*incumprimento [do prazo de inscrição como RNH junto da AT] somente releva no plano da verificação de uma contraordenação, não ao nível da não atribuição substantiva daquele benefício fiscal*”⁹.

Finalmente, como conclusão paradigmática da análise do regime legal de RNH, entende a maioria das decisões arbitrais disponíveis que “*reunidos os requisitos legais para que o sujeito passivo beneficie da aplicação do Regime do Residente não Habitual, deve ser tributado em conformidade com esse regime a partir da data da sua inscrição como residente em território português (n.º 9 do artigo 16.º do CIRS)*”¹⁰.

No entanto, no que concerne à data de produção de efeitos do regime dos RNH quando exista um atraso na inscrição dos contribuintes, a jurisprudência existente não é atualmente unânime, em resultado daquilo que entendemos ter sido uma interpretação incorreta retirada dos dois acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (o “STA”) sobre esta matéria.

2.2. Acórdãos do STA sobre a aplicabilidade do regime dos RNH

Existem à data apenas dois acórdãos conhecidos do STA sobre a aplicabilidade do regime dos RNH a contribuintes que apresentam pedido de inscrição em data posterior ao previsto no artigo 16.º, número 10, do Código do IRS (isto é, após 31 de março do ano seguinte ao início da residência fiscal em Portugal).

No primeiro caso levado à apreciação do STA, em 2024, estava em causa um contribuinte que tinha iniciado a sua residência fiscal em Portugal em 2018, mas que tinha solicitado a sua inscrição como RNH após 31 de março de 2019. Em resposta, entendeu o STA que *“a apresentação do pedido de inscrição como residente não habitual, fora do prazo previsto no n.º 10, tem como consequência que o regime só será aplicável para o futuro, ou seja, só é aplicável a partir do ano de inscrição como residente não habitual”*¹¹.

Embora o STA comece por reconhecer que *“o regime fiscal do residente não habitual não prevê qualquer consequência para o não exercício atempado da inscrição como residente não habitual”*, dedica-se de seguida a analisar anteriores versões do regime, em particular a possibilidade do seu prazo de aplicação de 10 anos ser prorrogável (faculdade prevista apenas na versão inicial do regime e que deixou de existir logo numa das suas primeiras revisões), para defender que perante aquelas circunstâncias se deveria entender que o regime só seria aplicável a partir do momento em que o contribuinte se inscreve perante a AT como RNH.

Muito embora estejamos de acordo com o STA quando este afirma que a Lei não faz depender a aplicação do regime dos RNH do reconhecimento por parte da AT nem prevê as consequências aplicáveis em caso de atraso na inscrição de contribuintes como RNH, não acompanhamos o raciocínio do STA daí para a frente, nem como desses elementos o Tribunal retirou que a consequência da não inscrição atempada dos contribuintes como RNH determina que o regime só será aplicável para o futuro, com base numa versão da Lei já revogada.

Efetivamente, importa notar que o que estava em causa naqueles autos era a ilegalidade da decisão proferida pela AT de recusa de inscrição do contribuinte como RNH com fundamento no atraso da inscrição daquele como RNH. E quanto àquela questão, decidiu o STA que o ato de recusa de inscrição do contribuinte como RNH com fundamento na intempestividade do seu pedido de inscrição como RNH era ilegal, tendo decidido em sentido favorável ao peticionado pelo contribuinte.

Já em 2025, a mesma secção do STA — a 2.ª secção — proferiu nova decisão, uma vez mais sobre a ilegalidade de decisão da AT de recusa de inscrição de contribuinte como RNH com fundamento na intempestividade do pedido de registo como tal, tendo uma vez mais o STA reconhecido o direito de o contribuinte ser inscrito como RNH na base de dados da AT por cumprir os requisitos materiais do regime¹².

Entendeu o STA naquela decisão que *“o acto de inscrição como residente não habitual é condição de aplicação do respectivo regime fiscal, sendo através desse acto que a A. Fiscal tem a possibilidade de verificar e controlar os pressupostos legais da atribuição desse estatuto.”*

Fazendo referência ao acórdão do STA de 2024, na decisão de 2025 o STA defendeu que a questão essencial era determinar se o atraso na inscrição de dado contribuinte ao abrigo do regime dos RNH junto da AT teria *"efeito preclusivo sobre o exercício do direito"* a ser tributado ao abrigo do regime de RNH *"em determinado período fiscal anual"*. E àquela questão entendeu o STA que *"a partir do momento em que estão reunidos os requisitos para a concessão do estatuto de residente não habitual previstos no art.º 16, n.º 8, do C.I.R.S., os quais, conforme aludido supra, são aferidos em função do ano de inscrição como residente (no caso 2020 - cfr. n.ºs. 1, 2 e 4 do probatório supra), a apresentação do pedido de inscrição como residente não habitual, fora do prazo previsto no n.º 10, do preceito, tem como consequência que o regime só será aplicável para o futuro, ou seja, só é aplicável a partir do ano de inscrição como residente não habitual (cfr. art.º 12, do C. Civil)."*

Ou seja, quanto a uma questão incidental e sem que tal se encontre descrito no dispositivo do acórdão, entendeu o STA no acórdão de 2025 que o atraso na inscrição como RNH determinaria que o regime deveria produzir efeitos apenas para o futuro, entendimento que fundamenta na necessidade de a AT ter conhecimento da qualidade de RNH que o contribuinte se arroga e poder *"controlar"* os respetivos pressupostos.

Em antecipação do que se dirá na seguinte secção, discordamos daquele entendimento, na medida em que o IRS é um imposto heteroliquidado pela AT, como regra no seguimento de declarações do contribuinte (as quais pode e deve verificar, inspecionando o contribuinte sempre que necessário).

Assim, sempre que o contribuinte se arroge o direito a ser tributado ao abrigo do regime dos RNH deverá indicar isso mesmo na sua declaração Modelo 3 de IRS, através da entrega do anexo L. Posteriormente, com base naquela declaração, deverá a AT *"controlar"* se o contribuinte preenche os requisitos do regime do RNH (tanto mais que a AT dispõe já de informação sobre os requisitos para determinar se o contribuinte pode ou não ser enquadrado como RNH, como a residência fiscal em Portugal e ausência nos cinco anos anteriores¹³ e proceder à emissão da liquidação de IRS em conformidade.

Acresce que se a AT não o fizer naquele momento e detetar qualquer desconformidade em momento posterior, poderá emitir liquidação adicional corretiva de IRS nos quatro anos seguintes, dentro do correspondente prazo de caducidade do direito à liquidação.

Isto é, sendo o IRS um imposto heteroliquidado, resulta manifesto que a AT tem ocasião de *"controlar"* as declarações dos contribuintes e, nomeadamente, o cumprimento por aqueles dos requisitos do regime dos RNH.

Não obstante, as duas únicas decisões do STA conhecidas sobre o direito dos contribuintes serem tributados como RNH quando se inscrevem após o prazo previsto no número 10 do artigo 16.º do Código do IRS (ambos proferidos pela mesma secção daquele Tribunal), apontam — ainda que a título incidental e sem que tal seja a questão essencial que é levada à sua apreciação — para que o atraso da inscrição de contribuintes como RNH junto da AT determine a aplicabilidade dos benefícios fiscais associados apenas a partir do ano de imposto seguinte ao da inscrição como RNH.

No seguimento daqueles dois acórdãos do STA proferidos no contexto de ações administrativas referentes ao direito de os contribuintes constarem como inscritos como RNH no cadastro da AT, algumas decisões arbitrais passaram também a decidir a legalidade de liquidações de IRS emitidas antes do pedido de inscrição como RNH seguindo aquele entendimento, dispondo que o regime só deveria produzir efeitos para o futuro¹⁴.

A título de exemplo, pode ler-se na decisão arbitral proferida no processo arbitral n.º 1115/2024-T que *"a apresentação do pedido de inscrição como residente não habitual, fora do prazo previsto no artigo 16.º, n.º 10, tem como consequência que o regime só será aplicável para o futuro, ou seja, só é aplicável a partir do ano em que, por iniciativa do sujeito passivo residente, o mesmo solicita a sua de inscrição como residente não habitual."*

2.3. As distinções entre as decisões do STA e as decisões arbitrais

Importa destacar as distinções existentes entre os acórdãos do STA e as decisões arbitrais de que se deu nota na secção 2.1: ao passo que o STA se pronunciou no contexto de ações administrativas apresentadas pelos contribuintes em reação direta à recusa por parte da AT da inscrição daqueles como RNH, a jurisprudência arbitral citada foi proferida no contexto da contestação por parte dos contribuintes de liquidações de IRS emitidas pela AT sem reconhecimento dos benefícios fiscais previstos no regime dos RNH.

Embora em ambos os tipos de processo a causa de pedir seja a mesma — o reconhecimento do direito do contribuinte ser tributado de acordo com o regime de RNH —, na ação administrativa está em causa o reconhecimento do direito do contribuinte constar no registo da AT como RNH; ao passo que nos processos arbitrais indicados estava em causa a impugnação de liquidações de IRS anuais e individualizadas, emitidas pela AT sem aplicação dos benefícios fiscais que o regime dos RNH representa (i.e., emissão de liquidação de IRS sem tributação de rendimentos de trabalho de elevado valor acrescentado à taxa fixa de 20% ou sem o reconhecimento de isenção de rendimentos de capitais, prediais e mais-valias obtidos no estrangeiro quando possam ser tributados no país de origem).

Ou seja, ao passo que nos acórdãos do STA a data de produção de efeitos do benefício fiscal dos RNH não é a questão essencial colocada pelo contribuinte, no caso de impugnações de liquidações de IRS, esta questão pode ser de facto a questão fundamental a decidir pelo tribunal, se o ano a que se reporta a liquidação adicional respeitar a ano anterior ao pedido de inscrição do contribuinte como RNH.

Em resultado desta distinção, embora uma ação administrativa decidida em favor de um contribuinte possa ser suficiente para que fique reconhecido o seu direito a ser tributado ao abrigo do regime dos RNH (conforme sucedeu nos dois acórdãos do STA de que se deu nota), trata-se de uma ação que tem necessariamente de ser apresentada perante os tribunais judiciais (na medida em que a decisão sobre atos administrativos deste tipo está excluída da esfera de competências dos tribunais arbitrais).

Em consequência da exclusão de competência dos tribunais arbitrais nesta matéria, as ações administrativas são em média mais demoradas: de acordo com estatísticas oficiais, as ações administrativas decididas por tribunais judiciais demoraram em 2024 em média 37 meses para serem decididas¹⁵, ou seja, mais de 3 anos, ao passo que os tribunais arbitrais dispõem como regra de um prazo de apenas 6 meses para proferir decisão (prorrogável por mais 6 meses, nos termos do artigo 21.º do Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011 de 20 de janeiro).

Ou seja, os tribunais judiciais tardam em média mais de 6 vezes mais tempo a proferir uma decisão numa ação administrativa do que os tribunais arbitrais a proferir decisões em processos de impugnações judiciais. E esta discrepância de tempo médio necessário para proferir uma decisão é ainda agravada pelos múltiplos recursos apresentados de decisões judiciais, quando em processo arbitral a suscetibilidade de recurso é muito limitada.

A tudo isto acresce ainda que as decisões arbitrais proferidas são obrigatoriamente publicadas (justificando a multiplicidade de decisões disponíveis na base de dados do CAAD sobre esta matéria), ao passo que as decisões judiciais de primeira instância não são publicadas, sendo divulgadas ao público apenas as decisões proferidas pelos tribunais superiores em sede de recurso: os Tribunais Centrais Administrativos Norte e Sul e o STA.

No entanto, importa referir que a apresentação de ação administrativa por parte do contribuinte junto dos tribunais judiciais não o liberta do ónus de apresentar tantas impugnações judiciais quantas as liquidações adicionais de IRS que a AT emita sem o reconhecimento do regime dos RNH, sob pena de ver o seu direito de ação caducar e aquelas liquidações, sem reconhecimento do estatuto de RNH se cristalizarem, sem possibilidade de contestação posterior, vedando ao contribuinte a possibilidade de reaver as quantias de imposto indevidamente liquidadas que tenha pago.

Por outro lado, os processos de impugnações judiciais deverão ser apresentados anualmente, em resposta a cada uma das liquidações adicionais de IRS que a AT emita sem o reconhecimento do estatuto de RNH e sem aplicação dos correspondentes benefícios fiscais, no prazo de 3 meses (ou 90 dias no caso de processo arbitral) contados do termo do prazo para pagamento voluntário da liquidação adicional emitida pela AT¹⁶. Ou seja, no cômputo final, poderão existir casos extremos de apresentação de dez processos de impugnação de liquidações adicionais de IRS, uma por cada ano de aplicação do regime de RNH não reconhecida pela AT.

3. Os efeitos automáticos do regime dos RNH e a sua produção de efeitos a partir do início da residência fiscal em Portugal

Como ponto de partida da análise conduzida no presente artigo, note-se que a Lei e os Tribunais — arbitrais e judiciais — estão amplamente de acordo ao considerar que inscrição como RNH após 31 de março do ano seguinte ao ano de início da residência fiscal do contribuinte em Portugal não determina a perda irreparável do direito deste a ser tributado ao abrigo do regime dos RNH.

Apenas a AT isoladamente mantém esse entendimento, o qual parece ter sido já totalmente ultrapassado pela jurisprudência nacional.

O ponto de discórdia que permanece nos tribunais é o de saber se o atraso na inscrição como RNH determina que os benefícios fiscais correspondentes só poderão ser aplicados aos contribuintes após a inscrição correspondente ou se, por outro lado, o cumprimento pelo contribuinte dos requisitos do regime dos RNH previstos no número 8 do artigo 16.º do Código do IRS (na versão anterior à Lei de Orçamento de Estado para 2024) implica que o contribuinte passa a ter direito a ser tributado como RNH, independentemente do momento — ou sequer da existência — de inscrição do contribuinte com tal no cadastro da AT.

Nos termos da Lei, entendemos que o regime de RNH deve ser reconhecido a todos os contribuintes que cumpram os seus requisitos materiais de serem residentes fiscais em Portugal e não o terem sido nos cinco anos anteriores, sem necessidade de cumprimento de formalidades adicionais (ou sem que essas possam prejudicar a aplicação do benefício fiscal indicado). Este entendimento justifica-se por diversas ordens de razões:

3.1. O regime dos RNH é um benefício fiscal automático

O artigo 5.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (“EBF”) distingue entre benefícios fiscais automáticos e dependentes de reconhecimento: *“Os benefícios fiscais são automáticos ou dependentes de reconhecimento; os primeiros resultam directa e imediatamente da lei, os segundos pressupõem um ou mais actos posteriores de reconhecimento.”*

Ora, o disposto nos números 8 e 9 do artigo 16.º do Código do IRS não deixa margem para dúvidas quanto à intenção do legislador consagrar o regime dos RNH como benefício fiscal automático: no número 8 daquele artigo pode ler-se que: *“Consideram-se residentes não habituais em território português os sujeitos passivos que, tornando-se fiscalmente residentes nos termos dos n.ºs 1 ou 2, não tenham sido residentes em território português em qualquer dos cinco anos anteriores”*. Ou seja, para que um contribuinte se considere RNH tem apenas de cumprir aqueles dois requisitos.

De seguida, em perfeita articulação com aquela definição de RNH, o número 9 do mesmo artigo dispõe que *“o sujeito passivo que seja considerado residente não habitual adquire o direito a ser*

tributado como tal pelo período de 10 anos consecutivos a partir do ano, inclusive, da sua inscrição como residente em território português."

O RNH é, por isso, um benefício fiscal automático (o que não é controvertido na jurisprudência nacional). Um entendimento contrário redundaria numa interpretação ab-rogante da Lei, a qual se encontra vedada pelo disposto no artigo 9.º, número 2 do Código Civil português¹⁷: *"Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso."*

Com efeito, como nota histórica, importa relembrar que nem sempre foi assim: numa fase inicial, o regime dos RNH era um benefício fiscal dependente de reconhecimento por parte da AT, nos termos do número 2 do artigo 23.º do Código Fiscal do Investimento, onde se podia ler que *"o sujeito passivo que seja considerado residente não habitual adquire o direito a ser tributado como tal, pelo período de 10 anos consecutivos, renováveis, com a inscrição dessa qualidade no registo de contribuintes da DGCI."*

Aquela redação da Lei foi, contudo, abandonada, passando a prever-se simplesmente, como vimos, que os contribuintes adquirem o direito a ser tributados como RNH com a sua residência fiscal em Portugal sempre que não tenham residido no país nos cinco anos anteriores, tendo *"caído"* a parte final daquela disposição legal, o que bem demonstra a intenção legislativa de dispensa do reconhecimento do estatuto de RNH pela AT e da instituição de um benefício fiscal automático, conforme a Lei atualmente prevê.

Uma interpretação contrária àquela será certamente inconstitucional, por violação do princípio da legalidade tributária, previsto nos artigos 103.º n.º 3 da Constituição da República portuguesa e 5.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária.

3.2. Consequências do atraso na inscrição como RNH

Nos termos do artigo 12.º do EBF, pode ler-se que a constituição do direito a determinado benefício fiscal *"deve reportar-se à data da verificação dos respectivos pressupostos"*, o que no caso do regime dos RNH sucede naturalmente quando o contribuinte inicie a sua residência fiscal em Portugal, desde que não tenha residido no país nos cinco anos anteriores.

Considerando que é unânime que o regime vigente de RNH não carece de reconhecimento por parte da AT, sendo o pedido de inscrição um ato meramente declarativo, não existe norma que determine a perda de anos de direito a ser tributado como RNH por aquele só poder produzir efeitos para o futuro.

Contrariamente, tal como a já citada decisão arbitral proferida no processo n.º 960/2024-T prevê, se não está prevista na Lei consequência específica para o atraso ou incumprimento da obrigação de inscrição como RNH, a consequência só poderá ser a verificação de uma infração tributária praticada pelo contribuinte, mas nunca a perda (ainda que temporária) de um benefício fiscal quando essa consequência não está expressamente prevista na Lei.

Em contraste, existem situações expressamente previstas na Lei em que o incumprimento de um prazo determina a perda de um benefício fiscal. É o caso do regime transitório do regime dos RNH, que prevê expressamente que *“nos casos em que a inscrição seja efetuada fora do prazo referido no n.º 4, a tributação nos termos salvaguardados no presente artigo produz efeitos a partir do ano em que a inscrição seja efetuada, pelo prazo remanescente, até ao termo do período previsto no n.º 9 do artigo 16.º do Código do IRS, na redação anterior à introduzida pela presente lei, contado desde o ano em que se tornou residente nesse território”*¹⁸.

Ao abrigo daquele regime transitório, caso os contribuintes apresentem inscrição intempestiva no regime dos RNH, o benefício fiscal correspondente deverá ser aplicado apenas desse ano em diante, perdendo o contribuinte o direito a ser tributado ao abrigo do regime de RNH nos anos anteriores à inscrição, desde o início da sua residência fiscal em Portugal.

Existe, contudo, uma enorme diferença entre aquela situação e o regime geral de RNH (anterior à revogação do regime): é que no regime transitório o legislador atribuiu expressamente aquelas consequências ao atraso na inscrição como RNH, o que não sucedeu no regime geral, pelo que extrair aquelas consequências da Lei quando elas não estão previstas redundaria numa interpretação ab-rogante e ilegal.

Por outro lado, preveem os artigos 116.º e 117.º do Regime Geral das Infrações Tributárias as infrações fiscais de falta ou atraso nas declarações e de falta ou atraso na apresentação ou exibição de documentos ou de declarações e comunicações, os quais em abstrato poderiam ser aplicáveis em situações de atraso na inscrição como RNH pelos contribuintes.

Contrariamente, o que não está efetivamente previsto na Lei é a possibilidade de negar a aplicação de um benefício fiscal automático com fundamento no incumprimento de obrigações acessórias de declaração fiscal, pelo que tal consequência não poderá extrair-se da Lei, sob pena de violação do já mencionado princípio da legalidade tributária.

Relembre-se que o intérprete deve assumir que o legislador soube expressar-se de forma adequada, pelo que só uma interpretação respeitadora do conteúdo da Lei — e não ab-rogante, com a extração de consequências legais não previstas na Lei — respeita os efeitos meramente declarativos (e não constitutivos) que a Lei atribui ao pedido de inscrição como RNH pelos contribuintes.

3.3. Possibilidade de “controlo” e verificação do regime de RNH pela AT mesmo sem inscrição prévia pelo contribuinte

Tal como indicado antes, entendemos ainda que não deverá afastar-se a aplicação automática do benefício fiscal do regime dos RNH com fundamento na necessidade de “controlo” por parte da AT, na medida em que esse controlo fica ao seu alcance logo a partir do momento em que o contribuinte declara na declaração Modelo 3 de IRS de cada ano a sua qualidade de RNH através da entrega de anexo L. A AT poderá então, ainda antes da liquidação de IRS, verificar se o contribuinte preenche os requisitos para ser tributado como RNH — através da verificação da sua residência fiscal naquele ano e nos anos anteriores, dados de que dispõe no seu cadastro de contribuintes — e se a atividade desenvolvida pelo contribuinte deverá enquadrar-se como uma

atividade de elevado valor acrescentado, se a declaração do contribuinte incluir rendimentos resultantes daquelas atividades.

Do mesmo modo, poderá a AT proceder ao controlo de toda liquidação nos quatro anos seguintes, dentro do prazo de caducidade do direito à liquidação, podendo inclusivamente inspecionar e propor a emissão de liquidações adicionais, caso se verifique que os elementos declarados pelo contribuinte não correspondem à realidade.

3.4. Propósito do regime

Finalmente, importa lembrar o propósito do regime dos RNH e analisar se aquele se compactua com entraves à sua aplicabilidade como a imposição de inscrição junto da AT até determinada data, sob pena de perda do direito ao benefício fiscal, seja essa perda definitiva ou temporária (com a impossibilidade de aplicação do benefício a determinados anos de imposto).

O regime de RNH foi aprovado com o intuito de atrair investimento ao território nacional, sobretudo de pessoas altamente qualificadas, enquadradas nas atividades profissionais especificadas pelo legislador português na Portaria n.º 230/2019, de 23 de julho, por serem atividades profissionais que o legislador entendeu serem uma mais-valia para o país, atraindo investimento e talento, potenciadores do crescimento económico de Portugal.

Face a esta *ratio legis* dificilmente se poderá considerar justificado que o benefício fiscal em causa esteja cercado de burocracias impostas a recém-chegados ao país, em processo de alteração das suas vidas e tipicamente não portugueses com pouco conhecimento dos meandros da Lei portuguesa. Certamente que essa circunstância seria geradora de uma enorme insegurança jurídica que contribuiria para dissuadir os contribuintes de alterar a sua residência para Portugal, o que notoriamente não é o intuito do regime.

4. Conclusão

O regime dos RNH é um benefício fiscal automático, devendo ser aplicável independentemente do momento da inscrição do contribuinte como tal, sempre que aquele seja residente fiscal em Portugal e não o tenha sido nos cinco anos anteriores. O atraso na inscrição naquele regime para contribuintes que tenham iniciado a sua residência fiscal em Portugal até 2023 poderá implicar a prática de uma infração fiscal. Dado que o artigo 16.º do Código do IRS previa os requisitos de aplicação do regime dos RNH, os quais não incluíam a inscrição (a qual constitui uma obrigação meramente declarativa e acessória), o seu incumprimento não poderá implicar a preclusão do direito do contribuinte a ser tributado como RNH (conforme defende a AT) nem a impossibilidade de aplicação do regime dos RNH ao passado (como defendeu o STA).

Entendemos, no entanto, que a jurisprudência produzida pelo STA até ao momento - escassa em número - poderá ser revertida em face da análise dos argumentos referidos acima (que não foram discutidos nas duas decisões do STA referidas).

Notas

- 1 Aplicável a contribuintes que tenham iniciado a sua residência fiscal em Portugal a partir de 1 de abril de 2020. Contribuintes que tenham iniciado a sua residência fiscal antes dessa data estão isentos do pagamento de imposto em Portugal sobre as pensões auferidas no estrangeiro.
- 2 Conforme números 8 e 9 do artigo 16.º do Código do IRS.
- 3 Os vínculos exigidos pelo regime transitório são de diversas naturezas, podendo passar por residência fiscal prévia em Portugal, celebração de contrato de arrendamento, contrato-promessa de compra e venda de uma habitação no país, contrato de trabalho, inscrição de dependentes em estabelecimento escolar no país, etc.
- 4 A título de exemplo, vejam-se as decisões arbitrais proferidas nos processos n.ºs 1259/2024-T, 1257/2024-T, 960/2024-T, 903/2024-T, 889/2024-T, 718/2024-T, 666/2024-T, 350/2024-T, 146/2024-T, 1054/2023-T, 1041/2023-T, 1010/2023-T, 894/2023-T, 764/2023-T, todos publicamente disponíveis em [CAAD - Jurisprudência](#).
- 5 Conforme decisão arbitral proferida no processo arbitral n.º 1257/2024-T.
- 6 Conforme decisão arbitral proferida no processo n.º 894/2023-T.
- 7 Veja-se nesse sentido a decisão arbitral proferida no processo n.º 903/2024-T.
- 8 Conforme decisão proferida no processo n.º 718/2024-T.
- 9 Conforme decisão proferida no processo n.º 960/2024-T.
- 10 Conforme decisão proferida no processo arbitral n.º 1054/2023-T.
- 11 Acórdão de 29/05/2024, proferido no processo número 0842/23.9BESNT, disponível em [Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo](#).
- 12 Acórdão de 15/01/2025, proferido no processo número 01750/22.6BEPRT, disponível em [Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo](#).
- 13 É manifesto já atualmente que a AT dispõe de informação sobre a residência fiscal dos contribuintes, já que o sistema informático tal como está implementado à data bloqueia a emissão de liquidações de IRS com o reconhecimento do regime de RNH a contribuintes que se declarem como RNH nas suas declarações Modelo 3 de IRS através da inclusão de anexo L quando os contribuintes em questão não estão previamente inscritos como RNH no cadastro da AT. Naqueles casos, o contribuinte é convidado através de alerta automático emitido pelo sistema a corrigir a sua declaração, excluindo o anexo L. Caso não o faça, a liquidação de IRS tende a ficar pendente de emissão, até que a AT emita liquidação adicional de IRS, sem a aplicação dos benefícios fiscais previstos no regime dos RNH.
- 14 É o caso das decisões arbitrais proferidas nos processos n.ºs 1405/2024-T, 1368/2024-T, 1115/2024-T, 928/2024-T, 745/2024-T, todas disponíveis em [CAAD - Jurisprudência](#).
- 15 De acordo com dados do INE, disponíveis em [Duração média dos processos findos nos tribunais administrativos e fiscais de 1ª instância](#).
- 16 Nos termos dos artigos 102.º, n.º 1, alínea a) do Código e Procedimento e Processo Tributário e 10.º, n.º 1, alínea a) do Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária, respetivamente.
- 17 Artigo para o qual remete o artigo 11.º da Lei Geral Tributária referente à interpretação de normas fiscais.
- 18 Conforme previsto no artigo 236.º, n.º 5 da Lei de Orçamento de Estado.

Foro de Actualidad

Unión Europea

EL TJUE CONFIRMA LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA POSIBILIDAD DE REALIZAR DE FORMA SIMULTÁNEA EL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA Y LAS CONSULTAS A LAS ADMINISTRACIONES SECTORIALES EN LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PROYECTOS

Patricia Pareja Pérez

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

El TJUE confirma la interpretación del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de realizar de forma simultánea el trámite de información pública y las consultas a las administraciones sectoriales en la evaluación ambiental de proyectos

En su sentencia de 1 de agosto de 2025, el TJUE considera que la “participación real” del público interesado tiene lugar cuando se pone a su disposición la información a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 6 y del artículo 5 (informe de evaluación de impacto ambiental) de la Directiva EIA.

La sentencia interpreta el concepto de “principales informes y dictámenes”, que se limita a los principales informes y dictámenes remitidos a la autoridad o a las autoridades competentes “en el momento en el que el público interesado esté informado de conformidad con el apartado 2 del presente artículo”.

Una solución contraria podría no ser compatible con el objetivo de una toma de decisiones eficiente recogido en la Directiva EIA

PALABRAS CLAVE:

Público interesado; Informes; Dictámenes; Información pública; Simultánea; Parques eólicos.

The CJEU confirms the Supreme Court’s interpretation on the simultaneous conduct of public consultation and sectoral authority consultation in environmental project assessments

In its judgment of 1 August 2025, the CJEU ruled that the interested public is genuinely participating when the information referred to in Articles 6(2), (3) and 5 (the environmental impact assessment report) of the EIA Directive is made available to them.

The judgment interprets the notion of “principal reports and opinions”, limiting it to those submitted to the competent authority or authorities “at the time when the interested public is informed in accordance with Article 6(2)”.

Any other approach may be incompatible with the EIA Directive’s objective of efficient decision-making.

KEYWORDS:

interested public; reports; opinions; public information; simultaneous; wind farms

FECHA DE RECEPCIÓN: 9-10-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-10-2025

Pareja Pérez, Patricia (2025). El TJUE confirma la interpretación del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de realizar de forma simultánea el trámite de información pública y las consultas a las administraciones sectoriales en la evaluación ambiental de proyectos. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 175-184 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 1 de agosto de 2025, la Sala Décima del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el “TJUE”) dictó sentencia en el asunto C-461/24, en la que resolvía la cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia mediante auto de 21 de junio de 2024, en el procedimiento entre la Asociación Autonómica Ambiental e Cultural Petón do Lobo, la Dirección Xeral de Planificación Enerxética e Recursos Naturais y Eurus Desarrollos Renovables, S.L.U.

La cuestión versaba sobre la compatibilidad de los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (la “Ley 21/2013”) y 33 y 34 de la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en Galicia y se crean el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental (la “Ley 8/2009”), con la Directiva 2011/92/UE relativa a la evaluación de las repercusiones de terminados proyectos sobre el medio ambiental (la “Directiva EIA”).

En concreto, el TJUE debía determinar si dicha normativa nacional resultaba contraria a la Directiva EIA por no contemplar un trámite adicional de información pública que permitiera al público interesado formular observaciones sobre los informes sectoriales emitidos por las Administraciones competentes antes de que se dictase la resolución sobre la solicitud de autorización del proyecto.

El TJUE concluyó que la normativa nacional es conforme a la Directiva EIA, pues no se opone a una normativa de un Estado miembro según la cual las autoridades que puedan estar interesadas en ese proyecto sean consultadas al mismo tiempo que el público interesado, sin que este último tenga derecho a formular posteriormente, ante la autoridad o las autoridades competentes para autorizar el referido proyecto, sus observaciones y opiniones sobre los dictámenes emitidos en ese contexto por las autoridades consultadas.

Esta sentencia ratifica la tesis de la Xunta de Galicia y la interpretación del Tribunal Supremo y supone un hito fundamental en lo que respecta a la litigiosidad asociada especialmente a proyectos eólicos en Galicia, permitiendo desbloquear los procedimientos que se encontraban suspendidos en Galicia a la espera de este pronunciamiento.

No obstante, la primera sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia tras el pronunciamiento del TJUE —la Sentencia n.º 368/2025, de 27 de octubre (recurso n.º 7017/2023) relativa al parque eólico “A Ruña III”— muestra que el fin de la controversia sobre el trámite de información pública no implica el fin de la litigiosidad: la Sala asume la validez del esquema procedimental simultáneo, pero anula igualmente las autorizaciones administrativa previa y de construcción del parque por motivos de fondo vinculados al fraccionamiento artificioso del proyecto y a la insuficiencia material de la declaración de impacto ambiental.

2. Antecedentes y situación jurídica de los parques eólicos gallegos

Desde el año 2021, coincidiendo con la aprobación del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (el “PNIEC”) y el nuevo impulso a las energías renovables por parte de España y de la Unión Europea, Galicia experimentó una acumulación sin precedentes de solicitudes de parques eólicos, lo que generó una respuesta judicial organizada por parte de diferentes entidades y asociaciones ecologistas.

Entre las asociaciones ecologistas más activas destacan la Asociación Ecoloxistas en Accion Galiza, la Asociación para a Defensa Ecolóxica de Galiza, la Plataforma para la defensa de la Cordillera Cantábrica y la Asociación Autonómica Ambiental e Cultural Petón do Lobo, entre otras.

Estas asociaciones han articulado su litigiosidad en torno a tres motivos principales:

- i. Supuestos defectos en el trámite de evaluación ambiental de los proyectos: Se alegaba la supuesta fragmentación artificiosa de proyectos por parte de los promotores para evitar una evaluación conjunta. Las asociaciones ecologistas califican dicha fragmentación como fraudulenta o artificiosa, al compartir los parques infraestructuras esenciales como líneas

de evacuación, subestaciones eléctricas y accesos. La finalidad de esta división sería eludir la obtención de una declaración de impacto ambiental negativa.

También alegan las asociaciones ecologistas supuesta falta de consideración de los efectos sinérgicos y acumulativos de los proyectos cercanos en el trámite de evaluación ambiental. Esto supone que los efectos acumulativos y sinérgicos sobre el entorno no se habrían valorado adecuadamente, lo que podría llevar a una infravaloración del impacto real de los proyectos sobre el medio ambiente.

Las asociaciones ecologistas también suelen alegar la insuficiente justificación de alternativas en los estudios de impacto ambiental presentados por los promotores.

- ii. La supuesta vulneración del derecho a la participación pública y acceso a la información ambiental: Con invocación del Convenio de Aarhus y la Directiva EIA, los recursos interpuestos por estas asociaciones fundamentan la defectuosa realización del trámite de información pública en dos aspectos. En primer lugar, alegan la reducción injustificada del plazo legalmente previsto para la presentación de alegaciones a la mitad. En segundo lugar, y lo que es objeto del presente Foro, alegan que los informes sectoriales preceptivos debieron recabarse antes de someter el proyecto y el estudio de impacto ambiental al trámite de información pública.
- iii. La protección del territorio y del patrimonio natural y cultural: Cuestionan la compatibilidad de los proyectos con los planes sectoriales eólicos y con las zonas de especial protección ambiental (Red Natura 2000, ZEPA, ZEC, etc.).

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha sido el foro principal de estos litigios, llegando a anular y suspender cautelarmente las autorizaciones de múltiples proyectos eólicos con motivo de la estimación de gran parte de los recursos interpuestos por asociaciones ecologistas.

En los últimos años, este patrón se ha extendido también a proyectos fotovoltaicos y a instalaciones híbridas, impulsado por una estrategia jurídica coordinada del movimiento ecologista, que combina la vía contencioso-administrativa con la denuncia pública de los impactos territoriales de la transición energética.

En definitiva, la litigación ambiental en Galicia se ha consolidado como una herramienta de control de legalidad y de presión institucional, orientada a exigir un modelo de transición energética más transparente, participativo y territorialmente equilibrado, en contraposición a lo que los colectivos ecologistas califican como una “avalancha de macroproyectos” tramitados sin garantías suficientes.

3. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo

En los últimos años, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse de forma reiterada sobre los procedimientos de evaluación de impacto ambiental aplicables a proyectos eólicos en

Galicia, y ha resuelto diversos recursos de casación interpuestos tanto por asociaciones ecologistas como por promotores frente a sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Entre las resoluciones más relevantes pueden citarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2021 (recurso n.º 1341/2020), 8 de febrero de 2022 (recurso n.º 721/2021), 9 de febrero de 2022 (recurso n.º 720/2021), 22 de septiembre de 2022 (recurso n.º 1567/2021), 21 de diciembre de 2023 (recurso n.º 3303/2022), 25 de enero de 2024 (recurso n.º 4795/2022) y 21 de marzo de 2025 (recurso n.º 7213/2023 y 3716/2024).

Estas resoluciones configuran una línea jurisprudencial coherente y evolutiva en materia de evaluación ambiental de proyectos eólicos, en la que el Tribunal Supremo ha ido delimitando los requisitos procedimentales relativos a la información pública, la solicitud de informes sectoriales y la valoración de efectos acumulativos.

Dentro de estos pronunciamientos cabe destacar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2025 (recurso n.º 7213/2023) que resuelve las cuestiones planteadas en el recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia y la entidad promotora del parque contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 26 de mayo de 2023 que anuló la autorización administrativa previa y de construcción del parque eólico Campelo.

Las cuestiones que presentaban interés casacional objetivo eran las siguientes:

"(i) Determinar si la instalación de parques eólicos que comparten instalaciones de conexión ha de considerarse como un único proyecto a efectos de su evaluación ambiental.

(ii) Determinar si, conforme a la normativa que resultara de aplicación, es posible acordar la reducción del plazo del trámite de información pública a la mitad en el procedimiento de evaluación ambiental; y

(iii) Determinar si los informes sectoriales que se requieran para la tramitación de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental deben recabarse antes de someter el proyecto y el estudio de impacto ambiental al trámite de información pública".

El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia gallega y confirma la legalidad del acuerdo de autorización administrativa previa y de construcción del parque eólico, fijando doctrina sobre tres cuestiones clave en materia de evaluación ambiental:

- i. Respecto al fraccionamiento de proyectos, declara que el hecho de que varios parques eólicos compartan infraestructuras de conexión o evacuación no implica necesariamente que deban considerarse como un único proyecto a efectos de su evaluación ambiental, siempre que mantengan autonomía técnica y funcional y se hayan analizado los efectos acumulativos. La ausencia de una evaluación ambiental conjunta no implica, por sí sola, una insuficiencia en la valoración de los efectos acumulativos o sinérgicos, siempre que en las evaluaciones individuales se haya realizado un análisis adecuado de dichos efectos.

- ii. Respecto a la reducción del plazo de información pública, avala la posibilidad de reducir a la mitad el plazo de exposición pública (de 30 a 15 días), cuando así lo permita la normativa autonómica y no se acredite indefensión del público interesado. Reitera que dicha reducción no vulnera la Directiva EIA, puesto que, aunque el apartado 7 del artículo 6 dispone que el plazo fijado para la consulta del “público interesado” sobre el informe de evaluación de impacto ambiental no debe ser inferior a 30 días, el apartado 6 del artículo 6 se refiere a un “plazo razonable” para la consulta al “público”, siendo ambos conceptos diferentes. Lo relevante es que el plazo siga siendo razonable y suficiente para garantizar la participación efectiva.
- iii. Respecto a la simultaneidad de los informes sectoriales y el trámite de información pública, confirma que los informes sectoriales pueden recabarse simultáneamente al trámite de información pública, sin necesidad de ser previos, ya que ni la Ley 21/2013 ni la Directiva EIA imponen un orden secuencial estricto.

El Tribunal Supremo considera que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia se apartó de la doctrina ya fijada en la sentencia de 21 de diciembre de 2023 relativa a la autorización administrativa previa y de construcción del parque eólico Corme G-3, y en la sentencia de 25 de enero de 2024, relativa al acuerdo por el que se aprobó definitivamente el proyecto del parque eólico Corme G-3, por lo que revoca la sentencia de instancia y consolida esta línea interpretativa.

4. La cuestión prejudicial y la sentencia del TJUE de 1 de agosto de 2025

El 21 de julio de 2024, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia elevó una cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con la autorización del parque eólico A Raña III. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia consultó si la normativa estatal y autonómica gallega, al no permitir que el público interesado acceda a los informes sectoriales durante la fase de información pública, vulnera la Directiva EIA sobre participación ciudadana en la evaluación ambiental de proyectos y solicitó al Tribunal que aclarase el concepto de “principales informes y dictámenes” que se deben poner a disposición del público interesado a que se refiere el artículo 6.3 de la Directiva.

Aunque la cuestión se plantea en el contexto concreto de este parque, tiene implicaciones para el conjunto de los proyectos eólicos gallegos y, potencialmente, para otros procedimientos de autorización ambiental en España.

Ante la relevancia de la cuestión y la paralización de numerosos proyectos eólicos en Galicia, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia solicitó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tramitara el asunto por la vía acelerada. Sin embargo, mediante auto del presidente del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024 se desestimó la petición al considerar que no concurría la urgencia excepcional requerida, ya que los parques afectados no se encontraban en fase de construcción y no existía, por tanto, un riesgo inmediato de perjuicio grave o irreversible para el medio ambiente. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoció la importancia del asunto y anunció el carácter preferente de este dentro del procedimiento ordinario.

Finalmente, el 1 de agosto de 2025 el TJUE dicta sentencia en el Asunto C-461/24 y resuelve la cuestión prejudicial.

En su análisis el TJUE parte del artículo 6 de la Directiva EIA (en la versión modificada por la Directiva 2014/52/UE) y recuerda que la participación del público interesado es un elemento esencial del procedimiento de evaluación ambiental, pero que el propio texto de la Directiva EIA fija su núcleo en la puesta a disposición temprana de la información relevante —en especial el informe de evaluación de impacto ambiental del promotor, elaborado con las exigencias de contenido y calidad del artículo 5 y su anexo IV— y en la posibilidad real de formular observaciones cuando todas las opciones aún están abiertas y por un plazo razonable. Con esa premisa, el TJUE examina el tenor literal y la sistemática del artículo 6 para constatar que ni el apartado 1 (consultas a autoridades), ni los apartados 2 a 4 (información al público y participación) ni los apartados 6 y 7 (plazo para la consulta del público interesado) establecen un orden secuencial obligatorio entre la consulta a autoridades sectoriales y la información/consulta al público interesado.

A partir de ahí, interpreta el controvertido artículo 6.3.b) “principales informes y dictámenes” en clave funcional: lo que debe ponerse a disposición del público interesado son los principales documentos que obran en poder de la autoridad en el momento de informar al público (documentación dispuesta en los apartados 2 y 3 del artículo 6 de la Directiva EIA y el informe de evaluación de impacto ambiental elaborado de conformidad con las exigencias del artículo 5 de la Directiva y su Anexo IV). La norma no convierte esos dictámenes en una fase autónoma con un derecho de réplica posterior obligatorio. El TJUE subraya que el concepto de “principales informes y dictámenes” puede abarcar documentos relevantes para la evaluación que obren en el expediente en ese momento, pero no impone que todos los dictámenes sectoriales emitidos durante la tramitación deban ser objeto de una segunda ronda de alegaciones. De hecho, si se exigiera siempre una réplica pública específica sobre los informes sectoriales, se introduciría una carga procedimental desproporcionada y contraria al objetivo de decisiones en plazos razonables que inspira la reforma de 2014, sin aportar un plus real de efectividad participativa frente al papel central del informe de evaluación de impacto ambiental y la información del artículo 6.2 y 6.3.

Con este análisis literal, sistemático y teleológico, el TJUE concluye que la Directiva EIA permite que Estados miembros organicen la tramitación de modo que autoridades y público interesado sean consultados simultáneamente, sin que exista un derecho del público a una segunda oportunidad de alegar específicamente sobre los dictámenes de aquellas, siempre que la participación del público interesado se pueda considerar real y efectiva: esto es, con acceso temprano y suficiente al informe de evaluación de impacto ambiental y a la información esencial. Respecto al informe de evaluación de impacto ambiental, se debe poner a disposición del público interesado durante al menos treinta días (apartado 7 del artículo 6 de la Directiva EIA).

De este modo, la sentencia en ningún caso rebaja las garantías participativas, sino que las encauza hacia lo que la Directiva EIA considera determinante, esto es, la calidad y acceso oportuno al informe de evaluación y a la información clave, y descarta que del concepto de “principales informes y dictámenes” se derive un trámite de réplica pública adicional sobre informes sectoriales. Esto valida el modelo de simultaneidad ya admitido por el Tribunal Supremo español, siempre que se preserve la efectividad de la participación.

5. La primera reacción judicial tras la sentencia del TJUE

Como ya se ha adelantado en el apartado primero, el 27 de octubre de 2025 el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha dictado la Sentencia n.º 368/2025 (recurso n.º 7017/2023), en la que resuelve el recurso interpuesto por la Asociación Petón do Lobo contra las autorizaciones administrativa previa y de construcción del parque eólico "A Ruña III", en el término municipal de Mazariños (A Coruña). El curso de las actuaciones del procedimiento quedó suspendido al plantear la cuestión prejudicial al TJUE.

Esta resolución es especialmente relevante porque es la primera respuesta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia tras la sentencia del TJUE de 1 de agosto de 2025.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia acepta la doctrina europea sentada en la sentencia del TJUE de 1 de agosto de 2025 señalando expresamente que "*ningún obstáculo observa esta sala para considerar lo contrario*". Sin embargo, pese a esa conformidad procedimental, estima el recurso y anula las autorizaciones administrativas previa y de construcción del parque eólico A Ruña III desplazando el eje del enjuiciamiento hacia dos planos materiales: (i) la configuración unitaria del proyecto y (ii) la suficiencia real de la declaración de impacto ambiental.

Respecto a la primera cuestión material, la Sala considera que el parque eólico A Ruña III y su infraestructura de evacuación constituyen, desde el punto de vista funcional y ambiental, un único proyecto. A su juicio, no basta autorizar la instalación de generación (aerogeneradores, accesos internos, red de media tensión) y, en un expediente separado, la infraestructura de evacuación y conexión a red, cada una con su declaración de impacto ambiental propia y autónoma.

Respecto a la segunda cuestión material, la Sala reprocha que la declaración de impacto ambiental del parque eólico A Ruña III se limitara a los aerogeneradores y accesos internos, y que la declaración de impacto ambiental específica de la línea de evacuación/subestación se hubiera tramitado en un expediente distinto, con cinco semanas de diferencia, sin una declaración de impacto ambiental global que integrase ambos elementos ni analizase de forma conjunta los efectos sinérgicos.

Estas consideraciones respecto a la declaración de impacto ambiental le permite a la Sala anudar dos críticas materiales: (i) la falta de análisis integrado de impactos acumulativos y sinérgicos, tanto entre el parque y su infraestructura de evacuación como con otros parques próximos (incluido A Ruña II), pese a que comparten infraestructuras; y (ii) la ausencia de un pronunciamiento ambiental explícito sobre la proximidad del proyecto a espacios Red Natura 2000. Al respecto, la Sala destaca que, aun cuando el emplazamiento del parque se sitúa fuera de los límites formales de la Red Natura, su cercanía exigía al menos un análisis específico en la declaración de impacto ambiental sobre posibles afecciones a hábitats y fauna protegida, que "*no merecieron el menor pronunciamiento*".

Con base en todo ello, la Sala califica la declaración de impacto ambiental de “deficiente e insuficiente” para prevenir o mitigar los daños ambientales potenciales y estima íntegramente el recurso contencioso-administrativo anulando la autorización administrativa previa y de construcción otorgada al parque A Ruña III. La Sala no entra a decidir *“lo que sólo al departamento autonómico le corresponde para hacer efectivo el presente pronunciamiento”*.

La sentencia del parque A Ruña III marca un punto de inflexión en la litigiosidad eólica tras el pronunciamiento del TJUE, ya que avala el pronunciamiento del 1 de agosto de 2025, pero reorienta el debate hacia el terreno sustantivo, centrando el control judicial en la configuración material de los proyectos y en la suficiencia real de las declaraciones de impacto ambiental. En la práctica, esto puede dar lugar a que las controversias se centren en cuestiones de fondo concretas de cada parque, haciendo que la litigiosidad sea más casuística.

En definitiva, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia evidencia que el fin del debate sobre el trámite de participación pública no equivale al fin de la conflictividad judicial en materia eólica, sino a su desplazamiento hacia un examen más exigente del fondo ambiental de cada expediente.

6. Reflexiones finales

La sentencia del TJUE de 1 de agosto de 2025 consolida un marco flexible pero garantista: confirma que la Directiva EIA permite la simultaneidad entre el trámite de información pública y de consultas a las administraciones sectoriales, siempre que el público interesado disponga de la información a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 6 y el artículo 5 y Anexo IV de la Directiva EIA.

La sentencia también delimita el concepto de “principales informes y dictámenes”, que no debe ser interpretado en un sentido tan amplio que abarque todos los documentos que deben ser emitidos en el trámite de evaluación ambiental, sino que se limita a los principales informes y dictámenes remitidos a las autoridades competentes “en el momento en que el público interesado esté informado”. Esto no excluye que los dictámenes que se hayan formulado en el momento en que se informa al público se puedan poner a su disposición, pero tampoco quiere decir que dichos dictámenes, en cualquier circunstancia, deban formar parte de la información que sirve de base para la consulta al público interesado.

En definitiva, este pronunciamiento confirma la interpretación que venía haciendo el Tribunal Supremo del trámite de información pública y refuerza la presunción de regularidad de aquellos procedimientos tramitados bajo ese esquema, lo que debe llevar al levantamiento de medidas cautelares sustentadas en este motivo y a la desestimación de tales motivos impugnatorios en aquellos casos en los que subsistan. Esto no quiere decir que automáticamente se vaya a reducir la litigiosidad a futuro; lo que puede ocurrir es que esta se desplace hacia motivos sustantivos de fondo que afecten a cada uno de los proyectos recurridos, como hemos podido ver en la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de octubre de 2025, donde, asumiendo-

do la doctrina sentada por el TJUE, desplaza el foco de enjuiciamiento hacia el fraccionamiento artificioso y la suficiencia material de las declaraciones de impacto ambiental.

Queda observar qué ocurrirá en los futuros pronunciamientos que se dicten en la materia y, sobre todo, si el Tribunal Supremo se pronuncia al respecto para acotar los criterios aplicables y restablecer la uniformidad jurisprudencial.

Foro de Actualidad

Unión Europea

LA DETERMINACIÓN DEL *DIES A QUO* EN LAS ACCIONES DE DAÑOS CAUSADOS POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN SU MODALIDAD *FOLLOW-ON*. BREVE COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2025

Ignacio García-Perrote Martínez

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

La determinación del *dies a quo* en las acciones de daños causados por conductas anticompetitivas en su modalidad *follow-on*. Breve comentario a la sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2025

*El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 4 de septiembre de 2025 (asunto C-21/24, Nissan Iberia), ha declarado que el *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones de daños causados por conductas anticompetitivas que se ejerciten después de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia haya sancionado dicha conducta (i. e., acciones *follow-on*) debe situarse en el momento en que la resolución sancionadora devenga firme tras la revisión jurisdiccional. Esta sentencia puede provocar una nueva oleada de acciones de daños que, hasta ahora, podían considerarse prescritas.*

PALABRAS CLAVE:

Derecho de la competencia; Acciones de daños; Follow-on; Prescripción; *Dies a quo*.

Determining the *dies a quo* in competition law follow-on damages claims. A brief note on the Court of Justice judgment of 4 September 2025

In its judgment of 4 September 2025 (Case C-21/24, Nissan Iberia), the Court of Justice ruled that the dies a quo of the limitation period for competition law damages claims filed after the National Commission for Markets and Competition found such conduct to amount to an infringement of competition law (follow-on damages claims) is the date on which the infringement decision becomes final following a judicial review. This judgment could lead to a new wave of damages claims that could previously have been considered time-barred.

KEYWORDS:

competition law; damages claims; follow-on; limitation periods; *dies a quo*

FECHA DE RECEPCIÓN: 24-10-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 27-10-2025

García-Perrote Martínez, Ignacio (2025). La determinación del *dies a quo* en las acciones de daños causados por conductas anticompetitivas en su modalidad *follow-on*. Breve comentario a la sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2025. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 185-192 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El plazo de prescripción es un elemento adjetivo de las acciones de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, en el caso de las pretensiones indemnizatorias ejercitadas como consecuencia de los perjuicios causados por una conducta anticompetitiva, ha devenido en un elemento de tal relevancia que ha motivado el planteamiento de varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia ("TJUE") en los asuntos Cogeco (C-637/17) Volvo/DAF Trucks (C-267/20), Deutsche Bank (asuntos acumulados C-198 y 199/22), Heureka (C-605/21) y Nissan Iberia (C-21/24) sobre el momento en que debe situarse el *dies a quo* o, más en general, la compatibilidad del régimen nacional con el principio de efectividad.

La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de septiembre de 2025 (asunto C-21/24, Nissan Iberia, ECLI:EU:C:2025:659) (la "Sentencia Nissan"), que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Zaragoza, se centra en la determinación del *dies a quo* de las acciones *follow-on* que se fundamentan en una resolución sancionadora previa dictada por una autoridad de la competencia. En el presente artículo, después de resumir los hechos del procedimiento nacional, las conclusiones de la Abogada General Laila Medina y la sentencia del Tribunal de Justicia, se hará una valoración de la resolución y su impacto en la aplicación privada del derecho de la competencia.

2. Hechos del procedimiento nacional

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”), en el marco del expediente S/0482/13 Fabricantes de Automóviles, adoptó el 23 de julio de 2015 una resolución por la que declaró que varias empresas (entre ellas, Nissan Iberia, S.A., “Nissan Iberia”) habían llevado a cabo tres conductas calificadas como cártel de intercambio de información confidencial futura y estratégica en áreas de gestión empresarial, postventa y *marketing*. La CNMC concluyó que estas conductas constituyeron infracciones de los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) y 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”).

La CNMC publicó en su página web en julio de 2015 una nota de prensa relativa a la resolución, y el texto íntegro de la resolución el 15 de septiembre. Las empresas sancionadas recurrieron la resolución de la CNMC, que fue confirmada tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo. En el caso de Nissan Iberia, la sentencia de este último fue de 2021.

El demandante en el litigio nacional principal ejercitó, en marzo de 2023, una acción de responsabilidad extracontractual ante los Juzgados de lo Mercantil de Zaragoza contra Nissan Iberia fundada en la resolución de la CNMC (acción *follow-on*) y solicitó la condena a Nissan Iberia a pagar el sobrecoste que abonó en la compra de un vehículo de marca Nissan como consecuencia del intercambio de información sancionado. En la contestación a la demanda, Nissan Iberia arguyó que la acción estaba prescrita porque el *dies a quo* de la acción de daños debe situarse cuando la persona perjudicada tenga conocimiento de la infracción, de sus características y de las empresas sancionadas. Por la información disponible y la cobertura mediática, Nissan Iberia considera que este momento puede situarse en la fecha de publicación de la resolución de la CNMC.

En la petición de decisión prejudicial, el juzgado indica que el demandante pudo conocer toda la información disponible con la publicación de la resolución de la CNMC en su página web y justifica esta decisión sobre tres argumentos. Primero, el plazo de prescripción no puede empezar a correr antes de que cese la infracción y el perjudicado conozca (o pueda razonablemente conocer) la información indispensable para ejercitar la acción de daños —existencia de la conducta infractora, que ha sufrido un daño causado por esta y la identidad de los infractores—. Segundo, para ejercitar la acción de daños, ya no se exige la firmeza de la resolución tras la revisión en vía contencioso-administrativa. Tercero, el juez puede suspender el procedimiento civil mientras esté pendiente el recurso en vía contenciosa. En el caso concreto de la litigación derivada de este expediente sancionador de la CNMC, el juez muestra como evidencia de este conocimiento de la información indispensable que, en 2019, antes de la firmeza judicial, ya se ejercitaron acciones de daños.

Sin embargo, el juzgado observa que, en contra de su planteamiento, existe una línea jurisprudencial que considera que el *dies a quo* debe situarse en la fecha de la sentencia o el auto que pone fin a la revisión jurisdiccional de la resolución sancionadora. Según esta línea, como el contenido de la resolución (en particular, los ámbitos personal, temporal, geográfico y material de la conducta) puede verse modificado en la vía contenciosa, no tiene sentido considerar que se tiene toda la información indispensable con la publicación de la resolución en sí misma y, por tanto, que la acción de daños ya ha nacido.

Ante estas dos interpretaciones sobre la determinación del *dies a quo*, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Zaragoza planteó las siguientes cuestiones prejudiciales en que preguntó, en esencia, si el *dies a quo* en acciones *follow-on* debería situarse en la fecha de la resolución sancionadora o en la fecha de la resolución judicial que pusiera fin a la revisión en sede contencioso-administrativa y que causa su firmeza.

3. Las conclusiones de la Abogada General Laila Medina

La Abogada General Laila Medina (la “Abogada General”), en sus conclusiones de 3 de abril de 2025, analiza la aplicabilidad *ratione temporis* de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (“Directiva 2014/104”), y concluye que, en su opinión, como la conducta de Nissan y la resolución de la CNMC son anteriores a la fecha límite para la transposición, la Directiva 2014/104 no parece que sería aplicable con arreglo a los regímenes transitorios de la propia Directiva y la norma de transposición española. Por ello, analizará y sugerirá una respuesta a las cuestiones prejudiciales a la luz del artículo 101 del TFUE y se centrará en los supuestos de acciones *follow-on* para los que la actividad de las autoridades de competencia puede tener una incidencia en la determinación del *dies a quo*.

La Abogada General recuerda que el TJUE, en la sentencia de 18 de abril de 2024 (asunto C-605/21, Heureka) (“Sentencia Heureka”), concluyó que el plazo de prescripción comienza a contar a partir de la fecha de publicación del resumen de la decisión de la Comisión Europea en el *Diario Oficial de la Unión Europea* con independencia de que la decisión haya adquirido carácter definitivo. Se llegó a esta conclusión por la presunción de legalidad de las decisiones de la CE y a su efecto vinculante para los tribunales nacionales.

Según la Abogada General, si la decisión de la CNMC ha sido objeto de recurso, los hechos y la participación en la supuesta infracción pueden ser modificados en la revisión jurisdiccional, por lo que no puede sostenerse, en su opinión, que la parte perjudicada dispone de información completa y suficiente para presentar la demanda mientras esta se encuentra en curso. En efecto, mientras que los actos de las instituciones de la UE se presumen válidos hasta que sean anulados o retirados y los tribunales nacionales no pueden adoptar resoluciones que contradigan las decisiones de la Comisión Europea en virtud del artículo 16, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, con arreglo al derecho español, según la Abogada General, la constatación de una infracción por parte de la CNMC no es vinculante para los tribunales nacionales hasta que la resolución sea firme. Como hasta ese momento solo sirve como indicación de la existencia de una infracción, siguiendo un principio *pro actione*, la Abogada General concluye que el *dies a quo* debe establecerse una vez que la decisión de la CNMC haya adquirido firmeza en aras de la seguridad jurídica y la eficacia de las reclamaciones de daños.

La Abogada General anima al TJUE a “adoptar un enfoque inspirado en el espíritu de la sentencia *Heureka*, pero —a diferencia del enfoque de la Comisión— que no se limite a «copiar y pegar» dicho enfoque en el presente asunto” (apartado 90). En concreto, sugiere al TJUE que responda a las cuestiones prejudiciales resolviendo que el artículo 101 del TFUE y el principio de efectividad no se oponen a que se fije el *dies a quo* para las reclamaciones por daños y perjuicios en materia de competencia cuando la decisión de la CNMC sea firme, tras su confirmación, en su caso, por los tribunales de revisión.

4. La Sentencia Nissan

El TJUE reformula las cuestiones prejudiciales para analizar si, a efectos de fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción de acciones *follow-on*, puede considerarse que la persona perjudicada “conoce” la información indispensable antes de que esa resolución sea firme. Para responder, el TJUE deberá también confirmar si la Directiva 2014/104 es aplicable temporalmente al litigio.

Respecto a la aplicación temporal de la Directiva 2014/104, el TJUE recuerda que las disposiciones sustantivas no tienen efecto retroactivo y, en lo que respecta al plazo de prescripción (artículo 10 de la Directiva 2014/104), su aplicación temporal depende de si el plazo de prescripción nacional estaba agotado antes que la fecha de finalización del plazo de transposición (27 de diciembre de 2016). Y ello debe analizarse en atención a los requisitos del régimen previo a la Directiva 2014/104, según el cual los plazos de prescripción no pueden empezar antes de que haya cesado la infracción y que el perjudicado conozca (o pueda razonablemente conocer) la información indispensable para ejercitar su acción.

En cuanto al nivel de conocimiento exigido, el TJUE reitera que la información indispensable comprende (i) la existencia de la infracción, (ii) el perjuicio, (iii) el nexo causal entre infracción y perjuicio y (iv) la identidad del infractor. Para ello, un elemento decisivo del sistema español es que las resoluciones de la CNMC recurridas en vía contencioso-administrativa no vinculan al juez civil en lo que respecta a la declaración de infracción y sus elementos hasta que dicha resolución sea firme. En tal situación, el TJUE sostiene que no puede considerarse que el perjudicado pueda ejercitar efectivamente su acción de daños con base en dicha resolución. Por ello, permitir que el plazo empiece a computar antes de la firmeza de la resolución vulneraría el principio de efectividad al hacer excesivamente difícil el ejercicio de la acción.

En este sentido, a juicio del TJUE, las reglas sobre interrupción o suspensión del plazo de prescripción en derecho español (según el régimen previo a la Directiva 2014/104) no salvan este obstáculo. En primer lugar, el planteamiento de un recurso contra la resolución de la CNMC no suspende de forma automática el cómputo del plazo de prescripción hasta la finalización del proceso de revisión jurisdiccional. En segundo lugar, las causas de interrupción de la prescripción tampoco dependen de la interposición de dicho recurso, por lo que no pueden garantizar que el plazo no expire antes de la firmeza de la resolución sancionadora. En tercer lugar, tampoco asiste efectivamente al potencial perjudicado la posibilidad de que el juez suspenda el procedimiento por la pendencia del recurso contencioso, porque es una decisión discrecional del juez y presupone que ya se ha ejercitado la acción de daños sin que la resolución fuera firme.

Por otra parte, el TJUE añade que la exigencia de firmeza va acompañada de un requisito de publicidad adecuada. Para que el perjudicado pueda conocer de forma razonable la información indispensable para el ejercicio de la acción desde la publicación de la sentencia que dota de firmeza a dicha resolución sancionadora, el TJUE considera que esta debe publicarse de forma oficial, en una base de datos de libre acceso y debe figurar de forma clara la fecha de su publicación.

Finalmente, el TJUE aplica estas consideraciones al procedimiento nacional. Como la resolución sancionadora es de 2015 y la sentencia por la que adquiere firmeza fue dictada en 2021, la acción no había nacido cuando expiró el plazo de transposición de la Directiva 2014/104, por lo que, en principio, la acción ejercitada en 2023 seguiría vigente y se aplicaría el plazo quinquenal del artículo 10 de la Directiva 2014/104.

Por consiguiente, el Tribunal declara que el artículo 101 TFUE, a la luz del principio de efectividad, y el artículo 10.2 de la Directiva 2014/104 se oponen a una interpretación nacional que permita considerar que el perjudicado “conocía” la información indispensable para ejercitar una acción de daños *follow-on* antes de que la resolución de la autoridad nacional de competencia fuera firme, pues solo puede empezar a computar el plazo una vez sea firme la resolución sancionadora.

5. Valoración

Primero, el TJUE, en la Sentencia Nissan, aunque se separa en algunos extremos de la línea argumental de la Abogada General, recoge silenciosamente su guante y adapta la Sentencia Heureka al caso de Nissan Iberia. Así, mantiene su línea favorable a la efectividad del derecho al pleno resarcimiento, en lo que respecta a cuestiones de naturaleza sustantiva, que se lleva observando de un tiempo a esta parte. De hecho, una solución que fijara el *dies a quo* en la fecha en que se dictó la resolución sancionadora hubiera significado el fin (casi) automático de la litigación *follow-on* de la resolución sancionadora de este expediente y habría afectado a la efectividad del *private enforcement* en aquellos casos en que ya han pasado cinco años desde que se dictó la resolución sancionadora y los perjudicados están esperando al resultado de la revisión jurisdiccional para iniciar cualquier reclamación judicial o extrajudicial. A su vez, podría verse afectado el efecto disuasorio que las acciones de daños comparten con el *public enforcement*.

Segundo, la solución de la Sentencia Nissan no es desconocida para la jurisdicción española. El Tribunal Supremo, en sus sentencias del 5 y 17 de junio de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:2621 y ECLI:ES:TS:2025:2857, respectivamente), aun estando pendiente este pronunciamiento, se pronunció sobre dónde situar el *dies a quo* en este tipo de acciones y concluyó que debía situarse en la fecha de firmeza judicial de la resolución.

Tercero, el TJUE, siguiendo la línea de la Sentencia Heureka, recuerda cómo debe determinarse la aplicación temporal del artículo 10 de la Directiva 2014/104. Debe identificarse el *dies a quo* de la acción y, aunque se refiera a una conducta ejecutada con anterioridad, si la acción no ha prescrito cuando expiró el plazo máximo de transposición de la Directiva 2014/104, se aplica el artículo 10 sin que ello suponga una aplicación retroactiva.

Cuarto, con la Sentencia Nissan, el TJUE cierra, en apariencia, el círculo abierto en la Sentencia Heureka y aclara que el *dies a quo* para las acciones por daños causados por conductas sancionadas por la Comisión Europea y por las autoridades nacionales de la competencia (en su modalidad *follow-on*) es diferente. Mientras que para las primeras es la fecha de publicación del resumen en el Diario Oficial (con independencia de que hayan sido recurridas), para las segundas hay que esperar a la firmeza judicial. El TJUE justifica esta distinción sobre la base de la presunción de validez de la que gozan las decisiones de la Comisión en comparación con las de las autoridades nacionales.

Sin embargo, esta distinción puede ser muy formalista. El TJUE no tiene en cuenta que las decisiones de la Comisión también pueden ser sometidas a revisión jurisdiccional, que su resultado puede afectar a la calificación de la conducta o sus aspectos temporales, geográficos o personales y, con ello, vaciar de contenido uno de los elementos de la acción de daños ya ejercitada: la existencia de una infracción del derecho de la competencia. Esta distinción basada exclusivamente en la presunción de validez de los actos de las instituciones europeas y en la publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* no justificaría la diferencia de trato entre los tipos de perjudicados.

6. El impacto de la Sentencia Nissan en la aplicación privada del derecho de la competencia

En el ámbito de la litigación de daños por conductas anticompetitivas, el impacto de esta sentencia puede ser muy relevante. Al situar formalmente el *dies a quo* en la fecha de la firmeza judicial para las acciones *follow-on*, no puede descartarse que, en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, se activen potenciales acciones de daños, cuya prescripción se había asumido, contra empresas sancionadas en resoluciones de autoridades de competencia que todavía estén siendo objeto de revisión jurisdiccional o para las que esta haya terminado recientemente. No se tratará de una resurrección de acciones, sino un despertar que podrá dar un nuevo empuje al *private enforcement* a través del ejercicio de pretensiones indemnizatorias.

¿Podría decirse que “Luxemburgo *locuta, causa finita*” sobre la prescripción de las acciones de daños derivadas de conductas anticompetitivas? Por los siguientes motivos, parece que no.

Primero, la siguiente cuestión prejudicial relativa a la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción ya ha sido planteada: el asunto húngaro Lurdos (C-285/25) sobre la compatibilidad del régimen de prescripción nacional con el artículo 10 de la Directiva 2014/104.

Segundo, el *dies a quo* para las acciones *stand-alone* —bien porque no se ha llevado a cabo ninguna investigación por una autoridad de la competencia, bien porque, aunque la haya habido, la autoridad ha finalizado el expediente sin declarar la existencia de una infracción— sigue siendo una zona gris. No hay una fecha clara a partir de la que pueda decirse que pueden razonablemente conocer la información indispensable para el ejercicio de la acción.

Tercero, tampoco está claro cuál sería el *dies a quo* para las acciones por daños causados por conductas investigadas, pero cuyos expedientes fueron anulados por temas procesales. En estos

casos, habrá una resolución que identifique la conducta y sus aspectos, pero que tras una (potencialmente) larga revisión jurisdiccional ha quedado sin efecto. Aunque no vincule a los tribunales civiles en lo que respecta a la prueba de la infracción, porque los recursos no suelen entrar al fondo si se anula la resolución por una cuestión procesal, ¿qué fecha será la relevante para el *dies a quo*: la de la resolución sancionadora, la de esta sentencia o una posterior?

Cuarto, ¿seguirán determinando el *dies a quo* para las acciones de daños las sentencias dictadas en revisión jurisdiccional que versen exclusivamente sobre la cuantía de la multa o el contenido de la prohibición de contratar? Como indicó la Audiencia Provincial de Barcelona en la litigación del cártel de los sobres (por ejemplo, sentencia de 7 de febrero de 2022, ECLI:ES:APB:2022:1182), un tercero perjudicado no tiene por qué conocer el contenido del recurso en vía contenciosa. Sin embargo, en estos casos, la revisión jurisdiccional no tratará sobre la infracción o sus características, por lo que la sentencia, en caso de desestimar el recurso, no debería confirmar (ni, por tanto, poder modificar) la resolución sancionadora en su integridad, sino únicamente en lo que respecta a la sanción.

Quinto, ¿cuánto tiempo pasará hasta que alguien plantee una cuestión prejudicial sobre el inicio del plazo de prescripción de una acción *follow-on* de una decisión de la Comisión Europea que fue recurrida ante el Tribunal General y el Tribunal de Justicia y la sentencia que pone fin al procedimiento se dictó cuando ya habían transcurrido los cinco años desde la publicación del resumen en el Diario Oficial, especialmente si las sentencias no fueron íntegramente confirmatorias en todo caso? No puede descartarse que se considere que, en dos acciones equivalentes, se afecta al derecho al pleno resarcimiento de las víctimas solo porque la autoridad de competencia que sanciona es diferente.

La Sentencia Nissan parece dejar un número importante de interrogantes abiertos. Solo el tiempo y las sentencias que dicten los tribunales nacionales —y el TJUE— en el ámbito del *private enforcement* del derecho de la competencia nos dirán si realmente llegarán a tener respuesta algún día.

Foro de Actualidad

Unión Europea

LA COMISIÓN EUROPEA INAUGURA SU PODER SANCIONADOR EN EL MARCO DE LA DMA: ANÁLISIS DE LAS DECISIONES DE INCUMPLIMIENTO CONTRA APPLE Y META

Beatriz Sastre Furones

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

La Comisión Europea inaugura su poder sancionador en el marco de la DMA: Análisis de las decisiones de incumplimiento contra Apple y Meta

La Comisión Europea ha adoptado las primeras decisiones sancionadoras en virtud del Reglamento de Mercados Digitales ("DMA"), y ha impuesto multas a Apple y Meta por incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 5(4) y 5(2), respectivamente. Estas decisiones marcan un punto de inflexión en la regulación de los mercados digitales europeos y recogen los parámetros interpretativos que guiarán la aplicación de la DMA.

PALABRAS CLAVE:

Comisión Europea; DMA; Guardianes de acceso; Apple; Direccionamiento; Meta; Modelo de suscripción.

The European Commission exercises its sanctioning powers under the Digital Markets Act by issuing non-compliance decisions against Apple and Meta.

The Commission has invoked the Digital Markets Act (DMA), imposing fines of €500 million on Apple and €200 million on Meta for failing to comply with Articles 5(4) and 5(2) of the DMA. These decisions represent a significant milestone in the regulation of European digital markets, establishing the interpretative parameters that will guide the application of the DMA.

KEYWORDS:

European Commission; DMA; gatekeepers; Apple; steering; Meta; subscription model

FECHA DE RECEPCIÓN: 1-11-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 3-11-2025

Sastre Furones, Beatriz (2025). La Comisión Europea inaugura su poder sancionador en el marco de la DMA: Análisis de las decisiones de incumplimiento contra Apple y Meta. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 193-198 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 7 de marzo de 2024 fue una fecha marcada en rojo en el calendario de las grandes tecnológicas Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta Platforms y Microsoft. Este día marcaba el fin del plazo otorgado a las primeras empresas designadas como “guardianes de acceso” en virtud del Reglamento (UE) 2022/1925, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Reglamento de Mercados Digitales) (“DMA”, por sus siglas en inglés), para el cumplimiento efectivo de las obligaciones impuestas por la Comisión Europea (“la Comisión”) seis meses antes en las correspondientes decisiones de designación. Durante este período, los guardianes de acceso debían diseñar e implementar medidas a fin de adaptar sus modelos de negocio y operativas a estas obligaciones.

En marzo de 2024 la Comisión incoó los primeros procedimientos sancionadores bajo la DMA contra Apple y Meta Platforms, entre otros.

En lo que respecta a Apple, el análisis de la Comisión se centraba en la posible vulneración del artículo 5(4) de la DMA, a raíz de las restricciones y comisiones impuestas a los desarrolladores de aplicaciones disponibles en el *App Store*. Según la Comisión, estas restricciones impedían que los desarrolladores pudieran informar libremente a los usuarios sobre opciones de compra de las aplicaciones fuera del ecosistema de Apple y celebrar contratos gratuitos, lo que contravenía la obligación de permitir el direccionamiento (*steering*) de manera efectiva.

En cuanto a Meta, el foco de la Comisión estaba puesto en la potencial infracción del artículo 5(2) de la DMA a causa del modelo de suscripción (también denominado *consent or pay*), lanzado por Meta en la Unión Europea en noviembre de 2023. Según la Comisión, este modelo binario podría vulnerar la citada disposición, al obligar a los usuarios a prestar su consentimiento al tratamiento y combinación de sus datos personales con fines de publicidad personalizada en línea, sin ofrecerles una alternativa menos personalizada, aunque equivalente, de sus servicios de redes sociales Facebook e Instagram.

En sus conclusiones preliminares, enviadas a Apple y Meta en junio y julio de 2024, respectivamente, la Comisión sostuvo la existencia de los dos incumplimientos descritos. Dichas conclusiones preliminares fueron confirmadas en sendas decisiones de la Comisión de 23 de abril de 2025 en los asuntos DMA.100109 – *Apple – Online Intermediation Services – app stores – AppStore – Art. 5(4)* y DMA.100055 – *Meta – Article 5(2)*.

A continuación, se resumirán brevemente ambas decisiones y se señalarán algunas implicaciones en la aplicación de la DMA de cara al futuro.

2. Decisión de la Comisión, de 23 de abril de 2025, asunto DMA.100109 – *Apple – online intermediation services – App stores – Appstore – Art. 5(4)*

De acuerdo con el artículo 5(4) de la DMA, los desarrolladores de aplicaciones que las distribuyen a través del *App Store* de Apple deben poder informar a los usuarios finales, de forma gratuita, de las ofertas alternativas fuera del *App Store*, dirigirlos hacia dichas ofertas y permitirles realizar compras.

La Comisión ha considerado que, si bien los nuevos términos y condiciones de Apple (adoptados con el objetivo de cumplir con la DMA) permiten a los desarrolladores dirigir a los usuarios finales a ofertas fuera del *App Store* (*link-out*), también imponen ciertas restricciones. En particular, estas restricciones incluyen (i) la limitación a un solo enlace por aplicación en la Unión Europea, (ii) el hecho de que solo se pueda redirigir a la página web del desarrollador o (iii) la presentación recurrente al usuario final de una alerta que enfatiza la falta de responsabilidad de Apple sobre la privacidad y seguridad si se compran productos o contenidos digitales en el sitio web del desarrollador. Además, Apple cobra al desarrollador una comisión por las transacciones realizadas dentro de los siete días posteriores al *link-out*.

A la vista de estas restricciones, la Comisión ha concluido que Apple incumple la obligación de permitir, de forma efectiva y gratuita, que los desarrolladores comuniquen y promuevan ofertas a los usuarios finales, independientemente del canal utilizado, sin restringir la forma, el contenido ni el canal de comunicación. Los desarrolladores deben poder celebrar contratos con los usuarios finales tras el direccionamiento, sin obstáculos técnicos o contractuales, utilizando cualquier canal o tecnología, e incluyendo la posibilidad de hacerlo dentro de la propia aplicación (*i. e.*, sin necesidad de que se abra el navegador por defecto) o fuera de ella.

Por su parte, Apple argumentó que sus nuevas condiciones cumplen con el artículo 5(4) de la DMA, ya que permiten el *steering* de manera efectiva. Según Apple, las restricciones implementadas son necesarias para proteger la privacidad y seguridad de los usuarios, y las comisiones cobradas reflejan el valor proporcionado por el ecosistema del *App Store*. Además, Apple sostiene que la obligación de permitir el *steering* no implica que deba hacerlo de forma completamente irrestricta o sin compensación alguna.

En cuanto a la duración de la conducta, la Comisión ha determinado que el incumplimiento comenzó el 7 de marzo de 2024 y tiene un carácter continuado, ya que abarca aproximadamente trece meses desde la entrada en vigor de la obligación hasta la fecha de la decisión. Además, la Comisión ha señalado que la conducta de Apple fue, como mínimo, negligente, puesto que no podía desconocer que las medidas adoptadas incumplían el artículo 5(4) de la DMA.

A la luz de lo anterior, la Comisión ha impuesto a Apple una multa de 500 millones de euros (cifra que representa aproximadamente el 0,14 % del volumen de negocio anual de Apple, significativamente inferior al límite máximo del 10 % fijado por la DMA) y ha ordenado que ponga fin al incumplimiento en un plazo de 60 días desde la notificación de esta decisión.

3. Decisión de la Comisión, de 23 de abril de 2025, asunto DMA.100055 – Meta – Article 5(2)

En virtud del artículo 5(2) de la DMA, los guardianes de acceso deben abstenerse de tratar, combinar o cruzar datos personales de los usuarios finales entre servicios básicos de plataforma, salvo que al usuario se le haya presentado una *"opción específica y este haya dado su consentimiento en el sentido del artículo 4, punto 11, y del artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679"*. Además, a la luz de los considerandos 36 y 37 de la DMA, los guardianes de acceso deben ofrecer al usuario final una *"alternativa menos personalizada, aunque equivalente"*, sin condicionar el acceso a los servicios al consentimiento del usuario para el tratamiento de sus datos.

La Comisión ha considerado que el modelo de suscripción, implementado por Meta en la Unión Europea, incumple la obligación impuesta por el citado artículo de ofrecer a los usuarios una alternativa menos personalizada, aunque equivalente, de las redes sociales Facebook e Instagram. Este modelo permitía a los usuarios elegir entre pagar una suscripción mensual para utilizar Facebook e Instagram sin anuncios o dar su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios personalizados (*i. e.*, los servicios seguirían siendo gratuitos y financiándose mediante publicidad).

La decisión de la Comisión parte de ciertas interpretaciones que actualmente son objeto de un intenso debate. La Comisión ha considerado que el artículo 5(2) de la DMA exige el cumplimiento de dos condiciones distintas y acumulativas: primero, que exista una *"opción específica"*; y, segundo, que se haya otorgado un *"consentimiento válido"* en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, "RGPD").

A este respecto, la Comisión ha señalado que el modelo de suscripción sin anuncios no constituye una alternativa menos personalizada pero equivalente a la opción con anuncios personalizados. La Comisión argumenta que este requisito no se cumple, ya que el modelo de suscripción sin anuncios requiere el pago de una cuota mensual. Para la Comisión, esta no es una condición de acceso equivalente a la opción de consentir la combinación de datos personales para recibir publicidad personalizada. Asimismo, según la Comisión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") *Meta Platforms* (sentencia de 4 de julio de 2023, C-251/21, *Meta Platforms and Others (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*, EU:C:2023:537) no puede

interpretarse en el sentido de que permite a Meta ofrecer la “*alternativa menos personalizada pero equivalente*” referida en el considerando 36 de la DMA a cambio del pago de una “*remuneración adecuada*”.

Por su parte, Meta alegó que la Comisión interpreta erróneamente el concepto de *opción específica*, y que este concepto no debería ser separado del de *consentimiento*. Sostiene Meta que la Comisión debería haber evaluado si la opción sin anuncios incluye una degradación en la calidad de la experiencia del usuario en comparación con la opción con anuncios personalizados. Meta afirmó que la calidad de ambas opciones era equivalente desde la perspectiva del usuario y que, por tanto, cumplía con el requisito de ofrecer una alternativa equivalente. Además, Meta argumentó que la Comisión no tenía base legal para diferenciar entre las condiciones de acceso a ambas opciones en función de la forma de remuneración de los servicios, y que no ha demostrado cómo el pago de una cuota socava la libre elección del usuario. En este sentido, Meta afirmó que la Comisión estaba tratando de imponerle un modelo de negocio específico y vulnerando su libertad para conducir el negocio y responder a sus obligaciones regulatorias de la manera que considere adecuada.

En segundo lugar, la Comisión consideró que el consentimiento no era válido porque no se otorgaba libremente, debido a la desigualdad de poder entre Meta y los usuarios. Según la Comisión, los usuarios no podían negociar con Meta ninguna otra opción que las dos ofrecidas, y podían sentirse obligados a optar por la opción con publicidad personalizada para seguir disfrutando de los servicios. Así, la Comisión argumentaba que los usuarios no podían rechazar el consentimiento sin sufrir un perjuicio, *i.e.*, tener que pagar una cuota mensual o abandonar los entornos de Facebook e Instagram por completo. Además, la Comisión señaló que Meta había ofrecido estos servicios de forma gratuita durante dos décadas, lo que ha creado efectos de red y de bloqueo que dificultan que los usuarios elijan otras alternativas.

A este respecto, Meta indicó que el modelo de suscripción garantiza un consentimiento válido conforme a los artículos 4(11) y 7 del RGPD: es libremente dado, específico, informado, inequívoco, claramente distinguible, revocable en cualquier momento y demostrable. Además, este modelo está alineado con la interpretación del TJUE en su sentencia *Meta Platforms* y con las conclusiones de numerosas autoridades nacionales de protección de datos. Por último, Meta argumentó que el Dictamen 08/2024 sobre el consentimiento válido en el contexto de los modelos de consentimiento o pago aplicados por las plataformas en línea de gran tamaño, del Comité Europeo de Protección de Datos (“CEPD”), no es relevante para el examen de la Comisión, además de ser ilegal (al suponer una extralimitación del CEPD en sus poderes).

A la vista de lo anterior, la Comisión rechazó los argumentos presentados por Meta y concluyó que el modelo de suscripción incumple las condiciones cumulativas del artículo 5(2) de la DMA, ya que no ofrece una alternativa menos personalizada, aunque equivalente, y el consentimiento otorgado no es libremente dado.

La Comisión consideró, además, que Meta actuó, como mínimo, con negligencia, ya que no podía desconocer que el modelo de suscripción no cumplía con el artículo 5(2) de la DMA. En cuanto al ámbito geográfico y temporal de la infracción, la Comisión indicó que afecta a toda la Unión Europea y a un número muy elevado de usuarios (más de 45 millones de usuarios activos mensua-

les en cada una de las redes sociales), extendiéndose desde el 7 de marzo de 2024 hasta al menos el 11 de noviembre de 2024.

Por todo ello, la Comisión impuso a Meta una multa de 200 millones de euros.

4. Implicaciones y perspectivas de futuro

Las decisiones de incumplimiento contra Apple y Meta —las primeras de carácter sancionador en el marco de la DMA— marcan un punto de inflexión en la regulación de los mercados digitales europeos. La Comisión ha encontrado en estas decisiones la oportunidad de demostrar su determinación de hacer cumplir la DMA en un escenario internacional geopolítico y económico-comercial especialmente complejo.

Al mismo tiempo, en estas decisiones la Comisión deja entrever los parámetros interpretativos que guiarán la aplicación de las obligaciones establecidas en los artículos 5(4) y 5(2) de la DMA, al menos, en tanto estén pendientes de resolución los recursos de anulación presentados por Apple y Meta ante el Tribunal General —y, en su caso, en tanto no recaiga pronunciamiento ulterior del TJUE en última instancia—.

Sin duda, ambas decisiones plantean cuestiones interesantes para el debate y hacen aflorar las tensiones inherentes entre los modelos de negocio digitales, la innovación tecnológica y los fines de disputabilidad y equidad que persigue la norma europea. En este sentido, el asunto de Apple suscita las cuestiones de la necesidad de proteger la privacidad y la seguridad de los usuarios, o de cobrar una comisión que refleje el valor proporcionado por el ecosistema a los desarrolladores. Por su parte, el asunto de Meta centra el debate en si la Comisión realiza interpretaciones novedosas de conceptos ya existentes (por ejemplo, la noción de consentimiento), y si está, en definitiva, tratando de imponer un modelo de negocio específico. La Comisión, por su parte, ha rechazado los argumentos que ambos guardianes de acceso han puesto sobre la mesa hasta el momento.

Por todo ello, esta materia merecerá particular atención en los próximos meses, muy especialmente en relación con el desarrollo jurisprudencial que derive de los recursos de anulación mencionados, que contribuirán a perfilar el alcance de las obligaciones en cuestión y su impacto en los modelos de negocio de los guardianes de acceso concernidos.

Foro de Actualidad

Derechos Humanos

ACCIONES JUDICIALES Y OTRAS VÍAS PROCESALES FRENTE A VULNERACIONES MASIVAS DE DERECHOS HUMANOS DE MUJERES Y NIÑAS¹

Sebastián Green Martínez, Maria Querol Guillen y Pol Liñan Canela
Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona)

Acciones judiciales y otras vías procesales frente a vulneraciones masivas de derechos humanos de mujeres y niñas

El presente artículo delimita un marco operativo preliminar de acciones judiciales y otras vías en contextos de violaciones masivas, sistemáticas y deliberadas de los derechos fundamentales de mujeres y niñas. Se analiza la planificación estratégica previa, distinguiendo entre acciones que pueden resultar en pronunciamientos jurídicamente vinculantes y aquellas otras vías con un objetivo estratégico de visibilización e impacto social. Se examina el marco jurídico aplicable, incluidos los instrumentos convencionales vigentes y propuestas de lege ferenda como el apartheid de género. Se exploran las vías procedimentales disponibles, diferenciando entre mecanismos de responsabilidad penal individual (Corte Penal Internacional, jurisdicción universal) y responsabilidad internacional del Estado (Corte Internacional de Justicia), así como procedimientos cuasi jurisdiccionales. Finalmente, se abordan prácticas internacionales en materia de documentación, protección y participación de víctimas, la prevención de la revictimización y la aplicación rigurosa del principio do no harm como criterios rectores de toda estrategia de litigio responsable.

PALABRAS CLAVE:

Litigio estratégico; Apartheid de género; Persecución de género; Derechos de las mujeres; Crímenes contra la humanidad; CPI; CIJ; Jurisdicción universal; Revictimización; Principio do no harm.

Responding to widespread violations of the human rights of women and girls: legal action and other procedural measures

This article proposes a preliminary operational framework for legal actions and other procedural measures in cases of widespread, systematic and deliberate violations of women's and girls' fundamental rights. It analyses prior strategic planning, distinguishing between actions that may result in legally binding decisions and other avenues aimed at achieving visibility and social impact. It examines the applicable legal framework, including existing conventional instruments and de lege ferenda proposals such as gender apartheid. It explores available procedural avenues, differentiating between mechanisms of individual criminal responsibility (International Criminal Court, universal jurisdiction) and international State responsibility (International Court of Justice), as well as quasi-judicial procedures. Finally, it addresses international practices regarding documentation, protection and participation of victims, the prevention of re-victimisation and strict application of the "do no harm" principle as guiding criteria for any responsible litigation strategy.

KEYWORDS:

strategic litigation; gender apartheid; gender persecution; women's rights; crimes against humanity; ICC; ICJ; universal jurisdiction; re-victimisation; "do no harm" principle

FECHA DE RECEPCIÓN: 29-10-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 3-11-2025

Green Martínez, Sebastián; Querol Guillen, Maria; y Liñan Canela, Pol (2025). Acciones judiciales y otras vías procesales frente a vulneraciones masivas de derechos humanos de mujeres y niñas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 68, pp. 199-211 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Se aprecia a nivel internacional un incremento de situaciones y episodios de vulneraciones masivas y sistemáticas de derechos fundamentales de mujeres y niñas. En muchas ocasiones esas violaciones de derechos humanos son causadas por agentes estatales, por lo que no encuentran mecanismos nacionales de protección y reparación que puedan ser adecuados y efectivos. Frente a lo anterior, es preciso identificar posibles cauces jurídicos a nivel internacional donde puedan accionarse reclamaciones por esas vulneraciones masivas de derechos humanos de mujeres y niñas.

El objeto del presente artículo es identificar y analizar cauces jurídicos internacionales frente a contextos de violaciones masivas, sistemáticas y deliberadas de los derechos fundamentales de mujeres y niñas, articulando respuestas institucionales que incluyan potenciales acciones de responsabilidad penal individual y responsabilidad internacional del Estado, así como medidas de visibilización, documentación y protección, bajo estándares probatorios y de seguridad de víctimas reconocidos internacionalmente. En concreto, analizamos cómo la persistencia de patrones de violencia estructural contra mujeres y niñas en diversos contextos geopolíticos —caracterizados por la exclusión sistemática del espacio público, la privación del acceso a la educación, el empleo y la salud, la imposición de restricciones severas a la libertad de movimiento, y la comisión de actos de violencia sexual y de género— puede ser denunciada a través de los mecanismos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales disponibles.

En primer lugar, abordaremos la planificación táctica previa a iniciar cualquier tipo de acción, etapa esencial en litigios estratégicos (Sección 2). En segundo lugar, trataremos el marco jurídico en

que se plantean dichas acciones, abordándolas con perspectivas tanto de derecho positivo como de normas que se encuentran en proceso de consolidación y que se encuentran debatidas en la actualidad (Sección 3). Seguidamente, exploraremos las posibles vías para denunciar las vulneraciones de derechos fundamentales según las necesidades de cada caso (Sección 4). Finalmente, concluiremos con un resumen de las principales consideraciones para tener en cuenta a la hora de organizar un litigio frente a estas graves vulneraciones de derechos humanos, y cómo estas se interrelacionan con prácticas recomendadas en derecho internacional (Sección 5).

2. Planificación estratégica: definición de objetivos

En primer lugar, resulta esencial distinguir, desde el inicio de la planificación estratégica, entre dos modelos conceptuales de litigio que responden a lógicas, prioridades y metodologías radicalmente distintas: el litigio entendido como herramienta para concienciar sobre acontecimientos determinados y tener repercusión social y el litigio orientado a obtener un pronunciamiento concreto que repare un daño sufrido. En la elaboración y ponderación de objetivos de un litigio estratégico complejo, estas dos dimensiones no se mantienen aisladas. Por el contrario, su dinámica y vinculación debe preverse con anticipación y con una perspectiva orientada a objetivos primarios y secundarios.

El litigio orientado a tener impacto social se caracteriza porque su valor primordial reside en la propia existencia, visibilidad y resonancia del procedimiento, con independencia del pronunciamiento final que se obtenga o, incluso, de que se alcance efectivamente una decisión de fondo. En este modelo, los objetivos centrales comprenden los siguientes aspectos:

- i. la visibilización de las violaciones ante la opinión pública nacional e internacional;
- ii. la generación de conciencia social y política sobre la gravedad de los hechos y la necesidad de una respuesta institucional;
- iii. la movilización de actores estatales, organizaciones internacionales, medios de comunicación y sociedad civil en torno a la causa;
- iv. la construcción de narrativas jurídicas y políticas que desafíen la impunidad y refuercen el valor normativo de los derechos humanos; y
- v. la presión sobre Estados, organizaciones internacionales y otros actores relevantes para que adopten medidas políticas, diplomáticas, económicas o de otra índole, aun cuando el procedimiento judicial no culmine en una sentencia ejecutable.

En este marco de tareas, el objetivo principal no es jurídico, sino humano: procurar que las víctimas cuenten con la posibilidad de ser oídas por la comunidad internacional.

A diferencia de lo anterior, el litigio orientado a reparar un daño producido por una infracción del derecho internacional se caracteriza porque su valor primordial reside en la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional concreto, vinculante y ejecutable, que declare la responsabilidad

penal individual de los perpetradores, la responsabilidad internacional del Estado, o ambas, y que ordene medidas de reparación, restitución, indemnización o garantías de no repetición en favor de las víctimas. En este modelo, los objetivos centrales comprenden:

- i. la acreditación rigurosa de los hechos conforme a los estándares probatorios del foro seleccionado;
- ii. la calificación jurídica precisa de las conductas como crímenes internacionales o violaciones de tratados;
- iii. la identificación de los responsables individuales o estatales;
- iv. la obtención de una sentencia condenatoria o declarativa que reconozca formalmente la responsabilidad; y
- v. la ejecución efectiva de la sentencia, ya sea mediante la detención y sanción de los responsables penales, el cumplimiento por parte del Estado condenado de las obligaciones de reparación, o la adopción de medidas coercitivas por parte de terceros Estados u organizaciones internacionales en caso de incumplimiento.

Por ello, en este tipo de litigio, el éxito se mide primordialmente (pero no exclusivamente) por el concreto pronunciamiento obtenido del órgano al que se acude. Al respecto, la labor técnica-jurídica de preparación probatoria, calificación jurídica, identificación de responsables y selección del foro más adecuado para obtener un pronunciamiento constituye el núcleo central de la estrategia, mientras que el activismo desempeña una función de apoyo.

A mayor abundamiento, el objetivo principal definido determinará de forma decisiva el tipo de foro al que resulte más adecuado acudir y las figuras jurídicas que se invoquen. Cuando lo que se busca es una condena con efectos jurídicos vinculantes, será habitual dirigirse hacia mecanismos jurisdiccionales *stricto sensu* —como la CPI o la CIJ— ante los que se invocarán violaciones de preceptos positivizados en tratados internacionales. Por el contrario, cuando el objetivo primordial sea causar impacto en la sociedad y visibilizar las infracciones existentes, se abre un abanico considerablemente más amplio de posibilidades, que incluye, junto con los anteriores, procedimientos cuasijurisdiccionales tales como los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos (el “CDH”) y la opción de invocar a aliados de la sociedad civil.

3. Marco sustantivo: calificación jurídica y principio de legalidad

3.1. Categorización de los potenciales ilícitos a denunciar y alineamiento con la estrategia del litigio

Una vez identificados los objetivos primarios y secundarios, debe hacerse un riguroso examen jurídico de las vulneraciones de derechos que queremos denunciar. Dicho análisis estará intrínsecamente ligado no solo a los objetivos, sino a las convenciones internacionales que puedan resultar aplicables al caso concreto, a los sistemas de derecho nacional relevantes y, en última instancia, a los organismos internacionales competentes sobre el caso concreto, cuestión que será abordada en la siguiente sección.

En los casos más recientes de vulneraciones graves de los derechos de las mujeres y las niñas, nos encontramos con ataques generalizados a dichos colectivos, amparados o promovidos en muchas ocasiones por el propio Estado que debería proporcionarles protección, y en abierta contravención de las obligaciones internacionales de dichos Estados. Estamos hablando de situaciones tan graves como las de Afganistán o Irán, en que se busca verdaderamente la invisibilización de las mujeres y las niñas y su completa eliminación de las posiciones de poder y de la vida pública, negándoles el derecho a valerse por sí mismas.

En este contexto, a continuación, reseñamos algunos de los instrumentos internacionales que regulan la protección de los derechos de mujeres y niñas:

- i. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, es un instrumento clave en la protección de los derechos de las mujeres y niñas. Dicha Convención (i) prohíbe la discriminación frente a las mujeres; (ii) obliga a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias *"para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre"*; (iii) obliga a los Estados a garantizar la participación de las mujeres en la vida pública; (iv) obliga a los Estados a tomar medidas para eliminar la discriminación de mujeres y niñas en la educación; y (v) garantiza, entre otros, el derecho a trabajar, a la libre circulación y al matrimonio en igualdad de condiciones con el hombre.
- ii. La Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, en que se consagran los derechos a la educación, libertad de expresión, libertad de asociación, al acceso libre a la información, a una infancia libre de abusos (tanto físicos como psicológicos) y al libre desarrollo de su personalidad.
- iii. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, también es un buen punto de partida, incluyendo el derecho a la vida; la prohibición de tortura; el derecho a la libertad de movimientos; el derecho a una vida libre de interferencias en la vida privada; libertad de pensamiento, religión y expresión; el derecho de asociación; la prohibición de

matrimonio sin consentimiento; el derecho a participar en la vida pública, y la igualdad ante la ley.

- iv. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, en que se incluyen el derecho al trabajo, a la libertad familiar, a la educación y a participar en la vida cultural.
- v. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, también es un instrumento a tener en cuenta para el caso en que se hayan producido ese tipo de tratos contra las mujeres y niñas.
- vi. Por su parte, las Convenciones de Ginebra de 1949, y sus Protocolos Adicionales, protegen a los civiles que no se hallen activamente en combate durante un conflicto armado. Dichos tratados contienen, entre otras, la prohibición de la violencia sexual en conflictos armados y salvaguardas a la educación de los menores, incluidas las niñas. Virtualmente todos los Estados del mundo son parte de las Convenciones de Ginebra (aunque no así de los Protocolos Adicionales) y muchos de sus preceptos se consideran ya parte del derecho consuetudinario, por lo que, si la situación que estamos examinando sucede durante un conflicto armado, casi con total seguridad serán de aplicación.
- vii. Finalmente, y en sede de responsabilidad penal individual, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998 (en adelante, el "ER") tipifica varios ilícitos que suelen ser perpetrados contra mujeres y niñas.

Estos tratados proporcionan protecciones vinculantes para los Estados, los cuales protegen contra posibles ilícitos que pueden estar cometiéndose en contra de mujeres y niñas, y a los que debemos prestar atención a la hora de diseñar nuestra estrategia procedimental.

3.2. Categorías emergentes: el "apartheid de género"

En las últimas décadas, ante casos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos de mujeres y niñas, se ha promovido la creación de una categoría específica para criminalizar dichas acciones, mediante el crimen de "apartheid de género"². En 1996, durante el primer gobierno talibán en Afganistán, se empezó a utilizar el término "apartheid de género"³ para describir la represión sistemática y generalizada a las mujeres en Afganistán, articulada a través de vulneraciones graves de los derechos fundamentales de las mujeres afganas con el objetivo de excluirlas de la sociedad civil y de las posiciones de poder. Este término pasó a utilizarse también por las activistas iraníes que denunciaban prácticas análogas en la República Islámica de Irán. Desde el nuevo ascenso al poder de los talibanes en Afganistán en 2021, puede observarse la paulatina emergencia del apartheid de género como crimen internacional y visibilizar así la grave discriminación que sufren las mujeres afganas e iraníes⁴.

La Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, en vigor desde 1976, y adoptada a raíz de la segregación racial perpetrada en Sudáfrica durante la mayor parte del siglo XX, se centra únicamente en el apartheid racial, al igual que el ER en su artículo 7.1.j.

Sin embargo, existen otros crímenes actualmente tipificados como ilícitos internacionales en el ER que pueden encajar —por lo menos, de forma parcial— con las vulneraciones a las que se sujeta a las mujeres bajo el concepto de apartheid de género, a saber:

- A. **Otras categorías de crímenes de lesa humanidad.** Además del crimen de apartheid, existen otras categorías de crímenes de lesa humanidad por medio de las cuales se podrían castigar a los perpetradores de vulneraciones de los derechos de las mujeres y niñas, incluyendo:
- i. Persecución por motivos de género, definida en el artículo 7.1.h del ER como *"persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte"*.
 - ii. Los crímenes de violación, embarazo forzado y otros tipos de violencia sexual tipificados en el artículo 7.1.g ER, que castiga la *"violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable"*.
 - iii. Matrimonio forzado, enmarcado dentro de la categoría de *"otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionadamente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física"* del artículo 7.1.k del ER, tal y como ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (vid. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*); y
 - iv. Otros crímenes del artículo 7 ER, incluyendo el asesinato (artículo 7.1.a ER), exterminio (artículo 7.1.b ER), esclavitud (artículo 7.1.c ER), deportación o traslado forzoso de la población (artículo 7.1.d del ER) y la tortura (artículo 7.1.f ER).

Al encontrarnos en la categoría de crímenes de lesa humanidad, es necesario que se cumplan con las exigencias del *chapeau* o elemento contextual de dichos crímenes; es decir, que se cometan dichos crímenes como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, con conocimiento por parte del autor de que su conducta forma parte de dicho ataque o del riesgo de que así sea. La combinación de estos crímenes en derecho positivo condensa la noción del apartheid de género, a pesar de que el crimen como tal no esté expresamente previsto.

- B. De existir un conflicto armado, también existen **categorías de crímenes de guerra** que castigan actos perpetrados por razón de género. Se incluyen en esta categoría:
- i. Para el caso de conflictos armados de carácter internacional, *"cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia"*

sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra" (artículo 8.2.b.xxii del ER).

- ii. Para el caso de conflictos armados de carácter no internacional, "*cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra"* (artículo 8.2.e.vi del ER).
- C. Finalmente, y **en relación con el crimen de genocidio**, tipificado en el artículo 6 ER, de forma similar a lo que sucedía con el crimen de apartheid, dicho tipo únicamente protege a los miembros de un "*grupo nacional, étnico, racial o religioso*". Sin perjuicio de lo anterior, y aunque un grupo de género no sea un grupo protegido por este ilícito, sí que se ha considerado que el hecho de centrarse en uno de los géneros en los ataques que cumplen con los requisitos de *mens rea* para ser catalogados de genocidio, asegurando así que el grupo no pueda reproducirse, constituye un acto de genocidio en la medida en que este atenta contra la existencia del grupo.

El hecho que otros ilícitos internacionales sancionen también actuaciones que podrían quedar comprendidas en la propuesta del apartheid de género (que desde una perspectiva estrictamente positivista se consideraría *de lege ferenda*) no supone que dicha propuesta deba ser abandonada. Más importante aún resulta contribuir a la lucha por la protección específica de los derechos de las mujeres. Tal como expone una parte de la crítica especializada, los instrumentos de derechos humanos internacionales se han redactado considerando al hombre en términos genéricos y etéreos como principal individuo protegido. De esta forma se han visto relegados los derechos de las mujeres, que han quedado expuestas a vulnerabilidades no previstas en la legislación vigente⁵. En este contexto es legítimo recurrir a propuestas *de lege ferenda* procurando que las graves vulneraciones de derechos de las mujeres y niñas sirvan como catalizadores del cambio y se termine por codificar el apartheid de género y constituirlo como crimen internacional. Asimismo, es importante tener presente que existen otros ilícitos a nuestro alcance, en los que los actos concretos, que ya por sí solos revisten gravedad internacional bajo derecho positivo, permiten promover acciones de apartheid de género mediante una condensación de dichos tipos penales internacionales *de lege lata*.

4. Vías de ejercicio de acciones de responsabilidad

4.1. Taxonomía de mecanismos: responsabilidad penal individual y responsabilidad internacional del Estado

La planificación estratégica del litigio exige distinguir entre dos tipos de responsabilidad distintas: la responsabilidad penal individual y la responsabilidad internacional del Estado. La primera se dirige contra personas físicas concretas —generalmente autoridades o funcionarios públicos— que hayan cometido, ordenado o facilitado crímenes internacionales, mientras que la segunda se dirige contra el Estado por violación de obligaciones internacionales.

Cuando lo que se busca es reparar un daño concreto sufrido por víctimas identificables y asegurar que los responsables directos sean sancionados penalmente, los procedimientos jurisdiccionales de responsabilidad penal individual presumiblemente constituirán la opción más adecuada. Por otro lado, cuando el objetivo del procedimiento reside en el impacto y visibilización de las infracciones, otras posibilidades se convierten en vías posibles, como procedimientos cuasijurisdiccionales.

4.2. Procedimientos jurisdiccionales

La CPI es el órgano jurisdiccional por excelencia al que dirigirse cuando se busca establecer la responsabilidad penal internacional de un individuo por unas determinadas infracciones. Esta vía es particularmente útil para dar voz a las víctimas de las violaciones del derecho internacional, puesto que se permite su participación (a través de la presentación de observaciones y proposición de pruebas) cuando sus intereses personales se vean afectados (artículo 68.3 ER).

Asimismo, el ER permite a los afectados aportar información a la Fiscalía de la CPI, lo que alivia en cierto modo la presión que pesa sobre estas y contribuye a evitar una revictimización. Sin embargo, para poder tener éxito utilizando esta vía, es necesario tener un caso sólido en lo jurídico. En efecto, la CPI solo decide sobre responsabilidad penal individual derivada del crimen de genocidio, crímenes contra la Humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Así, será necesario probar que concurren los elementos que conforman el tipo penal internacional de los crímenes enunciados, sin que resulte posible alegar otras figuras que no hayan sido positivizadas en normas internacionales de acuerdo con el principio *nullum crimen sine lege* consagrado por el artículo 22 ER. Por todo ello, es el escenario óptimo para lograr una declaración de responsabilidad penal individual.

Otra vía para la declaración de la responsabilidad penal individual consiste en el recurso a la jurisdicción universal en foros nacionales. Esta figura permite que tribunales nacionales de terceros Estados conozcan de crímenes internacionales cometidos en el extranjero, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad del autor o de la víctima, fundándose en la idea de que determinados crímenes —genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, tortura— son de tal gravedad que ofenden a la comunidad internacional en su conjunto y que, por tanto, cualquier Estado posee interés legítimo en perseguirlos. No obstante, los requisitos procesales y sustantivos para el ejercicio de la jurisdicción universal varían significativamente entre ordenamientos, lo que exige un análisis pormenorizado de la normativa de cada foro antes de determinar su viabilidad.

Al igual que en el caso de la CPI, los procedimientos ante tribunales nacionales en ejercicio de jurisdicción universal se encuentran vinculados al principio de legalidad penal y exigen el cumplimiento de estándares probatorios rigurosos. Esto quiere decir que la estrategia de litigio debe articularse sujeto a un análisis exhaustivo de evidencia y presentación de un caso jurídico robusto, con calificación precisa de las conductas como crímenes internacionales, identificación de los responsables individuales y aportación de pruebas fehacientes que puedan acreditar la comisión de los hechos y la responsabilidad del acusado conforme a los requisitos del ordenamiento jurídico del foro.

En lo que concierne a la responsabilidad internacional del Estado, la CIJ es el órgano al que acudir. A diferencia de los tribunales penales internacionales, que conocen de la responsabilidad penal individual, la CIJ conoce exclusivamente de controversias entre Estados, con exclusión de organizaciones internacionales, entidades no estatales y personas físicas o jurídicas. Únicamente Estados soberanos poseen legitimación activa para iniciar procedimientos contenciosos, conforme al artículo 34.1 del Estatuto de la CIJ.

La jurisdicción de la CIJ se funda en el consentimiento de los Estados y requiere que tanto el Estado demandante como el Estado demandado hayan aceptado la competencia de la Corte. Algunos tratados internacionales protectores de derechos humanos contienen cláusulas compromisorias habilitantes de la jurisdicción de la CIJ, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Estas convenciones proveen el fundamento jurídico para obtener sentencias de incumplimiento de obligaciones convencionales, órdenes de cesación inmediata de las conductas ilícitas, garantías de no repetición, órdenes de preservación de pruebas, y reparación, restitución o indemnización.

El procedimiento ante la CIJ presenta la particularidad de conjugar un elevado impacto mediático y político con la posibilidad de obtener pronunciamientos vinculantes que declaren formalmente la responsabilidad internacional del Estado y ordenen medidas concretas de reparación, lo que lo convierte en una vía especialmente valiosa para los litigios estratégicos. No obstante, adolece de dos limitaciones estructurales significativas que deben ponderarse cuidadosamente. En primer lugar, al condenarse a un Estado y no a un individuo, la ejecutabilidad de las sentencias de la CIJ es muy difícil cuando no es voluntaria. En segundo lugar, y de forma aún más determinante, el acceso a la CIJ exige contar con un Estado demandante que posea legitimación activa, que haya aceptado la jurisdicción de la Corte —ya sea mediante cláusula compromisoria, compromiso especial o declaración unilateral—, y que esté dispuesto a asumir los costes políticos, diplomáticos y económicos que conlleva el litigio contra otro Estado, lo que convierte la movilización de voluntad política estatal en un requisito *sine qua non* para la activación de este mecanismo.

4.3. Procedimientos cuasijurisdiccionales

En cuanto a los procedimientos cuasijurisdiccionales, estos consisten en una presentación ante distintos órganos de la Organización de Naciones Unidas, competentes en materia de derechos humanos. La presentación incluye un relato de presuntas violaciones de derechos humanos que se somete a consideración de expertos y funcionarios. Una vez analizada y debatida la documentación aportada, algunos de estos procedimientos prevén dar participación al Estado involucrado para que puedan dar su parecer. Estos procedimientos suelen culminar con la difusión de un informe público que expresa sus conclusiones jurídicas. Al respecto, pueden nombrarse los Procedimientos Especiales del CDH, mecanismos que permiten la presentación de comunicaciones para prevenir, detener o investigar violaciones de derechos humanos y elevar la conciencia pública. Carecen de fuerza vinculante, pero desempeñan una función crucial de documentación, visibilización y presión política y diplomática. Estos mecanismos ofrecen el acceso a relatores especiales, expertos independientes, grupos de trabajo y comisiones de investigación, con mandatos temá-

ticos (violencia contra la mujer, tortura) o geográficos. Pueden recibir información de cualquier fuente, realizar visitas a países, emitir comunicaciones urgentes o cartas de alegación, y presentar informes públicos al CDH y a la Asamblea General.

5. Conclusión y mejores prácticas

El diseño de estrategias de litigio en contextos de violaciones masivas de derechos fundamentales de mujeres y niñas exige rigor técnico-jurídico, así como asegurar la protección, dignidad, contención y adecuada representación de las víctimas. Esta sección sintetiza las consideraciones esenciales que deben orientar el litigio estratégico, articuladas en torno a tres ejes fundamentales: las mejores prácticas internacionales, la prevención de la revictimización y la aplicación del principio *do no harm*.

- i. **Mejores prácticas internacionales.** La efectividad del litigio depende de la calidad de la documentación probatoria, que debe realizarse conforme a estándares internacionales como el Protocolo de Estambul⁶ y las Directrices sobre protección internacional n.º 1: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967⁷. La documentación de violencia sexual y de género requiere protocolos específicos que incluyan formación especializada en trauma y género, garantía de privacidad y consentimiento informado, enfoques centrados en la víctima que respeten su autonomía, y preservación de pruebas conforme a estándares forenses. La protección de víctimas y testigos constituye una obligación ineludible que debe integrarse desde la planificación inicial, mediante evaluaciones de riesgos individualizadas y medidas que comprendan anonimización, protección física y digital, apoyo psicosocial y estrategias de protección colectiva. Asimismo, la participación significativa de las víctimas es tanto un imperativo ético como un factor de efectividad, exigiendo información completa y accesible, consulta genuina sobre prioridades estratégicas, consentimiento informado para cada fase, rendición de cuentas continua y reconocimiento de la diversidad dentro del colectivo de víctimas.
- ii. **Prevención de la revictimización.** La revictimización —el daño adicional infligido a las víctimas por su interacción con sistemas de justicia— constituye uno de los riesgos más graves de litigios relativos a la violación grave y masiva de derechos humanos de mujeres y niñas. Se manifiesta mediante la obligación de relatar repetidamente experiencias traumáticas, interrogatorios insensibles, exposición pública no consentida, instrumentalización de narrativas, expectativas irrealistas y falta de apoyo psicosocial. Su prevención exige protocolos específicos en cada fase: durante la documentación, limitar entrevistas mediante coordinación entre actores, respetar el derecho a no responder y evitar preguntas culpabilizadoras; durante la fase procesal, utilizar mecanismos que minimicen la exposición directa a los acusados, proporcionar preparación psicológica y apoyo durante las declaraciones; en la comunicación pública, obtener consentimiento explícito antes de compartir historias, respetar decisiones sobre anonimato y evitar sufrimientos innecesarios. El apoyo debe mantenerse después de la conclusión formal del procedimiento, facilitando acceso a servicios de salud mental e involucrando a las víctimas en la evaluación del proceso.

- iii. **Principio *do no harm*.** Este principio exige que el litigio minimice los riesgos de causar daños no intencionados, reconociendo que las acciones legales pueden generar represalias, estigmatización social, instrumentalización política, tensiones comunitarias o frustración. Su aplicación requiere evaluaciones de riesgos sistemáticas, participativas y continuas que identifiquen riesgos específicos del contexto, analicen su probabilidad y magnitud, involucren a las víctimas, diseñen medidas de mitigación e incorporen flexibilidad estratégica. La toma de decisiones responsable exige reconocer que no todas las violaciones deben ser objeto de litigio internacional, fundándose en análisis rigurosos de viabilidad jurídica, proporcionalidad entre riesgos y beneficios, existencia de alternativas menos riesgosas y alineación con las prioridades de las víctimas. Requiere también transparencia sobre las limitaciones estructurales de los mecanismos internacionales, evitando expectativas irrealistas.

En definitiva, el litigio internacional en estas materias debe integrar coherentemente claridad estratégica, rigor técnico-jurídico, mejores prácticas internacionales, prevención de revictimización y aplicación del principio *do no harm*, y su éxito se mide no solo por sentencias favorables o impacto mediático, sino por su contribución efectiva a la protección de las víctimas y la transformación de las estructuras que perpetúan la violencia contra mujeres y niñas.

Notas

- 1 El presente artículo no habría sido posible sin la experiencia de la Fundación Profesor Uría en materia de litigación estratégica de derechos humanos y, especialmente, en la protección frente a vulneraciones de derechos de las mujeres. Queremos agradecer particularmente a Elena Gillis Cintrano, Mateo Mollier Fernández, Leonor Martín Martínez, Camila Irimia y Núria Serra Ripoll por sus contribuciones al trabajo de la Fundación Profesor Uría en este campo, y a José Alberto Navarro Manich y Carolina Albuérne González por su supervisión.
- 2 El término apartheid no se incluye en los instrumentos internacionales de apartheid. Por ejemplo, la Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, en vigor desde 1976, y adoptada a raíz de la segregación racial perpetrada en Sudáfrica durante la mayor parte del siglo XX, se centra únicamente en el apartheid racial, al igual que el ER en su artículo 7.1.j.
- 3 BARR, H.; SÁEZ, M.; MANUEL, S. L. (2025). Gender Apartheid Should Be an International Crime. *Human Rights Watch*, 14 July 2025.
- 4 Comisión Interamericana de Mujeres, OEA/Ser.L/II.5.33, *Declaración de Preocupación por la Situación de las Mujeres y las Niñas en Afganistán e Irán*, 26 de septiembre de 2022.
- 5 Véase MACKINNON, C. (2007). *Are Women Human? Harvard University Press*, 2007.
- 6 El Protocolo de Estambul es un documento que, si bien no aborda expresamente derechos de las mujeres, establece estándares internacionales para investigar y documentar tratos inhumanos o crueles. Véase Protocolo de Estambul (1999). *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Serie de Capacitación Profesional N.º 8/Rev.1, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 9 de agosto de 1999.
- 7 Directrices sobre protección internacional n.º 1: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967, HCR/GIP/02/01, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 7 de mayo de 2002.



Directrices
para las
colaboraciones

Directrices para las colaboraciones

Con objeto de facilitar la labor de la Redacción, se ruega a nuestros colaboradores que se ajusten a las siguientes líneas de orientación en la presentación de sus artículos.

Los autores entregarán el original en la fecha designada por la Dirección de la REVISTA. Con objeto de que se puedan corregir las posibles erratas, se les enviará una prueba de maquetación.

La Dirección de la REVISTA introducirá, si lo estima conveniente, las modificaciones que sean necesarias para mantener los criterios de uniformidad y calidad que requiere la publicación, e informará de ello a los autores.

Los originales deberán ser inéditos y estar referidos a los contenidos propios de la REVISTA, sin ningún tipo de premaquetación o paginación.

Si un autor presentara en su trabajo cuadros, gráficos o imágenes no elaborados por él, será de su responsabilidad la obtención de los pertinentes permisos de sus legítimos propietarios para poder publicarlos.

1. Características

1.1. Características de los artículos

- Contenido analítico (no meramente descriptivo). Se evitarán en lo posible debates excesivamente teóricos.
- Extensión: entre 15 y 20 folios.
- Se podrán incluir (aunque no es necesario) notas al pie de página, limitadas en número y, sobre todo, en extensión.
- Todos los artículos deberán encabezarse, debajo del título y el autor, con un breve resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).

1.2. Características de los foros

- Contenido menos analítico y más descriptivo, pero se puede efectuar un análisis somero de alguna cuestión especialmente relevante. Debe hacerse un brevísimo resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).
- Extensión entre 5 y 10 folios.
- No se pueden incluir notas al pie.

1.3. Características de las crónicas de legislación y jurisprudencia

- Deben limitarse a una enumeración de las normas o decisiones judiciales más relevantes, con un breve resumen de su contenido.
- Extensión de no más de 9 páginas por cada sección (incluyendo tanto la parte de España como la de Portugal).

2. Normas de estilo

2.1. Formato

- Letra Times New Roman, 12 puntos
- Interlineado 1,5 líneas
- Sin sangrías ni espaciados

2.2. Títulos, epígrafes y subepígrafes

- El título de la colaboración se escribirá en mayúsculas y negrita.
- En los originales, se escribirán los títulos de epígrafes en mayúsculas y negrita; los títulos de subepígrafes, en minúsculas y negrita.
- La numeración de epígrafes y subepígrafes se hará según el siguiente modelo:

1. EPÍGRAFE

1.1. Subepígrafe

(Se evitarán terceros niveles)

2.3. Utilización de cursivas, negritas y subrayados en el texto principal

- Se evitarán las negritas y los subrayados en el texto principal; se utilizará la cursiva para resaltar.
- Las citas textuales irán siempre entrecomilladas y en letra cursiva. La identificación de la fuente ha de hacerse de forma inequívoca por medio del sistema de autor, fecha y página (estilo de cita APA), con arreglo a los siguientes ejemplos:

Como afirmó en su día Menéndez (1978: 353), *“la existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima”*.

Ya lo dijo la doctrina: *“La existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima”* (Menéndez, 1978: 353).

- Se recuerda que todo aquello que sea cita literal de normas de legislación y de documentos jurisprudenciales también debe entrecomillarse y escribirse en letra cursiva.

2.4. Citas doctrinales

En los artículos y foros se debe incluir una bibliografía final ordenada por apellidos de los autores que recoja única y exclusivamente las obras que se han citado en el cuerpo de la contribución (no deben aparecer otras referencias adicionales). Si no se ha citado bibliografía en el texto del artículo o del foro, no se incluirá ese apartado final. En caso de que se citen varias obras del mismo autor, se seguirá un orden cronológico de aparición. Cuando la obra sea anónima, se alfabeticará por la primera palabra del título.

Las **citas bibliográficas seguirán el sistema internacional APA** y se harán de acuerdo con los siguientes modelos:

LIBROS:

APELLIDOS, nombre (año). *Título del libro en cursiva*. Ciudad: editorial (edición). Ejemplo: URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo (2000). *Derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons (27.^a ed. revisada en colaboración con María Luisa Aparicio).

ARTÍCULOS DE REVISTA:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo sin comillas. *Nombre de la revista en cursiva*, número, páginas. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1984). Escisión de sociedad anónima y obligaciones convertibles. *Revista de Derecho Mercantil*, 172-173, pp. 227-269.

COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título de la colaboración sin comillas. En inicial y APELLIDOS (mención de responsabilidad), *Título de la obra colectiva en cursiva*. Ciudad: editorial, [volumen], páginas

que ocupa la colaboración. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1994). Calificación jurídica del crédito de descuento documentado en póliza. En A. POLO DÍEZ (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*. Madrid: La Ley, vol. II, pp. 1797-1812.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo o colaboración sin comillas. *Título de la publicación electrónica en cursiva*, número, [páginas]. Recuperado de <página web>,. Ejemplo: PAZ-ARES, Cándido (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, pp. 1-61. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf.

Oficinas URÍA MENÉNDEZ

ESPAÑA

BARCELONA
Av. Diagonal, 514
08006 Barcelona, Spain
barcelona@uria.com
+34 93 416 51 00

BILBAO
Torre Iberdrola Planta 21
Plaza Euskadi, 5
48009 Bilbao, Spain
bilbao@uria.com
+34 94 479 49 20

MADRID
C/ Príncipe de Vergara, 187
Plaza de Rodrigo Uría
C/ Suero de Quiñones, 42
28002 Madrid, Spain
madrid@uria.com
+34 915 860 400

VALENCIA
C/ Colón, 28
46004 Valencia, Spain
valencia@uria.com
+34 96 352 91 91

PORTUGAL

LISBOA
Praça Marquês de Pombal, 12
1250-162 Lisboa, Portugal
lisboa@uria.com
+351 21 030 86 00

OPORTO
Bom Sucesso Trade Center
4150-146 Porto, Portugal
porto@uria.com
+35 1 22 030 86 00

EUROPA

BRUSELAS
Espace Meeûs
Square de Meeûs 40
1000 Brussels, Belgium
bruxelles@uria.com
+32 (0) 2 639 64 64

LONDRES
125 Old Broad Street
17th floor
EC2N 1AR London, United Kingdom
london@uria.com
+44 (0)20 7260 1800

LATINOAMÉRICA

BOGOTÁ
Carrera 9 # 74-08
Bogotá, Colombia
bogota@uria.com
+571 326 8600

LIMA
Av. Santa Cruz No. 888 Piso 4
15074 Miraflores, Lima, Peru
peru@uria.com
+511 513-7200

SANTIAGO DE CHILE
El Golf 40, Piso 20
Santiago, Chile
chile@uria.com
+56 22 364 37 00

URÍA
MENÉNDEZ
www.uria.com