

Actualidad Jurídica Uría Menéndez

Tribuna Abierta

What the Dog Saw: la presión fiscal española según la Unión Europea

Jesús López Tello

Artículos

So far so good: el vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones distintas de las de pago en una financiación corporativa

Luis Jiménez López y Pablo Daza González

Requerimientos de producción documental bajo derecho español

Jokin Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain

A isenção de imposto do selo nas operações com intervenção das instituições comunitárias, do Banco Europeu de Investimento e do Banco Português de Fomento: âmbito de aplicação no caso das garantias

Marta Pontes, Elda Catarina Fernandes y Maria Eduarda Chiarelli

La (in)certidumbre del nexó causal en el despido nulo por queja en Perú: un análisis jurisprudencial de la Corte Suprema

Francisco Carrasco Cabezas

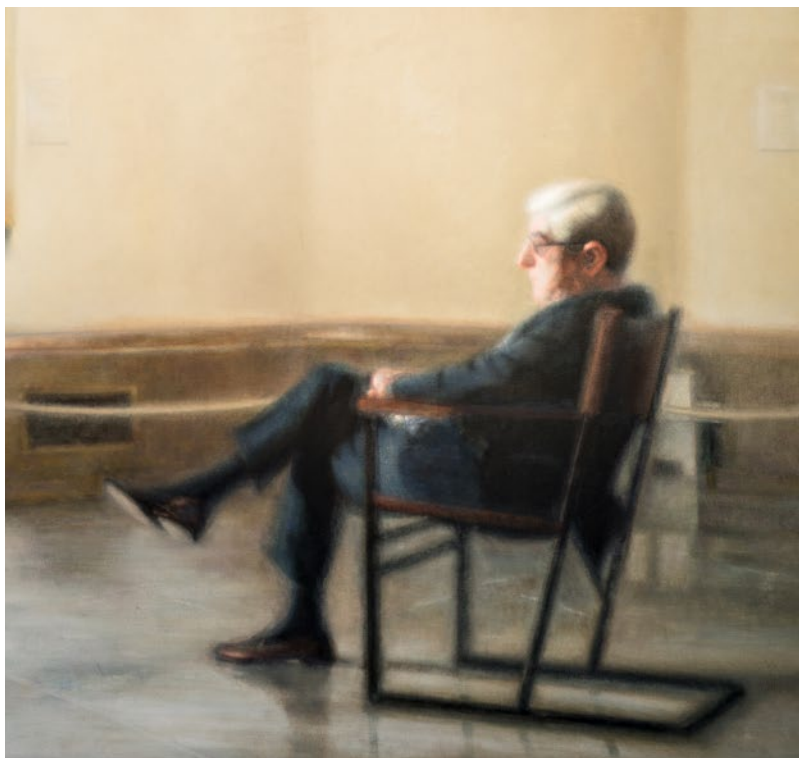
Foro de Actualidad

España

Unión Europea

Latinoamérica

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

José Ramón Amondarain. *Rodrigo Uría Meruéndano 2009*

Indexada en las bases de datos de Latindex

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

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

Edición, diseño, producción y distribución: CeGe Global

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

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

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

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

69

Actualidad
Jurídica
Uría
Menéndez

Diciembre 2025



URÍA
MENÉNDEZ

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

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

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

Sumario

5 Tribuna Abierta

- 7 *What the Dog Saw*: la presión fiscal española según la Unión Europea
Jesús López Tello
-

25 Artículos

- 27 *So far so good*: el vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones distintas de las de pago en una financiación corporativa
Luis Jiménez López y Pablo Daza González
-

- 51 Requerimientos de producción documental bajo derecho español
Jokin Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain
-

- 77 A isenção de imposto do selo nas operações com intervenção das instituições comunitárias, do Banco Europeu de Investimento e do Banco Português de Fomento: âmbito de aplicação no caso das garantias
Marta Pontes, Elda Catarina Fernandes y Maria Eduarda Chiarelli
-

- 103 La (in)certidumbre del nexo causal en el despido nulo por queja en Perú: un análisis jurisprudencial de la Corte Suprema
Francisco Carrasco Cabezas
-

119 Foro de Actualidad

España

- 121 La rectificación de errores en el procedimiento sancionador y sus efectos en la caducidad: ¿garantía para el administrado o reto para la Administración?
Val del Valle Aguiar y Claudia Viejo Ortiz
-

- 135 El Tribunal Supremo fija doctrina casacional en materia de suspensión cautelar de la publicación en el BOE de sanciones firmes en vía administrativa
Manuel Vélez Fraga, Marina Baena Solís y Pedro Lluch Bayona
-

144 Alcance del incidente de nulidad de actuaciones como paso previo al recurso de amparo a la vista de la STC 144/2025, de 8 de septiembre
Alfonso Reimunde Macías y Julia Ramírez Simón

156 El conflictivo estado de la cuestión de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
Álvaro Merino García y Violeta Pina Montaner

169 La indemnización adicional en despidos improcedentes: ¿queda cerrado el debate jurisprudencial? Estudio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2025
José Luis Vázquez Vera

181 Sobre el carácter vinculante de los informes del Ministerio de Ciencia para la aplicación de la deducción en I+D+i en el Impuesto sobre Sociedades. Estado de la cuestión y consideraciones al respecto
Eduardo Hernández Masiá, Joana María Beltrán Albalat y Eduardo Ayala González

192 Inversión de fondos de *private equity* en el sector de la defensa: claves jurídicas y evolución regulatoria
Javier Tortuero

Unión Europea

209 Litigación civil en materia de protección de datos. Daño inmaterial. Estado de la cuestión
Jorge Izquierdo Fernández

Latinoamérica

224 La recarga artificial de acuíferos como herramienta jurídica compatibilizadora entre la función ecosistémica de las aguas (incluida la sustentabilidad acuífera) y el desarrollo de proyectos mineros
Sergio Jaque

Derechos Humanos

235 Silencio administrativo e inactividad en los procedimientos de reagrupación y extensión familiar de los beneficiarios de la protección internacional (asilo y protección subsidiaria)
José Alberto Navarro Manich y Juan José Serrano Araque

251 Directrices para las colaboraciones



Tribuna
Abierta

Tribuna Abierta

WHAT THE DOG SAW: LA PRESIÓN FISCAL ESPAÑOLA SEGÚN LA UNIÓN EUROPEA

Jesús López Tello

Abogado. Inspector de Hacienda del Estado (ex). Inspector de Seguros del Estado (ex).

What the Dog Saw: la presión fiscal española según la Unión Europea

Cuando el 12 de abril de 2021 la ministra de Hacienda del Gobierno de España presentó el comité de personas expertas para elaborar el Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria, la nota de prensa distribuida al efecto señalaba como primer objetivo de la reforma garantizar la suficiencia de los recursos públicos, y se apostillaba inmediatamente a continuación que “España se encuentra siete puntos por debajo de la media de la zona euro en ingresos públicos”.

Antes y después de esa fecha, ha sido y sigue siendo un lugar común en la política española la afirmación de que hay que subir impuestos porque la presión fiscal es inferior a la media europea. Así, por ejemplo, la ministra de Hacienda, también vicepresidenta primera del Gobierno, afirmó en febrero de 2025 en el Congreso de los Diputados que la Comisión Europea venía exigiendo a España recaudar más dinero porque la presión fiscal del país era cuatro puntos porcentuales inferior a la media europea.

El periodista y escritor canadiense Malcolm Gladwell publicó en la edición impresa de The New Yorker del 22 de mayo de 2006 su ensayo What the Dog Saw: Cesar Milan and the movements of mastery. El ensayo parte de un hecho concreto: el análisis que un experto en comportamiento animal realiza sobre el ataque de un perro a una persona. Mientras el público general se centra en el resultado —el ataque en sí—, el experto observa detalles previos: la postura del animal, la tensión corporal, las señales ignoradas por la víctima. El experto, poniéndose en el lugar del perro, “ve” patrones, señales y relaciones causales que pasan inadvertidas para el observador común.

PALABRAS CLAVE:

Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria; Presión fiscal; DG TAXUD; Fiscalidad en la Unión Europea.

What the Dog Saw: the EU's take on the spanish tax burden

On 12 April 2021, when Spain's finance minister presented the committee of experts tasked with drafting the tax reform white paper, the press release stated that the reform's main objective was to ensure sufficient public resources. It also added that "Spain is seven points below the euro area average in public revenue."

Both before and since that date, Spanish politicians have been stating that taxes need to be increased because the tax burden is lower than the European average. For example, in February 2025, the finance minister, who is also the first deputy prime minister, stated before the Congress of Deputies that the European Commission had been urging Spain to increase its tax revenue as its tax burden was four points below the euro area average.

In the 22 May 2006 print edition of *The New Yorker*, Canadian journalist and writer Malcolm Gladwell published his essay "What the Dog Saw: César Millán and the Movements of Mastery". The essay opens with a specific case study: an animal behaviour expert analysing a dog attack on a person. While the general public focuses on the outcome — the attack itself — the expert pays attention to the preceding details: the animal's posture, its bodily rigidity, which are signals that the victim ignored. By adopting the dog's perspective, the expert "sees" patterns, signals, and causal relationships that go unnoticed by the average person.

KEYWORDS:

tax reform white paper; tax burden; DG TAXUD; EU taxation.

FECHA DE RECEPCIÓN: 20-7-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 25-10-2025

López Tello, Jesús (2025). *What the Dog Saw: la presión fiscal española según la Unión Europea*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 7-23 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Cuando el 12 de abril de 2021 la ministra de Hacienda del Gobierno de España presentó el comité de personas expertas para elaborar el Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria, la nota de prensa distribuida al efecto señalaba como primer objetivo de la reforma garantizar la suficiencia de los recursos públicos, y se apostillaba inmediatamente a continuación que "*España se encuentra siete puntos por debajo de la media de la zona euro en ingresos públicos*".

Antes y después de esa fecha, ha sido y sigue siendo un lugar común en la política española la afirmación de que hay que subir impuestos porque la presión fiscal es inferior a la media europea. Así, por ejemplo, la ministra de Hacienda, también vicepresidenta primera del Gobierno, afirmó en febrero de 2025 en el Congreso de los Diputados que la Comisión Europea venía exigiendo a España recaudar más dinero porque la presión fiscal del país era cuatro puntos porcentuales inferior a la media europea.

El periodista y escritor canadiense Malcolm Gladwell publicó en la edición impresa de *The New Yorker* del 22 de mayo de 2006 su ensayo *What the Dog Saw: Cesar Milan and the movements of mastery*. El ensayo parte de un hecho concreto: el análisis que un experto en comportamiento animal realiza sobre el ataque de un perro a una persona. Mientras el público general se centra en el resultado —el ataque en sí—, el experto observa detalles previos: la postura del animal, la tensión

corporal, las señales ignoradas por la víctima. El experto, poniéndose en el lugar del perro, “ve” patrones, señales y relaciones causales que pasan inadvertidas para el observador común.

Pues bien, no existe una “Ley de Presión Fiscal” cuya modificación pueda alterar dicha presión al alza o a la baja, sino que la recaudación fiscal de un país, de la que depende su esfuerzo fiscal respecto de su producto interior bruto, es la suma de las distintas figuras tributarias y contribuciones sociales existentes en el sistema. Así las cosas, vamos a dejar que nuestro experto en comportamiento animal, la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Unión Europea (DG TAXUD), nos revele los patrones y relaciones causales de la presión fiscal española en comparación con los demás países de la Unión.

Aquí va esa mirada, cuyos datos y tablas, salvo que se diga otra cosa, se han extraído del documento de la Comisión Europea *Annual Report on Taxation 2025* (en adelante, el “Informe”).

2. La presión fiscal comparada de los países de la Unión

En términos de lo que usualmente se denomina *esfuerzo fiscal* o *presión fiscal*, esto es, el porcentaje que representan los ingresos públicos por tributos y contribuciones sociales respecto del producto interior bruto (PIB), la posición de España en el contexto de la Unión Europea de 27 países —post-*Brexit*— es la que muestra la tabla que se reproduce en el Anexo 6.1.

Los últimos valores reales de esa tabla son los de 2023, los de 2024 son *actual values* (en el sentido, según la jerga estadístico-institucional de la Comisión Europea —Eurostat, informes económicos, etc.—, de que ya han sido aplicados, ejecutados o constatados y no son valores previstos ni presupuestados); mientras que los datos de 2025 y 2026 son puras previsiones.

En su comentario sobre el escenario macroeconómico, el Informe dice (énfasis original):

“The tax revenue-to-GDP ratio is expected to increase slightly in 2025 and then stabilise in 2026. The estimated 0.6 pp increase of the revenue ratio in 2024 (see Table 2) was driven by significant revenue windfalls, which offset large shortfalls recorded in 2023. This mainly reflects the lagged impact of high inflation on certain tax bases, notably wages. In 2025, despite some shortfalls, the tax revenue-to-GDP ratio is forecast to increase by a further 0.2 pp to 39.8% of GDP, mainly supported by discretionary measures to sustain social contributions and indirect taxes, as well as by higher transfers from the EU budget. The expenditure-to-GDP ratio also rose in 2024, by 0.2 pp, driven by higher interest expenditure. It is set to rise by a further 0.4 pp in 2025, due to further increases in interest expenditure and higher investment financed by both national and EU budgets. Both the revenue and expenditure ratios are projected to be broadly stable in 2026, based on an assumption of unchanged policies”.

Puede verse que en el año 2023 la presión fiscal española (36,5%) ha estado dos puntos porcentuales y medio por debajo de la media de la Unión Europea (39,0%, en adelante siempre datos

EU-27 salvo que se diga otra cosa). Y está previsto que la diferencia se mantenga igual en 2026 (37,3% España frente a 39,8% la Unión).

Así pues, es cierto que la presión fiscal española, según la Unión Europea, está por debajo de la media de la Unión, en concreto en 2,5 puntos porcentuales.

Pero sucede que, como ya tenemos advertido, no existe una “Ley de Presión Fiscal” cuyos tipos de gravamen sobre el PIB puedan modificarse al alza en un 2,5%, sino que el esfuerzo fiscal es la suma de la recaudación obtenida por las distintas figuras impositivas y contribuciones sociales existentes en el sistema, por lo que procede segmentarlas para tratar de determinar de dónde viene la diferencia española, y quizá actuar en consecuencia si lo que se pretende de verdad es converger con la media de la Unión Europea.

3. Esfuerzo fiscal comparativo de España por tipo de impuesto

En las grandes rúbricas tributarias, esto es: (i) impuestos indirectos (Impuesto sobre el Valor Añadido —IVA—, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados —ITP y AJD—, impuestos especiales), (ii) impuestos directos (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas —IRPF—, Impuesto sobre Sociedades —IS—), y (iii) contribuciones sociales (cotizaciones a la Seguridad Social), la situación española, siempre en términos de porcentaje de recaudación sobre el PIB, es la que muestra la tabla del Anexo 6.2.

3.1. Impuestos indirectos

En impuestos indirectos España ocupa la posición 22 de un *ranking* de 27 países, muy por debajo de la media europea. En efecto, en ese *ranking* el país de mayor esfuerzo fiscal sería el número 1 (mayor recaudación del impuesto sobre PIB) y el de menor el 27, siendo la media la posición 13,5. El IVA (posición 24) es el directo responsable del bajísimo puesto español en esfuerzo fiscal por impuestos indirectos.

En este sentido, también es un lugar común atribuir la baja recaudación española por IVA a la economía sumergida y a las deficiencias de nuestro sistema de control. Pero los datos de la Unión Europea apuntan a otro sitio. Sucede que la Unión tiene un indicador, específico para el IVA, que mide precisamente los efectos de la economía sumergida, junto con las insolvencias del sistema y las ineficiencias de la Administración tributaria. Es el llamado *VAT compliance gap*, que representa la diferencia entre la recaudación por IVA esperable de una economía con un cumplimiento perfecto y la recaudación real. Dice el Informe:

“The annual study “VAT gap in the EU” provides estimates for the VAT compliance and policy gaps in each EU Member State and the EU overall since 2013. The study uses a standardised, top-down consumption-side approach, relying on national accounts figures, to estimate the VAT Total Tax Liability (VTTL). The VTTL is the total amount of VAT that should be collected if all taxable transactions were

fully reported and taxed correctly under the current VAT system. In economic terms, the VTTL reflects the potential VAT revenue that would be raised in an ideal compliance scenario. This is then used in the calculation of both the VAT compliance and policy gaps".

Esto es, el *VAT Gap* o brecha fiscal en el IVA es objeto de análisis bajo dos puntos de vista: (i) *VAT compliance gap*, o brecha de cumplimiento, y (ii) *VAT policy gap*, o brecha de política fiscal.

Vamos con el primero. Dice el Informe:

"The VAT compliance gap is the difference between theoretically possible and actually collected VAT revenue. More specifically, the VAT compliance gap estimates the difference between the theoretical VAT revenue that could be achieved under full compliance with current VAT obligations (VAT Total Tax Liability, or VTTL), and the actual VAT revenue collected. It is worth noting that in our estimates, the loss in VAT revenue is not only due to fraud, but also due to evasion, miscalculations, or bankruptcies".

La tabulación comparativa entre los miembros de la Unión se incorpora como Anexo 6.4.

Sorpresa. El *VAT compliance gap* español estuvo en 2022 en el 4,6%, bastante por debajo de la media de la Unión (7,0%). En línea con Alemania (4,3%), y por debajo de Francia (6,0%) y los países escandinavos —Finlandia (5,2%), Suecia (5,5%), Dinamarca (8,6%)—, y también por debajo de los Países Bajos (7,9%), Bélgica (11,0%), Polonia (8,4%) o Italia (10,6%).

Si la razón de la bajísima recaudación española por IVA no está en el fraude, la evasión, los errores de cálculo o los concursos de acreedores, ¿qué motivos tiene?

Hay que mirar a la otra brecha, la de política fiscal, el *VAT policy gap*. Dice el Informe:

"The VAT policy gap can be broken down into two sub-components, the VAT rate gap and the VAT exemption gap. This is depicted in Figure 59.

The VAT rate gap results from reduced, super-reduced, or zero VAT rates on goods and services, mainly to agricultural products, foodstuffs, beverages, accommodation and restaurant services. In 2022, the VAT rate gap at EU level amounted to approximately 12% of the notional ideal VAT revenue – in absolute terms estimated at EUR 305 billion.

The VAT exemption gap, estimated for 2022 in the EU at 37.5% of the notional ideal VAT revenue (EUR 950 billion) is largely composed of exemptions on the provision of public services and imputed rents (20.1% and 7.6% of the notional ideal VAT revenue, respectively). The public services gap can be further decomposed into education (5%), healthcare (6.5%) and other public services (8.6%). Financial services exemptions from VAT account for 2.8% of the notional ideal VAT revenue".

En desarrollo del concepto de *VAT policy gap*, el Informe introduce otro¹: el de *actionable VAT policy gap*, que representa la pérdida de recaudación por IVA debida a tipos de gravamen reducidos y exenciones que podría eliminarse con decisiones de política fiscal. Así:

"The VAT gap study provides estimates of the part of the VAT policy gap that can be addressed by tax policy. The actionable VAT policy gap refers to the portion of the VAT gap that could be addressed through policy decisions, such as lifting VAT rates or exemptions. This includes the entire VAT rate gap and a portion of the VAT exemption gap but excludes non-actionable areas like imputed rents or public services. The actionable VAT policy gap therefore represents the foregone VAT revenues due to reduced rates and exemptions that could potentially be lifted. For 2022, this actionable VAT policy gap was estimated approximately at EUR 480 billion, around 19% of the notional ideal VAT revenue. At Member State level, Spain, Greece (each at 27% of notional ideal VAT revenue), Poland and Italy (each 25%) had the highest actionable VAT policy gaps, while Denmark (3.1%) and Malta (0.7%) had the lowest".

Aquí estamos. Frente a una pérdida media de potencial recaudación en la Unión Europea del 19%, España pierde un 27% de su potencial de recaudación por IVA debido a su política de tipos reducidos y exenciones. Los campeones europeos en esto, junto con Grecia.

Como Anexo 6.5 se adjunta un cuadro¹ que descompone el *VAT policy gap* español, y que termina con otro dato interesante. Es el llamado *actionable standard VAT rate*, que representa el único tipo de gravamen que sería suficiente para obtener la misma recaudación actual por IVA en un sistema completamente plano que no tuviera exenciones ni tipos reducidos. Para España, en 2022 ese tipo sería el 13%, frente a un 16,7% que sería el tipo único de la Unión.

3.2. Impuestos directos

En impuestos directos España ocupa la posición 11 de 27 (*vid.* Anexo 6.2), por encima de la media europea. Con diferencias entre personas físicas y jurídicas. En efecto, en las físicas el esfuerzo fiscal español está claramente por encima de la media (posición 9), y en las jurídicas, un poco por debajo (posición 15).

Así las cosas, si lo que se pretende es identificar los impuestos españoles cuya recaudación respecto del PIB sea inferior a la media de la Unión Europea y analizar la razón de la diferencia, nada habría que hacer con el IRPF, que impone un esfuerzo fiscal a los españoles superior al esfuerzo medio de sus equivalentes europeos.

En lo que se refiere a la personas jurídicas, ya está dicho que, en términos porcentuales de recaudación sobre el PIB, el Impuesto sobre Sociedades español (junto con los demás tributos que gravan el beneficio de las sociedades) se coloca ligeramente por debajo de la media europea (posición 15 de 27).

¹ Tomado del informe específico y más extenso que la propia Comisión Europea tiene publicado bajo la referencia: European Commission, CASE, Poniatowski, G., Bonch-Osmolovskiy, M., Braniff, L., Harrison, G., Luchetta, G., Neuhoﬀ, J., Smietankaa, A., Zick, H., VAT gap in the EU – Report 2024, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2024.

En materia de imposición sobre el beneficio de las sociedades (*CIT*), el Informe reconoce que las estimaciones de brechas fiscales, *CIT gaps*, no han alcanzado todavía una metodología uniforme, y que las estimaciones existentes solo están disponibles respecto de pocos Estados miembros. Carecemos entonces de una herramienta comparativa que sirva para nuestro propósito aquí. No obstante, por la posición española tan cercana a la media europea es más que posible que no haya diferencias significativas en la arquitectura del impuesto o en el comportamiento de los contribuyentes, útiles para reconocer una acción legislativa con efectos recaudatorios relevantes.

3.3. Contribuciones sociales

Lo que sí es relevante es que, en materia de contribuciones sociales pagadas por los empleadores, España está solo un escalón por debajo del podio europeo (posición 4, *vid.* Anexo 6.2). Todavía más, es la exacción que más ingresos públicos genera para España (141.000 millones de euros en 2023), más que el IRPF (134.400 millones), y bastante más que el IVA (96.000 millones), y por encima del triple del Impuesto sobre Sociedades (43.600 millones).

Esto significa al menos dos cosas. De un lado, que, sin duda, las contribuciones sociales de las empresas no son las causantes del *gap* español de presión fiscal respecto de la media europea. Pero, de otro, y habida cuenta de que el contribuyente son las empresas y de que, por tanto, estos pagos por contribuciones sociales disminuyen su beneficio, que el esfuerzo fiscal de las empresas españolas, tomado como agregado de los tributos específicos sobre el beneficio del negocio más las contribuciones sociales que pagan, está con toda seguridad por encima de la media europea; de modo que tampoco en las exacciones sobre la renta de las empresas parece haber espacio para recortar el diferencial negativo de presión fiscal global.

4. Esfuerzo fiscal comparativo de España por función económica

Vamos a seguir ahora a nuestro experto bajo otro enfoque: el de la función económica gravada. Dice el Informe:

*"The current subsection analyses the tax structure of the EU and its Member States according to the economic function of each type of tax. This analysis relies on data provided by the Member States and processed by the Commission (DG TAXUD), building upon a methodology improved over more than two decades within the Expert Group of Structures of Taxation Systems (European Commission, 2024c). The purpose of the exercise is to assign each line of tax revenue in the EU-27 Member States to one of three possible economic functions embodied in the following tax bases: **consumption, labour and capital**. (³⁰) Taxes on consumption, labour and capital add up to the total of tax revenues received by general government".*

La nota a pie de página 30 contenida en el párrafo anterior refiere que el análisis enfrenta un problema metodológico: el de las figuras impositivas que pueden adscribirse a más de una función económica, y precisa que el caso más notorio es el del impuesto sobre la renta de las personas

físicas, donde la recaudación puede deberse en ocasiones al gravamen del factor trabajo, y en ocasiones al gravamen del factor capital. La siguiente tabla ejemplifica la cuestión:

Type of system	Comprehensive Income tax system	Dual Income tax system	Semi-dual Income tax system	Other
Definition	Taxes all realised income (e.g., from labour, capital) together under the same rate schedule.	Taxes labour and capital income separately. Labour income is usually taxed at progressive rates and capital income is typically taxed at lower flat rates.	Taxes some forms of capital income with labour income and other forms of capital income separately.	Combines elements of comprehensive and dual income taxation.
Countries	Bulgaria, Luxembourg	Croatia, Denmark, Finland, Greece, Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, Malta, Netherlands, Poland, Romania, Slovenia, Spain, Sweden	Belgium, Cyprus, Czech Republic, Estonia, Ireland, Slovak Republic	Austria, France, Germany, Portugal

La nota a pie concluye que, en consecuencia y en cooperación con las administraciones tributarias nacionales, se ha desarrollado una metodología que separa la recaudación del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente a cada función económica.

Así las cosas, la estructura de la presión fiscal española por función económica gravada es la que se recoge en el Anexo 6.3.

4.1. Factor trabajo

Comenzando por el factor trabajo, el esfuerzo fiscal español está por encima de la media europea (posición 10). Nada inesperado, habida cuenta de la posición 9 ocupada por España tanto en el esfuerzo fiscal derivado de la imposición sobre la renta de las personas físicas como en el esfuerzo fiscal dedicado a contribuciones sociales (*vid.* Anexo 6.2).

Por otro lado, la imposición sobre el trabajo (incluidas las contribuciones sociales) representó en 2023 el 51,2% del total de la recaudación fiscal de los 27 países de la Unión Europea, y el Informe destaca a España, junto con Francia y Alemania, como grandes economías de la Unión en las que la imposición sobre el trabajo representa más de la mitad de la recaudación fiscal total (51,7% para España y Francia, 56,6% para Alemania). España está, entonces, completamente en línea con la media europea en este indicador (51,7% España frente a 51,2% de media de la Unión).

Descartado el gravamen del factor trabajo como motivo del déficit de presión fiscal española respecto de la media europea, sigamos con el factor capital.

4.2. Factor capital

Pues tampoco el gravamen del factor capital parece ser el motivo del déficit. Al contrario, el esfuerzo fiscal español sobre el factor capital coloca al país en la posición 8 del *ranking* europeo, bien por encima de la media europea (*vid.* Anexo 6.3).

Desagregada, encontramos la posición 19 en impuestos sobre el beneficio de las sociedades, la posición 8 en impuestos sobre los ingresos de capital de los hogares (típicamente los rendimientos del capital de nuestro IRPF), la posición 9 en impuestos sobre la renta de los autónomos (considerados impuestos sobre el factor capital a estos efectos), y la posición 5, muy cerca del podio, en impuestos sobre el capital acumulado (fundamentalmente los impuestos sobre la propiedad inmobiliaria y el patrimonio, y sobre las herencias y donaciones).

En este ámbito, la posición 19 en impuestos sobre el beneficio de las sociedades debe ponerse en relación con lo ya advertido antes en cuanto a la recaudación por el Impuesto sobre Sociedades sumada a las contribuciones sociales pagadas por los sujetos pasivos de ese impuesto (*vid.* 2.3 anterior), de manera que el potencial espacio para subidas que podría existir en el Impuesto sobre Sociedades debería entenderse unido al potencial espacio para bajadas de las contribuciones sociales pagadas por las empresas, si es que se quiere confluir, o al menos no alejarse mucho por encima, de la carga media que ambas exacciones representan conjuntamente para las empresas europeas.

Una reflexión final sobre el gravamen del capital. En lo que la Unión Europea llama *Property taxes*, España ocupa la posición 4 del *ranking* europeo, con el detalle de imposición sobre inmuebles y sobre el resto de las propiedades que puede verse en el Anexo 6.6. Esperable, pues España es el único de los 27 Estados miembros que mantiene un impuesto sobre el patrimonio.

4.3. Factor consumo

Todos los caminos conducen a Roma, que aquí es el consumo. En efecto, la posición española en el esfuerzo fiscal derivado del gravamen del consumo es la 25 (*vid.* Anexo 6.3). En la cola europea.

Y si fuera necesario algo más, los datos de los tipos efectivos de gravamen españoles (o tipos impositivos implícitos) remachan un clavo que ya estaba suficientemente hundido. Estos tipos se calculan dividiendo la recaudación derivada de una función económica determinada entre la base imponible de esa función extraída de la contabilidad nacional.

Los datos para España son los que figuran en el Anexo 6.7 y arrojan la conclusión ya conocida: España está por encima de la media europea en el tipo efectivo de gravamen sobre el trabajo (tipo del 35,9%, posición 10); y en la última posición de la Unión Europea, esto es, con el tipo efectivo de gravamen más bajo, en imposición sobre el consumo (tipo del 13,5%, posición 27).

Volviendo nuestra mirada a la tabla del Anexo 6.2, allí donde se descompone la estructura impositiva española por tipo de impuesto, puede verse que los impuestos indirectos españoles distintos del IVA gravitan como esfuerzo fiscal en torno a la media de la Unión Europea (posiciones 14, 15 y 12), y es el IVA el que nos dispara a la baja.

En fin, que podemos acabar este apartado dedicado al esfuerzo fiscal comparativo de España por función económica de la misma manera en que lo hicimos cuando tratamos de ese esfuerzo fiscal por tipo de impuesto: según la Unión Europea, la causa fundamental del déficit español de presión fiscal respecto de la media de la Unión (2,5 puntos porcentuales) está —desajustes menores aparte— en nuestra política fiscal de tipos reducidos y exenciones en el IVA.

5. La imposición medioambiental

En esfuerzo fiscal por impuestos medioambientales, España viaja también en el furgón de cola europeo. Puede verse en la tabla del Anexo 6.8, de la que resulta una posición 22 de 27. Se explica por la mala posición en imposición sobre la energía y el transporte (puestos 21 y 20 respectivamente), ya que en la imposición sobre residuos España está bastante por encima de la media europea (posición 7).

El Informe destaca que durante la última década los impuestos medioambientales han perdido peso en todos los Estados miembros, menos en Bulgaria y Rumanía, y atribuye esa tendencia a diversos motivos. En muchos casos se ha tratado de reducciones en la magnitud sometida a imposición, la base imponible, propiciada por la sustitución de combustibles fósiles por energías renovables, la electrificación y la mayor eficiencia energética. En otros, por la falta de indexación de los tipos de gravamen. Por fin, otro factor que ha jugado un papel crucial en este decremento en los últimos años ha sido la adopción por los Gobiernos nacionales de medidas dirigidas a aliviar la carga fiscal de los hogares por consumo de energía en el contexto nacido de la guerra de Ucrania. Así, la carga representada por los impuestos medioambientales en las facturas de gas y electricidad de los hogares europeos ha caído del 15,1% en 2021 al 10,2% en 2023 en el caso del gas, y del 9,4% en 2021 al 5,5% en 2023 en la electricidad. Todavía más: el Informe pone constantemente de relieve que la caída de la presión fiscal europea entre 2021 y 2023 (*vid.* Anexo 6.1) trae causa en gran medida de la caída de la recaudación de los impuestos medioambientales en Alemania y Francia, y explica que en Alemania ello se debió a la supresión del *EEG Umlage* (un recargo impositivo sobre el consumo de electricidad usado para financiar la expansión de las energías renovables), y en Francia a la reducción del tipo impositivo de la *Contribution au Service Public de l'Électricité* (un impuesto sobre el consumo de electricidad).

Lo que importa de todo esto es lo que subraya: la imposición medioambiental es esencialmente imposición sobre determinados consumos; y de nuevo España se sitúa entre los últimos puestos en términos comparados de recaudación respecto del PIB.

Dicho lo cual, no está de más una mirada particular a los datos de la propia Unión Europea sobre precios de la electricidad (en euros por kilovatio/hora, y excluyendo el IVA, pero no los impuestos medioambientales²). En el segundo semestre de 2023 ese precio de la electricidad para los hogares españoles (0,2228) no se separa mucho de la media europea (0,2496), aunque sí es claramente inferior a los de Alemania (0,3379) e Italia (0,3467), y exactamente igual al de Francia (0,2228). Para los consumidores industriales la situación española fue todavía mejor, pues el

² https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/nrg_pc_204/default/table?lang=en

precio español (0,1536) es ya bastante inferior a la media europea (0,2003) y a los de Alemania (0,2175), Italia (0,2284) y Francia (0,2133). Ahora bien, si se atiende a la serie histórica y se llega hasta los datos del primer semestre de 2025, se observa que el precio español estuvo alrededor de la media europea hasta 2022, y a partir de ahí consistentemente por debajo. Esto nos lleva a preguntarnos si el defecto español de esfuerzo fiscal en materia de impuestos medioambientales sobre la energía no tiene que ver tanto con una voluntad política de mantenerlos lo más bajos posible (que no dudamos que exista y es común en toda Europa) como con una reducción de la recaudación comparativamente mayor en España, motivada por los primeros factores de debilidad actual de estos tributos identificados por la Unión, esto es, la reducción de bases imponibles derivada de la sustitución de combustibles fósiles por energías renovables y la electrificación.

6. Lo que el experto ve

El escrutinio de nuestro experto nos ofrece una conclusión corta y sencilla: el esfuerzo fiscal español medido en términos de gravamen sobre el trabajo y sobre el capital es superior o claramente superior, respectivamente, a la media de la Unión Europea. Por el contrario, el gravamen del consumo en España está a la cola de la Unión.

Por ello, si un Gobierno nacional pretende subir impuestos porque la presión fiscal española es inferior a la europea, y no propone al mismo tiempo recortes en nuestras exenciones y en tipos reducidos del IVA, esa motivación carecería, hoy por hoy, de fundamento técnico.

7. Anexos

7.1. Tax revenue-to GDP ratio in the EU countries, 2021-2026

Country	2021	2022	2023	2024	2025	2026
Belgium	43.2	42.4	42.5	42.9	42.9	43.0
Germany	40.7	40.3	39.0	39.9	40.6	40.6
Estonia*	33.8	32.8	33.7	35.5	36.5	36.0
Ireland	20.1	20.3	21.9	22.9	22.1	21.8
Greece	39.4	41.0	38.9	40.0	38.9	39.2
Spain	37.5	36.9	36.5	36.9	37.1	37.3
France	45.1	45.8	43.8	43.4	44.0	44.0
Croatia	36.7	37.2	37.2	38.3	38.7	38.8
Italy	42.2	41.7	41.4	42.5	42.7	42.6
Cyprus	34.0	34.5	37.4	37.6	37.7	37.9
Latvia	32.0	32.8	32.7	35.0	34.6	34.8
Lithuania	32.0	31.7	32.1	33.1	33.7	34.3
Luxembourg*	38.4	39.3	40.5	41.6	41.1	41.3
Malta	27.5	27.7	26.6	29.5	27.6	28.0
Netherlands	39.2	38.1	38.6	38.5	37.8	38.2
Austria	43.6	43.1	43.1	44.5	45.1	45.2
Portugal	35.1	35.9	35.7	35.7	35.5	35.5
Slovenia	38.7	37.8	36.6	38.7	39.4	39.8
Slovakia*	34.7	35.0	34.9	35.3	36.3	36.3
Finland	43.5	43.4	42.6	42.3	42.8	42.9
EA-20	40.6	40.3	39.5	40.0	40.3	40.3
Bulgaria	30.7	31.1	29.9	30.9	32.2	31.8
Czechia	34.8	34.0	34.0	35.0	35.0	34.8
Denmark*	47.4	42.0	43.4	44.6	43.2	42.9
Hungary	33.6	35.0	35.1	35.2	35.5	34.7
Poland	36.3	34.1	35.1	36.5	36.5	36.9
Romania	26.3	27.3	26.5	27.7	28.1	28.2
Sweden*	42.8	42.5	41.3	41.0	41.5	41.6
EU-27	40.2	39.7	39.0	39.6	39.8	39.8

7.2. Spain tax revenue: structure by type of tax

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	Ranking 2023	Revenue 2023 (billion euros)
A. Structure by type of tax	as % of GDP														
Indirect taxes	9.7	10.3	11.1	11.5	11.9	11.7	11.8	11.9	11.6	11.4	12.1	12.0	11.3	22	169.2
VAT	5.1	5.3	5.9	6.2	6.4	6.4	6.5	6.5	6.5	6.3	6.8	6.9	6.4	24	96.0
Taxes and duties on imports excluding VAT	0.2	0.2	0.1	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	14	2.9
Taxes on products, except VAT and import duties	3.1	3.1	3.3	3.3	3.4	3.3	3.3	3.4	3.2	3.1	3.3	3.1	2.8	15	42.1
Other taxes on production	1.4	1.8	1.8	1.9	1.9	1.8	1.8	1.8	1.8	2.0	1.9	1.8	1.9	12	28.2
Direct taxes	9.6	10.3	10.5	10.6	10.4	10.4	10.5	11.0	10.7	11.5	12.1	12.4	12.6	11	188.7
Personal income taxes	7.2	7.5	7.6	7.7	7.3	7.2	7.4	7.7	7.9	8.8	8.6	9.0	9.0	9	134.4
Corporate income taxes	1.8	2.1	2.0	2.0	2.2	2.2	2.2	2.4	2.1	2.0	2.6	2.7	2.9	15	43.6
Other	0.6	0.7	0.9	0.9	0.9	0.9	0.8	0.8	0.8	0.8	0.9	0.8	0.7	12	10.7
Social contributions	11.8	11.6	11.4	11.6	11.3	11.3	11.5	11.7	12.2	13.7	13.3	12.5	12.6	9	189.0
Employers'	8.3	8.1	8.0	8.2	8.1	8.2	8.3	8.5	9.0	10.0	9.6	9.3	9.4	4	141.0
Households'	3.5	3.6	3.4	3.4	3.2	3.2	3.1	3.1	3.2	3.7	3.6	3.2	3.2	22	48.0
Total	31.1	32.3	33.0	33.7	33.6	33.4	33.7	34.5	34.5	36.6	37.5	36.9	36.5	15	546.9

7.3. Spain tax revenue: structure by economic function

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	Ranking 2023	Revenue 2023 (billion euros)
C. Structure by economic function	as % of GDP														
Consumption	7.9	8.2	9.0	9.3	9.5	9.4	9.5	9.5	9.3	9.1	9.6	9.5	9.0	25	135.0
Labour	16.7	16.7	16.6	16.7	16.1	16.1	16.3	16.7	17.4	19.7	19.1	18.7	18.9	11	282.7
of which on income from employment	15.3	15.1	14.9	15.2	14.8	14.8	15.0	15.4	16.0	17.8	17.2	17.1	17.2	10	257.1
Paid by employers	8.3	8.1	8.0	8.2	8.1	8.2	8.3	8.5	9.0	10.0	9.6	9.3	9.4	6	141.0
Paid by employees	7.0	7.1	6.9	7.0	6.7	6.6	6.7	6.8	7.1	7.9	7.6	7.8	7.7	19	116.1
Paid by non-employed	1.4	1.6	1.7	1.6	1.4	1.3	1.3	1.3	1.4	1.9	1.8	1.6	1.7	13	25.5
Capital	6.4	7.3	7.4	7.7	8.0	7.8	7.9	8.3	7.8	7.8	8.9	8.7	8.6	8	129.2
Income of corporations	1.8	2.1	2.0	2.0	2.2	2.2	2.2	2.4	2.1	2.0	2.6	2.7	2.9	19	43.6
Income of households	0.8	0.8	0.8	0.9	0.9	0.8	0.9	1.0	1.0	1.0	1.0	1.1	1.0	8	15.5
Income of self-employed	1.5	1.5	1.6	1.6	1.6	1.6	1.7	1.7	1.6	1.7	1.8	1.7	1.7	9	25.3
Stock of capital	2.4	2.8	3.0	3.2	3.3	3.2	3.1	3.2	3.1	3.1	3.4	3.2	3.0	5	44.9

7.4. VAT compliance gap in the EU

Country	2018	2019	2020	2021	2022
Belgium	12.2%	13.1%	13.5%	7.0%	11.0%
Bulgaria	8.9%	9.4%	6.0%	3.7%	7.7%
Czechia	13.4%	13.5%	11.8%	6.7%	4.2%
Denmark	8.8%	8.3%	4.3%	4.5%	8.6%
Germany	9.0%	8.5%	6.1%	4.4%	4.3%
Estonia	5.6%	5.5%	4.9%	1.5%	4.4%
Ireland	6.7%	6.3%	9.0%	-1.1%	1.6%
Greece	25.4%	24.0%	21.5%	17.5%	13.7%
Spain	6.5%	7.9%	6.1%	4.1%	4.6%
France	7.8%	8.2%	8.0%	6.0%	6.0%
Croatia	7.4%	1.2%	10.1%	10.9%	12.0%
Italy	21.6%	20.8%	20.7%	10.9%	10.6%
Cyprus	12.5%	12.1%	16.2%	6.2%	-0.7%
Latvia	13.3%	10.6%	12.4%	10.2%	5.1%
Lithuania	24.0%	20.9%	20.3%	15.7%	14.6%
Luxembourg	8.1%	5.2%	8.5%	7.4%	3.7%
Hungary	10.2%	11.1%	8.1%	4.7%	2.3%
Malta	23.4%	27.5%	26.8%	25.5%	25.9%
Netherlands	10.8%	11.1%	8.9%	5.3%	7.9%
Austria	8.2%	6.7%	5.8%	2.6%	3.0%
Poland	14.2%	13.9%	11.6%	5.6%	8.4%
Portugal	9.5%	8.6%	7.2%	4.1%	1.3%
Romania	32.8%	34.7%	36.4%	34.8%	30.6%
Slovenia	4.5%	5.6%	5.3%	3.6%	9.2%
Slovakia	16.3%	16.4%	15.6%	13.8%	14.6%
Finland	3.8%	4.7%	3.2%	3.0%	5.2%
Sweden	2.5%	3.1%	3.3%	5.4%	5.5%
EU-27	11.2%	11.0%	9.9%	6.6%	7.0%

7.5. España: VAT policy gap and its components (EUR million, 2018–2022)

	2018	2019	2020	2021	2022
VAT policy gap	113,564	116,146	108,282	115,784	129,385
Exemption gap	84,494	85,476	83,841	86,232	93,589
o/w imputed rents	18,013	18,245	18,402	11,826	19,178
o/w public services	35,580	36,240	36,725	37,199	37,166
o/w financial services	5,091	5,363	5,624	5,376	6,808
Rate gap	29,070	30,669	24,441	29,552	35,795
o/w agricultural products, foodstuffs, beverages	8,612	8,405	9,059	9,023	9,782
o/w pharmaceuticals	2,127	2,185	2,210	3,161	3,249
o/w transport services	2,027	2,047	1,142	1,429	1,851
o/w accommodation and restaurant services	9,154	9,529	5,075	7,156	10,362
o/w utilities	389	406	396	418	1,081
o/w other	6,761	8,098	6,559	8,365	9,470
Actionable policy gap	54,881	56,298	47,531	54,383	66,232
C-efficiency (%)	42.5%	42.3%	41.5%	44.8%	44.8%
Statutory standard VAT rate	21%				
Actionable standard VAT rate	13.2%	13.3%	13.5%	13.5%	13.0%

7.6. Spain tax revenue: taxes on property

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	Ranking 2023	Revenue 2023 (billion euros)
E. Property taxes	as % of GDP														
Taxes on property	1.9	2.4	2.5	2.7	2.8	2.7	2.7	2.7	2.6	2.7	2.9	2.7	2.5	4	36.8
Recurrent taxes on immovable property	1.0	1.1	1.2	1.3	1.2	1.2	1.2	1.2	1.1	1.2	1.2	1.1	1.0	7	14.8
Other taxes on property	0.9	1.2	1.3	1.4	1.6	1.5	1.5	1.5	1.5	1.4	1.7	1.7	1.5	5	22.0

7.7. Spain tax revenue: implicit tax rates

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	Ranking 2023
F. Implicit tax rates	as % of GDP													
Consumption	11.4	11.6	12.9	13.3	13.8	13.8	13.7	13.9	13.8	14.0	14.6	14.1	13.5	27
Labour	31.7	32.4	32.5	33.1	32.3	32.7	33.3	33.8	34.3	35.8	35.3	35.7	35.9	10

7.8. Spain tax revenue: environmental taxes

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	Ranking 2023	Revenue 2023 (billion euros)
D. Environmental taxes	as % of GDP														
Environmental taxes	1.6	1.6	1.9	1.9	1.9	1.9	1.8	1.8	1.8	1.7	1.7	1.5	1.6	22	24.6
Energy	1.3	1.3	1.6	1.6	1.6	1.5	1.5	1.5	1.4	1.4	1.4	1.2	1.3	21	19.4
of which transport fuel taxes	1.0	1.0	1.2	1.1	1.1	1.1	1.1	1.1	1.1	1.0	1.0	0.9	0.9	19	13.2
Transport	0.3	0.3	0.3	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	20	3.1
Pollution and resources	0.02	0.03	0.08	0.07	0.08	0.09	0.09	0.09	0.09	0.09	0.09	0.08	0.14	7	2.1



Artículos

Artículos

SO FAR SO GOOD: EL VENCIMIENTO ANTICIPADO POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DISTINTAS DE LAS DE PAGO EN UNA FINANCIACIÓN CORPORATIVA

Luis Jiménez López y Pablo Daza González

Abogados del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

So far so good: el vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones distintas de las de pago en una financiación corporativa

El objetivo del presente artículo es sistematizar el régimen aplicable al vencimiento anticipado de una financiación corporativa por el acaecimiento de circunstancias distintas al incumplimiento de la obligación principal de pago. Se presta especial atención, por un lado, a la necesidad (o no) de que concurra la nota de esencialidad en un supuesto de vencimiento anticipado para declarar el vencimiento y, por otro lado, a los límites al ejercicio del vencimiento anticipado por parte de los acreedores.

PALABRAS CLAVE:

Vencimiento anticipado; Incumplimientos distintos pago; Financiación corporativa.

So far so good: acceleration for breach of non-payment undertakings in corporate financing

This article aims to systematise the regime applicable to declaring the acceleration of corporate financing due to circumstances other than a breach of payment obligations. Particular attention will be paid to whether or not material events of default are necessary to declare acceleration and to the limits on lenders exercising such acceleration.

KEYWORDS:

acceleration; breach of non-payment undertakings; corporate financing.

FECHA DE RECEPCIÓN: 20-7-2025

FECHA DE ACTUALIZACIÓN: 11-09-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 25-10-2025

Jiménez López, Luis; Daza González, Pablo (2025). *So far so good*: el vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones distintas de las de pago en una financiación corporativa. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 27-50 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

*El odio (La Haine)*¹ comienza y termina contando la historia de un hombre que cae al vacío desde un edificio de cincuenta pisos. Para tranquilizarse durante la caída, el tipo no para de repetirse: “Hasta ahora todo va bien, hasta ahora todo va bien, hasta ahora todo va bien”. Pero lo importante no es la caída —concluye—, sino el aterrizaje.

La *vida de una financiación*² corporativa³ estándar en el mercado español está plagada de llamadas por parte de los departamentos de contabilidad, de finanzas o legal del deudor a los abogados que les asesoraron en la negociación de un determinado contrato de financiación para confirmar que todo va bien y consultar si tal o cual actuación está permitida por el contrato de financiación (*ex ante*), o si esta o aquella actuación o circunstancia puede suponer el acaecimiento de un supuesto de vencimiento anticipado de la financiación (*ex post*)⁴.

Tanto en esas llamadas como en los congresos especializados que se celebran en los mundillos financiero y legal se identifica un marcado patrón común. Todos coinciden de manera casi insintiva en que *no creen* que un acreedor pueda vencer anticipadamente una financiación por un incumplimiento menor o no sustancial. Hasta ahora todo va bien.

Desentrañar qué hay de cierto detrás de esta creencia generalizada y en qué claves lógicas se encuadra es básicamente la finalidad del presente artículo. No serán objeto de análisis las operaciones de financiación que caigan dentro del régimen tuitivo de consumidores y usuarios (en las que existe un desequilibrio estructural entre partes contratantes) ni la posibilidad de inscribir o no en el Registro de la Propiedad las cláusulas cuya ejecución por la vía del vencimiento anticipado se

1 Kassovitz (1995).

2 En el argot financiero, el periodo que transcurre entre la firma/disposición de un contrato de financiación y su fecha de vencimiento final suele denominarse *la vida de la financiación*.

3 Con *financiación corporativa* nos referimos a la financiación otorgada por un banco u otro tipo de financiador profesional a una empresa para el desarrollo de su actividad empresarial (es decir, el sentido amplio del término) y no al tipo específico denominado como *financiación corporativa general* (o *general lending*), que se presta sin más recurso que al propio balance del deudor.

4 Estas preguntas por parte de los deudores son legítimas. El contrato de financiación corporativa estándar contiene, al menos, (i) entre veinte y treinta *representations (reps) and warranties* (que, además, se repiten a lo largo de la vida de la financiación —generalmente, en cada fecha de pago de intereses—); (ii) entre veinte y treinta obligaciones de hacer y de no hacer (*covenants*), de entre las cuales alrededor de diez interfieren directamente en el día a día del negocio del deudor; (iii) entre diez y quince supuestos de vencimiento anticipado; y (iv) otros tantos supuestos de amortización anticipada obligatoria —parcial o total—.

estudian. Ninguna conclusión alcanzada en el presente artículo será extrapolable a la interpretación de un contrato de financiación sujeto a una legislación y tribunales distintos de los españoles⁵.

Se debe anticipar que la jurisprudencia aplicable al tema analizado es escasa (que se tenga constancia, el Tribunal Supremo solo se ha pronunciado expresamente una vez al respecto⁶ —y lo ha hecho precisamente durante el proceso de elaboración del presente artículo—) y la doctrina existente es limitada. En este sentido, el estudio exegético de la materia, hasta el momento, ha sido realizado en su mayoría por el profesor Alberto Manzanares Secades, a quien este trabajo le debe gran parte de su enfoque y contenido.

En lo que sigue se analizarán, entre otras cuestiones, (i) la naturaleza y finalidad de las obligaciones distintas a las principales de pago de principal e intereses; (ii) si la esencialidad constituye un requisito necesario para declarar el vencimiento anticipado en un contrato de financiación corporativa; y (iii) los límites que podrían aplicarse a la declaración de vencimiento anticipado.

2. Naturaleza jurídica de los contratos de financiación corporativa, sus obligaciones y su terminación anticipada

2.1. Los contratos de financiación negociados entre empresas

Se habla de contratos de financiación corporativa en sede de contratos negociados entre dos empresas (*business-to-business*), tradicionalmente denominados por la doctrina mercantilista *contratos bancarios*, lo que en realidad ya no resulta del todo acertado porque han aparecido nuevos actores no bancarios que se dedican profesionalmente a la financiación de empresas.

La existencia de partes sofisticadas se refiere a que tanto el deudor como el financiador de este tipo de contratos cuentan con medios materiales y humanos —propios y externos— suficientes como para que (i) su estándar de diligencia exigible en modo alguno admita pretender la existencia de un error vicio excusable en la formación del contrato con visos de prosperar⁷; y (ii) no resulte de aplicación la normativa de protección de consumidores y usuarios.

El hecho de que se trate de contratos negociados y de que no se utilicen condiciones generales de la contratación veda la posibilidad de abrir el control de transparencia e incorporación, y de aplicar las reglas de interpretación previstas en el artículo 6 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

⁵ Para un estudio profundo sobre la aproximación anglosajona al tratamiento de las cuestiones que ocupan este trabajo se recomienda la lectura de Manzanares Secades (2009).

⁶ Sentencia 1335/2025, de 30 de septiembre, del Tribunal Supremo (Sala 1.^a).

⁷ Sin ánimo de generalizar, esta afirmación refiere a la cognoscibilidad por las partes de lo que han acordado y las consecuencias de dicho acuerdo. Las partes de este tipo de contratos suelen estar bien asesoradas por equipos de abogados externos e internos y otros asesores expertos en campos relevantes para una financiación.

En el ordenamiento jurídico español no existe una regulación legal de los contratos de financiación corporativa (se trata de negocios jurídicos complejos). No obstante, en todos ellos existen algunas notas comunes. Son contratos (i) mercantiles; (ii) *"dotados de una acusada tipicidad negocial y social"*; y (iii) *"de duración e intuitu personae que, en definitiva, vinculan estrechamente a las partes, y en los que, por tanto, cumplen una función esencial las exigencias de la buena fe (arts. 1.258 CC y 57 C. de c.)"*⁸. En virtud de este tipo de contratos, por definición, *siempre* se financian actuaciones que caen dentro del ámbito empresarial del deudor (en ningún caso se financian actos de consumo)⁹.

2.2. Configuración y razón de ser de las obligaciones distintas de las de pago en un contrato de financiación corporativa

2.2.1. OBLIGACIONES GENERALES (*GENERAL UNDERTAKINGS*)

Con el Código Civil en la mano, *"toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa"*, y un contrato de financiación corporativa es un buen ejemplo práctico para ilustrar a un estudiante de Derecho de a qué se refiere nuestro artículo 1088 con esa afirmación. Como se indicaba en la nota 4 al pie de página del presente artículo, es fácil encontrar contratos de financiación con, como mínimo, entre veinte y treinta obligaciones (distintas de las de pago de principal e intereses) dirigidas esencialmente a fiscalizar y limitar la actuación de la sociedad financiada, sus socios y sus filiales con el fin último de preservar la capacidad del deudor para atender el servicio de la deuda, las comisiones pactadas y la capacidad de devolución del capital prestado.

Dejando de lado la cuestión de si los contratos de financiación son contratos reales o consensuales, o si son contratos unilaterales o bilaterales o sinalagmáticos, y las implicaciones que esto tendría, lo que parece evidente es que quien ha puesto *toda la carne en el asador* en este tipo de relaciones es el acreedor (pues en un número notable de financiaciones se desembolsa en la fecha de firma o de primera disposición un importe relevante de la financiación). Ha prestado una gran cantidad de dinero y ahora solo puede encomendarse a las obligaciones impuestas en el contrato de financiación para asegurarse de que el deudor continuará siendo capaz de atender el servicio de la deuda (*tempora mutantur*). A diferencia de la regla general en los contratos sinalagmáticos, aquí el cumplimiento no es simultáneo. El acreedor ya ha cumplido su parte y ha perdido, por definición, la capacidad de no seguir cumpliendo si su deudor incumple. Si la otra parte incumple, él no puede dejar de cumplir¹⁰.

8 Uría González / Menéndez Menéndez (2001: 504).

9 Sobre la imposibilidad de aplicar la normativa de consumidores y usuarios a las financiaciones de la actividad empresarial, entre otras, la Sentencia 1335/2025, de 30 de septiembre, del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) y la Sentencia 367/2016, de 3 junio, del Tribunal Supremo (Sala 1.ª, en Pleno); y sobre las consecuencias de destinar una financiación a una finalidad distinta de la declarada en el contrato, la Sentencia 190/2025, de 6 de febrero, del Tribunal Supremo.

10 Salvo que queden disposiciones de la financiación comprometidas pendientes, a lo que se hace referencia al apartado 3.3 del presente artículo. En este sentido resulta muy interesante el supuesto enjuiciado en el asunto que dio lugar a la Sentencia 1335/2025, de 30 de septiembre, del Tribunal Supremo (Sala 1.ª).

Sin perjuicio del estudio que se deberá realizar caso por caso, en principio, este tipo de cláusulas responden a una intención clara por parte del acreedor: reducir el riesgo de impago por parte del financiado. A mayor riesgo, mayor rentabilidad (tipo de interés y comisiones) y mayores restricciones y monitorización de la situación de la compañía¹¹.

Lo explica a la perfección el profesor Manzanares Secades cuando indica: *"Los Lenders habrán pasado por un largo proceso interno de evaluación del riesgo de crédito de su cliente. Esa evaluación incluirá una estimación del entorno político, de las condiciones de los mercados financieros en general, y, en particular, de los riesgos ligados a la solvencia crediticia de un determinado Borrower [...]. Ni que decir tiene que las mayores o menores restricciones que se puedan imponer a un deudor vía Covenants estarán en directa relación con dos factores: (a) la solvencia crediticia del deudor y por tanto su capacidad de negociación, y (b) el tipo de financiación sindicada de que se trate: los Covenants serán más restrictivos en financiaciones estructuradas para una determinada operación, en la que el Borrower puede ser normalmente una SPV (project finance, margin loans, acquisition finance, asset finance) que en una financiación corporativa a una compañía con un determinado rating (investment grade)"*¹².

Todo lo anterior lleva a que un contrato de financiación corporativa no esté pensado para ser firmado y guardado en un cajón cogiendo polvo hasta que llegue su fecha de vencimiento final. Muy al contrario, prácticamente todos los departamentos internos del financiado deberían tener presente qué actuaciones de su día a día están permitidas y cuáles no, y así asegurarse de que *todo vaya bien*.

2.2.2. MENCIÓN ESPECIAL A LOS RATIOS FINANCIEROS (O *FINANCIAL COVENANTS*)¹³

Los ratios financieros implican una obligación de hacer para el deudor: la de conseguir que los resultados recogidos en sus estados financieros reflejen fielmente unas cifras que, parametrizadas, arrojen un múltiplo —mínimo o máximo (según se pacte)— por referencia a un indicador.

Este tipo de obligaciones del financiado son muy útiles para el acreedor porque le permiten monitorizar la salud financiera del deudor de una manera poco intrusiva y razonablemente certera. Parece claro que, en última instancia, este tipo de obligaciones persiguen reducir el riesgo de impago y, sobre todo, de insolvencia del financiado¹⁴.

No todos los casos son iguales. Los ratios financieros negociados para una financiación de proyecto son totalmente distintos de los ratios de una financiación de adquisición. Así, mientras unos ratios miden la liquidez del financiado, otros miden su capacidad de pago del servicio de la deuda, otros la relación entre el valor de las garantías reales otorgadas y el importe financiado, otros el negocio de la compañía, otros —los más comunes— el nivel de apalancamiento, etc. Además,

¹¹ Sobre la posibilidad de caer dentro de la administración de hecho con este tipo de controles y obligaciones de hacer y de no hacer, véase Manzanares Secades (2017).

¹² Manzanares Secades (2017: 413 y 414).

¹³ Se realiza esta mención especial a los ratios financieros con el propósito de que el presente artículo sea lo más omnicompreensivo posible, pero para un mayor detalle al respecto se recomiendan las siguientes lecturas: Mínguez Prieto / Rubio Lasarte (2009: 37-41) y Manzanares Secades (2020).

¹⁴ Manzanares Secades (2020).

los objetivos de cumplimiento no siempre son los mismos. Hay situaciones en las que se permite cumplir con ratios más o menos estresados (próximos a situaciones de dificultad financiera del deudor), otras en las que se permite asumir más o menos deuda, otras en las que se permite consumir más o menos liquidez del negocio, etc.¹⁵

2.3. La esencialidad del incumplimiento. La diferencia entre declarar el vencimiento anticipado de un contrato y resolverlo

Tanto la declaración de vencimiento anticipado como la resolución de un contrato son formas de terminación anticipada de una relación contractual. En la primera, el deudor pierde su derecho a disfrutar del plazo en una obligación sujeta a plazo y, en la segunda, se resuelve el contrato —generalmente— restituyéndose las prestaciones y dejando a la otra parte en la misma situación que si se hubiera cumplido el contrato (esto es, abonando el interés positivo). Dicho lo anterior, se debe partir de la premisa de que los contratos de financiación corporativa estándar siempre regulan una cláusula de vencimiento anticipado de la financiación, pero no recogen una cláusula resolutoria expresa (acordada entre las partes *ex* artículo 1255 del Código Civil). Por tanto, si se pretendiera resolver —que no vencer anticipadamente— un contrato de financiación corporativa por considerar que se trata de una relación sinalagmática, habría que acudir al régimen legal general (implícito) de resolución de los contratos *ex* artículo 1124 del Código Civil.

La Sentencia 1335/2025, de 30 de septiembre, del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) hace especial hincapié en esta circunstancia: *"El régimen de la resolución de las obligaciones recíprocas o del vencimiento anticipado regulado, respectivamente, en los arts. 1124 y 1129 del Código Civil (que, como hemos declarado en la sentencia 163/2025, de 3 de febrero, no son idénticos en sus presupuestos pero su aplicación conduce a consecuencias prácticas semejantes cuando se trata del incumplimiento por el prestatario de sus obligaciones) no es trasladable sin más al supuesto en que la resolución o el vencimiento anticipado esté regulado en una cláusula del contrato"*.

Por un lado, la cláusula de vencimiento anticipado de los contratos de financiación corporativa encuentra su fundamento primario en el artículo 1129 del Código Civil. Antiguamente, se generó cierto debate en torno a si el listado de causas legales del Código Civil era *numerus clausus* o no. El debate doctrinal quedó zanjado y hoy en día nadie discute que las partes de una financiación corporativa puedan pactar libremente tantos supuestos de vencimiento anticipado como estimen oportuno en el ejercicio de la autonomía de su voluntad *ex* artículo 1255 del Código Civil¹⁶. La

15 Mínguez Prieto / Rubio Lasarte (2009) los clasifican en "cuatro grandes grupos, que serían (i) ratios de balance; (ii) ratios de la cuenta de resultados; (iii) ratios de activos y (iv) ratios del mercado de valores".

16 De hecho, la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos confeccionada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación en 2023 (la "Propuesta de Modernización"), en su artículo 1107 (*pérdida del beneficio del plazo*) ya recogía expresamente como apartado 2 que *"también perderá el deudor el beneficio del plazo cuando así resulte de una cláusula de vencimiento anticipado válidamente pactada"*. Es evidente que la Propuesta de Modernización no es Ley, pero no cabe duda de que los esfuerzos realizados por la Comisión en este trabajo constituyen una fuente muy cualificada que permite aclarar cómo debe ser interpretado el articulado actual del Código Civil a la luz de la realidad social de nuestro tiempo (artículo 3.1 del Código Civil) y de las interpretaciones jurisprudenciales que nuestro Alto Tribunal ha realizado respecto de la redacción decimonónica (artículo 1.6 del Código Civil). Como indica el expositivo II de la Propuesta de Modernización, *"no es aventurado decir que los codificadores españoles de 1889 no pusieron en la materia que nos ocupa sus máximos empeños [...] el legislador de 1889 debió pensar que el Derecho de contratos no era, en rigor, una materia conflictiva, y que el principio de autonomía de la voluntad podría contribuir a solucionar la mayor parte de las cuestiones"*.

En el plano doctrinal se han pronunciado, asimismo, Díez-Picazo (2008: 377-378): *"La validez de los pactos de vencimiento anticipado no puede ser discutida, en la medida en que encuentra su fundamento en la autonomía privada"*; Manzanares Secades (2003); y Capilla (2025: 593-595).

Sentencia 1124/2008, de 12 de diciembre, del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), concluyó: “El artículo 1.129 [...] poseen carácter dispositivo, que no impiden el vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, con base en lo establecido en el artículo 1.255 del Código Civil” (en igual sentido la Sentencia 792/2009, de 16 de diciembre). Por tanto, cuando las partes hayan acordado una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato al amparo del artículo 1255 del Código Civil, esa regulación específica desplazará la aplicación de la regulación legal general recogida en el artículo 1129 del Código Civil¹⁷.

Por otro lado, la posibilidad de resolver un contrato se encuentra recogida legalmente en el artículo 1124 del Código Civil para los contratos sinalagmáticos (es decir, aquellos en los que existen obligaciones a cargo de ambas partes¹⁸). Aquí también podrán las partes acordar libremente la regulación contractual de los supuestos de resolución que tengan por convenientes *ex* artículo 1255 del Código Civil. Cuando las partes acuerdan este tipo de cláusulas, se habla de cláusulas resolutorias expresas, en contraposición con las cláusulas resolutorias implícitas (que están presentes en todas las relaciones sinalagmáticas por definición). Como se ha encargado de puntualizar la doctrina más cualificada, la esencialidad del incumplimiento requerida para la resolución de un contrato solo es necesaria en aquellos supuestos en los que no se haya pactado una cláusula *específica* de resolución expresa¹⁹. Al igual que ocurre en los supuestos de vencimiento anticipado, la regulación específica desplaza la regulación legal general, y si las partes han negociado una cláusula de resolución expresa al amparo del artículo 1255 del Código Civil y han acordado que no será necesario que concurra un incumplimiento esencial para resolver el vínculo obligacional, la esencialidad en el incumplimiento no deberá ser tenida en cuenta en estos casos (quedando la esencialidad en el incumplimiento, por tanto, circunscrita a la regulación general del artículo 1124 del Código Civil)²⁰.

El fundamento de la regulación general del artículo 1124 del Código Civil descansa en el principio de equivalencia y el ejercicio de buena fe de los derechos. Su finalidad esencial es permitir que la parte perjudicada por un incumplimiento contractual pueda quedar liberada de las obligaciones que aún la vinculan con la parte incumplidora²¹ y, claro, aquí no tendría ningún sentido permitir que cualquier incumplimiento (por mínimo que fuese) permitiera —*ex lege*— a la contraparte del contrato aprovechar la coyuntura para reconsiderar si de verdad quiere mantener vivo el vínculo

17 Un ejemplo de cláusula de vencimiento anticipado sería la siguiente:

“Las cantidades debidas por la Financiada por virtud del contrato de financiación podrán ser declaradas vencidas y exigibles por la Entidad Financiadora conforme a lo previsto en esta cláusula, si concurre alguna de las circunstancias o incumplimientos que a continuación se relacionan:

Si la Financiada no pagase en su respectivo vencimiento (ordinario o anticipado), cualquier cantidad adeudada en virtud de este contrato de financiación.

Si la Financiada incumpliera cualquier obligación distinta de la de pago.

Si se produce un Efecto Sustancial Adverso.

[Más todo el listado de supuestos de vencimiento anticipado que se acuerde]”.

18 Nótese que los contratos de financiación, en la medida en que hayan sido dispuestos íntegramente y no tengan naturaleza *revolving*, tan solo contienen obligaciones a cargo del deudor y serían, por tanto, contratos unilaterales. De todos modos, aunque se concluyera que los contratos de financiación corporativa son contratos sinalagmáticos, como se explica en la conclusión del presente apartado 2.3, no se estaría limitando la capacidad del acreedor a vencer anticipadamente la financiación, sino que se le estaría dando una vía más para poner fin al vínculo contractual.

19 Gregoraci Fernández (2015).

20 Sentencia 682/2018, de 4 de diciembre, del Tribunal Supremo (Sala 1.^a).

21 La *exceptio non adimpleti contractus* constituye un ejemplo paradigmático de esta dinámica: el contratante incumplidor no puede exigir a su contraparte que cumpla con un contrato sinalagmático que él mismo está incumpliendo.

obligacional (*recíproco*) con el incumplidor²². La Sentencia 198/2014, de 1 de abril, del Tribunal Supremo (Sala 1.^a, en Pleno), estableció que *"la realidad social de la crisis económica impone a los tribunales de justicia la búsqueda de soluciones equilibradas que, ante contratos de compraventa celebrados antes de manifestarse la crisis pero que deban consumarse después, tengan en cuenta las circunstancias sobrevenidas que dificulten el cumplimiento de sus obligaciones por el comprador pero, también, eviten pretensiones meramente oportunistas de este de desvincularse del contrato alegando como incumplimientos esenciales del comprador los que no sean tales"* (en el mismo sentido las Sentencias 732/2015, de 30 de diciembre; 476/2015, de 10 de diciembre; y 237/2015, de 30 de abril, del Alto Tribunal). Lo que subyace en esta doctrina del Tribunal Supremo es el ejercicio de buena fe de los derechos.

Esta distinción técnica entre vencimiento anticipado y resolución de un contrato es relevante a los efectos de constatar que la esencialidad del supuesto desencadenante de la terminación de la relación contractual tan solo es necesaria en los supuestos de *resolución* de contratos *ex* artículo 1124 del Código Civil, pero nunca en los de vencimiento anticipado. Y aquí es donde se debe derrumbar el primer mito: por más que exista un supuesto de vencimiento anticipado que pueda ser considerado desde una perspectiva lógica y subjetiva como menor (o no esencial), *por supuesto que se puede sustentar en él la declaración del vencimiento anticipado de un contrato de financiación*.

Así lo declara la Sentencia 1335/2025, de 30 de septiembre, del Tribunal Supremo (Sala 1.^a): *"El art. 1255 del Código Civil permite que las partes contratantes tipifiquen determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del Código Civil tengan o no trascendencia resolutoria. El mismo razonamiento es aplicable a las cláusulas que regulan el vencimiento anticipado de la obligación aplazada"*.

La lógica que cualquier jurista emplea en relación con la esencialidad o no de un incumplimiento se aplica pensando en clave de resolución implícita de relaciones sinalagmáticas (*ex* artículo 1124 del Código Civil). La esencialidad solo formará parte de la ecuación del vencimiento anticipado de este tipo de contratos cuando las partes (sofisticadas) así lo hayan pactado *ex* artículo 1255 del Código Civil.

La referencia constante a *este tipo de contratos* no es baladí. La Sentencia 506/2008, de 4 de junio, del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) hizo expresa mención a que resultaba necesario que el incumplimiento del contrato de financiación fuera esencial para poder declarar su vencimiento anticipado²³. Sin embargo, como se ha encargado de señalar la doctrina más autorizada al respecto, esta sentencia se dictó en una relación contractual protegida por la normativa de consumidores

22 Existen otras diferencias entre el remedio resolutorio y el vencimiento anticipado. Por ejemplo, en el momento en que se vence anticipadamente una financiación se deben repagar el importe de principal pendiente de pago y sus intereses hasta esa fecha (y, adicionalmente, otros conceptos que se hayan pactado como *make wholes* o comisiones); en cambio, ante el incumplimiento esencial de un contrato, *ex lege*, se podrá elegir entre exigir el cumplimiento forzoso de lo acordado o la restitución de prestaciones e indemnizar, conforme —generalmente— a la regla del interés contractual positivo (dejar a la contraparte en la misma situación que si se hubiera cumplido el contrato).

23 *"Cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo"* (FD 4.^º).

y usuarios²⁴. Es evidente que la parte débil de esa transacción (el consumidor) no tenía poder negociador. En situaciones como la enjuiciada por el Alto Tribunal en 2008, el principio *pacta sunt servanda* (artículo 1091 del Código Civil) se debilita y la normativa tuitiva permite un control judicial destinado a equilibrar en cierta medida las posiciones de las partes contratantes.

De hecho, así se dice *expresamente* en la Sentencia 1335/2025, de 30 de septiembre, del Tribunal Supremo (Sala 1.^a): **"La normativa de protección de los consumidores y usuarios no es relevante en este caso porque las prestatarias son sociedades mercantiles"**, y en la Sentencia de 14 de marzo de 2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-415/11): *"Por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la **facultad del profesional [predisponente]** de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el **consumidor** haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo"*²⁵ (el énfasis es nuestro).

La Propuesta de Modernización es igualmente muy reveladora en sede de resolución y vencimiento anticipado implícitos. A la hora de regular en su artículo 1181 los supuestos de resolución (equivalente al actual artículo 1124 del Código Civil), incluye expresamente: *"Cualquiera de las partes de un contrato sinalagmático podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida la finalidad del contrato, **haya de considerarse esencial**"* (nótese que la redacción actual del artículo 1124.III del Código Civil no incluye referencia alguna a la esencialidad del incumplimiento, que es de construcción doctrinal y jurisprudencial a raíz de la mención a *"causas justificadas"* del citado artículo). Sin embargo, estando ante la oportunidad perfecta para también aclarar que, cuando se regulen causas de vencimiento anticipado distintas a las legales al amparo de la autonomía de la voluntad, la nota de esencialidad deberá concurrir en estas causas, el nuevo artículo 1107 propuesto —que reemplazaría al actual 1129— no incluye referencia alguna a dicha esencialidad o justa causa²⁶.

Es posible que toda la confusión terminológica existente responda al vocabulario utilizado por los distintos operadores del mercado en la práctica diaria. Por un lado, por una cuestión de economía del lenguaje, siempre se habla de incumplimientos de contratos de financiación (el propio título del presente artículo es un buen ejemplo de ello). Sin embargo, el *fundamento* de la terminación anticipada de un contrato de financiación no se encuentra en el *hecho* del incumplimiento (como sí podría ocurrir en el seno de una relación sinalagmática resuelta *ex* artículo 1124 del Código Civil),

24 Manzanares Secades (2017: 452-453), Capilla (2025: 593-595) y el Informe de Abogacía del Estado (tal y como este término se define más adelante).

25 En igual sentido, la Sentencia de 26 de enero de 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-421/14).

26 Así, por ejemplo, en nuevo apartado 2 del artículo 1107 (*pérdida del beneficio del plazo*) podría haber incluido perfectamente, tras la mención a que *"también perderá el deudor el beneficio del plazo cuando así resulte de una cláusula de vencimiento anticipado válidamente pactada"*, la referencia a que *"cuando la misma haya de considerarse esencial"* (en línea con lo aclarado en el nuevo artículo 1181 de la Propuesta de Modernización), pero no se hizo.

sino en la cláusula de vencimiento anticipado acordada *ex* artículo 1255 del Código Civil que recoge la posibilidad de declarar el vencimiento por haber acaecido un supuesto de vencimiento anticipado (que puede —o no— incluir supuestos relacionados con incumplimientos²⁷). Y, por otro lado, es frecuente encontrar cláusulas de obligaciones (*covenants*) en las que se hace referencia a que todas las obligaciones contenidas en el contrato “*son de carácter esencial para el otorgamiento de la financiación*”. Como se defiende, esta práctica debe ser criticada por innecesaria y repetitiva.

Nosotros somos de la creencia de que las partes de una relación contractual entre empresarios son tan libres para limitar su libertad regulando contractualmente las obligaciones que les son exigibles como para decidir en qué supuestos se puede poner fin a dicho vínculo contractual. Y tanto en el primer supuesto como en el segundo, ningún tercero debe entrar a valorar si concurre esencialidad o no en el incumplimiento que ponga fin a la relación obligatoria (salvo que las partes lo hayan pactado de otra manera). En este sentido se ha pronunciado Fernando Pantaleón Prieto: “*La fundamental libertad que el artículo 1255 del Código Civil reconoce a los contratantes permite a éstos privar al Juez de la potestad (que el artículo 1124.III del mismo cuerpo legal le atribuye) de valorar si un determinado incumplimiento de un contrato sinalagmático justifica (o no) la resolución inmediata del contrato incumplido*”²⁸.

El ejemplo paradigmático de cuándo las partes de un contrato de financiación corporativa acuerdan incluir la esencialidad como un elemento necesario del supuesto de vencimiento anticipado es el de la inclusión de los eventos sustanciales/materiales adversos o *material adverse effect*. Por definición, el concepto de efecto sustancial adverso está vinculado a circunstancias que afecten de forma adversa y sustancial a la situación financiera, negocio, capacidad de pago de la financiada, etc.²⁹ Es decir, en este caso los contratantes excluyen eventos menores o leves como causas de vencimiento anticipado y lo hacen de forma intencional e indubitada incluyendo adjetivos calificativos modificadores de la conducta como *sustancial* o *grave*.

Por último, aunque se concluyera que este tipo de contratos son sinalagmáticos³⁰, nada de lo que aquí se defiende pierde su virtualidad³¹. El abrir la posibilidad de resolver un contrato de financiación por un incumplimiento esencial del mismo (remedio resolutorio legal *ex* artículo 1124 del Código Civil) no entra en conflicto con tener otros tantos supuestos de vencimiento anticipado

27 Existen numerosos supuestos de vencimiento anticipado que nada tienen que ver con una actuación dolosa o negligente del deudor, entre otros: el acaecimiento de un supuesto material adverso, el cambio de regulación legal, la expropiación, etc. La legalidad de estos supuestos parece encontrar su fundamento en la figura de la promesa de hecho ajeno, estudiada a fondo por el profesor Gullón Ballesteros (1964: 3-20).

28 Pantaleón Prieto (2015: 20).

29 Otro ejemplo en el que la sustancialidad forma parte de la ecuación del vencimiento anticipado lo encontramos en todos aquellos supuestos en los que las partes han acordado cualificar expresamente el cumplimiento de una obligación. Esto suele ocurrir en cláusulas que obligan al cumplimiento de obligaciones generales excesivamente amplias o en aquellas que regulan los efectos de las salvedades (relevantes) de los informes de auditoría.

30 En este sentido, se pueden ver la Sentencia 432/2018, de 11 de julio, del Tribunal Supremo (Sala 1.^ª), para los contratos de préstamo con interés en general, o la Sentencia 465/2022, de 6 de junio, del Tribunal Supremo (Sala 1.^ª), en sede de relaciones con consumidores en las que se había declarado la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado (con base en la normativa de protección de consumidores y usuarios), o la Sentencia 163/2025, de 3 de febrero, del Tribunal Supremo (Sala 1.^ª), que valora la gravedad del incumplimiento en un contrato de préstamo con consumidores a la luz del artículo 1124 del Código Civil, entre otras. No obstante, la reciente Sentencia 1111/2024, de 16 de septiembre, del Tribunal Supremo, *obiter dictum*, se cuestiona la posibilidad de que este tipo de préstamos sean unilaterales (para no aplicar el derogado artículo 61.3 de la Ley Concursal [*vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas*], aplicable a las relaciones sinalagmáticas).

31 Quedan fuera del análisis, como se ha indicado en la introducción, las consecuencias prácticas de aplicar el remedio resolutorio desde el punto de vista de ejecución hipotecaria.

libremente acordados entre las partes (*ex* artículo 1255 del Código Civil) que permiten al acreedor declarar el vencimiento de la financiación. No se limita la capacidad de actuación del acreedor de una financiación corporativa; muy al contrario, se ponen a su disposición más alternativas para poner fin a la relación contractual (libremente pactadas entre profesionales).

2.4. La diferencia entre los supuestos de vencimiento anticipado y de amortización anticipada obligatoria

El último grupo³² de supuestos que pueden llevar aparejada la terminación anticipada del contrato de financiación es el de los supuestos de amortización anticipada total obligatoria. Estos supuestos implican la obligación del deudor de devolver (amortizar) anticipadamente todo el importe de la financiación pendiente de pago en un determinado momento.

Los contratos de financiación recogen generalmente el derecho del financiado a amortizar anticipadamente total o parcialmente el importe de principal pendiente de pago de manera voluntaria. Sin embargo, en contraposición con ese derecho del deudor, se regulan otra serie de supuestos que implicarán la obligación del deudor de amortizar anticipadamente la financiación³³.

El efecto práctico final en el caso de una declaración de vencimiento anticipado y el acaecimiento de una causa de amortización anticipada total es el mismo: deben reembolsarse el importe pendiente de principal, los intereses y, en su caso, las comisiones y otros gastos. La diferencia consiste en que las causas de amortización anticipada (total o parcial) obligatorias son automáticas. En el momento en que acaece el supuesto regulado como tal, despliega todos sus efectos (en contraposición con los supuestos de vencimiento anticipado, que deben ser invocados por el acreedor y seguir el proceso de declaración del vencimiento).

Esta distinción suele encontrar su fundamento en que las acciones que se regulan como causas de amortización anticipada obligatoria son generalmente actuaciones en las que el deudor o sus socios han tenido el dominio de la acción en todo momento. Por tanto, es extraño encontrarse con una causa de amortización anticipada total que sorprenda al deudor (debió prever que una determinada acción iba a llevar aparejada esta consecuencia), aunque existen excepciones como los supuestos relativos a indemnizaciones de seguros, cambio legal o, dependiendo del caso concreto, sanciones.

32 No se analizan otros supuestos legales como la anulabilidad, nulidad, rescisión, denuncia o el desistimiento.

33 Los supuestos de amortización anticipada obligatoria parcial más habituales son los siguientes: (i) la venta de activos o filiales, en los que se obliga al deudor a destinar el importe recibido por dicha venta a la amortización anticipada (salvo que se reinvierta en la reposición del activo que corresponda en un plazo determinado); (ii) la percepción de una indemnización de un seguro, salvo que dicha indemnización se destine a reponer o reparar el activo siniestrado o a hacer frente a las responsabilidades frente a terceros que corresponda; (iii) el cambio de circunstancias legales, en los que el deudor deberá amortizar anticipadamente el 100 % del importe prestado por una entidad del sindicado que ya no puede prestarle el dinero; y (iv) en los supuestos de ruptura de mercado. Otros supuestos que se pueden encontrar en función del caso y tipo de operación son (i) la percepción de subvenciones, (ii) la ejecución de un aumento de capital, (iii) el ejercicio de una subsanación de un ratio por medio de la inyección de fondos propios (*equity cure*) o (iv) el barrido de caja excedentaria (*cash sweep*).

Los supuestos de amortización anticipada obligatoria total más habituales son (i) el cambio de control del deudor (tal y como el término "Cambio de Control" sea definido en el contrato de financiación) y (ii) la imposición de cualquier sanción a la financiada, sus filiales, administradores o directivos (tal y como el término "Sanción" sea definido en el contrato de financiación).

En este sentido, la reciente Sentencia 163/2025, de 3 de febrero, del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) se encarga de recordar que el vencimiento anticipado no se da de manera automática en la fecha en que acaezca, sino que se deberá proceder a su declaración: *“El vencimiento anticipado no se produce de manera automática, pero basta con una comunicación extrajudicial del acreedor, que podrá después exigir judicialmente el pago del capital pendiente y las cuotas vencidas e impagadas si el deudor no cumple voluntariamente lo solicitado”*. Y eso ocurre salvo —debe añadirse en sede de relaciones entre empresarios— que las partes así lo acuerden al amparo del artículo 1255 del Código Civil (como sucede en los supuestos de amortización anticipada obligatoria).

3. El aterrizaje – el incumplimiento de obligaciones distintas de las de pago

3.1. La declaración de vencimiento anticipado por incumplimientos distintos a la obligación de pago

La declaración del vencimiento anticipado de los contratos de financiación corporativa encuentra su fundamento, como se ha expuesto, en el artículo 1255 del Código Civil³⁴. En la práctica, este tipo de cláusulas establecen mediante un término definido como “Supuestos de Vencimiento Anticipado”³⁵ aquellas circunstancias que tendrán aparejada la posibilidad de negarle al deudor su derecho al plazo en el cumplimiento de la obligación de reembolso de principal e intereses de la financiación. Es decir, acaecido cualquiera de los supuestos de vencimiento anticipado que las partes han negociado, las cantidades debidas por el deudor por virtud del contrato de financiación *podrán* ser declaradas vencidas y exigibles por el acreedor³⁶.

Uno de los motivos evidentes para legitimar a los acreedores a vencer anticipadamente una financiación es, siempre que las partes lo hayan pactado *ex* artículo 1255 del Código Civil, el impago de una cuota de la financiación³⁷, otro será el incumplimiento de cualquier obligación de las recogidas en el contrato, pero existirán otros muchos motivos que no estarán necesariamente vinculados a una actuación del deudor, por ejemplo, el acaecimiento de un efecto sustancial adverso (tal y como se defina en el contrato de financiación).

34 A una conclusión igual, pero para el caso de las cláusulas resolutorias expresas, llega la doctrina más autorizada en la materia, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Véase Gregoraci Fernández (2015: 34).

35 Se facilita un ejemplo de cláusula de vencimiento anticipado en la nota al pie 17.

36 Aquí se debe realizar otra precisión terminológica: no es lo mismo hablar del acaecimiento de un supuesto de vencimiento anticipado que de la declaración del vencimiento anticipado. El acaecimiento responde a que ha tenido lugar cualquiera de los motivos relacionados en el referido listado de supuestos de vencimiento anticipado (por ejemplo, un impago o un incumplimiento de una obligación, o la falsedad de una declaración). Esta circunstancia se da desde el día que ocurre el hecho o circunstancia descrito como supuesto de vencimiento anticipado. Sin embargo, la declaración del vencimiento anticipado requiere que, una vez producido un supuesto de vencimiento anticipado, el acreedor o acreedores de la financiación lleven a cabo una actuación formal (colegiada en el caso de una financiación sindicada) tendente a dar por terminado el derecho al plazo del deudor en la forma y plazos regulados en el contrato de financiación. Y esto, por definición, ya no puede darse desde el mismo momento del acaecimiento del hecho o circunstancia de que se trate. Esta distinción es relevante: por ejemplo, los documentos de garantía suscritos en relación con la financiación recogerán generalmente un supuesto de ejecución de estos que estará vinculado a la declaración.

37 Es contraintuitivo, pero, *ex lege*, con el artículo 1129 del Código Civil en la mano, el impago de cuotas de la financiación no legitimaría al acreedor a vencer anticipadamente una financiación.

La declaración del vencimiento anticipado de una financiación es una situación de naturaleza eminentemente conflictiva, pero existen pocos casos en los que se haya llegado a los tribunales litigando al respecto por varios motivos, entre otros: (i) acaecido un supuesto de vencimiento anticipado —o siendo previsible que vaya a acaecer—, los deudores suelen solicitar renunciaciones puntuales de derechos a los acreedores (*waivers*) para evitar que la financiación se encuentre en situación de incumplimiento técnico (con las consecuencias que se relacionarán en el apartado 3.3) y, una vez aprobado por la mayoría —o unanimidad— que proceda de los acreedores, vedar la posibilidad de que los acreedores declaren el vencimiento anticipado³⁸; (ii) tradicionalmente se ha procurado evitar pronunciamientos judiciales contrarios a la posibilidad de vencer anticipadamente la financiación; (iii) la declaración de vencimiento anticipado generará en la mayoría de los casos una situación de insolvencia del deudor, y el acreedor se verá obligado a ir a un procedimiento de realización colectiva o a negociar un plan de reestructuración (o peor aún, ser arrastrado por él); o (iv) en última instancia, alternativamente, el deudor buscará otro financiador con el que refinanciar la deuda antes de llegar a los tribunales.

Como se ha expuesto en el apartado 2.3, la esencialidad debe ser descartada de la ecuación del acaecimiento del supuesto de vencimiento anticipado que corresponda. Sentado lo anterior, confirmando la posibilidad de vencer anticipadamente una financiación por incumplimientos distintos a la obligación de pago, se encuentra el auto de denegación de medidas cautelares de 4 de mayo de 2017 del Juzgado de Primera Instancia 92 de Madrid, confirmado y reproducido íntegramente por el Auto 486/2017, de 20 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.ª), en el que se analiza la obligación (de no hacer) incumplida —la de no aumentar capital en la sociedad deudora— para concluir que, *"aunque la demandante considere que la ampliación de capital supone, en todo caso, un aumento de solvencia de la deudora, ello no siempre es así, y en concreto, cuando existen acciones pignoras, las ampliaciones de capital pueden representar un peligro de pérdida de valor de los bienes pignorados, por lo que resulta del todo lógica su inclusión como causa de vencimiento anticipado del préstamo garantizado y, en consecuencia, de la prenda. [...] en la interpretación del contrato de autos no hay que olvidar que no es un contrato de adhesión o un contrato convenido con base en condiciones generales sino un contrato plenamente querido y negociado con total libertad por ambas partes, ampliándose incluso las causas de vencimiento anticipado en relación con un préstamo anterior, como manifestó el testigo Sr. Calixto, presente en la negociación; por lo que si las partes decidieron incluir entre las causas de vencimiento anticipado, expresamente, la ampliación de capital, tal decisión no puede variarse a conveniencia forzando una interpretación que en nada se corresponde con lo pactado"*.

También está claramente explicado en el informe elaborado el 20 de noviembre de 2012 por Dña. Pilar Cancer Minchot (abogada del Estado en el Tribunal Supremo) a solicitud de una sociedad mercantil estatal (el "Informe de Abogacía del Estado")³⁹: *"Es cierto que hay determinada doctrina judicial que, en aras del equilibrio de las prestaciones contractuales, ha cuestionado las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones que se consideraban (en el supuesto*

38 Manzanares Secades (2024a).

39 El Informe de Abogacía del Estado se emitió a solicitud de una sociedad mercantil estatal (en el marco de un convenio con la Abogacía General del Estado) para analizar la posible oposición de un deudor ante el vencimiento anticipado de un contrato de préstamo. Este vencimiento anticipado se producía por el incumplimiento de una cláusula que exigía el mantenimiento de un determinado nivel de fondos propios. El deudor cuestionaba la posibilidad de decretar dicho vencimiento anticipado con base en el incumplimiento de obligaciones que se consideran meramente accesorias.

concreto enjuiciado) como no esenciales: pero, como veremos, siempre en el marco de los contratos de adhesión y de protección de consumidores y usuarios.

Y ello por cuanto solo cabe contradecir lo pactado en base al art. 1255 CC si es contrario a ley, moral u orden público, y ya hemos visto que la normativa general sobre contratación no contiene previsión contraria al vencimiento anticipado por incumplimiento de una cláusula accesoria; [sic] O si resulta nulo por abusivo, pero en tal caso no existe fundamento anulatorio en el CC o el Código de Comercio, sino en la legislación sobre protección de consumidores y usuarios y en la reguladora de las condiciones generales de contratación”.

Lo que sin duda resulta aconsejable es que las partes de un contrato de financiación corporativa se ocupen de definir con claridad y objetivar, en la medida de lo posible, los supuestos que habilitarán la declaración de vencimiento anticipado, limitando al máximo el margen de interpretación subjetiva de la cláusula correspondiente (evidentemente, esto no es siempre posible y existen situaciones en las que los costes de transacción o negociación pueden ser elevados y se podría llegar a dinamitar el acuerdo). Como se analiza en el presente artículo, la tendencia natural de cualquier operador que deba evaluar la posibilidad de ejercitar la facultad será interpretar que las partes, al pactar los supuestos de vencimiento anticipado, han querido reservarla para incumplimientos de especial gravedad. En este sentido, si la cláusula es excesivamente general y permite que su interpretación conviva con un amplio espectro de situaciones “grises” —por ejemplo, desde un nivel uno (incumplimiento leve) hasta un nivel diez (incumplimiento grave)— y no se especifica expresamente que incluso los supuestos más leves del nivel uno permiten declarar el vencimiento anticipado, lo previsible es que el intérprete (ya sea un juez o cualquier otro operador) entienda que el acreedor solo podrá declarar el vencimiento anticipado frente a aquellas situaciones más graves.

Por último, cabría preguntarse si la declaración de vencimiento anticipado es una actuación dejada al arbitrio de una de las partes y, por tanto, proscrita por el artículo 1256 del Código Civil. Sin embargo, parece claro que no se trata de una condición puramente potestativa y, como se concluyó en la Sentencia 406/2016, de 15 de junio, del Tribunal Supremo (Sala 1.ª, ponente Fernando Pantaleón Prieto): *“Ante la gravedad de las consecuencias que cabría extraer de una interpretación puramente literal de dicho artículo («La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»), se ha sostenido autorizadamente, a la luz del comentario de García Goyena a su precedente, el artículo 979 del Proyecto del 1851 sin paralelo en la codificación decimonónica, que se trataría de una generalización poco meditada, para los contratos, de la regla del artículo 1115.I CC —nulidad de la obligación contraída bajo una condición puramente potestativa—, procedente de textos del Digesto referidos a las obligaciones nacidas de stipulatio (por consiguiente, con un solo acreedor y un solo deudor). No expresaría, así, sino el principio lógico de que, en frase del propio García Goyena, «quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles»”.* Es decir, si las partes han acordado que el cumplimiento de una obligación se puede dejar al arbitrio de unos contratantes *ex* artículo 1255 del Código Civil, nada se puede objetar al respecto. Así, la misma Sentencia 406/2016, de 15 de junio: *“Con seguridad no puede darse al artículo 1256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código: si «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos», no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del*

contrato por su sola voluntad; pero, claro es, salvo que otra cosa se haya pactado válidamente (arts. 1255 CC y 25.1 LCSP) en el contrato mismo de que se trate"⁴⁰.

En este sentido, resulta perturbador el Auto de 16 de julio de 2024 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria (asunto Hoteles Beatriz), que rechaza la homologación judicial del plan de reestructuración propuesto por un acreedor que entendía que el deudor se encontraba en situación de insolvencia actual desde el 17 de noviembre de 2023⁴¹. En esencia, el auto considera que la situación de insolvencia o no del deudor requiere de un procedimiento declarativo previo⁴² en el que el acreedor acredite que está legitimado para exigir el importe total de la financiación⁴³, como si considerara la existencia de un cambio de control o no fuera un hecho suficientemente objetivo, sujeto a la interpretación arbitraria de una de las partes⁴⁴.

Más acertada parece la aproximación del Auto de 11 de octubre de 2021 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Cerdanyola del Vallès, que sí dejó claro que debería ser el deudor ejecutado el que acudiera a un procedimiento posterior para cuestionar si una financiación ha sido vencida anticipadamente de manera correcta o no (*wrong acceleration*).

3.2. Límites a la declaración de vencimiento anticipado por incumplimientos distintos a la obligación de pago

3.2.1. EL EJERCICIO DE BUENA FE DE LOS DERECHOS

El principio general de buena fe y la proscripción del abuso de derecho se encuentran recogidos en el artículo 7 del Código Civil. Asimismo, en el caso concreto de los contratos de financiación corporativa, resultarán también de aplicación los imperativos del artículo 1258 del Código Civil y del 57 del Código de Comercio.

Como explica De Castro, el artículo 1258 del Código Civil no se inserta en el capítulo de interpretación de los contratos porque el recurso a la buena fe no es el instrumento para buscar la voluntad real de las partes a la hora de contratar, sino una manifestación —la más importante, matiza el

40 Sin perjuicio de lo anterior, el Informe de Abogacía del Estado (anterior a la emisión de la sentencia extractada) se cuestionaba si una causa de vencimiento anticipado que no descansara en un presupuesto de aplicación objetivo y claro podría generar problemas de aplicación del artículo 1256 del Código Civil.

41 La situación de insolvencia actual se debía a que el deudor no había reembolsado el importe total pendiente de amortización en esa fecha pese a que se había producido un cambio de control (que habitualmente está regulado como un supuesto de *amortización anticipada obligatoria total*, aunque el auto se refiera a un supuesto de vencimiento anticipado, si bien es cierto que en ocasiones se encuentra regulado como tal). En cualquier caso, la distinción para lo que aquí se analiza es irrelevante.

42 En este punto se debe recordar que esta manera de ver las cosas era frecuente en las viejas sentencias sobre resolución por incumplimiento *ex* artículos 1124 o 1255 del Código Civil: se pensaba que nuestro Código Civil había acogido el modelo francés de resolución y se necesitaba que un juez disolviera el vínculo obligacional. Sin embargo, esta percepción está ampliamente superada hoy en día tanto en España como en Francia.

43 "El nudo gordiano de la argumentación de la entidad solicitante viene constituido por ese vencimiento anticipado [sic] [...] y que es declarado unilateralmente por los acreedores financieros antes referidos. De lo anterior no resulta la evidencia de insolvencia que debe exigirse en este supuesto. No estamos en presencia de un vencimiento que acaece por un hecho objetivo como es la llegada de una fecha, sino de una cláusula contractual con contenido y alcance jurídicos, y que requiere de una interpretación y análisis de esa naturaleza. Entendemos que no puede llegarse a la conclusión de que existe insolvencia actual por la sola voluntad o interpretación de los acreedores, sin una previa contracción como la que podría darse en un proceso declarativo en el que se planteara esta cuestión" (FD 4.º).

44 En este sentido, Manzanares Secades (2024b).

autor— de la responsabilidad objetiva por la conducta negocial. Por tanto, el precepto obliga a observar unos parámetros de conducta imaginándose —imponiendo— que las partes así lo quisieron a la hora de contratar. Es decir, cualquier conducta de un contratante *debe ser realizada* siempre de buena fe⁴⁵.

El principio de la buena fe está en la esencia misma del ser humano y de las relaciones obligacionales⁴⁶ (al menos desde una perspectiva de derecho continental). Este es el principio que se encuentra detrás de las respuestas *intuitivas* mencionadas en la introducción del presente artículo en relación con el acaecimiento de este tipo de supuestos de vencimiento anticipado. Aquí radica la clave del razonamiento lógico por el que cualquier operador se convence de que *todo va bien* cuando se producen eventos sin relevancia que podrían llegar a tener, en función de cómo se interpreten, la consideración de un incumplimiento del contrato de financiación. Sin embargo, no es lo mismo defender que no se puede vencer anticipadamente un contrato de financiación por no haber acaecido supuestos o incumplimientos esenciales que defender que no se puede ejercitar el derecho de vencimiento anticipado de manera contraria a la buena fe o abusando de dicho derecho.

Mientras que el ejercicio de los derechos de buena fe es indisponible⁴⁷ (como se ha visto, opera en un plano distinto; se da por descontado en todas las relaciones obligatorias), de la esencialidad en el incumplimiento sí podría disponerse libremente (al menos, en sede de relaciones entre iguales).

En términos de carga de la prueba, de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si la esencialidad en el incumplimiento se configurase como un elemento necesario de la acción de declaración de vencimiento anticipado, su concurrencia debería ser probada por quien la alega (esto es, el acreedor). En cambio, si el límite a la declaración del vencimiento anticipado se encuentra en el ejercicio de buena fe del derecho, la carga de la prueba recaerá en el deudor (que es quien debe alegar el ejercicio abusivo del derecho de la contraparte).

Siendo el principio de buena fe un concepto vago y de difícil concreción, la definición dada por Díez-Picazo⁴⁸ —para el concepto de buena fe como límite de los derechos subjetivos— puede facilitar su comprensión: *"La regla de la buena fe se dirige, ante todo, al titular de un derecho subjetivo y le impone que el derecho se ejercite de acuerdo con las normas de la lealtad, de la confianza y de la consideración que el sujeto pasivo del derecho puede razonablemente pretender o esperar"*. En palabras de García Goyena, *"la equidad y la buena fe son el alma de los contratos"*.

En la declaración del vencimiento anticipado de una financiación corporativa cobrará especial relevancia el juicio de proporcionalidad en el ejercicio de la acción.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ejercicios de acciones resolutorias y la infracción del principio de buena fe en dicho ejercicio. Antes de exponer los pronunciamientos

45 Castro y Bravo (1985: 89-90).

46 Ordoqui Castilla (2011: 21).

47 La buena fe entre contratantes forma parte del *orden público económico*, en palabras de Díez-Picazo.

48 Díez-Picazo (2007: 60).

de nuestro Alto Tribunal, se debe dejar claro que no se pretende aprovechar lo mejor de los dos mundos (el del remedio resolutorio y el del vencimiento anticipado). La *ratio decidendi* de las resoluciones que se extractan se encuentra en el principio general de buena fe y su aplicación a la terminación anticipada de relaciones obligatorias (con independencia de que se haya producido un incumplimiento esencial o no en el caso de las relaciones sinalagmáticas). Por mucho que en las relaciones en las que se ejercita el remedio legal resolutorio la esencialidad se erija como un elemento necesario (previo) a la construcción de la acción ejercitada, en las sentencias que se extractan no se analiza si concurre o no ese elemento (de hecho, en la mayoría de los supuestos enjuiciados sí concurre). Es decir, las conclusiones alcanzadas sí son extrapolables por manifiesta identidad de razón con lo que aquí se analiza (el vencimiento anticipado es igualmente una forma de terminación anticipada de una relación contractual).

Así se declaró expresamente en la Sentencia 1335/2025, de 30 de septiembre, del Tribunal Supremo (Sala 1.^a): *"El derecho de la parte a declarar vencido anticipadamente el contrato, como todos los derechos, ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y de la interdicción del abuso de derecho"*.

En la Sentencia de 2 de febrero de 1984 del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), que ha sido calificada por algunos autores como referente en este campo⁴⁹, se proclama que *"la facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada, pues que [sic] el principio de buena fe, por modo general, ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas; aparte que la teoría del abuso de derecho [...] debe merecer la extensión y amplitud que demanda las exigencias morales impuestas por las circunstancias del caso y características del vivir social actual, que, como en el presente caso ocurre, evidencian una actuación no adecuada al verdadero espíritu y finalidad de la norma en que el derecho ejercitado se ampare"*.

Asimismo, la Sentencia 186/2008, de 7 de marzo, del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) también analizó el ejercicio de una acción resolutoria desde esta perspectiva, y afirmó que *"no[s] [sic] encontraríamos con una pretensión que podría entenderse como ejercicio abusivo del derecho (artículo 7.2 CC), pues se traspasarían los límites impuestos por la buena y la equidad (SSTS 25 de septiembre de 1996, 11 de mayo de 1990, 28 de noviembre de 1992, 22 de octubre de 1988, 5 de marzo y 16 de octubre de 1991, etc.) cuando se intenta no ya que se efectúen los pagos pendientes, con los intereses moratorios correspondientes, sino recuperar la finca, quedarse las cantidades percibidas (más del 70% del precio), cobrar la cláusula penal convenida y los gastos de suministros e impuestos, y aprovechar las mejoras realizadas por los compradores"*.

La Sentencia 732/2015, de 30 diciembre, del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) consideró que *"la invocación del retraso de la licencia de primera ocupación en la demanda del hoy recurrente fue meramente oportunista y contraria a la buena fe"*.

49 Gregoraci Fernández (2015: 85).

Más recientemente⁵⁰, la Sentencia 77/2018, de 14 de febrero, del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) expone: *"Tal y como [...] expresamente se desarrolla en las sentencias citadas de esta sala, [...] la pretensión resolutoria del art. 1124 del Código Civil debe sustentarse en un interés jurídicamente atendible, esto es, que no sea constitutiva de una pretensión abusiva o contraria al principio de buena fe contractual; conforme a la naturaleza y contenido de la relación negocial programada y al desenvolvimiento de la ejecución o cumplimiento. Condición que de un modo claro no se da en el presente caso, en donde la compradora, contrariamente al principio de buena fe, insta la resolución contractual cuando la vendedora precisamente le ofrece el cumplimiento de lo pactado en el contrato"*⁵¹.

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre la vertiente integradora del contenido contractual del principio de la buena fe. En las sentencias del Tribunal Supremo 184/2017, de 14 de marzo, y 383/2010, de 10 de junio, se estipuló que el principio de buena fe *"integra el contenido del negocio en el sentido de que las partes quedan obligadas no sólo a lo que expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales, de tal modo que impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos"*.

Por ejemplo, volviendo al supuesto resuelto por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid mencionado *ut supra*, si el deudor tuviera que ejecutar dicho aumento de capital por imperativo legal, y se pusiera a disposición del acreedor para extender la prenda sobre las participaciones del deudor, ¿se podría razonablemente pretender o esperar que ante esa situación el acreedor se oponga a este aumento y a extender su prenda y proceda a declarar el vencimiento anticipado de esa financiación? ¿Estaría el acreedor actuando de buena fe?

A modo de conclusión, como indica Díez-Picazo citando a A. M. López y López, establecer de antemano cuáles son los deberes de conducta en el seno de una relación obligatoria derivados del principio general de la buena fe es imposible⁵². Lo que se deberá es contemplar cada acto de ejercicio de derechos en su singularidad en relación directa con la especialidad de la relación jurídica concreta y las circunstancias que lo rodean. *"Se trata de deberes implícitos que acompañan a todo derecho contemplado en un acto especial de ejercicio"*, concluye.

3.2.2. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

En nuestra experiencia, muchas de las preguntas que se plantean en clave de incumplimiento esencial o no de un contrato de financiación, en realidad, se realizan a través del prisma equivocado y deberían plantearse desde una perspectiva de interpretación de los contratos. Una cosa es que la inclusión de una determinada obligación resulte esencial para el consentimiento de las partes al suscribir el contrato (prisma de la causalidad o esencialidad), y otra muy distinta es que una obligación deba ser examinada a la luz de la *intención evidente de las partes* al negociarla (prisma de la interpretación del contrato).

50 La reciente Sentencia 1666/2024, de 12 de diciembre, del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) también analiza una acción resolutoria desde la perspectiva del ejercicio de buena fe de los derechos. Aunque esta sentencia concluyó que se estaba ejercitando el derecho a resolver el vínculo de manera correcta, *a sensu contrario*, se aprecia que el principio general de la buena fe constituye un límite a dicha acción.

51 Sin perjuicio del voto particular del magistrado D. Rafael Sarazá Jimena.

52 Díez-Picazo (2007: 64).

El canon básico de interpretación contractual del sistema civil español es el sentido literal de los términos del contrato (artículo 1281 del Código Civil⁵³). Sin embargo, como el mismo artículo indica, la intención evidente de las partes prevalecerá sobre la literalidad.

El punto de incluir la interpretación de los contratos como un límite a la declaración de vencimiento anticipado se entiende mejor con dos ejemplos prácticos. Uno de reducción al absurdo y otro un poco más sofisticado.

El ejemplo básico: la sociedad Altimus Capital, S.A., suscribe un contrato de financiación para la adquisición de la sociedad Neovance Innovative Solutions, S.L. La cláusula 2.1.2. (*destino de la financiación*) estipula literalmente: "Un tramo por importe de 80.000.000 euros configurado como préstamo, que se destinará exclusivamente a financiar el precio de adquisición de Neovance Innovative Solutions, S.L. y abonar los gastos y comisiones incurridos en relación con dicha adquisición". Sin embargo, días antes de que se ejecute la adquisición de la sociedad *target* (y de que se disponga ya del tramo de adquisición comprometido), se inscribe en el Registro Mercantil de Madrid un cambio de denominación social de Neovance Innovative Solutions, S.L. por Vantech Solutions, S.L. ¿Cómo se debe interpretar la cláusula de destino de la financiación? ¿Estaría legitimado el acreedor a rechazar la disposición de la financiación para la adquisición de la sociedad por el cambio de su denominación social?

Un ejemplo un poco más sofisticado: la sociedad cabecera de un grupo internacional compuesto por cincuenta sociedades suscribe, junto con tres sociedades filiales (materiales) como garantes, un contrato de financiación para la expansión de su negocio a nivel mundial. Cada filial material es la cabecera de un conjunto de sociedades localizadas en EMEA, EE. UU. y Australia, respectivamente.

El contrato de financiación permite implementar estructuras de *cash pooling*⁵⁴ a nivel grupo (esto es, entre las cincuenta sociedades) y obliga a que, entre la sociedad cabecera y las filiales materiales, se mantenga una posición de tesorería disponible mínima de 15.000.000 de euros. Esta posición de tesorería se deberá acreditar periódicamente aportando los estados financieros trimestrales individuales en los treinta días hábiles siguientes a su aprobación.

Una vez presentados los primeros estados financieros trimestrales desde que se suscribió el contrato de financiación, el departamento de contabilidad se percató de que han enviado al acreedor unos estados financieros que reflejan una posición de tesorería agregada de 12.000.000 de euros entre las filiales materiales y la sociedad cabecera, pero lo cierto es que la posición de tesorería total del Grupo es de 50.000.000 de euros. Desde el punto de vista del límite de la buena fe, si rápidamente subsanan esta situación moviendo los fondos necesarios (aun cuando hubiera expirado el período de subsanación previsto al efecto), el acreedor no debería poder pretender el vencimiento anticipado. Sin embargo, desde el punto de vista de la interpretación del contrato se puede discutir.

53 "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas".

54 Para mayor detalle sobre estructuras de *cash pooling*, Herrero Mazarío / Rubio Medrano (2022).

¿Se ha incumplido la obligación del contrato de financiación? Parece claro que la intención de las partes al negociar una cláusula como la descrita es garantizar al acreedor que exista una posición de tesorería suficientemente holgada como para atender el servicio de la deuda⁵⁵. Asimismo, no es controvertido que (i) la caja disponible en todas las sociedades del grupo es muy superior al mínimo requerido por el contrato de financiación para las cuatro sociedades en discordia; y que (ii) otras cláusulas del mismo contrato permiten mover libremente los fondos existentes entre unas y otras sociedades⁵⁶. ¿Es razonable interpretar la cláusula en un sentido literal? Si la redacción de la cláusula es clara y el supuesto regulado lo suficientemente objetivo, a favor del acreedor se debe señalar que (a) la interpretación literal de las cláusulas de los contratos es el “*presupuesto inicial*”⁵⁷ y, si los términos son claros, no se deberá seguir indagando al respecto; y (b) tiene sentido que su intención al incluir una obligación como la descrita sea asegurarse de que las filiales materiales (es decir, aquellas sociedades del grupo sobre las que tiene un recurso directo por ser garantes de la financiación) tengan la caja mínima acordada en todo momento⁵⁸.

Se debe concluir advirtiendo que en el juego de la interpretación de las cláusulas de un contrato también se deberá tener muy presente el principio de conservación de los contratos (artículo 1284 del Código Civil), que defiende que, en el proceso de interpretación de una cláusula, siempre se debe optar por el sentido que dote de eficacia al contrato. Como explica Díez-Picazo, “*no es razonable pensar que las partes interesando una cláusula no han querido nada*”⁵⁹.

3.3. Otras consecuencias aparejadas al acaecimiento de una causa de vencimiento anticipado

Los contratos de financiación habituales del mercado español suelen contener otras muchas consecuencias aparejadas al acaecimiento de un supuesto de vencimiento anticipado distintas de la propia declaración de vencimiento.

Las consecuencias que se encuentran reguladas en el propio contrato de financiación más habituales son las siguientes: (i) la prohibición de realizar nuevas disposiciones del importe de la financiación que se encuentre comprometido por el acreedor, pero pendiente de disponer; (ii) la posibilidad de que el acreedor ceda libremente su posición contractual en el contrato de financiación (incluyendo, normalmente, a *hedge funds*); (iii) la prohibición de que el deudor realice cual-

55 En el juego de la interpretación de los contratos se deberán tener en cuenta infinidad de factores que se hace imposible enumerar en el presente apartado. Entre otros muchos: (i) el proceso de negociación, en el que se erigen como uno de los principales medios de prueba los correos electrónicos intercambiados entre las partes —que no entre sus abogados exclusivamente—; (ii) las distintas versiones, en las que se incluyen o eliminan apartados; (iii) los documentos preparatorios de la operación; (iv) quién redactó el texto controvertido; (v) las formas de expresión en un determinado lenguaje; etc. Por ejemplo, en el caso propuesto, sería de especial consideración el artículo 1283 del Código Civil, que estipula que cualquier término (i. e., “Filial Material”) deberá ser interpretado en el sentido más limitado que las partes se propusieran al contratar.

56 En la interpretación de la cláusula en cuestión entran en juego, por tanto, la voluntad real de las partes (artículo 1281 y 1282 del Código Civil) y la interpretación sistemática de las cláusulas (artículo 1285 del Código Civil).

57 En este sentido, la Sentencia 270/2025, de 19 de febrero, del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), entre otras muchas, y Pantaleón Prieto (2025).

58 A nuestro juicio, en el caso planteado, la subsanación del deudor vedaría al acreedor la posibilidad de, actuando de buena fe, declarar el vencimiento anticipado de la financiación (sin perjuicio de que el deudor debería solicitar un *waiver* para evitar encontrarse con una situación de incumplimiento técnico). Ahora bien, si tras remitir los estados financieros al acreedor, el deudor no actúa y no remedia la situación de incumplimiento, la interpretación literal de esta cláusula no dejaría margen de interpretación y nada parece obstar a que el acreedor pueda vencer libremente la financiación.

59 Díez-Picazo (2007: 499).

quier distribución de dividendos (tal y como el término “Distribución” sea definido en el contrato de financiación); y (iv) la penalización del margen aplicable a la financiación.

Como se ha dicho, la posibilidad de ejecutar las garantías dadas en el contexto de la financiación se suele vincular a la declaración del vencimiento anticipado, y no simplemente al acaecimiento.

Asimismo, lo normal será que el deudor tenga suscritas otras financiaciones (salvo en casos de financiaciones estructuradas). Cuando esto sea así, el acaecimiento de un vencimiento anticipado de una financiación desencadenará también una elevada probabilidad del incumplimiento cruzado con otros contratos de financiación existentes (*cross-default*).

En términos prácticos, en aquellos casos en que la compañía financiada audite sus cuentas anuales, si sus auditores constatan la existencia de un incumplimiento del contrato de financiación, en su informe de auditoría reclasificarán toda la deuda de la financiación (que normalmente tendrá vencimiento a largo plazo) como deuda a corto plazo (por estar técnicamente el acreedor legitimado a declararla exigible en cualquier momento), con las consecuencias que dicha reclasificación tendrán respecto de los *stakeholders*⁶⁰ del deudor.

Con la creciente tendencia a estructurar operaciones de financiación conforme a criterios ESG (por sus siglas en inglés, *environmental, social and governance*), es habitual que las partes en este tipo de financiaciones denominadas *verdes* acuerden expresamente que el incumplimiento de las obligaciones en materia de sostenibilidad, o la falta de consecución de los indicadores de sostenibilidad, no constituya por sí solo un supuesto de vencimiento anticipado. Sin embargo, lo que sí suelen pactar las partes en estos casos —so pena de incurrir en *greenwashing*— es que dichos incumplimientos conlleven una penalización en el margen aplicable y la pérdida de la posibilidad de calificar la operación como “financiación verde”.

Por último, no se puede dejar de mencionar el evidente deterioro de las relaciones comerciales entre el deudor y las entidades financiadoras como consecuencia de una situación dolosa o negligente de incumplimiento de obligaciones de un contrato de financiación, que —como se puede intuir— es difícil de reparar (con las consecuencias que esto implica para el negocio del deudor).

4. Conclusiones

La creencia generalizada de que los contratos de financiación corporativa solo pueden ser vencidos anticipadamente en caso de que hayan acaecido supuestos de vencimiento anticipado que sean esenciales para los acreedores es, desde nuestro punto de vista y por todo lo expuesto, equivocada. La lógica que se esconde detrás de esta creencia es la siguiente: (i) la errónea aplicación de elementos propios del remedio resolutorio implícito o legal del artículo 1124 del Código Civil y de los remedios aplicables en exclusiva al régimen tuitivo de consumidores y usuarios; y (ii) la del ejercicio de buena fe de los derechos, que sí representa un límite a la facultad de declarar el vencimiento anticipado (como lo representa, en general, para el ejercicio de cualquier derecho

60 Acreedores, clientes, proveedores, empleados, etc., del deudor.

subjetivo). Sin embargo, no es lo mismo sostener que es necesario que un supuesto de vencimiento anticipado que realmente habilite a los acreedores a negarle el derecho al plazo al deudor sea esencial que sostener que no se puede ejercitar ese derecho al vencimiento anticipado de manera contraria a las exigencias de la buena fe. En el primer caso, la acción no estaría constituida por faltar uno de sus elementos (la esencialidad); en el segundo, la acción está perfectamente constituida y, conforme a lo que aquí se defiende, tan solo encontrará un límite en el ejercicio de dicha acción de acuerdo con el principio general de la buena fe en los términos que hemos expuesto, que deberán ser alegados y probados por el deudor.

Si las partes (sofisticadas) de una relación obligacional como las que se estudian no han acordado expresamente que solo se podrá declarar el vencimiento anticipado por el acaecimiento de aquellos supuestos que resulten esenciales al amparo del artículo 1255 del Código Civil, la esencialidad debería quedar totalmente descartada de la ecuación del vencimiento anticipado.

Se ha contado la historia de un hombre que cae al vacío desde un edificio de cincuenta pisos y que, para tranquilizarse durante la caída, el tipo no paraba de repetirse: "Hasta ahora todo va bien, hasta ahora todo va bien, hasta ahora todo va bien". Pero lo importante no es la caída, sino el aterrizaje.

Bibliografía

- CAPILLA, Agustín (2025): La ejecución de créditos y garantías. En SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael y CÁRDENAS SMITH, Carlos de (dirs.) y NOGUERA LÓPEZ, María (coord.), *Manual de financiación*, Aranzadi La Ley.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Madrid: Civitas.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz (2015). *Cláusula resolutoria y control del incumplimiento*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (1964). La promesa del hecho ajeno. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 17, pp. 3-20.
- HERRERO MAZARÍO, César; RUBIO MEDRANO, Alberto (2022). El cash-pooling en el contexto de operaciones de financiación. *Revista Lex Mercatoria*, vol. 19, artículo 1.
- KASSOVITZ, M. (dir.) (1995). *La Haine*. Les Productions Lazennec; StudioCanal; ARTE France.
- MANZANARES SECADES, Alberto (2003). Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de financiación en el ámbito de banca corporativa. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid: Civitas, pp. 2369-2406.
- MANZANARES SECADES, Alberto (2009). Financiación corporativa, la noción de riesgo y la enforceability de las cláusulas de los contratos de financiación. *La Ley Mercantil*, n.º 58.
- MANZANARES SECADES, Alberto (2017). Los mecanismos de control de los acreedores y el riesgo de la administración de hecho (VII, cap. 14). En MANZANARES SECADES, Alberto (coord.), *Estudios sobre financiaciones sindicadas*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017.
- MANZANARES SECADES, Alberto (2020). De qué hablamos cuando hablamos de ratios financieros y su incumplimiento. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/de-que-hablamos-cuando-hablamos-de-ratios-financieros-y-su-incumplimiento>.
- MANZANARES SECADES, Alberto (2024a). El auto de medidas cautelares en la refinanciación de Celsa. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/el-auto-de-medidas-cautelares-en-la-refinanciacion-de-celsa>.

MANZANARES SECADES, Alberto (2024b). La cláusula de cambio de control en una financiación corporativa. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/la-clausula-de-cambio-de-control-en-una-financiacion-corporativa>.

MÍNGUEZ PRIETO, Rafael; RUBIO LASARTE, Íñigo (2009). Del incumplimiento de los *covenants* financieros y la resolución de los contratos de financiación, *Revista Española de Capital Riesgo*, n.º 3, pp. 37-41.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo (2011). *Buena fe en los contratos*. Madrid: Reus.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando (2015). Prólogo. En GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz (2015). *Cláusula resolutoria y control del incumplimiento*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando (2025). Los mandamientos del Derecho español sobre interpretación e integración de los contratos. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/los-mandamientos-del-derecho-espanol-sobre-interpretacion-e-integracion-de-los-contratos>.

URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (2001). *Curso de Derecho mercantil. T. II. La contratación mercantil. Derecho de los valores. Derecho concursal. Derecho de la navegación*, Madrid: Civitas.

Artículos

REQUERIMIENTOS DE PRODUCCIÓN DOCUMENTAL BAJO DERECHO ESPAÑOL

Jokin Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain

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

Requerimientos de producción documental bajo derecho español

Este artículo examina los requerimientos de producción documental —solicitudes que obligan al destinatario a entregar grandes volúmenes de documentación identificada mediante criterios de búsqueda automatizados— y analiza su posible aplicación en el ordenamiento jurídico español. Partiendo de la práctica consolidada en Estados Unidos y en las investigaciones de competencia de la Comisión Europea, el trabajo demuestra que las normas que fundamentan estos requerimientos no difieren sustancialmente de las españolas, por lo que las diferencias observadas responden más a la cultura jurídica y la práctica administrativa que a divergencias normativas. El artículo estudia los principales límites a los que debe sujetarse cualquier requerimiento de esta naturaleza, así como los aspectos técnicos y procedimentales que caracterizan estos procesos de e-discovery.

PALABRAS CLAVE:

Producción documental; E-discovery; Requerimientos de información.

Documentary production requirements under spanish law

This article examines document production requirements — that oblige recipients of such requests to deliver large volumes of documentation identified using automated search criteria — and analyses their potential implementation in the Spanish legal system. Drawing on established practices in the United States and the European Commission's competition investigations, the article shows that the underlying rules of these requirements are not substantially different to those in Spain. It suggests that any observed differences are more likely to be attributed to legal culture and administrative practices than regulatory divergences. It also considers the main limitations to which any such request must be subject, as well as the technical and procedural aspects that characterise these e-discovery processes.

KEYWORDS:

document production, e-discovery, information requests.

FECHA DE RECEPCIÓN: 11-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-12-2025

Beltrán de Lubiano, Jokin (2025). Requerimientos de producción documental bajo derecho español. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 51-76 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción a la cuestión

Todos los días, los tribunales y las administraciones españolas solicitan a particulares y empresas que entreguen documentación de todo tipo. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en determinadas jurisdicciones (como los Estados Unidos) o procedimientos (como es el caso de los procedimientos de competencia ante la Comisión Europea), en la práctica española no se pide a las empresas que efectivamente se “autoinspeccionen” para identificar *todos* los documentos potencialmente relevantes sobre una materia, con la entrega de miles —si no millones— de documentos en respuesta a un requerimiento de documentación.

La práctica de la Comisión Europea en materia de competencia demuestra que este regulador ha considerado útiles —y, por tanto, los ha importado al contexto europeo— procedimientos originalmente típicos de sus homólogos estadounidenses, como es el caso de los requerimientos de “producción” documental que llevan a este tipo de entregas masivas de documentos¹. En este contexto, cabe preguntarse si estos procedimientos serán también importados al contexto español y, en ese caso, en qué medida son posibles en nuestro derecho.

Este artículo postula que la diferencia entre unos y otros requerimientos de entrega de documentos no es fundamentalmente jurídica; es decir, no se basa en una arquitectura legal sustancialmente distinta. En cambio, la diferencia es de cultura jurídica y práctica administrativa o judicial. Para ello, primero se describirá en qué consiste la práctica moderna de “producción documental” y, a continuación, se considerará en qué medida una práctica de esa naturaleza encajaría en el derecho español.

A continuación, se considerarán los límites que debe superar una petición de esta naturaleza —el principal, la proporcionalidad, y otros adicionales, como el secreto profesional o el respeto a las normas de protección de datos— y los mecanismos prácticos de *e-discovery* que se han desarrollado para canalizar este tipo de peticiones.

En relación con esto último, el artículo trata de proporcionar cierto detalle sobre el diseño y ejecución en la práctica de este tipo de solicitudes de documentación, con dos objetivos: primero, para evitar una discusión demasiado abstracta que impida ver exactamente la realidad práctica a la que nos enfrentamos en un caso de estos y, segundo, para tratar de resumir los requisitos y

¹ En este artículo, se utiliza requerimiento de “producción” documental, por su nombre habitual en inglés (*documento production*) y en línea con el término usado en la norma europea (véase el Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales).

criterios esenciales que hacen que el cumplimiento de este tipo de requerimientos de producción documental sea viable tanto desde la perspectiva jurídica como práctica.

2. ¿Qué es un requerimiento de producción documental?

Como punto de partida, conviene describir a qué tipo de petición nos enfrentamos en este artículo. Para ello, podemos empezar por el resultado: como en las películas tradicionales de abogados estadounidenses, una solicitud de producción documental requerirá a su destinatario la entrega de numerosa documentación, representada tradicionalmente en estas películas mediante cajas y cajas de documentos (y, hoy en día, mediante *gigabytes* de información).

Para llegar a ese resultado, un requerimiento de producción documental requiere que el destinatario entregue *toda* la documentación relativa a una materia (el *qué*), exigiendo efectivamente que el destinatario establezca un proceso de recopilación y selección de grandes volúmenes de documentación, especialmente la de naturaleza digital (correos electrónicos, chats, etc.) (el *cómo*). En la práctica, lo anterior conlleva el uso de métodos técnicos (como la selección de todos los documentos que contengan determinadas palabras clave) que eliminan sustancialmente la discrecionalidad del destinatario para elegir qué documentos debe entregar, e implica la producción de numerosa documentación de menor relevancia.

Con algo más de detalle, un requerimiento de producción documental contiene típicamente los siguientes elementos. Para ilustrarlo, me referiré al requerimiento modelo del Departamento de Justicia de los Estados Unidos para investigar operaciones de concentración empresarial que este organismo publica en su página web². Así, un requerimiento de esta naturaleza:

- i. Designa como destinatario del requerimiento a una sociedad o grupo societario, y obliga al destinatario a responder respecto de todos los documentos bajo el control del destinatario.

Por ejemplo, en el caso del modelo del Departamento de Justicia, se define *Sociedad* para incluir a sus "*matrices domésticas y extranjeras, predecesoras, divisiones, filiales, entidades del grupo, asociadas y empresas en participación, y todos los administradores, directivos, empleados, agentes y representantes u otras personas que actúen o pretendan actuar en nombre o por cuenta de cualquiera de los anteriores*"³. A continuación, el modelo instruye al destinatario de que el requerimiento exige la "*producción de todos los documentos, datos y otra información en posesión, custodia o control de la Sociedad*"⁴.

² Departamento de Justicia de los Estados Unidos (2025). Nótese que este documento también exige del destinatario una serie de respuestas descriptivas (o *narratives*), pero en este artículo me centraré en los aspectos documentales.

³ *Id.*, Definition 1 ("*the Company' ... mean[s] ... its domestic and foreign parents, predecessors, divisions, subsidiaries, affiliates, partnerships, and joint ventures, and all directors, officers, employees, agents, and representatives or other persons acting or purporting to act for or on behalf of any of the foregoing*").

⁴ *Id.*, Instruction 2 ("*this Request requires the production of all responsive documents, data, and other information in the possession, custody, or control of the Company*").

- ii. Define documentos de forma amplia, para incluir, en particular, documentación digital (*electronically stored information* o ESI). Así, en el ejemplo del modelo del Departamento de Justicia, el término *documento* se define como “*toda la información escrita, impresa o almacenada electrónicamente (‘ESI’), así como cualquier archivo electrónico eliminado pero recuperable o cualquier fragmento de archivo electrónico de cualquier tipo que se encuentre en posesión, custodia o control de la empresa, incluida la información almacenada en cuentas de redes sociales como X (antes Twitter) o Facebook, chats, mensajes instantáneos, mensajes de texto, otras aplicaciones de mensajería y documentos contenidos en entornos de trabajo colaborativo y otras bases de datos de documentos. Los ‘documentos’ incluyen metadatos, fórmulas y otros datos incrustados, ocultos y bibliográficos o históricos que describen o se relacionan con cualquier documento*”⁵.

La inclusión de la documentación digital o ESI es definitoria, pues hoy en día el universo de documentos digitales —correos electrónicos, chats, archivos compartidos en servidores empresariales o plataformas colaborativas, aplicaciones de notas, etc.— comprende en la práctica millones de documentos incluso en organizaciones de tamaño menor.

- iii. Define un grupo de personas en particular (los custodios o *custodians*) cuyos archivos deben ser recopilados y procesados de forma exhaustiva⁶. Este procesamiento —que se realiza mediante herramientas *forenses* de obtención de documentos, por comparación con una recopilación *manual* de documentos— se extiende a todos los archivos físicos o digitales a disposición de dichas personas.
- iv. Establece un periodo relevante (*e. g.*, últimos doce meses) en el que debe realizarse la recopilación forense.
- v. Establece un método o criterio para seleccionar los documentos relevantes. En la práctica, como no es posible o práctico revisar millones de documentos para identificar los que se refieran a la materia objeto de la controversia o investigación, se utilizan métodos tecnológicos para realizar esa selección, principalmente mediante la búsqueda de documentos que contengan determinadas palabras clave⁷.

Por ejemplo, el modelo del Departamento de Justicia exige que las partes investigadas en relación con una concentración empresarial determinada proporcionen “*todos los documentos relacionados con cambios actuales o potenciales en la oferta, demanda, coste,*

5 *Id.*, Definition 6 (“*all written, printed, or electronically stored information (‘ESI’), and any deleted but recoverable electronic files or any electronic file fragments] of any kind in the possession, custody, or control of the Company, including information stored on social media accounts like X (formerly, Twitter) or Facebook, chats, instant messages, text messages, other Messaging Applications, and documents contained in Collaborative Work Environments and other document databases. ‘Documents’ includes metadata, formulas, and other embedded, hidden, and bibliographic or historical data describing or relating to any document*”).

6 En la práctica, la selección de los *custodians* requiere un trabajo previo de investigación y selección de las personas que más probablemente tengan acceso a los documentos relevantes que se intenta conseguir mediante el requerimiento de producción documental.

7 En la práctica estadounidense, se han desarrollado métodos de correlación estadística (conocidos como *predictive coding*, *Technology Assisted Review* o “TAR”) que sustituyen a la búsqueda por palabras clave. Sin duda, las actuales tecnologías de inteligencia artificial también podrían usarse en este contexto, aunque la dificultad radica en desarrollar un protocolo de búsqueda que sea aceptable para requerentes y requeridos.

precios o producción de cualquier Producto Relevante como resultado de la competencia"⁸. Lo relevante en una petición de este tipo es que "todos los documentos" significa, literalmente, *todos los documentos*. Una petición de este tipo no puede cumplirse mediante una selección manual de una docena de documentos relevantes por parte de los directivos de la empresa; requerirá una búsqueda automatizada en los archivos de la empresa.

En consecuencia, es necesario establecer el método tecnológico para obtener esta documentación. En el método más sencillo de las palabras clave, se deben proporcionar todos los documentos que contengan determinada combinación de palabras (por ejemplo, siguiendo con el apartado del requerimiento modelo citado anteriormente, todos los documentos que contengan las palabras *oferta*, *demanda*, etc., junto con la palabra *competencia* y el producto relevante para ese caso)⁹. En la práctica estadounidense, como se adelantaba, existen métodos aceptados por la comunidad legal más avanzados de *predictive coding* o *technology assisted review* (TAR) en los que se revisa de forma manual un conjunto de documentos relativamente pequeño para luego extrapolar mecánicamente esa selección, mediante métodos de inferencia estadística, al universo total de documentos objeto de revisión. En cualquiera de los casos, la concreción de estos métodos de selección requiere cierto grado de colaboración y negociación entre las partes, para evitar una selección final de documentos relevantes excesiva o deficiente¹⁰.

- vi. Establece un formato particular en el que deben entregarse los documentos (cuestión no menor cuando la entrega comprende decenas de miles de documentos). Dado el elevado número de documentos que serán producidos, el destinatario necesitará cargar la documentación en una herramienta que permita realizar búsquedas adicionales sobre el universo de documentos producidos.

El resultado de los anteriores elementos de un requerimiento de producción documental es que habitualmente las respuestas a requerimientos de este tipo dan como resultado la entrega de decenas o cientos de miles de documentos (si no más). Por citar un solo ejemplo, en el litigio contra Google referido a la monopolización del mercado de búsquedas en internet en Estados Unidos, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos dirigió solicitudes documentales a Google que

⁸ Departamento de Justicia de los Estados Unidos (2025: Spec. 21): "Submit all documents relating to any actual or potential changes in the supply, demand, cost, price, or output of any Relevant Product as a result of competition".

⁹ En la práctica, estas combinaciones de palabras clave se presentan con una notación de lógica "booleana", creando comandos de búsqueda que pueden tener cierta complejidad (e. g., "(oferta OR demanda OR ...) AND compet* AND [producto relevante]").

¹⁰ Véase a este respecto la Instrucción 4 del modelo del Departamento de Justicia: "Before using software or technology (including search terms, predictive coding, deduplication, or similar technologies) to identify or eliminate documents, data, or information potentially responsive to this Request, the Company must submit a written description of the method(s) used to conduct any part of its search. In addition, for any process that relies on search terms to identify or eliminate documents, the Company must submit: (a) a list of proposed terms; (b) a tally of all the terms that appear in the collection and the frequency of each term; (c) a list of stop words and operators for the platform being used; and (d) a glossary of industry and company terminology.

For any process that instead relies on predictive coding to identify or eliminate documents, you must include (x) confirmation that subject-matter experts will be reviewing the seed set and training rounds; (y) recall, precision, and confidence-level statistics (or an equivalent); and (z) a validation process that allows for Department review of statistically significant samples of documents categorized as non-responsive documents by the algorithm".

conllevaran la producción de aproximadamente cinco millones de documentos de más de cien *custodians*¹¹.

Como se anticipaba al inicio del artículo, aunque este tipo de herramienta es especialmente propia de la práctica legal estadounidense, también se da en otros contextos y jurisdicciones, como en las investigaciones de competencia de la Comisión Europea. Aunque los detalles concretos de cómo se canalizan estas peticiones no los hace públicos esta institución, lo cierto es que siguen un patrón similar al descrito anteriormente y tienen una importancia relevante en los casos más complejos, especialmente en materia de control de concentraciones¹².

3. La estructura legal de los requerimientos de producción documental y su encaje en derecho español

Una vez descrito en qué consiste un requerimiento de producción documental, debemos plantearnos en qué medida un requerimiento de esta naturaleza sería posible bajo la legislación española. En este apartado, quiero demostrar que los sistemas legales en los que este tipo de medidas es habitual no contienen una norma específica que cubra esta forma de pedir documentación, sino que solo prevén normativamente circunstancias en las que un tribunal o una autoridad administrativa pueden solicitar información. Estas normas no son sustancialmente distintas a las que tenemos en nuestro ordenamiento. Esto descarta, a mi juicio, una conclusión demasiado rápida que rechace, sin más y meramente por referencia ambigua a las diferencias entre sistemas jurídicos, que una petición de este tipo sea posible en el ordenamiento jurídico español.

3.1. La estructura normativa del *discovery* en los Estados Unidos

Comencemos por el sistema estadounidense de *discovery*, usando como ejemplos la norma procesal civil y la norma administrativa de competencia:

- i. En el *discovery* en litigios civiles, la norma procesal federal es del siguiente tenor: “*Las partes pueden obtener información [discovery] sobre cualquier asunto no privilegiado [esto es, protegido por el secreto profesional] que sea relevante para la acción o la defensa de cualquiera de las partes y proporcional a las necesidades del caso, teniendo en cuenta la importancia de las cuestiones en juego en la acción, la cuantía en litigio, el acceso relativo*

¹¹ Véase *Joint Status Report, U.S. et al. v. Google LLC*, 1:20-cv-03010-APM (D.D.C.), doc. 118, disponible en <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1429066/dl?inline>, p. 9. El Departamento de Justicia añadió que ese número era incluso moderado en comparación con otros procedimientos: “A production of this size is suitable for a case of this size and significance. See, e.g., *In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litig.*, No. 94-897, MDL 997, 1996 U.S. Dist. LEXIS 1908, at *13 (N.D. Ill. Feb. 20, 1996) (“Tens of millions of documents have been produced to the plaintiffs alone.”); *Keene Corp. v. United States*, 12 Cl. Ct. 217, 220 n.2 (1987) (noting that AT&T produced 12 million documents in a 1970s antitrust action against MCI); *In re Broiler Chicken Antitrust Litig.*, No. 16 C 8637, 2020 U.S. Dist. LEXIS 37140, at *1 (N.D. Ill. Mar. 4, 2020) (noting that with discovery ongoing, defendants had already reviewed and produced 8 million documents)”, *ibid.* (énfasis añadido).

¹² En 2018, la entonces comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, defendió la importancia de los documentos internos para las investigaciones de competencia y anunció que la Comisión Europea se encontraba preparando una guía de mejores prácticas sobre este tipo de requerimientos de documentación. Véanse OECD (2018: párr. 22) y el discurso de Margrethe Vestager titulado “Fairness and competition”, de 25 de enero de 2018, disponible aquí: <https://perma.cc/XXC2-7P7J>: “internal documents can help us make better decisions. They can help us understand the markets, and the companies’ plans for the future”). No obstante, parece que dicho proyecto fue posteriormente abandonado.

de las partes a la información pertinente, los recursos de las partes, la importancia de la información para resolver las cuestiones y si la carga o el gasto de la información propuesta supera su posible beneficio"¹³.

Como se puede observar, la norma contiene dos requisitos: relevancia y proporcionalidad, que en el fondo no son sustancialmente distintos de los criterios de pertinencia y utilidad que rigen la admisibilidad de la prueba en el proceso civil en España (es más, curiosamente es la norma estadounidense, no la española, la que tiene un criterio explícito de proporcionalidad)¹⁴. Es cierto que el ámbito del *discovery* estadounidense es más amplio, puesto que las normas federales de procedimiento civil permiten expresamente pedir información que, sin necesidad de superar el criterio de admisibilidad en juicio, razonablemente podría conducir a encontrar pruebas que sí sean admisibles en juicio (Gual Grau, 2011).

- ii. Por lo que respecta a los requerimientos de información administrativos (conocidos como *Civil Investigative Demands*), la legislación de los Estados Unidos permite al Departamento de Justicia solicitar información para investigaciones de competencia en los siguientes términos: *"Siempre que el Fiscal General [...] tenga motivos para creer que alguna persona puede estar en posesión, custodia o control de cualquier material documental, o puede tener cualquier información, relevante para una investigación civil antimonopolio [...], podrá, antes de que los Estados Unidos inicien un procedimiento civil o penal al respecto, emitir por escrito y hacer que se notifique a dicha persona una solicitud de investigación civil en la que se le exija que presente dicho material documental..."*¹⁵.

De nuevo, se puede observar que la norma simplemente introduce un requisito de relevancia (aunque no lo diga expresamente, esta facultad está también limitada jurisprudencialmente respecto de la proporcionalidad o carga que impone al destinatario¹⁶). Compárese con la norma equivalente en España: el artículo 39 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC"). Este precepto prevé que *"toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de esta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta ley. [...] Tales requerimientos de información serán proporcionados y no obligarán a los destinatarios de los mismos a admitir la comisión de una infracción de la normativa de competencia"* (énfasis

13 Fed. R. Civ. Pro. Rule 26(b)(1), trad. propia del original ("*Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable*"); los destacados son propios.

14 Artículo 283 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("LEC").

15 15 U.S.C. § 1312(a), trad. propia del original ("*Whenever the Attorney General ... has reason to believe that any person may be in possession, custody, or control of any documentary material, or may have any information, relevant to a civil antitrust investigation ..., he may, prior to the institution of a civil or criminal proceeding by the United States thereon, issue in writing, and cause to be served upon such person, a civil investigative demand requiring such person to produce such documentary material*"); los destacados son propios.

16 Según la jurisprudencia, un "CID" debe ser razonable respecto de la naturaleza, propósito y ámbito de la investigación (*Okla. Press Pub. Co. v. Walling*, 327 U.S. 186, 209 (1946)), de forma que un requerimiento no será válido cuando sea *"indebidamente oneroso o irrazonablemente amplio"* ("*unduly burdensome or unreasonably broad*", *U.S. v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632, 652).

añadido). Aunque el criterio se formule de forma distinta (relevancia frente a necesidad), resulta sencillo ver que los preceptos no presentan diferencias sustanciales.

Lo que demuestran estos ejemplos es que los tribunales y administraciones estadounidenses requieren habitualmente a litigantes e investigados que produzcan miles o incluso millones de documentos, pero que estas facultades se ejercen con normas de cobertura que no están redactadas de forma sustancialmente distinta de las españolas. Esto demuestra que cualquier diferencia no es atribuible a las normas positivas. Cristian Gual reflexionaba en estas mismas páginas, a propósito de esta cuestión, que las diferencias procedimentales *"no necesariamente emanan del tenor literal de las normas"*, puesto que *"los sistemas de resolución de disputas y, con ello, cualquier mecanismo específicamente diseñado para la resolución de disputas, dependen un poco de las normas que los configuran y casi todo lo demás de la conducta de los operadores que los ponen en práctica"* (Gual Grau, 2011: 119).

3.2. El precedente de las investigaciones de la Comisión Europea en materia de competencia

Pasamos ahora al segundo grupo de ejemplos: las investigaciones de la Comisión Europea en materia de competencia. Este grupo ya no es un caso exótico de derecho extranjero, sino que se refiere a procedimientos sujetos a derecho de la Unión Europea que es, al fin y al cabo, también el de nuestro país.

Como hemos anticipado, la Comisión Europea, al realizar investigaciones de competencia —ya sea por práctica restrictivas contrarias a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") o en materia de control de concentraciones al amparo del Reglamento n.º 139/2004— dirige de forma relativamente habitual requerimientos de información a las empresas investigadas que exigen la entrega de numerosa documentación que se encuentre en los archivos de determinadas personas (*custodians*) y que contenga determinadas palabras clave. Es importante destacar que, como sucedía en el régimen estadounidense, la Comisión no cuenta con instrumentos legislativos en esta materia que concedan específicamente una facultad de exigir producciones documentales a las empresas, sino que dichos requerimientos se envían al amparo de las disposiciones generales que simplemente permiten a la Comisión *"solicitar a las empresas y asociaciones de empresas que le faciliten toda la información que estime necesaria"*¹⁷.

Esta práctica de la Comisión es —como se anticipaba— relativamente habitual en los casos más complejos. No obstante, al ser una cuestión de naturaleza procedimental, esta práctica no suele quedar reflejada en los documentos que publica la Comisión. Por citar dos ejemplos en los que sí hay información pública al respecto, en la mediática adquisición de Monsanto por Bayer, la Comisión revisó 2,7 millones de documentos¹⁸, mientras que en el asunto *Liberty Global / Ziggo*, relativo a una concentración entre dos empresas de telecomunicaciones de los Países Bajos, la decisión

17 Artículo 18.1 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 101 y 102 del Tratado y artículo 11.1 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

18 Comisión Europea (2018).

de la Comisión menciona que las partes entregaron a la Comisión más de 200.000 documentos internos en respuesta a un requerimiento de información¹⁹.

Sin duda alguna, la Comisión Europea comenzó a pedir esta documentación por inspiración en lo que hacen sus homólogas estadounidenses, con las que coopera en determinados casos de alcance transatlántico (Levy / Karadakova, 2019: 13). Con el tiempo, la Comisión ha desarrollado cierta tendencia a dar cada vez más importancia a lo que los ejecutivos de las partes decían internamente en los correos electrónicos y demás documentos elaborados *in tempore non suspecto*, que el Tribunal de Justicia ha validado²⁰.

La Comisión Europea también cuenta con un entorno jurisprudencial favorable en lo que respecta a sus facultades de solicitud de información. Por un lado, aunque el Tribunal de Justicia ha reconocido que cualquier requerimiento debe ser proporcionado, ha indicado que *"el carácter proporcionado de una solicitud de información debe apreciarse en relación con las necesidades de la investigación, sin que el hecho de que tal solicitud exija a la empresa una importante carga de trabajo baste por sí mismo para demostrar que es desproporcionada"*²¹. Por otro lado, el Tribunal de Justicia también ha concedido un gran nivel de libertad a la Comisión para determinar qué información considera necesaria para sus investigaciones; y solo ha considerado que un requerimiento de información era excesivo en un caso que podría considerarse de verdadera "expedición de pesca" (por la expresión en inglés, *fishing expedition*), en el que se requirió a las empresas destinatarias *"la comunicación de información muy amplia y detallada sobre numerosas operaciones nacionales e internacionales relacionadas con doce Estados miembros a lo largo de un período de diez años"* con *"una motivación excesivamente sucinta, vaga y genérica y en algunos aspectos ambigua"*²².

En lo que respecta a los requerimientos de producción documental, hay dos series de recursos actualmente en curso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativos a una investigación por abuso de posición de dominio (*Facebook Marketplace*) y a una concentración (*Vivendi / Lagardère*). Ambos litigios cuestionan determinadas prácticas de la Comisión en lo que respecta a la privacidad de las personas cuyos documentos son producidos.

3.3. El caso Meta (Facebook Marketplace)²³

En el marco del procedimiento de competencia AT.40684 (*Facebook Marketplace*), la Comisión Europea dirigió a Meta diversas solicitudes de información al amparo del artículo 18 del Reglamento 1/2003. La investigación tenía por objeto examinar la vinculación del servicio Facebook Marketplace a la red social Facebook, así como el posible uso por parte de Meta de datos de competidores obtenidos a través de sus servicios de red social.

19 Decisión de la Comisión Europea de 25 de mayo de 2014, M.7000 *Liberty Global / Ziggo*, párr. 51.

20 Véase, por ejemplo, sentencia del Tribunal General de 18 de mayo de 2022, *Weland-Werke c. Comisión*, T-251/19, ECLI:EU:T:2022:296, párr. 117.

21 Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2021, *Qualcomm c. Comisión*, C-466/19 P, ECLI:EU:C:2021:76, párr. 109.

22 Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2016, *HeidelbergCement AG c. Comisión*, C-247/14 P, ECLI:EU:C:2016:149, párrs. 27 y 39.

23 Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2023, *Meta c. Comisión*, T-452/20, ECLI:EU:T:2023:277.

La decisión impugnada exigía a Meta la producción de documentos identificados mediante la aplicación de determinados términos de búsqueda a las bases de datos de cinco *custodians* específicos. Meta alegó que numerosos documentos capturados por dichos términos contenían datos personales sensibles sin relación alguna con sus actividades comerciales. Ante esta situación, la Comisión propuso un procedimiento de sala de datos virtual (*virtual data room*) para el tratamiento de los documentos sensibles.

Meta articuló tres motivos de impugnación: la infracción del artículo 18 del Reglamento 1/2003 por vulneración del principio de necesidad debido a la excesiva amplitud temporal y al carácter genérico de los términos de búsqueda; la infracción del derecho a la privacidad, al exigirse documentos con datos personales sensibles; y la insuficiencia de motivación respecto de cómo los términos de búsqueda permitían identificar documentos relevantes.

El Tribunal General desestimó íntegramente el recurso. En resumen, el Tribunal consideró que el requisito de necesidad de la información quedaba cumplido con tal de que la Comisión pudiera razonablemente suponer que la información solicitada podría ayudar a determinar si la infracción investigada tuvo lugar. Respecto de los términos de búsqueda impugnados, el Tribunal consideró que la Comisión podía razonablemente suponer que los términos —como, por ejemplo, *marketplace AND advertising o commerce AND awareness*— contribuirían a determinar la existencia de las conductas investigadas. Asimismo, rechazó el argumento basado en el elevado número de documentos identificados, afirmando que resulta inevitable que la aplicación de términos de búsqueda identifique documentos que finalmente resulten irrelevantes. También es destacable que, según el Tribunal, no era necesario que los abogados de Meta pudieran revisar previamente la relevancia de los documentos, al considerar que ello menoscabaría gravemente los poderes investigadores de la Comisión.

La sentencia evidencia una notable deferencia judicial hacia la discrecionalidad investigadora de la Comisión, lo que genera una tensión estructural entre la amplitud de los poderes de investigación y la efectividad de las garantías procesales. El criterio según el cual basta con que la Comisión "*podiera razonablemente suponer*" que la información "*puede ayudar*" a la investigación, aceptando como "*inevitable*" la captura de documentos irrelevantes, hace casi imposible que un Tribunal revise la proporcionalidad de un requerimiento de esta naturaleza.

Meta ha recurrido la sentencia del Tribunal General, y se espera que la sentencia que resuelva el recurso establezca las condiciones en las que la Comisión Europea puede utilizar este tipo de requerimientos de producción documental para investigar posibles infracciones de competencia.

3.4. El caso Vivendi / Lagardère²⁴

El caso *Vivendi/Lagardère* surge en el marco de una investigación iniciada por la Comisión Europea por la posible ejecución anticipada de una concentración económica (infracción conocida como *gun-jumping*): la adquisición de Lagardère, empresa del sector de los medios de comunicación,

²⁴ Autos de 11 de abril de 2024, dictados por el vicepresidente del TJ en los asuntos *Lagardère* (C-89/24 P(R), ECLI:EU:C:2024:312) y *Vivendi* (C-90/24 P(R), ECLI:EU:C:2024:318), y los autos de 13 de junio de 2024 dictados por el vicepresidente del TG en los asuntos *Lagardère* (T-1119/23 R-RENV, ECLI:EU:T:2024:382) y *Vivendi* (T-1097/23 R-RENV, ECLI:EU:T:2024:381).

por parte del grupo Vivendi. Esta concentración fue autorizada por la Comisión Europea en junio de 2023, sujeta al cumplimiento de determinados compromisos²⁵. Un mes más tarde, en julio de 2023, la Comisión informó a ambas partes de la apertura de una investigación por *gun-jumping*.

En este contexto, la Comisión emitió dos decisiones de requerimiento de información *ex* artículo 11.3 del Reglamento 139/2004, en virtud de las cuales solicitaba la entrega de determinados documentos que respondiesen a las palabras de búsqueda fijadas por la Comisión. El requerimiento no solo reclamaba la entrega de documentos en poder de las partes (como, por ejemplo, correos enviados desde la cuenta corporativa de los empleados), sino que se extendía a las comunicaciones almacenadas en dispositivos o medios electrónicos personales de los empleados que hubiesen sido utilizados, al menos una vez, para fines profesionales. Este último aspecto —la extensión del requerimiento a dispositivos personales— es el que concentra el debate en este asunto en los pronunciamientos cautelares que se han producido (los recursos principales de ambas empresas se encuentran todavía pendientes de resolución por el Tribunal General).

Ambas empresas impugnaron las decisiones ante el Tribunal General y solicitaron su suspensión cautelar (por razones ligeramente distintas). La alegación fundamental de Vivendi era que, en la medida en que el requerimiento de información se dirigía también a los dispositivos y medios de comunicación personales de sus empleados, la decisión afectaba el derecho a la intimidad de estos. Por su parte, la solicitud de cautelar de Lagardère se centraba en que el cumplimiento de la Decisión exponía a la empresa a un grave riesgo de responsabilidad penal o administrativa por la comisión de conductas ilícitas de vulneración de la intimidad de los trabajadores.

Merece la pena indicar que la decisión contemplaba un marco procedimental específico para la recolección y tratamiento de tres tipos de datos: (i) los datos personales de carácter sensible, (ii) los datos protegidos por el secreto profesional entre abogados y clientes, y (iii) los datos protegidos por el secreto profesional de los periodistas. No obstante, la decisión no contenía ninguna previsión en relación con los datos personales que no tuvieran el carácter de “sensible”, es decir, no establecía ningún procedimiento específico para el tratamiento de aquellos datos que, sin ser considerados sensibles, se encuentran igualmente dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad.

En primera instancia, el vicepresidente del Tribunal General desestimó la solicitud de suspensión por ausencia de riesgo de daño grave e irreparable. Sin embargo, en casación, el vicepresidente del Tribunal de Justicia anuló los autos del Tribunal General, al considerar que sí concurría el requisito *de periculum in mora*. El Tribunal de Justicia consideró que los siguientes elementos eran particularmente sugerentes de la alta probabilidad de causar un daño en la intimidad de los empleados: (i) el requerimiento se extendía a un amplio período temporal; (ii) se extendía sobre conversaciones entre personas físicas; (iii) la selección de documentos se realizaba mediante palabras clave muy amplias que incluían nombres de figuras públicas; (iv) se incluían documentos de relevancia “indirecta”; y (v) se incluían conversaciones en correos y móviles privados con la única condición de que hubieran sido empleados al menos una vez para fines profesionales. El Tribunal de Justicia concluyó que existía un grado suficientemente alto de probabilidad de que los

25 Decisión de la Comisión Europea de 31 de octubre de 2023, M.10433 *Vivendi / Lagardère*.

datos personales recogidos permitieran extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de las personas afectadas.

El Tribunal de Justicia también aceptó el argumento de Lagardère, considerando que, dada la naturaleza particularmente gravosa y el estigma asociado a la imposición de una sanción penal por la comisión de conductas ilícitas de vulneración de la intimidad de los trabajadores, este riesgo de daño debía calificarse como grave e irreparable.

Finalmente, el Tribunal General acordó la suspensión cautelar de las decisiones de la Comisión. Como medidas de mantenimiento del *statu quo*, el Tribunal intimó a las empresas para que solicitaran a los empleados afectados la adopción de medidas de conservación de documentos, mientras que la Comisión debía precintar los documentos ya facilitados que pudieran contener datos personales de los empleados. A diferencia de lo sucedido en el caso *Meta*, el Tribunal General consideró que la configuración de una sala virtual de datos no resultaba factible en esta fase, dado el elevado número de documentos implicados.

Estos pronunciamientos, aunque cautelares, tienen una clara incidencia en la práctica de la Comisión Europea, al obligarla a articular mecanismos que reduzcan el impacto de la recopilación de documentos a la intimidad personal de los empleados para que dicha afectación resulte proporcionada y conforme con el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Como se anticipaba, los recursos principales contra las decisiones de la Comisión están pendientes de resolución por el Tribunal General. En este sentido, es importante destacar que los recursos van más allá de las cuestiones relativas a la privacidad de los empleados, ya que cuestionan la propia práctica de requerir documentos de forma masiva mediante requerimientos de información (en vez de realizar inspecciones). Así, Lagardère defiende que un requerimiento de producción documental constituye un desvío de poder, por "*delega[r] ilegalmente en Lagardère SA la carga de llevar a cabo 'registros' de carácter exploratorio, sin asegurarse de su capacidad jurídica y técnica para proceder a tales registros*"²⁶. Por su parte, Vivendi ha alegado que la decisión incurre igualmente en desviación de poder, al estar fundamentada en una base jurídica incorrecta (esto es, la que permite solicitar información a las empresas). Si bien el precedente *del asunto Meta* no sugiere que el Tribunal vaya a estimar estos motivos de recurso, la resolución de estos recursos proporcionará igualmente directrices relevantes sobre las circunstancias en las que la Comisión Europea puede hacer uso de este tipo de instrumentos de investigación.

3.5. Aproximación desde el derecho español

Como hemos tenido oportunidad de ver, ni las normas estadounidenses ni las europeas que soportan este tipo de requerimientos de documentación contienen aspectos diferenciadores o concretos que den cobertura a una petición de documentos masiva. En efecto, los sistemas legales en los que este tipo de medidas es habitual no contienen una norma específica que dé cobertura a esta forma de solicitar documentación, sino que simplemente prevén normativamente circunstancias en las que un tribunal o una autoridad administrativa pueden requerir información a una

²⁶ Asunto T-1119/23, *Lagardère c. Comisión*, DOUE C/2024/1104.

parte. Por tanto, como ya se ha indicado, parece que un argumento en contra de la posibilidad de que una petición de esta naturaleza resulte admisible en el ordenamiento jurídico español no puede descansar solo en una diferencia de culturas jurídicas distintas.

Por el contrario, será necesario atender al régimen procesal y legal concreto en el que se produzca la posible petición de documentos, para considerar si una petición de producción documental está permitida por la norma, si es proporcionada y necesaria para el procedimiento concreto y, en consecuencia, si está debidamente motivada. A mi juicio, será, por tanto, ese control de legalidad y proporcionalidad lo que determine si una petición de producción documental es posible en cada contexto concreto.

Sin ser intención de este artículo considerar todas las posibles situaciones en las que podría plantearse un requerimiento de producción documental, sí merece la pena examinar brevemente la situación en el proceso civil. Con carácter general, parece poco controvertido afirmar que la exhibición documental, tal y como está planteada o es entendida comúnmente, está pensada para obtener documentación concreta que la contraparte ya posee o de cuya existencia tiene conocimiento. Este enfoque se refleja en el artículo 328.1 de la LEC, que regula el derecho de una parte a solicitar que la contraparte exhiba documentos. Aunque el precepto establece una obligación genérica de facilitar información en los procedimientos judiciales, limita el alcance de la solicitud a los documentos que no estén a disposición de la parte solicitante y que guarden relación con el objeto del procedimiento o con la eficacia de la prueba. Además, el artículo 328.2 de la LEC exige una indicación concreta del contenido del documento cuya exhibición se solicita, lo que impone un nivel de identificación difícilmente compatible con un contexto de producción documental en el que los documentos se solicitan por referencia a categorías o materias.

También conviene resaltar que, en relación con el Convenio de la Haya de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, España realizó una declaración por la que precisaba que *"España no acepta las comisiones rogatorias derivadas del procedimiento 'pre-trial discovery of documents' conocido en los países del common law"*²⁷. En el mismo sentido, el artículo 29 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, indica que *"la prueba practicada en España que haya de surtir efectos en un proceso extranjero deberá [...] practicarse conforme a la normativa procesal española"*. Aunque no sea necesariamente evidente del texto de la norma, el objetivo de esta disposición es *"impedir la utilización en España del instrumento conocido como pre-trial discovery"*²⁸. Estas objeción revela una resistencia a solicitudes probatorias que impongan elevadas cargas de trabajo a las partes requeridas.

Lo anterior lleva a concluir que, en el contexto del proceso civil español, una solicitud de exhibición documental difícilmente podrá comprender u obligar al destinatario a la producción de prueba documental en los términos en los que estamos considerando en este artículo.

27 Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970 (BOE n.º 203, de 25 de agosto de 1987, pág. 26207), declaración d).

28 Consejo de Estado (2015: Consideración Quinta P) y Consejo General del Poder Judicial (2014: 26).

No obstante, la cuestión está posiblemente más abierta en relación con las materias para las que la LEC prevé reglas especiales, como es el caso de la litigación en sede de propiedad industrial o de competencia.

En relación con la litigación en materia de competencia (y secretos empresariales²⁹), el artículo 283 bis de la LEC permite solicitar documentación de forma más amplia. Es claro que, en este contexto, la exigencia de identificación de los documentos cuya exhibición se pretende es inferior a la exigencia que existe en un caso general de exhibición de documentos. Ese era, precisamente, uno de los objetivos de la Directiva de Daños, que fue transpuesta mediante el citado artículo de la LEC³⁰. Así, la Directiva de Daños indica que el solicitante puede *"obtener la exhibición de las pruebas relevantes para fundar sus pretensiones, sin que sea necesario que especifiquen las piezas concretas de prueba"*³¹, permitiéndose la solicitud de *"categorías de pruebas"*³². Y el Tribunal de Justicia ha indicado que este mecanismo *"presupone, implícita pero necesariamente, que el coste de la exhibición de pruebas pueda, en su caso, superar significativamente el correspondiente a la mera transmisión de soportes físicos"*³³, por lo que los tribunales pueden imponer al requerido cierta labor de procesamiento de documentación.

Al mismo tiempo, el legislador europeo también se esforzó en asegurar un control de proporcionalidad estricto que evitase que este mecanismo pudiese comportar un *discovery* en el sentido estadounidense³⁴. La Directiva, por ejemplo, llama explícitamente a evitar las *"expediciones de pesca"* y considera que las peticiones genéricas de documentación no son aceptables bajo la Directiva. Por tanto, resulta clave en el diseño del sistema una supervisión judicial intensa, además de una carga de concreción importante por parte del solicitante³⁵. En ese contexto, salvo tal vez en casos particularmente complejos, en general los litigantes podrán realizar peticiones de documentación más concretas que no requieran un proceso de producción documental completo.

Por último, cabe mencionar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene normas detalladas sobre los registros de instrumentos electrónicos (artículos 588 *sexies* y ss.) y parece razonable pensar que, en un procedimiento penal, será esa la herramienta usada para acceder a los documentos digitales que obren en posesión de una empresa investigada.

En definitiva, a la vista del marco procesal español, parece que las áreas donde con mayor probabilidad podrían desarrollarse requerimientos de producción documental serían las investigaciones administrativas en determinadas materias económicas. Estos ámbitos presentan características análogas a las investigaciones de competencia de la Comisión Europea y favorecen la adopción

29 Véase el artículo 18 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales remitiéndose al art. 283 bis de la LEC.

30 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 de Daños"). Véase Comisión Europea (2008: párr. 96): *"Member States which currently apply very strict requirements in terms of specification of facts and means of evidence would have to allow for an initial alleviation of these strict requirements in antitrust damages cases"*.

31 Directiva de Daños, considerando 15.

32 *Id.*, considerando 16. Véase también art. 283 bis a).2 de la LEC.

33 Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 2022, *Paccar*, C-163/21, ECLI:EU:C:2022:863, párr. 53.

34 Conclusiones del Abogado General de 7 de abril de 2022, *Paccar*, C-163/21, ECLI:EU:C:2022:286, párr. 47.

35 Directiva de Daños, considerando 23.

de estas prácticas: por un lado, cuentan con autoridades administrativas dotadas de amplias facultades de investigación; por otro, frecuentemente implican conductas de alcance transfronterizo que exigen una coordinación con autoridades de otras jurisdicciones donde estos mecanismos ya están plenamente consolidados.

En este sentido, la globalización de las actividades económicas y la consiguiente necesidad de cooperación entre autoridades de distintas jurisdicciones podrían llevar a la importación de estas prácticas al contexto español. No obstante, cualquier desarrollo en esta dirección deberá respetar escrupulosamente los límites que impone nuestro ordenamiento, especialmente en lo que respecta al control de la proporcionalidad y a las garantías de los derechos fundamentales de las personas afectadas, que consideramos a continuación.

4. Principales limitaciones a un requerimiento de producción documental

Una vez examinada la estructura normativa que fundamentaría un requerimiento de producción documental, procede analizar las principales limitaciones y garantías que operan como contrapeso a estas facultades de investigación. Estas limitaciones no solo delimitan el alcance legítimo de los requerimientos, sino que también proporcionan a los destinatarios mecanismos de reacción frente a solicitudes excesivas o que vulneren derechos fundamentales.

En este apartado se examinarán sucesivamente el requisito de proporcionalidad, que constituye el principal límite general a cualquier requerimiento de esta naturaleza; las cuestiones relativas a la posesión y control de los documentos requeridos; las garantías derivadas del derecho de defensa, incluido el secreto profesional y el derecho a no autoincriminarse; y, finalmente, las exigencias derivadas de la normativa de protección de datos personales.

4.1. El requisito de proporcionalidad

En cualquier contexto, la principal limitación u objeción a la que se enfrentaría una petición de producción documental como las que consideramos en este artículo se referiría al cumplimiento del principio de proporcionalidad, tanto en lo que respecta a la propia selección de esta herramienta como al diseño concreto del requerimiento. Esta conclusión se desprende necesariamente del carácter invasivo y exigente que tienen este tipo de solicitudes.

Empezando por la proporcionalidad general de la medida, resulta evidente que este tipo de mecanismos solo sería justificable en determinados asuntos de gran relevancia y en los que exista una necesidad específica de identificar hechos particularmente complejos que no pueden determinarse adecuadamente mediante mecanismos menos onerosos³⁶. Esta exigencia de proporcio-

36 Por ejemplo, en los Estados Unidos, la Conferencia Sedona (organización reconocida en el sector del *e-discovery*) elabora unos principios generales que recogen que la necesidad de obtener *e-discovery* debe ponerse en relación con “*the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties’ relative access to relevant information, the parties’ resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit*” (Sedona Conference, 2017: principio 2).

nalidad debe reflejarse en la motivación del acto que apruebe el requerimiento de producción documental, que debe ser suficientemente completa para explicar las razones que lo justifican (y, en concreto, la razón para pedir una producción documental).

Por otro lado, y más allá de la proporcionalidad general de la medida, resulta también esencial que el diseño concreto del requerimiento de producción documental sea proporcionado en sus aspectos metodológicos y prácticos. Un requerimiento que, siendo legítimo en abstracto, imponga cargas excesivas o innecesarias en su configuración específica resultaría desproporcionado y, por tanto, susceptible de impugnación. Esta exigencia de proporcionalidad en el diseño se proyecta sobre múltiples elementos del requerimiento, como pueden ser la selección de *custodians*, los criterios de búsqueda, el período temporal abarcado y los plazos concedidos para la respuesta.

En este sentido, parece criticable la conclusión a la que llegó el Tribunal General en el asunto *Meta*, en el que indicaba que “*no procede efectuar una apreciación global del respeto del principio de necesidad por parte de la Comisión*” en relación con el requerimiento de producción documental que la Comisión dirigió a esta empresa³⁷. Según el Tribunal, el hecho de que las palabras de búsqueda identificadas devolvieran cientos de miles de documentos no relevantes no sería suficiente para impugnar del requerimiento de producción documental, dado que bastaría con que algunas de las palabras de búsqueda fueran suficientemente precisas o dirigidas para establecer una correlación entre la solicitud de documentación y el objeto de la investigación³⁸. *Meta* ha recurrido la sentencia ante el Tribunal de Justicia, indicando que este razonamiento es incorrecto³⁹; sin duda, parece que, llevado a sus últimas consecuencias, eliminaría completamente cualquier tipo de control. El recurso se encuentra pendiente de sentencia.

Entrando en los distintos elementos del requerimiento:

- i. En lo que respecta a la selección de *custodians*, el principio de proporcionalidad exige que se identifiquen únicamente aquellas personas cuyos archivos resulten razonablemente susceptibles de contener información relevante para la investigación o el litigio. Una selección excesivamente amplia de *custodians* no solo incrementa exponencialmente la carga para el destinatario del requerimiento, sino que también genera volúmenes de documentación que dificultan la identificación de los documentos verdaderamente relevantes. Por ello, resulta aconsejable que el requirente justifique la inclusión de cada *custodian* en función de su posición, responsabilidades o participación en los hechos investigados.
- ii. Los criterios de búsqueda constituyen otro elemento crítico en el que la proporcionalidad debe operar como principio rector. La utilización de palabras clave excesivamente genéricas o ambiguas puede ocasionar la captura de volúmenes ingentes de documentación irrelevante, imponiendo al destinatario una carga desproporcionada tanto en términos de procesamiento técnico como de revisión legal. Por el contrario, unos términos de búsqueda adecuadamente calibrados permiten identificar la documentación relevante

37 Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2023, *Meta c. Comisión*, T-452/20, ECLI:EU:T:2023:277, párr. 75.

38 *Id.*, párr. 69

39 Véase el asunto C-496/23 P.

minimizando el “ruido” documental. Alternativamente, se pueden usar los métodos más avanzados de *technology assisted review* o TAR, que permiten extrapolar a grandes grupos de documentos las decisiones sobre relevancia realizadas sobre un grupo más pequeño de documentos.

En este sentido, los principios Sedona reconocen que las partes requeridas se encuentran en la mejor posición para evaluar los procedimientos, metodologías y tecnologías apropiados para preservar y producir su propia información almacenada electrónicamente, lo que aconseja un proceso de diálogo y colaboración entre requirente y requerido para definir unos términos de búsqueda proporcionados⁴⁰.

- iii. El período temporal objeto del requerimiento debe ajustarse también al principio de proporcionalidad. Un período excesivamente amplio no solo incrementa el volumen de documentación a procesar, sino que puede ocasionar la producción de documentos que, por su antigüedad, carezcan de relevancia para los hechos investigados. La delimitación temporal debe guardar, por tanto, una relación razonable con el objeto de la investigación o el litigio, sin extenderse más allá de lo estrictamente necesario para obtener la información relevante.
- iv. Por último, el plazo concedido para dar cumplimiento al requerimiento constituye un elemento determinante de su proporcionalidad. En este sentido, el Tribunal General ha recordado que *“el examen de la adecuación del plazo fijado en una decisión por la que se solicita información reviste especial importancia. Dicho plazo debe permitir al destinatario de la decisión no solo dar una respuesta viable, sino también garantizar que la información facilitada sea completa, correcta y no induzca a error”*⁴¹. Un plazo insuficiente puede comprometer la calidad de la respuesta y vulnerar los derechos de defensa del destinatario. La determinación del plazo adecuado debe tener en cuenta, por tanto, factores como el volumen de documentación potencialmente afectada, la complejidad técnica del proceso de recopilación y la disponibilidad de recursos del destinatario.

4.2. Documentos en posesión de la empresa requerida

Otra importante limitación o defensa que podría invocar una empresa requerida se refiere a que cualquier obligación de producción de documentos debe limitarse a los documentos que se encuentren bajo su posesión o control⁴² (y, cabe añadir, a la *versión* de los documentos de los que se dispone⁴³). Esta cuestión presenta una serie de dificultades o consideraciones.

40 Sedona Conference (2017: principio 3): *“Responding parties are best situated to evaluate the procedures, methodologies, and technologies appropriate for preserving and producing their own electronically stored information”*.

41 Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2019, *Qualcomm c. Comisión Europea*, T-371/17, EU:T:2019:232, párr. 163.

42 Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2021, *Qualcomm c. Comisión*, C-466/19 P, ECLI:EU:C:2021:7, párr. 114 (*“el Tribunal General reconoció que, en principio, no se podía imponer a las empresas la obligación de facilitar a la Comisión documentos que ya no estaban en su posesión”*).

43 En el contexto de los sistemas colaborativos habituales hoy en día, existen documentos guardados en un servidor y que van variando según los usuarios realizan cambios (e. g., Google Docs, One Drive, etc.). En estos casos, la empresa solo podrá producir la versión final del documento, sin que exista copia de versiones intermedias.

En primer lugar, cabe preguntarse desde la perspectiva subjetiva en qué medida un requerimiento dirigido a una sociedad en particular puede exigir la producción de documentos que están bajo el control de otras sociedades del mismo grupo (especialmente cuando se trate de sociedades “matrices” o “hermanas” que no dependen de la sociedad destinataria). Esta cuestión ha justificado, en el contexto de las normas sobre inspecciones de competencia, una previsión específica que extiende la inspección “a matrices, filiales o empresas que formen parte del mismo grupo empresarial de las empresas inspeccionadas” (art. 40.7 LDC). En este contexto, habrá de estarse a la legislación sectorial y al texto del requerimiento en cuestión.

En segundo lugar, también presentan dudas las cuestiones relativas al acceso a documentos digitales, que pueden encontrarse en servidores de terceras empresas (proveedores de servicios tecnológicos) o fuera del territorio español⁴⁴. De nuevo, la normativa específica de competencia tiene reglas especiales para estas situaciones, al señalar que una inspección puede obtener documentación “que se encuentre alojada en sistemas, servicios informáticos o dispositivos proporcionados por terceros, sistemas y servicios de almacenamiento en la nube y toda aquella otra a la que tenga acceso la entidad inspeccionada” (art. 40.6.c.ii LDC).

En relación con el acceso a servidores situados en el extranjero, esta es una cuestión que se le planteó al Tribunal de Justicia en relación con una inspección por subvenciones extranjeras a una empresa de origen chino. De forma cautelar, el Tribunal de Justicia ha permitido a la Comisión Europea recopilar documentación almacenada en servidores situados fuera de la UE, pero accesibles desde dentro de la UE, incluso cuando la empresa alegaba que la obtención de esa documentación en China vulneraría la normativa de ese país⁴⁵.

En tercer lugar, cabe considerar la situación de los documentos en posesión de los trabajadores, y especialmente aquellos que se encuentran en dispositivos personales (como pueden ser teléfonos móviles u ordenadores portátiles personales utilizados para fines empresariales en una empresa con política de “BYOD” o *bring your own device*). El asunto *Vivendi/Lagardère*, al que nos hemos referido anteriormente, abordó esta cuestión de forma indirecta. En este caso, la Comisión Europea no pareció cuestionar que Lagardère carecía de la posesión o control de los documentos privados de sus empleados, si bien tampoco parece que precisase qué medidas pretendía que adoptase la empresa para cumplir la Decisión en caso de que algún empleado se opusiera (por ejemplo, ¿bastaba con requerir formalmente al empleado la entrega de los documentos?, ¿debía la empresa adoptar medidas disciplinarias contra el empleado que no atendiese dicho requerimiento, o resultaba además exigible que la empresa desplegara medios coercitivos para tomar control de los dispositivos personales?).

En este sentido, el Tribunal General indicó que la empresa “no podía obligar a los interesados a dar su consentimiento sin que este perdiera su carácter libre”⁴⁶, lo que parece descartar que Lagardère

44 En determinadas jurisdicciones (e. g., Francia o Suiza) se han adoptado leyes específicamente diseñadas para prohibir a las empresas que ejecuten órdenes de *discovery* en su territorio. Este tipo de normas, conocidas como *blocking statutes*, se basan en la idea de que la ejecución de una orden de este tipo es equivalente a un ejercicio ilegítimo de una función pública por parte de una empresa privada (o una autoridad extranjera), por lo que invaden el ámbito propio a la jurisdicción o autoridad de los órganos nacionales.

45 Auto del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 2025, C-720/24 P(R) *Nuctech contra Comisión*, ECLI:EU:C:2025:205.

46 Auto del vicepresidente del Tribunal General de 13 de junio de 2024, T-1119/23 R-RENV, ECLI:EU:T:2024:382, párr. 57.

estuviera obligada a obtener dicho consentimiento mediante métodos distintos a una solicitud que permitiese a los empleados responder negativamente.

4.3. Respeto a las garantías de defensa

Un requerimiento de producción documental debe respetar en todo caso los derechos procedimentales y de defensa de las partes afectadas⁴⁷. En primer lugar, cualquier requerimiento de esta naturaleza debe estar debidamente motivado, de forma que el destinatario pueda comprender el alcance y la finalidad de la solicitud, así como valorar la posibilidad de impugnarla. La motivación resulta especialmente relevante cuando el requerimiento impone cargas significativas al destinatario, como es el caso, pues permite verificar que la solicitud responde a necesidades legítimas de investigación y no constituye una mera “expedición de pesca” carente de fundamento.

En segundo lugar, el destinatario de un requerimiento de producción documental debe poder contar con asistencia letrada para revisar la documentación antes de su entrega. Esta garantía resulta esencial para que el destinatario pueda identificar adecuadamente los documentos que pudieran estar protegidos por el secreto profesional, así como aquellos que pudieran contener información especialmente sensible o que exceda el ámbito legítimo del requerimiento. La posibilidad de que exista tiempo y capacidad de revisar la documentación antes de su producción con asistencia de abogado constituye una salvaguarda fundamental del derecho de defensa, especialmente en procedimientos que puedan derivar en la imposición de sanciones.

A continuación, se hacen algunas consideraciones en relación con otras dos manifestaciones del derecho de defensa: el secreto profesional y el derecho a no inculparse.

4.4. Secreto profesional

El secreto profesional opera como un límite que legitima la retención de determinados documentos que, de otro modo, estarían comprendidos en el ámbito objetivo del requerimiento de producción documental⁴⁸. El secreto profesional constituye una garantía fundamental que permite a las empresas destinatarias de un requerimiento de producción documental excluir de la entrega aquellos documentos que reflejen comunicaciones confidenciales entre abogado y cliente. Esta protección, reconocida tanto en el ordenamiento español como en el derecho de la Unión Europea⁴⁹, se fundamenta en la necesidad de preservar la confianza inherente a la relación entre el cliente y su asesor jurídico, permitiendo que aquel pueda comunicarse con plena libertad y sin temor a que sus confidencias sean utilizadas en su contra después.

47 En el asunto *Meta*, el Tribunal General consideró que el régimen de las inspecciones en materia de competencia (y las garantías asociadas) no era aplicable a este contexto. Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2023, *Meta c. Comisión*, T-452/20, ECLI:EU:T:2023:277, párr. 105. Sin embargo, como es lógico, esto no significa que las empresas requeridas no tengan los derechos de defensa que otorga, con carácter general, el ordenamiento jurídico.

48 Aunque aquí nos centramos en el secreto profesional de los abogados, pueden existir otras razones o circunstancias que aconsejarían una protección similar de determinados documentos (piénsese en la confidencialidad médico-paciente o en la protección de las fuentes de los periodistas).

49 Véanse, entre otros, el artículo 542 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y el artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa. En relación con el derecho de la Unión Europea, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2022, C-694/20 *Orde van Vlaamse Balies*, ECLI:EU:C:2022:963.

Una cuestión particularmente controvertida en este ámbito es la extensión del secreto profesional a las comunicaciones con abogados internos o *in-house*. En la jurisprudencia de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia estableció en el asunto *Akzo Nobel* que las comunicaciones con abogados internos no gozan de la misma protección que las mantenidas con abogados externos e independientes, al considerar que el vínculo laboral con la empresa impide garantizar la independencia necesaria para el ejercicio de la función de asesoramiento jurídico⁵⁰. Esta doctrina, que ha sido objeto de críticas doctrinales significativas, contrasta con la posición adoptada en otros ordenamientos, incluido el español, donde el secreto profesional se predica de todo abogado colegiado con independencia de su régimen de prestación de servicios⁵¹. Más allá de la cuestión de los abogados internos, el secreto profesional de los abogados presenta en la práctica muchas otras dudas sobre los contornos exactos del secreto profesional que no siempre están resueltas en derecho español.

Pasando al plano más práctico, también hay que destacar que el trabajo de filtrado de documentos protegidos por secreto profesional puede ser particularmente intensivo por dos razones. En primer lugar, porque habitualmente no será suficiente con realizar un filtrado técnico⁵², sino que se requerirá un análisis individualizado de cada documento. En segundo lugar, porque se ha consolidado en la práctica internacional el uso de los llamados *privilege logs*, en los que la empresa requerida identifica los documentos que no se han entregado (o que se han “retenido”), proporcionando cierta información básica que permita al requirente entender las razones por las que el documento no se ha entregado⁵³.

Una cuestión que se plantea en relación con el secreto profesional es qué sucede si se produce una revelación inadvertida de un documento protegido por secreto profesional, lo cual no es improbable teniendo en cuenta los volúmenes de documentación de los que tratamos. En la práctica estadounidense, se prevé la posibilidad de que la empresa que entregó el documento por error pueda “recuperarlo”, de modo que no se considera que la producción del documento implique una renuncia al secreto profesional respecto de dicho documento⁵⁴. Esta solución resulta razonable, especialmente en los supuestos en los que el volumen de documentación impide una revisión exhaustiva desde la perspectiva del secreto profesional (y, por tanto, no permitir la retirada de documentos producidos de forma inadvertida sería tanto como obligar al requerido a renunciar al secreto profesional).

50 Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals c. Comisión*, C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512.

51 Véase, en particular, el artículo 39 del Estatuto General de la Abogacía Española de 2021, que reconoce el derecho de secreto profesional a todos los profesionales de la abogacía sin distinción: “La Abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena como profesional de la Abogacía de empresa en régimen de relación laboral común, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrán de respetarse la libertad, independencia y secreto profesional básicos para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad”. Esta postura no es universalmente compartida; es el caso, en particular, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (véase la resolución de la CNMC de 6 de noviembre de 2024, expediente R/AJ/125/24 RENFE).

52 Es habitual utilizar filtros mediante palabras clave, que podría incluir por ejemplo determinadas palabras (“abogad*”, “privilegiado”, etc.) o los nombres de dominio de los despachos de abogados con los que la empresa trabaje. No obstante, un mero filtrado técnico no es típicamente suficiente para alcanzar una conclusión sobre si un documento está protegido.

53 Véase, por ejemplo, OECD (2018: párr. 31): “In the privilege log, the addressee is asked to specify in table format for each document (or part of a document) for which it claims legal professional privilege the author(s) of the document, sender(s), addressee(s), date, title, general subject matter, whether legal professional privilege is claimed for the full content and under which of the categories from the existing case law on legal professional privilege it claims protection”.

54 Véase la Regla 502(d) de las Fed. Rules of Evidence: “Inadvertent Disclosure. When made in a federal proceeding or to a federal office or agency, the disclosure does not operate as a waiver in a federal or state proceeding if: (1) the disclosure is inadvertent; (2) the holder of the privilege or protection took reasonable steps to prevent disclosure; and (3) the holder promptly took reasonable steps to rectify the error”.

4.5. Derecho a no autoincriminarse

El respeto a los derechos de defensa exige que el requerimiento no vulnere el derecho a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable. Aunque este derecho presenta contornos distintos según se trate de procedimientos penales o administrativos sancionadores, constituye un límite infranqueable que impide exigir al destinatario la aportación de documentos cuya entrega equivaldría materialmente a una autoincriminación.

Este derecho, reconocido tanto en el artículo 24.2 de la Constitución española como en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, impide que una persona —física o jurídica— pueda ser compelida a aportar pruebas que contribuyan a su propia incriminación. En el ámbito del derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una jurisprudencia matizada sobre el alcance de este derecho. Por un lado, ha reconocido que el derecho a guardar silencio resulta aplicable en procedimientos que puedan dar lugar a sanciones administrativas de naturaleza penal⁵⁵. Además, el Tribunal ha precisado que, incluso cuando las sanciones no tengan naturaleza penal, el derecho a no autoincriminarse puede resultar aplicable si la información obtenida en el procedimiento administrativo pudiera posteriormente utilizarse en un proceso penal contra el investigado.

No obstante, el alcance de esta protección difiere significativamente según se trate de personas físicas o jurídicas. Respecto de las personas físicas, el Tribunal de Justicia ha establecido que gozan de una protección amplia del derecho a guardar silencio, distinguiendo expresamente esta situación de la jurisprudencia desarrollada en materia de competencia para las personas jurídicas. En cambio, para las personas jurídicas, la jurisprudencia europea en materia de competencia ha establecido una protección más limitada: si bien una empresa no puede ser obligada a proporcionar respuestas que impliquen admitir una conducta anticompetitiva ilícita, sí puede ser compelida a aportar información sobre hechos y documentos, incluso cuando estos puedan utilizarse para acreditar la existencia de una infracción.

4.6. Privacidad y protección de datos

Por último, cabe considerar en qué medida las normas sobre protección de datos son relevantes en este contexto, dado que la producción de documentos normalmente implicará el procesamiento de numerosa documentación que contiene datos personales (por ejemplo, aunque no solo, de los empleados cuyos documentos se estén produciendo).

Por tanto, para que el proceso se lleve a cabo de forma compatible con la normativa de protección de datos, el tratamiento de los datos personales debe ser legítimo y cumplir uno de los motivos establecidos en el artículo 6 del Reglamento general de protección de datos (y, además, si la información contuviera datos personales sensibles, también debería cumplir una de las condiciones del artículo 9.2 del mismo texto)⁵⁶.

55 Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de marzo de 2021, *Consob*, C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84.

56 Véase Bermejo Bosch / Rodríguez Celada / Sanz Castillo (2021: 79). Si se pretende obtener datos personales mediante el examen de los correos electrónicos corporativos de los empleados pertinentes, también debe observarse el artículo 87 de la Ley Orgánica 3/2018.

Por otro lado, para cumplir con el principio de minimización de datos, los datos personales deben ser “*adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que se divulgan*”⁵⁷. Esto aconseja la adopción de medidas desde dos perspectivas: primero, mecanismos que permitan minimizar el número de documentos que contengan información sensible que han de ser entregados y, segundo, permitir la censura de datos personales (especialmente los sensibles) en los documentos entregados.

En el asunto *Meta c. Comisión* (T-452/20), se acordó la creación de una “sala de datos” para los documentos que contenían datos personales sensibles, con garantías como el acceso limitado a un número reducido de miembros del equipo de investigación, la presencia de abogados de Meta durante el examen y la posibilidad de transmitir documentos en forma censurada eliminando información identificativa.

El Tribunal General validó estas medidas al considerar que no excedían lo necesario para alcanzar los objetivos de interés general perseguidos, que respetaban la esencia del derecho a la protección de datos y que proporcionaban garantías adecuadas y específicas para salvaguardar los derechos fundamentales de los interesados, en cumplimiento de la normativa de protección de datos⁵⁸.

5. Otras cuestiones prácticas

5.1. Obligaciones de conservación de documentos

Un corolario de la necesidad de producir documentos en masa es que, para la efectividad de la medida de investigación, parece conveniente regular qué obligaciones puede tener el destinatario de conservar la documentación y, en su caso, las consecuencias de infringir dicha obligación.

En los Estados Unidos, la obligación de preservación de documentos es de la máxima relevancia. Las empresas que se enfrentan a un litigio o investigación deben adoptar medidas para preservar documentos tan pronto como dicho procedimiento resulte “razonablemente previsible”⁵⁹, es decir, incluso antes de que se haya iniciado formalmente. En caso de incumplir esta obligación (circunstancia que se conoce como “*expolio*” o *spoliation* de pruebas), los tribunales pueden tomar inferencias adversas, imponer sanciones o incluso dictar sentencia en favor de la parte afectada⁶⁰.

En el contexto de las investigaciones europeas de competencia, no existe una norma específica que obligue a las empresas destinatarias de un requerimiento de producción documental a conservar documentación. No obstante, el Tribunal de Justicia ha indicado que las empresas tienen un deber de diligencia que les obliga a “*adoptar todas las medidas oportunas para preservar las pruebas de*

57 Art. 5.1.c) del Reglamento 2016/679.

58 Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2023, *Meta c. Comisión*, T-452/20, ECLI:EU:T:2023:277.

59 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 217 (S.D.N.Y. 2003).

60 Fed. R. Civ. Pro. Rule 37(e).

las que podían disponer razonablemente"⁶¹. Sin embargo, esta obligación general no parece ser del todo satisfactoria para la Comisión Europea, dado que en el Reglamento de la *Digital Markets Act* se introdujo la posibilidad de emitir órdenes de retención de documentos⁶². Asimismo, en el contexto de la reforma del Reglamento 1/2003 de procedimiento general para infracciones de competencia, la Comisión también ha propuesto introducir esta facultad.

En la práctica, estas obligaciones de conservación de documentos se canalizan a través de un proceso que ha de seguir la empresa requerida conocido como *legal hold* o retención legal, que tiene un aspecto formal (el envío de instrucciones a los potenciales *custodians* para que no eliminen información relevante) y un aspecto técnico (la adopción de medidas dirigidas a impedir el borrado de información en las distintas aplicaciones usadas por la empresa⁶³).

En Estados Unidos, el caso *Google Play* ilustra la importancia del *legal hold*: el Juzgado federal determinó que empleados de Google habían desactivado el historial de la aplicación de mensajería interna, lo que condujo a la destrucción de pruebas que podrían haber sido relevantes⁶⁴. El Juzgado consideró que Google tendría que haber tomado medidas para asegurar la preservación de estos documentos, por lo que permitió que los demandantes pidieran al jurado que realizaran inferencias adversas a Google respecto de lo que podría haber contenido esos documentos⁶⁵. Finalmente, Google perdió este pleito, y se ha sugerido que esta cuestión fue importante en la credibilidad que los testigos de Google tuvieron frente al jurado⁶⁶.

Bajo derecho español, no existe ninguna norma general que establezca un deber de conservación de documentos (sí existen normas sectoriales que obligan a conservar determinados documentos, como sucede por ejemplo en materia de prevención del blanqueo de capitales o mercado de valores). Asimismo, aunque en determinadas circunstancias la destrucción de pruebas puede llegar a ser un delito, estos delitos suelen referirse a documentos concretos o contextos en los que ya existe un procedimiento judicial en curso (por tanto, no serían relevantes en un contexto de procedimiento administrativo).

Merece la pena mencionar dos casos en los que, en el contexto penal, se pueden emitir órdenes de conservación de documentación electrónica. Así, el artículo. 588 *octies* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite las órdenes de conservación de datos, respecto de "*datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición*". En sentido similar, el Reglamento 2023/1543 sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación prevé, como sugiere su título, un proceso para la adopción de "*órdenes europeas de conservación*" en relación con determinada información para su uso en procedimientos penales.

61 Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2021, *Qualcomm y Qualcomm Europe c. Comisión*, C-466/19 P, ECLI:EU:C:2021:7, párr. 114. Véase, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2003, *Technische Unie c. Comisión*, T-6/00, ECLI:EU:T:2003:342, párr. 87.

62 Véase el artículo 26.1 del Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales).

63 Por ejemplo, las aplicaciones de correos suelen tener opciones que permiten al administrador de sistemas impedir el borrado de correos.

64 *In Re Google Play Store Antitrust Litig.*, 664 F.Supp. 3d 981 (N.D. Cal., 28 de marzo de 2023).

65 "Pretrial Order for *Epic and March*", *In Re Google Play Store Antitrust Litig.*, 21-md-02981-JD, documento 491 (N.D. Cal., 20 de octubre de 2023).

66 *The New York Times* (2023).

5.2. El proceso técnico

El proceso técnico de producción de documentos presenta una complejidad importante y puede conllevar una dedicación y tiempo significativos. A efectos de ilustrar qué implica este tipo de procesos, señalo a continuación brevemente los distintos pasos que han de adoptarse en este contexto:

- i. Identificación de las fuentes de documentación relevantes, para lo que en ocasiones se organizan entrevistas con cada *custodian* con objeto de entender qué tipo de dispositivos o aplicaciones utilizan.
- ii. Recopilación y carga de la documentación en una plataforma tecnológica desarrollada específicamente para este tipo de procesos (por ejemplo, Relativity, Nuix, etc.). Cada fuente de información presenta modalidades de recopilación distintas, desde el escaneo de documentos físicos hasta las dificultades propias de la extracción de información de dispositivos móviles.
- iii. Procesamiento y filtrado de la información, que comprende una serie de procesos técnicos (incluyendo la digitalización y proceso de OCR de los documentos, "deduplicación" de archivos, *threading* o consolidación de cadenas de correos electrónicos, eliminación de documentos protegidos por contraseña, indexación, filtrado de archivos del sistema, etc.).
- iv. Selección de la documentación relevante, atendiendo al método elegido (palabras clave, etc.). Es en este paso en el que la inteligencia artificial o *machine learning* podría ofrecer más ventajas, como demuestran los procesos de *technology assisted review* a los que nos hemos referido antes y que ya están plenamente establecidos en la práctica estadounidense.
- v. Producción final de documentos en el formato especificado. Este paso también requiere adoptar determinados pasos técnicos (por ejemplo, en la práctica estadounidense, es habitual proporcionar la información tanto en su versión original con los metadatos intactos como en archivos pdf foliados consecutivamente⁶⁷).

Para completar estos pasos, resulta esencial contar con un proveedor de *e-discovery*, existiendo ya en España varias empresas de este tipo implantadas (aunque su trabajo se ha centrado generalmente en investigaciones internas o *forensics*).

6. Reflexión final

La producción documental constituye ya una realidad consolidada en determinados ámbitos a nivel internacional e incluso del derecho de la Unión Europea. Como se ha expuesto, esta práctica no descansa en normas sustancialmente distintas de las españolas, por lo que su eventual desa-

67 El foliado se hace a través de los llamados *Bates numbers*, de forma que los folios producidos por la empresa "ABC" se identificarían como ABC-000001, ABC-000002, etc.

rollo en España dependerá menos de reformas legislativas que de la evolución de la práctica de los operadores jurídicos, especialmente en el ámbito de las investigaciones administrativas en materias económicas.

En caso de que esta práctica llegue a implantarse en España, resultará esencial que su desarrollo se realice de forma proporcionada, sin imponer cargas excesivas, aprovechando la práctica ya establecida a nivel internacional y estableciendo condiciones que permitan cumplir adecuadamente con límites fundamentales analizados —proporcionalidad, secreto profesional y privacidad, entre otros—, cuyo adecuado equilibrio con las necesidades de investigación constituirá el principal reto para tribunales y autoridades administrativas.

Bibliografía

BERMEJO BOSCH, Reyes; RODRÍGUEZ CELADA, Enrique; SANZ CASTILLO, Sara (2021). Spain. En J. MOTT WILLIAMS (ed.), *The e-Discovery and Information Governance Law Review*. Londres: Law Business Research (3.^a ed.).

COMISIÓN EUROPEA (2008). Staff Working Paper: White paper on Damages Actions for breach of the EC antitrust rules. SEC(2008) 4040.

COMISIÓN EUROPEA (2018). *Mergers: Commission clears Bayer's acquisition of Monsanto, subject to conditions* (21 de marzo de 2018).

CONSEJO DE ESTADO (2015). *Dictamen de 26 de marzo de 2015*.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2014). *Informe sobre la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*.

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS (2025). *Request for Additional Information and Documentary Material*, disponible en <https://www.justice.gov/atr/media/1422306/dl?inline>.

GUAL GRAU, Cristian (2011). Breves apuntes sobre el discovery. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 29, pp. 114-119.

LEVY, Nicholas; KARADAKOVA, Vassilena (2019). The EC's increasing reliance on internal documents under the EU Merger Regulation: issues and implications. *European Competition Law Review*, 39, pp. 12-23.

OECD (2018). Investigative Powers In Practice - Breakout session 2. Requests for Information: Limits and Effectiveness - Contribution from the European Commission. DAF/COMP/GF/WD(2018)74.

SEDONA CONFERENCE (2017). *The Sedona Principles, Third Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production*.

THE NEW YORK TIMES (2023). Google Loses Antitrust Court Battle With Makers of Fortnite Video Game. *The New York Times*, 11 de diciembre de 2023.

Artículos

A ISENÇÃO DE IMPOSTO DO SELO NAS OPERAÇÕES COM INTERVENÇÃO DAS INSTITUIÇÕES COMUNITÁRIAS, DO BANCO EUROPEU DE INVESTIMENTO E DO BANCO PORTUGUÊS DE FOMENTO: ÂMBITO DE APLICAÇÃO NO CASO DAS GARANTIAS

Marta Pontes, Elda Catarina Fernandes y Maria Eduarda Chiarelli
Abogadas del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Lisboa)

A isenção de Imposto do Selo nas operações com intervenção das instituições comunitárias, do Banco Europeu de Investimento e do Banco Português de Fomento: âmbito de aplicação

A isenção de Imposto do Selo nas operações com intervenção das instituições comunitárias, do Banco Europeu de Investimento e do Banco Português de Fomento: âmbito de aplicação no caso das garantias.

O presente artigo analisa o âmbito de aplicação da isenção de Imposto do Selo prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea o), do Código do Imposto do Selo, aplicável aos atos, contratos e operações em que as instituições comunitárias, o Banco Europeu de Investimento (“BEI”) e/ou o Banco Português de Fomento (“BPF”) sejam intervenientes ou destinatários.

A análise incide, em particular, sobre os pacotes de garantias constituídos no âmbito de operações de financiamento com vários mutuantes que envolvam simultaneamente estas entidades e outras instituições financeiras,

designadamente bancos comerciais, e sobre a questão de saber se a isenção de aplica integralmente a tais pacotes ou apenas de forma parcial e proporcional.

O artigo analisa os requisitos de aplicação da isenção, a sua natureza e alcance, e procede a uma análise crítica da posição da Autoridade Tributária e Aduaneira (“AT”), que tem vindo a sustentar a aplicação parcial e proporcional da isenção em pacotes de garantias de com vários beneficiários, critério de graduação casuística desprovido de fundamento legal.

À luz de uma interpretação literal, sistemática, histórica e teleológica da norma de isenção — confirmada pela decisão arbitral proferida no processo n.º 302/2024-T —, concluímos que a isenção se aplica integralmente a todos os atos, contratos e operações em que as instituições comunitárias, o BEI e/ou o BPF sejam intervenientes ou destinatários, independentemente da intensidade ou proporção das respetivas participações. A introdução, por via interpretativa, de critérios de graduação equitativa ou de análise casuística que o legislador não previu é juridicamente inadmissível.

A isenção aplica-se aos atos, contratos e operações sujeitos a Imposto do Selo em que as referidas entidades intervenham ou sejam destinatárias, independentemente da qualidade em que atuem e da existência de outros intervenientes ou beneficiários.

PALAVRAS-CHAVE:

Imposto do Selo; Banco Europeu de Investimento; Banco Português de Fomento; Isenção fiscal; Pacote de garantias; Garantias bancárias; Interpretação da lei fiscal; Benefícios fiscais; Financiamento europeu.

The Stamp Duty exemption in transactions involving European Union Institutions, the European Investment Bank and the Portuguese Development Bank: scope of application in the case of guarantees

This article analyses the scope of application of the Stamp Duty exemption set out in article 7(1)(o) of the Portuguese Stamp Duty Code. This exemption applies to acts, contracts and transactions involving Community institutions, the European Investment Bank (“EIB”) and/or the Portuguese Development Bank (“BPF”) as parties or beneficiaries. The analysis focuses on guarantee packages established within the framework of mixed with several lenders, involving simultaneously, these entities and other financial institutions, including commercial banks, and on the question of whether the exemption applies in full to such packages or only on a partial and proportional basis.

The article examines the requirements for applying the exemption, its nature and scope, and provides a critical analysis of the position of the Portuguese tax authorities. The authorities have argued that the exemption should apply partially and proportionally to guarantee packages with several beneficiaries, based on a case-by-case graduation criterion that has no legal basis.

In light of a literal, systematic, historical and teleological interpretation of the exemption provision — confirmed by the arbitral decision issued in case no. 302/2024-T — we conclude that the exemption fully applies to all acts, contracts and transactions involving EU institutions, the EIB and/or the BPF as parties or beneficiaries, regardless of the extent or proportion of their participation. Introducing equitable graduation criteria or case-by-case analysis, which are not established by law, would be legally inadmissible.

The exemption applies to acts, contracts and transactions subject to Stamp Duty in which the abovementioned entities as parties or beneficiaries, regardless of their capacity and of the existence of other parties or beneficiaries.

KEYWORDS:

Stamp Duty; European Investment Bank; Portuguese Development Bank; tax exemption; Guarantee Package; bank guarantees; tax law interpretation; tax benefits; European financing.

FECHA DE RECEPCIÓN: 20-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 25-10-2025

Pontes, Marta; Fernandes, Elda Catarina; Chiarelli, Maria Eduarda (2025). A isenção de Imposto do Selo nas operações com intervenção das instituições comunitárias, do Banco Europeu de Investimento e do Banco Português de Fomento: âmbito de aplicação. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 77-102 (ISSN: 1578-956X).

1. Breve enquadramento

O financiamento de projetos de interesse público em Portugal envolve frequentemente a participação simultânea de múltiplas instituições financeiras. Entre estas, assume particular destaque o BEI, instituição financeira da União Europeia criada pelo Tratado de Roma de 1958, cuja missão consiste em apoiar projetos que contribuam para os objetivos da União Europeia (“UE”), nomeadamente nas áreas da coesão económica e social, da inovação, do desenvolvimento sustentável e das redes transeuropeias. Mais recentemente, passou a intervir nestas operações também o BPF, instituição financeira pública portuguesa criada com a missão de apoiar o financiamento da economia nacional, em especial das pequenas e médias empresas, da inovação e da transição energética.

No contexto destas operações de financiamento misto, é comum que o BEI ou BPF conceda uma linha de crédito ao mutuário em conjunto com bancos comerciais, sendo as respetivas obrigações garantidas por um conjunto de garantias interligadas. Estas garantias encontram-se tipicamente reunidas num pacote único — com um valor máximo garantido global e sem sublimites individuais por parte financeira —, que visa assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelo mutuário perante todas as entidades financiadoras, podendo qualquer uma delas acionar a totalidade do pacote em caso de incumprimento.

A alínea o) do n.º 1 do artigo 7.º do Código do Imposto do Selo dispõe que *estão isentos de Imposto do Selo «os actos, contratos e operações em que as instituições comunitárias, o Banco Europeu de Investimentos ou o Banco Português de Fomento sejam intervenientes ou destinatários»*. Na sua redação atual, resultante da alteração introduzida pela Lei n.º 82/2023, de 29 de dezembro (“Lei do Orçamento do Estado para 2024”), a norma mantém a formulação originária no que respeita ao BEI, acrescentando-lhe o BPF. Esta isenção tem raiz europeia e antecedentes legislativos que remontam à década de 1990 — designadamente ao artigo 31.º, n.º 2 da Lei n.º 2/92, de 9 de março, e ao artigo 26.º, n.º 6 da Lei n.º 30-C/92, de 28 de dezembro, que já referiam expressamente o BEI em relação a atos, contratos e operações em que o mesmo fosse interveniente ou destinatário.

A isenção encontra igualmente fundamento no direito europeu primário: o artigo 22.º do Protocolo n.º 36, referente aos privilégios e imunidades da Comunidade Europeia, em anexo ao Tratado de Roma, determina expressamente a obrigação dos Estados-Membros de isentarem o BEI de toda e qualquer imposição fiscal. A isenção visa, assim, assegurar a neutralidade fiscal das ope-

rações destas entidades, eliminando encargos que poderiam constituir obstáculos à prossecução dos objetivos de investimento e desenvolvimento económico da UE.

A continuidade desta formulação ao longo de mais de três décadas constitui, por si só, um elemento interpretativo de relevo: demonstra a vontade inequívoca e reiterada do legislador de manter uma isenção de âmbito amplo, orientada para a eliminação integral dos encargos fiscais associados às operações em que estas entidades participem.

Não obstante a aparente clareza da norma, tem-se verificado uma divergência interpretativa quanto ao alcance desta isenção, designadamente em situações em que o BEI participa, enquanto beneficiário, pacotes de garantias conjuntamente com outras instituições financeiras. No âmbito do procedimento de reclamação graciosa que esteve na origem do processo arbitral n.º 302/2024-T, a AT, através da Direção de Serviços do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, do Imposto do Selo, do Imposto Único de Circulação e das Contribuições Especiais ("DSIMT"), sustentou que a isenção apenas poderia aplicar-se parcialmente, segundo um critério de proporcionalidade baseado na quota-parte do financiamento concedido pelo BEI — não obstante a própria DSIMT ter reconhecido expressamente que a letra da lei parecia apontar em sentido contrário.

O presente artigo visa analisar criticamente esta posição, demonstrando que a mesma não encontra suporte na letra da lei, contraria a interpretação sistemática e teleológica da norma de isenção, e cria insegurança jurídica ao introduzir critérios de graduação sem qualquer fundamento legal.

A questão não é académica: a aplicação parcial e proporcional da isenção em pacotes de garantias tem consequências patrimoniais significativas para os contribuintes e pode desincentivar a participação das instituições comunitárias, do BEI e do BPF em operações de financiamento conjunto com bancos comerciais, frustrando os objetivos de política pública que justificaram a criação desta isenção.

No nosso entendimento, a isenção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea o) do Código do Imposto do Selo deve aplicar-se integralmente aos contratos em que as instituições comunitárias, o BEI e/ou o BPF sejam intervenientes ou destinatários, independentemente da proporção do seu envolvimento financeiro ou da existência de outros intervenientes ou beneficiários das garantias prestadas.

Basta, para o efeito, que qualquer uma destas entidades figure como parte no contrato ou seja beneficiária dos seus efeitos jurídicos — não sendo admissível a introdução, por via interpretativa, de critérios de graduação ou proporcionalidade que o legislador não previu.

Esta posição foi corroborada pela decisão arbitral proferida em 1 de outubro de 2024 no processo n.º 302/2024-T, que qualificou a posição da AT como assente em "*erro manifesto nos pressupostos de direito*" e censurou a introdução de um "*critério de graduação (equitativa?) que não tem qualquer suporte legal*", determinando a anulação integral da liquidação e a devolução do imposto indevidamente pago.

2. A isenção de Imposto do Selo aplicável a operações com intervenção das instituições comunitárias, do BEI e do BPF

2.1. Enquadramento normativo e fundamento da isenção

A alínea o) do n.º 1 do artigo 7.º do Código do Imposto do Selo estabelece que são isentos do imposto *“os actos, contratos e operações em que as instituições comunitárias, o Banco Europeu de Investimentos ou o Banco Português de Fomento sejam intervenientes ou destinatários”*.

Assim, para que se aplique a isenção, exige-se que as instituições comunitárias, o BEI ou o BPF sejam, em alternativa, intervenientes ou destinatários dos atos, contratos ou operações sujeitos a Imposto do Selo.

Basta, portanto, que qualquer uma destas entidades intervenha nos atos, contratos ou operações sujeitas a Imposto do Selo, ou que seja destinatária dos respetivos efeitos jurídicos, para que a isenção opere.

A ratio legis inicial desta isenção prende-se com o estatuto especial do BEI enquanto instituição financeira da UE, dotada de privilégios e imunidades que visam assegurar a autonomia e eficácia da sua atuação. A isenção encontra fundamento no direito europeu primário — designadamente no artigo 22.º do Protocolo n.º 36 em anexo ao Tratado de Roma —, o que lhe confere uma dimensão supranacional que reforça a necessidade de uma interpretação ampla e não restritiva.

As leis antecedentes já referiam expressamente o BEI, utilizando a mesma formulação — *“atos, contratos e operações em que o mesmo seja interveniente ou destinatário”* —, demonstrando a vontade continuada do legislador de facilitar as operações do BEI através da eliminação de encargos fiscais.

A formulação transitou, sem alterações substanciais, para o Código do Imposto do Selo na reforma de 2000, e foi mantida em todas as revisões subsequentes, incluindo aquando da extensão ao BPF operada pela Lei do Orçamento do Estado para 2024, o que confirma que o legislador não pretendeu, em nenhum momento, introduzir critérios de proporcionalidade ou graduação que limitassem, o âmbito de aplicação ou o alcance da isenção em causa.

Do exposto resulta que a isenção assenta numa formulação normativa de âmbito amplo, cuja estabilidade ao longo de mais de três décadas constitui um elemento interpretativo de relevo para a determinação do seu alcance.

2.2. Âmbito de aplicação da norma de isenção

A norma de isenção assenta em três conceitos que importa densificar: (i) “atos, contratos e operações”; (ii) “*intervenientes*”; e (iii) “destinatários”.

Quanto aos **atos, contratos e operações**, a norma não estabelece qualquer limitação quanto ao tipo ou natureza dos mesmos, abrangendo designadamente contratos de financiamento, contratos de garantia, como penhores financeiros, penhores mercantis, fianças, avales e demais instrumentos utilizados no âmbito de operações de crédito, ou outras.

Relativamente à qualidade de **interveniente**, deve entender-se que as instituições comunitárias, o BEI ou o BPF assumem esta qualidade quando figuram como partes contratuais nos atos ou contratos sujeitos a Imposto do Selo.

Já a qualidade de **destinatário** verifica-se quando as referidas entidades são beneficiárias dos efeitos jurídicos dos atos ou contratos, ainda que não sejam formalmente parte nos mesmos. A título de exemplo, o BEI será beneficiário das garantias prestadas nos casos em que possa acionar tais garantias para satisfação dos seus créditos, ainda que eventualmente não seja parte do respetivo contrato.

A expressão *intervenientes* seria redundante caso a isenção dependesse sempre e exclusivamente de as instituições comunitárias, o BEI ou o BPF se constituírem como beneficiários dos efeitos jurídicos dos atos ou contratos.

Ora, nos termos do artigo 9.º, n.º 3, do CC, o intérprete deve presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados. Conforme concluiu o Tribunal Arbitral na decisão proferida no processo n.º 302/2024-T, *basta que o BEI intervenha nos atos, contratos ou operações sujeitas a Imposto do Selo para que a isenção opere — caso contrário, a expressão “intervenientes” nada acrescentaria à norma.*

Pelo exposto, basta que as instituições comunitárias, o BEI ou o BPF figurem como partes no contrato ou sejam beneficiários dos seus efeitos jurídicos para que a isenção opere, sem que a lei exija qualquer requisito adicional de exclusividade, proporcionalidade ou intensidade de participação.

2.2.1. A INSERÇÃO SISTEMÁTICA DA ISENÇÃO: ISENÇÕES SUBJETIVAS E ISENÇÕES OBJETIVAS

A correta compreensão do alcance da isenção exige que se atenda à sua inserção sistemática no quadro das isenções de Imposto do Selo.

O Código do Imposto do Selo distingue entre isenções subjetivas, previstas no artigo 6.º, e outras isenções, previstas no artigo 7.º.

As isenções subjetivas do artigo 6.º operam em função da pessoa do sujeito passivo, isentando determinadas entidades do pagamento do imposto cujo encargo sobre elas recairia.

As isenções do artigo 7.º, por seu turno, operam em função de características objetivas dos atos, contratos ou operações, embora possam conter elementos subjetivos na delimitação do seu âmbito de aplicação.

A isenção em análise no presente artigo encontra-se prevista no artigo 7.º e não no artigo 6.º do Código do Imposto do Selo.

Esta opção legislativa é significativa: se o legislador tivesse pretendido limitar a isenção aos casos em que o encargo do imposto recaísse sobre as instituições comunitárias, o BEI ou o BPF, teria incluído a isenção no artigo 6.º, que se refere às isenções subjetivas.

Ao consagrar a isenção no artigo 7.º, o legislador optou por uma formulação mais ampla, abrangendo quaisquer atos e contratos em que aquelas entidades sejam partes intervenientes, independentemente da parte sobre quem recaia o encargo do imposto¹.

A própria AT reconheceu, na decisão de indeferimento parcial da reclamação graciosa que esteve na origem do processo arbitral n.º 302/2024-T, que a isenção opera "*independentemente de quem seja o titular do seu encargo*", o que confirma que a inserção da norma no artigo 7.º e não no artigo 6.º do Código do Imposto do Selo tem consequências interpretativas determinantes: a isenção não é subjetiva no sentido de apenas beneficiar as entidades sobre quem recai o encargo do imposto, mas objetiva no sentido de abranger todos os atos e contratos em que aquelas entidades participem.

Esta inserção sistemática reforça a conclusão de que a isenção opera em função da presença das referidas entidades no ato ou contrato, e não em função da proporção do benefício que estas instituições retiram do mesmo.

2.3. Natureza da isenção: automática e não sujeita a reconhecimento

A isenção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea o) do Código do Imposto do Selo tem natureza de benefício fiscal de aplicação automática, não dependendo de qualquer ato de reconhecimento ou autorização prévia por parte da AT. Tratando-se de um benefício fiscal automático, basta que se mostrem verificados os pressupostos expressamente previstos na norma para que a isenção opere de pleno direito, sem necessidade de requerimento, despacho ou qualquer outra formalidade administrativa.

Esta automaticidade tem consequências determinantes tanto para o contribuinte como para a AT.

1 Conforme sublinham Jorge Belchior Laires e Rui Pedro Martins: "*esta isenção transitou da anterior Tabela para o CIS na reforma de 2000, concretizando a vontade do legislador em manter isentas de Imposto do Selo quaisquer operações em que as instituições comunitárias e/ou o BEI intervenham ou sejam destinatários, independentemente de o encargo do imposto ser daquelas entidades ou de outros intervenientes na operação. Esta conclusão parece-nos inequívoca, dado que a isenção está consagrada no artigo 7.º sob a epígrafe "outras isenções" e não na norma das isenções subjetivas consagrada no artigo 6.º, o que teria sido adequado do ponto de vista legislativo caso a intenção fosse isentar apenas as instituições comunitárias e o BEI*" – Cf, dos autores, *Imposto do Selo, Operações Financeiras e de Garantia*, Editora Almedina, 1.ª Edição, 2019, p. 233.

Do lado do contribuinte, significa que a isenção deve ser considerada no momento da liquidação do imposto, sem necessidade de qualquer pedido prévio.

Do lado da AT, significa que o seu poder nesta matéria é estritamente vinculado: verificados os pressupostos legais, a isenção deve ser aplicada, não dispondo a AT de qualquer margem de discricionariedade para a recusar ou graduar.

Note-se que o carácter vinculado do poder da AT nesta matéria foi expressamente reconhecido pelo Tribunal Arbitral na decisão proferida no processo n.º 302/2024-T, que concluiu que *"a alínea o) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS não admite uma leitura que legitime a adoção de um critério de ponderação criado ad hoc pela AT com base numa análise casuística baseada em alegados elementos de justiça"*.

O mesmo Tribunal censurou a tentativa da AT de transformar um benefício fiscal de aplicação automática num benefício sujeito a apreciação casuística.

Este entendimento é coerente com a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo ("STA"), que, em matéria de isenções de aplicação automática, tem reiteradamente afirmado que a AT não dispõe de qualquer margem de discricionariedade na concessão ou recusa da isenção — bastando a verificação objetiva dos pressupostos legais para que a mesma opere.

A automaticidade da isenção tem ainda consequências relevantes em sede de responsabilidade da AT. Quando a AT, confrontada com um pedido de aplicação da isenção, o indefere total ou parcialmente, o erro do substituto tributário que procedeu à liquidação passa a ser um erro imputável aos serviços da AT para efeitos do artigo 43.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária, com as consequências legais daí decorrentes.

Neste caso, o contribuinte tem direito ao reembolso integral do imposto indevidamente pago, nos termos gerais da lei, acrescido de juros indemnizatórios calculados desde a data de indeferimento (total ou parcial) da reclamação graciosa até ao processamento da nota de crédito. Esta foi, aliás, a solução adotada pelo Tribunal Arbitral no processo n.º 302/2024-T, que condenou a AT a reembolsar o imposto indevidamente liquidado, acrescido de juros indemnizatório.

Conclui-se, assim, que a natureza automática da isenção implica que, verificados os dois pressupostos legais — a sujeição a Imposto do Selo e a qualidade de interveniente ou destinatário das instituições comunitárias, do BEI ou do BPF —, a isenção opera *ope legis*, sem margem de discricionariedade ou graduação por parte da AT, cuja atuação nesta matéria é estritamente vinculada.

2.4. A evolução legislativa: o alargamento da isenção ao Banco Português de Fomento

O quadro normativo da isenção de Imposto do Selo aplicável a instituições financeiras de interesse público sofreu uma evolução significativa com a alteração introduzida pela Lei do Orçamento do Estado para 2024 (Lei n.º 82/2023, de 29 de dezembro), que alargou o âmbito subjetivo da isenção a uma nova categoria de beneficiários: o BPF, instituição financeira pública criada com a

missão de apoiar o financiamento da economia portuguesa, em especial das pequenas e médias empresas, da inovação e da transição energética.

Este alargamento traduz uma clara opção de política legislativa no sentido de conferir ao BPF um tratamento fiscal equiparado ao das instituições comunitárias e do BEI, reconhecendo-lhe um estatuto fiscal privilegiado justificado pelas funções de interesse público que desempenha no financiamento da economia nacional.

A *ratio legis* subjacente à isenção aplicável aos contratos com intervenção do BPF é essencialmente a mesma que fundamenta a isenção do BEI: eliminar obstáculos fiscais que possam dificultar ou encarecer o financiamento de projetos de interesse económico e social. Enquanto o BEI prossegue objetivos de desenvolvimento económico à escala europeia, o BPF desempenha uma missão equivalente à escala nacional, atuando como instrumento de política económica do Estado português para apoiar o investimento, a inovação e a competitividade das empresas. Em ambos os casos, a isenção visa assegurar que a participação destas entidades em operações de financiamento não seja onerada por encargos fiscais que reduzam a eficácia da sua intervenção ou desincentivem a sua participação.

A extensão da isenção às operações de garantias que tenham o BPF como interveniente ou destinatário assume particular relevância nas operações de financiamento de grande dimensão que envolvem simultaneamente o BEI ou o BPF e bancos comerciais — operações cada vez mais frequentes no financiamento de infraestruturas, de projetos de transição energética e de iniciativas de inovação tecnológica. Nestas operações, é comum que as obrigações do mutuário perante todas as partes financeiras sejam garantidas por um pacote único de garantias, constituído a favor de todas elas em conjunto.

Neste contexto, sempre que o BEI ou o BPF sejam intervenientes ou destinatários num contrato de garantias, a isenção deve aplicar-se à totalidade do pacote. Defender que a isenção de Imposto do Selo apenas se aplica à parte do valor máximo garantido pelo pacote de garantias correspondente à proporção do valor de financiamento concedido pelo BEI ou BPF não encontra qualquer suporte na letra da lei e contraria a finalidade da isenção, que visa precisamente eliminar, de forma plena e automática, os encargos fiscais associados às operações em que estas entidades participem.

3. Pacotes de garantias em operações de financiamento sindicado

3.1. Estrutura típica das operações

Em operações de financiamento sindicado, é comum que o BEI ou o BPF conceda uma linha de crédito ao mutuário em conjunto com bancos comerciais, sendo que, para viabilizar a conclusão do projeto, o mutuário necessita frequentemente de recorrer a múltiplas fontes de financiamento em simultâneo.

Nestas operações, é celebrado um contrato de garantias — *tipicamente designado por Security Agreement* — no qual é acordada a criação de um conjunto de garantias a favor de todas as partes financeiras, incluindo o BEI ou o BPF e os bancos comerciais.

As garantias assim criadas encontram-se interligadas entre si, constituindo um pacote único, cujo valor máximo garantido é calculado tendo como ponto de partida os montantes devidos a todas as partes financeiras.

Tipicamente, o contrato de garantias estipula expressamente que as garantias constituídas estão interligadas umas com as outras como um único pacote e que os montantes recuperáveis em consequência da sua execução ficam sujeitos a um montante máximo garantido global. Este valor máximo garantido é único e aproveita de igual forma a cada uma das partes financeiras, não existindo qualquer sublimite individual aplicável a cada uma delas.

O pacote de garantias pode incluir instrumentos de diversa natureza, designadamente penhores financeiros sobre ações ou sobre contas bancárias, penhores mercantis sobre quotas, avales, procurações irrevogáveis e outras garantias reais e pessoais.

Em caso de incumprimento pelo mutuário perante qualquer uma das partes financeiras, a parte financeira afetada — incluindo, designadamente, o BEI e o BPF — poderá acionar o pacote de garantias para satisfação do crédito que então detiver, tendo como limite o valor máximo garantido global.

Esta configuração contratual — pacote único, interligado e indivisível, com valor máximo garantido global e sem sublimites individuais por parte financeira — é determinante para a análise do âmbito de aplicação da isenção de Imposto do Selo supra referida.

3.2. Função económica e jurídica do pacote de garantias

A figura do financiamento sindicado, com a constituição de um pacote único de garantias prossegue diversas finalidades, tanto de natureza económica como jurídica, que importa identificar.

- i. *Partilha de risco*: permite às diversas partes financeiras repartirem entre si o risco de crédito associado à operação, aumentando a capacidade de financiamento disponível para o mutuário e tornando viáveis projetos que, de outro modo, não encontrariam financiamento suficiente;
- ii. *Eficiência operacional*: elimina a necessidade de constituição de garantias separadas para cada financiador, reduzindo os custos de transação e simplificando a gestão das garantias ao longo da vida da operação;
- iii. *Otimização de garantias*: permite maximizar o valor das garantias disponíveis, evitando duplicações e conflitos de prioridade entre credores concorrentes;

- iv. *Facilitação da sindicaco*: torna mais fácil a entrada ou saída de financiadores ao longo da vida da operao, uma vez que as garantias são constituídas a favor de todas as partes financeiras em conjunto.

Do ponto de vista jurídico, o pacote de garantias constitui uma universalidade de facto — um conjunto de garantias interligadas e funcionalmente interdependentes que não podem ser cindidas ou tratadas isoladamente sem desvirtuar a sua funo económica e a vontade das partes.

A caracterizao jurídica do pacote de garantias , por isso, decisiva para a determinao do mbito de aplicao da iseno.

A AT, no contexto do processo arbitral n.º 302/2024-T, sustentou que, não obstante a existência de um contrato único, seria possível identificar "*feixes de obrigaes/garantias individualizados*", autonomizando as garantias constituídas a favor do BEI das garantias constituídas a favor dos bancos comerciais.

No entanto, esta tese da AT não resiste a uma análise jurídica rigorosa, por múltiplas razões.

Em primeiro lugar, a unidade do pacote de garantias resulta da própria vontade das partes, expressa no clausulado contratual.

Quando as partes estipulam que as garantias estão "*interligadas umas com as outras e com as garantias concedidas nos termos do Contrato de Garantias como um único pacote de garantias*", estão a manifestar inequivocamente a sua vontade de constituir uma universalidade de facto, um conjunto unitário e indivsvel de garantias que não pode ser artificialmente cindido.

Em segundo lugar, a existência de um valor máximo garantido único, sem sublimites individuais por parte financeira, confirma a natureza unitária do pacote de garantias. Se as garantias fossem autnomas e individualizáveis, cada parte financeira disporia de um limite máximo de garantia próprio — o que não sucede neste tipo de operaes.

Em terceiro lugar, a possibilidade de qualquer parte financeira acionar a totalidade do pacote de garantias para satisfao dos seus créditos — e não apenas uma frao proporcional  sua quota de financiamento — demonstra que as garantias não são compartimentveis. Conforme resulta tipicamente do clausulado destes contratos, a cada parte financeira  assegurado o benefício total das garantias criadas, podendo cada uma delas exercer completa e livremente os seus direitos e poderes conferidos pelo contrato.

Em quarto lugar, a interligao funcional das garantias manifesta-se no próprio mecanismo de execuo: em caso de incumprimento, as partes financeiras podem executar a totalidade ou parte das garantias concedidas, sendo o produto da execuo distribuído entre elas em proporo  respetiva exposio. Este mecanismo de distribuo proporcional do produto da execuo não transforma as garantias em garantias individuais — antes confirma a sua natureza unitária, na medida em que  o produto da execuo que  repartido, e não as próprias garantias.

O Tribunal Arbitral, na decisão proferida no processo n.º 302/2024-T — que constitui, tanto quanto é do conhecimento das autoras, o primeiro precedente jurisprudencial sobre esta matéria —, acolheu expressamente esta caracterização, concluindo que *“as garantias encontram-se (...) genética e funcionalmente ligadas”* e que, *“em caso de incumprimento pela Requerente face a qualquer uma das “Partes Financeiras”, a Parte Financeira afetada (incluindo o BEI) poderá acionar o “Pacote de Garantias”, para satisfazer o valor do crédito que então tiver, tendo como limite máximo garantido» o valor total do pacote.* A tentativa da AT de autonomizar o valor das garantias constituídas a favor do BEI do valor das garantias constituídas a favor dos bancos comerciais constitui, assim, uma desconsideração da vontade das partes e da estrutura jurídica do contrato, sem fundamento no clausulado contratual nem nos princípios gerais do Direito das Obrigações.

4. A posição da AT: aplicação parcial e proporcional da isenção de Imposto do Selo

4.1. Argumentação da AT

A AT, através da DSIMT, reconheceu expressamente que, nos casos em que o BEI figura como interveniente e como destinatário num contrato de garantias, a isenção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea o) do Código do Imposto do Selo tem aplicação.

Não obstante, sustentou que, num pacote de garantias com vários intervenientes e beneficiários — incluindo o BEI —, a isenção apenas poderia aplicar-se parcialmente, com o fundamento de que o BEI seria beneficiário de apenas parte das garantias constituídas, devendo a isenção operar exclusivamente quanto às garantias constituídas individual e exclusivamente a seu favor.

Significativamente, a própria AT reconheceu que *“a letra da lei ao estabelecer que beneficiam da isenção “os contratos em que o BEI seja interveniente” parece apontar para que a isenção proteja da tributação todas as garantias”*, tendo, porém, afastado esta leitura com base em alegadas *“razões de coerência”*.

Segundo o entendimento da AT adotado naqueles autos, tais razões de coerência justificam-se iam pelo facto de, num pacote de garantias, o BEI ser beneficiário de apenas parte das garantias constituídas, sendo que só sobre estas, enquanto interveniente no contrato, poderia fazer valer os seus direitos em caso de incumprimento.

Acresce que, na posição restritiva adotada pela AT, não teria sido intenção do legislador estender a isenção às garantias que em nada beneficiam o BEI, mas tão-somente às que lhe aproveitam diretamente, invocando-se que os benefícios fiscais, enquanto exceções à tributação, devem ser aplicados com especial rigor.

Em suma, a posição da AT assenta na introdução de um critério de proporcionalidade desprovido de fundamento legal, que a própria AT reconhece ser contrariado pela letra da lei, procurando justificá-lo com base em alegadas razões de coerência que, conforme se demonstrará, não resistem a uma análise jurídica rigorosa.

4.2. O argumento do “efeito de contágio” e a sua refutação

Um dos argumentos centrais da AT para justificar a aplicação parcial da isenção consiste na invocação de um alegado “efeito de contágio” que, no seu entendimento, seria inadmissível.

Segundo a AT, reconhecer que a isenção se aplica integralmente a um pacote de garantias pelo simples facto de o BEI nele figurar como interveniente equivaleria a permitir que garantias que “em nada beneficiam o BEI” ficassem indevidamente subtraídas à tributação por mero efeito da presença do BEI no contrato.

Este argumento padece de múltiplas fragilidades.

Em primeiro lugar, assenta numa premissa factualmente incorreta: a de que existiriam, no pacote de garantias, garantias que “em nada beneficiam o BEI”. Conforme demonstrado *supra*, num pacote de garantias unitário e indivisível, todas as garantias aproveitam a todas as partes financeiras, incluindo o BEI, até ao valor máximo garantido global. Não existem garantias constituídas “individualmente e exclusivamente” a favor de uma parte financeira em detrimento das demais.

Em segundo lugar, o argumento do “efeito de contágio” inverte a lógica da norma de isenção. Não se trata de um contágio — expressão que sugere uma extensão indevida ou patológica da isenção —, mas sim da aplicação direta e natural da norma tal como foi redigida e pensada pelo legislador.

O legislador estabeleceu que os atos, contratos e operações em que as instituições comunitárias, BEI e BPF sejam intervenientes ou destinatários estão isentos de Imposto do Selo.

Se o BEI é interveniente num contrato de garantias, esse contrato está isento — não por contágio, mas por determinação expressa da lei.

Em terceiro lugar, o argumento da AT conduz a resultados absurdos e contraditórios. Se a isenção apenas se aplicasse à “parte” do contrato que beneficia o BEI, seria necessário determinar, em cada caso concreto, qual é essa “parte” — tarefa que, num pacote de garantias unitário e indivisível, se revela juridicamente impossível sem desvirtuar a natureza do contrato. A AT, no contexto do procedimento de reclamação graciosa que culminou no processo n.º 302/2024-T, procurou resolver esta impossibilidade recorrendo a um critério de proporcionalidade baseado no valor do financiamento concedido pelo BEI. Sucede que este critério carece de qualquer fundamento legal e assenta numa ficção jurídica: a de que o pacote de garantias pode ser cindido em “partes” proporcionais ao financiamento de cada parte financeira, quando o contrato expressamente estipula o contrário.

Em quarto lugar, o argumento do efeito de contágio ignora que a norma de isenção utiliza dois critérios alternativos — “interveniente” ou “destinatário” — e que basta a verificação de um deles para que a isenção opere. Se o BEI é interveniente no contrato, a isenção aplica-se independentemente de o BEI ser ou não beneficiário das garantias. A AT, ao condicionar a isenção à proporção do benefício do BEI, está a esvaziar de conteúdo útil o critério de “interveniente”, reduzindo-o ao critério de “destinatário” — o que contraria frontalmente a letra e o espírito da lei.

Conforme assinalou o Tribunal Arbitral na decisão proferida no processo n.º 302/2024-T, a AT *"entende, ou sugere, que só há isenção quando o BEI seja beneficiário ou único interveniente — o que não tem correspondência com o estatuído na norma"*. E acrescentou, de forma particularmente incisiva, que a AT *"introduz um critério de graduação (equitativa?) que não tem qualquer suporte legal"*, concluindo que *"a alínea o) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS não admite uma leitura que legitime a adoção de um critério de ponderação criado ad hoc pela AT com base numa análise casuística baseada em alegados elementos de justiça"*.

Em suma, o argumento do efeito de contágio invocado pela AT padece de quatro fragilidades estruturais: assenta numa premissa factualmente incorreta quanto à autonomia das garantias; inverte a lógica da norma de isenção; conduz a resultados absurdos e juridicamente impossíveis; e esvazia de conteúdo útil o critério de interveniente, reduzindo-o ao de destinatário. A jurisprudência arbitral censurou inequivocamente este argumento, qualificando o critério de graduação proporcional como desprovido de qualquer suporte legal.

5. A interpretação da norma de isenção à luz dos elementos literal, sistemático, histórico e teleológico

A interpretação do artigo 7.º, n.º 1, alínea o) do Código do Imposto do Selo deve obedecer aos cânones hermenêuticos consagrados no artigo 9.º do Código Civil ("CC") — aplicáveis às normas tributárias por força do artigo 11.º da Lei Geral Tributária ("LGT") —, conjugando os elementos literal, sistemático, histórico e teleológico.

O artigo 11.º da LGT é inequívoco: a interpretação das normas fiscais obedece às regras e princípios gerais de interpretação e aplicação das leis, sem qualquer reserva quanto a normas de benefícios fiscais.

Por sua vez, o artigo 9.º do CC determina que a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, devendo reconstituir-se o pensamento legislativo a partir dos textos, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

A conjugação destes elementos permite demonstrar que a interpretação sustentada emerge da convergência de múltiplos critérios hermenêuticos, todos apontando no mesmo sentido.

5.1. Elemento literal

O elemento literal constitui o ponto de partida incontornável de qualquer exercício hermenêutico. Nos termos do artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, do CC, a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas é a partir dela que se reconstrói o pensamento legislativo, não podendo ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso. Importa, por conseguinte, analisar a formulação adotada pelo legislador no artigo 7.º, n.º 1, alínea o) do Código do Imposto do Selo.

A isenção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea o) do Código do Imposto do Selo é formulada em função do sujeito, abrangendo os atos, contratos e operações em que as instituições comunitárias, o BEI ou o BPF sejam intervenientes ou destinatários. A norma consagra, assim, dois critérios alternativos de conexão subjetiva — a qualidade de interveniente e a qualidade de destinatário —, bastando que as referidas entidades atuem numa ou noutra qualidade, ou em ambas, para que a isenção opere.

A utilização da conjunção disjuntiva *ou* entre os termos *intervenientes* e *destinatários* é determinante: a norma não exige, como pressuposto cumulativo da isenção, que as instituições comunitárias, o BEI ou o BPF sejam simultaneamente intervenientes e destinatários dos efeitos jurídicos dos atos, contratos ou operações em causa. Basta que estas entidades intervenham nos atos, contratos ou operações sujeitas a Imposto do Selo — ainda que não sejam beneficiárias diretas dos seus efeitos jurídicos — para que a isenção opere. Inversamente, basta que sejam destinatárias dos efeitos jurídicos de tais atos ou contratos — ainda que neles não figurem formalmente como partes — para que a isenção igualmente se aplique.

Esta alternatividade não é acidental nem despicienda. Se a isenção dependesse sempre e exclusivamente de as referidas entidades se constituírem como beneficiárias dos efeitos jurídicos dos atos ou contratos, a expressão *intervenientes* ficaria destituída de conteúdo útil, reduzindo-se a uma redundância normativa inadmissível. Ora, nos termos do artigo 9.º, n.º 3, do CC, na 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. Esta presunção de racionalidade do legislador impõe que se atribua à expressão *intervenientes* um conteúdo autónomo e distinto do de *destinatários*, o que só se alcança reconhecendo que a mera qualidade de parte no contrato é, por si só, suficiente para desencadear a isenção.

Este entendimento foi expressamente acolhido pelo Tribunal Arbitral na decisão proferida no processo n.º 302/2024-T, que concluiu que "*não é único pressuposto da isenção o BEI ser destinatário dos efeitos jurídicos desses mesmos atos, contratos, ou operações, surgindo no caso presente como beneficiário de todas as garantias, bastando que este intervenha nos atos, contratos ou operações sujeitas a imposto do selo*". E acrescentou que, "*caso contrário, a expressão «intervenientes» nada acrescentaria à norma, já que a isenção dependeria sempre e só do BEI se constituir como beneficiário dos efeitos jurídicos desses mesmos atos ou contratos*". A fundamentação do Tribunal Arbitral confirma, assim, que a interpretação literal da norma impõe a atribuição de conteúdo útil a ambos os critérios de conexão subjetiva.

Ora, se o legislador se bastou com a mera qualidade de interveniente das instituições comunitárias, do BEI ou do BPF num contrato para que o mesmo fique isento de Imposto do Selo — sem exigir sequer que sejam destinatários ou beneficiários dos seus efeitos —, carece de qualquer sentido lógico ou jurídico admitir que a isenção se aplique apenas à fração do contrato que tenha como destinatário ou beneficiário exclusivo qualquer uma dessas entidades. Se o legislador pretendesse limitar a isenção à proporção do envolvimento destas entidades ou aos atos em que fossem os únicos beneficiários, tê-lo-ia feito através de uma redação diferente — como, por exemplo, "*a parte dos contratos correspondente ao BEI*" ou "*os atos em que o BEI seja o único beneficiário*". A ausência deliberada de qualquer limitação desta natureza reforça, de forma decisiva, a interpre-

tação segundo a qual a isenção opera sobre a totalidade do ato, contrato ou operação em que as referidas entidades participem.

Aceitar a leitura restritiva propugnada pela AT equivaleria a negar a aplicação da isenção aos contratos em que as instituições comunitárias, o BEI ou o BPF figurem como intervenientes sem serem simultaneamente destinatários — resultado que contraria de forma manifesta a letra e o espírito da lei. Deve, assim, entender-se que a leitura que reconhece a isenção integral é a mais conforme à formulação normativa, devendo presumir-se que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (artigo 9.º, n.ºs 2 e 3, do CC). O elemento literal aponta, por conseguinte, de forma clara e inequívoca, para que a isenção opere em função da mera presença das instituições comunitárias, do BEI ou do BPF no ato ou contrato, sem qualquer graduação proporcional.

5.2. Elemento sistemático

O elemento sistemático impõe que a interpretação de cada norma se faça à luz da sua inserção no ordenamento jurídico, atendendo à unidade do sistema jurídico a que se refere o artigo 9.º, n.º 1, do CC. Não se trata de interpretar a norma isoladamente, como se de uma ilha normativa se tratasse, mas de a compreender no contexto do diploma em que se insere e das demais normas com que se articula, assegurando a coerência e a harmonia do sistema.

No caso vertente, a inserção sistemática da isenção no quadro das isenções de Imposto do Selo — e, mais amplamente, no quadro do direito europeu primário — constitui um elemento interpretativo determinante.

A primeira dimensão sistemática relevante prende-se com a distinção entre as isenções subjetivas previstas no artigo 6.º e as demais isenções previstas no artigo 7.º do Código do Imposto do Selo.

A inclusão da isenção no artigo 7.º — e não no artigo 6.º — traduz uma opção legislativa deliberada: o legislador não pretendeu limitar a isenção aos casos em que o encargo do imposto recaísse sobre as instituições comunitárias, o BEI ou o BPF, mas abranger quaisquer atos e contratos em que aquelas entidades sejam partes intervenientes, independentemente da parte sobre quem recaia o encargo do imposto.

A inserção da isenção neste conjunto sistemático reforça a interpretação de que o que releva é a qualidade do sujeito e a sua intervenção no ato ou contrato, e não a medida, intensidade ou proporção dessa intervenção.

Nenhuma das demais isenções previstas no artigo 7.º é aplicada de forma proporcional ou graduada — são isenções totais que abrangem a integralidade dos atos ou contratos em que as entidades beneficiárias intervenham.

A segunda dimensão sistemática relevante prende-se com a articulação da norma de isenção com o direito europeu primário.

O artigo 22.º do Protocolo n.º 36, em anexo ao Tratado de Roma, determina expressamente a obrigação dos Estados-Membros de isentarem o BEI de toda e qualquer imposição fiscal.

Esta obrigação de isenção, de fonte supranacional, não admite graduações nem proporcionalidades: os Estados-Membros da UE estão obrigados a assegurar a isenção plena, e não uma isenção parcial ou proporcional ao envolvimento do BEI na operação.

A norma interna de isenção deve, por conseguinte, ser interpretada em conformidade com esta obrigação europeia, o que exclui liminarmente qualquer leitura que conduza a uma aplicação meramente parcial ou proporcional. Não existe, assim, qualquer fundamento de natureza sistemática para aplicar à isenção das instituições comunitárias, do BEI ou do BPF um critério de proporcionalidade que não se aplica a nenhuma outra isenção prevista no Código do Imposto do Selo e que contraria a obrigação de isenção plena decorrente do direito europeu primário².

A convergência entre o direito europeu primário e a inserção sistemática da norma no artigo 7.º do Código do Imposto do Selo reforça, de forma inequívoca, a conclusão de que a isenção opera integralmente em função da presença das referidas entidades no ato ou contrato.

5.3. Elemento histórico

O elemento histórico atende às circunstâncias em que a lei foi elaborada, conforme impõe o artigo 9.º, n.º 1, do CC, reconstituindo o pensamento legislativo a partir da génese e da evolução da norma.

A evolução legislativa da isenção — desde os seus antecedentes na década de 1990 até à extensão ao BPF — revela uma orientação consistente que importa analisar.

A evolução legislativa demonstra que, desde a década de 1990, o legislador português tem mantido de forma consistente e ininterrupta a isenção aplicável ao BEI, utilizando sempre a mesma formulação: *“atos, contratos e operações em que o BEI seja interveniente ou destinatário”*.

A verba XLVII do Capítulo *“Outras Isenções”* da anterior Tabela Geral do Imposto do Selo, aditada pela Lei n.º 2/92, e a verba XLVIII do mesmo Capítulo, aditada pela Lei n.º 30-C/92, já consagravam a isenção nos mesmos termos.

2 Esta interpretação é confirmada pela doutrina e pela jurisprudência. Jorge Belchior Lares e Rui Pedro Martins afirmam que a isenção *“transitou da anterior Tabela para o Código do Imposto do Selo na reforma de 2000, concretizando a vontade do legislador em manter isentas de Imposto do Selo quaisquer operações em que as instituições comunitárias e/ou o BEI intervenham ou sejam destinatários, independentemente de o encargo do imposto ser daquelas entidades ou de outros intervenientes na operação. Esta conclusão parece-nos inequívoca, dado que a isenção está consagrada no artigo 7.º sob a epígrafe “outras isenções” e não na norma das isenções subjetivas consagrada no artigo 6.º, o que teria sido adequado do ponto de vista legislativo caso a intenção fosse isentar apenas as instituições comunitárias e o BEI”* — cfr. dos autores, *Imposto do Selo, Operações Financeiras e de Garantia*, Editora Almedina, 1.ª Edição, 2019, p. 233. No mesmo sentido, António Santos Rocha e Eduardo José Martins Brás ensinam que beneficiam de isenção *“os atos, contratos e operações em que as instituições comunitárias sejam intervenientes ou destinatários”*, abrangendo *“quer quando o encargo do imposto recaia sobre tais instituições, quer em qualquer ato, contrato, documento, título, papéis e outros factos ou situações jurídicas em que tais entidades sejam intervenientes”* — cfr. dos autores, *Tributação do Património, IMI-IMT e Imposto do Selo (Códigos Anotados e Comentados)*, p. 766, e J. Silvério Mateus e L. Corvelo De Freitas confirmam que a isenção é *“mantida nesta alínea com a mesma amplitude abrangendo tanto o imposto que constituiria seu encargo como o que recairia sobre outras entidades nos actos, contratos e operações em que sejam intervenientes ou destinatárias”* — cfr. dos autores, *Os Impostos sobre o Património Imobiliário e O Imposto do Selo*, Engifisco, 1.ª Edição, 2005, p. 588. Esta interpretação foi igualmente acolhida pelo Tribunal Central Administrativo Norte, que, no Acórdão de 21 de março de 2024, proferido no processo n.º 00233/21.6BEMDL, confirmou que *“a isenção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea o) do Código do Imposto do Selo é estabelecida em função do sujeito, ou seja, os intervenientes e destinatários, os quais terão obrigatoriamente que ser, instituições comunitárias ou o Banco Europeu de Investimentos”, acrescentando que “desde cedo o legislador adoptou um critério subjectivo, isto é, da natureza do interveniente ou do destinatário e não da origem dos fundos utilizados”*.

Esta continuidade é particularmente significativa: em nenhuma das sucessivas redações o legislador introduziu qualquer critério de proporcionalidade, graduação ou limitação da isenção em função da intensidade do envolvimento das entidades beneficiárias — omissão que, mantida ao longo de mais de três décadas e através de sucessivas reformas, constitui um indício robusto de que o legislador pretendeu estabelecer uma isenção ampla, de aplicação integral e não sujeita a graduações.

Conforme assinalado na decisão arbitral proferida no processo n.º 302/2024-T, *"basta revisitar o elemento histórico, para confirmar que as leis antecedentes (v.g. o artigo 31.º, n.º 2 da Lei n.º 2/92, de 9 de março e artigo 26.º, n.º 6 da Lei n.º 30-C/92, de 28 de dezembro) já referiam expressamente"* o BEI nos mesmos termos.

Se o legislador tivesse pretendido limitar a isenção à proporção do envolvimento do BEI, tê-lo-ia feito expressamente — e a ausência deliberada de qualquer limitação desta natureza, mantida ao longo de sucessivas reformas legislativas, é eloquente.

A extensão ao BPF, que reproduziu *ipsis verbis* a formulação originária, confirma esta conclusão de forma particularmente eloquente: o legislador, ao alargar o âmbito subjetivo da isenção, manteve intacta a sua estrutura normativa, evidenciando a vontade de estabelecer uma isenção plena e não graduável.

A trajetória legislativa revela, assim, uma orientação consistente e inequívoca de manutenção e alargamento progressivo do âmbito da isenção, nunca de restrição — o que torna particularmente censurável qualquer interpretação que pretenda introduzir limitações que o legislador, ao longo de mais de três décadas, deliberadamente não previu.

A análise do elemento histórico ficaria incompleta sem referência à doutrina administrativa da própria AT, que, ao longo de mais de uma década, adotou uma interpretação ampla e consistente da isenção — diametralmente oposta à posição restritiva que veio a defender no processo arbitral n.º 302/2024-T.

Esta doutrina administrativa constitui um elemento de particular relevância, na medida em que reflete a compreensão operacional que a AT teve da norma durante um período prolongado e que orientou a atuação dos contribuintes e dos substitutos tributários.

No Despacho DG 12/94, de 26 de março de 1996, do Gabinete do Diretor Geral da AT, pode ler-se que *"as contra garantias estão abrangidas pela isenção do imposto do selo prevista na Verba XLVII do capítulo "Outras Isenções" anexo à Tabela Geral do Imposto do Selo, uma vez que o BEI interveio no respectivo contrato"*, acrescentando-se que a isenção tem aplicação *"na medida em que o BEI é interveniente nos contratos em que são constituídas as contra garantias e que o mesmo é seu destinatário ainda que indirectamente"*³.

³ Esta posição mereceu despachos concordantes do Diretor de Serviços da Divisão dos Impostos do Selo e Sucessões e Doações e do Subdiretor-geral da AT.

Posteriormente, no Despacho SDG, Informação 403/2002, de 11 de julho de 2002, o Subdiretor Geral da AT confirmou que a isenção de Imposto do Selo constante da alínea o) do artigo 7.º do Código do Imposto do Selo se aplica aos atos, contratos e operações nos quais o BEI esteja presente e seja, portanto, interveniente ou destinatário, tendo o Chefe de Divisão dos Impostos do Selo e Sucessões e Doações afirmado que *“sempre foi entendido que a isenção de imposto do selo consignada ao BEI, em que este fosse interveniente ou destinatário, (...) abrangia as garantias e contra-garantias”*, e que *“beneficiam, por conseguinte, da isenção, os actos, contratos e operações em que o BEI e as instituições comunitárias sejam intervenientes ou destinatárias”*.

Por fim, no Despacho n.º 176/04, de 24 de março de 2004, o Subdiretor Geral da AT confirmou que *“o disposto no citado normativo do C.I.Selo abrange todos os actos, contratos e operações em que o BEI seja interveniente ou destinatário”*, sem qualquer limitação proporcional ou casuística.

Esta doutrina administrativa, mantida de forma consistente ao longo de mais de uma década, demonstra que a própria AT reconhecia, até data recente, que a isenção opera em função da mera presença do BEI no ato ou contrato, sem qualquer graduação.

Importa, todavia, assinalar que existe um precedente administrativo que poderia ser invocado em sentido contrário: a Ficha Doutrinária emitida em 19 de maio de 2017, com despacho concordante da Diretora-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira, no âmbito do Processo n.º 2017000044 - IVE n.º 11503. Nessa ficha, a AT concluiu que, no contexto da iniciativa JESSICA (*Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas*), apenas as utilizações de crédito correspondentes à “Tranche JESSICA” — a tranche obtida pela instituição financeira junto do BEI — e respetivos juros estavam isentos de Imposto do Selo, ficando de fora da isenção as restantes tranches financiadas com recursos próprios da instituição.

Todavia, este precedente não é transponível para o caso dos pacotes de garantias mistos aqui analisados, por razões estruturais decisivas.

Na situação apreciada na Ficha Doutrinária de 2017, a AT concluiu que o BEI não intervinha diretamente nos contratos de concessão de crédito celebrados com os beneficiários finais, tornando-se destinatário apenas dos créditos correspondentes à Tranche JESSICA por via de uma cessão de créditos futuros. Tratava-se, portanto, de contratos em que o BEI não era formalmente parte, sendo a sua qualidade de destinatário limitada, por construção contratual, a uma fração determinada dos créditos.

Nos pacotes de garantias “mistos”, a situação é estruturalmente distinta: o BEI é parte no contrato de garantias — interveniente em sentido pleno —, e o pacote de garantias é unitário e indivisível, sem sublimites individuais por parte financeira, podendo qualquer uma delas acionar a totalidade do pacote. A posição restritiva adotada no processo n.º 302/2024-T representa, assim, uma rutura com a tradição interpretativa da AT e, ao contrário do que a Ficha Doutrinária de 2017 poderia sugerir, não encontra precedente nos casos em que o BEI é efetivamente parte no contrato.

Em suma, o elemento histórico evidencia uma trajetória legislativa consistente de manutenção e alargamento progressivo da isenção, desde os seus antecedentes na década de 1990 até à extensão ao BPF.

Em nenhum momento da evolução legislativa o legislador introduziu critérios de proporcionalidade, graduação ou limitação da isenção em função da intensidade do envolvimento das entidades beneficiárias.

5.4. Elemento teleológico

O elemento teleológico constitui a chave da interpretação, na medida em que permite aceder à finalidade que o legislador pretendeu alcançar — o problema que quis resolver e o resultado que quis atingir — e eleger, entre os sentidos possíveis do texto, aquele que mais fielmente serve essa finalidade.

No caso vertente, a finalidade da isenção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea o) do Código do Imposto do Selo consiste em assegurar a neutralidade fiscal das operações em que as instituições comunitárias, o BEI ou o BPF participem, eliminando obstáculos fiscais que possam dificultar ou encarecer o financiamento de projetos de interesse público europeu e nacional.

A neutralidade fiscal configura, neste contexto, um instrumento de correção de uma assimetria que, de outro modo, penalizaria operações geradoras de benefícios coletivos — designadamente a promoção do investimento, da inovação, da competitividade e do desenvolvimento sustentável.

Conforme referido no enquadramento, o BEI é a instituição financeira da UE, criada pelo Tratado de Roma de 1958, com a missão de contribuir para o desenvolvimento equilibrado do mercado comum europeu, concedendo financiamentos a projetos que promovam os objetivos da União.

Se a isenção fosse aplicada apenas de forma parcial e proporcional, como sustenta a AT, criar-se-iam custos de transação adicionais, complexidade administrativa e insegurança jurídica que poderiam desencorajar a participação do BEI em operações de financiamento conjunto com bancos comerciais — precisamente as operações em que a intervenção do BEI tem maior valor acrescentado, ao catalisar investimento privado e viabilizar projetos que, de outra forma, não encontrariam financiamento suficiente⁴.

Uma interpretação que conduzisse à aplicação meramente proporcional da isenção inverteria a lógica do sistema, criando uma assimetria injustificável: quanto mais complexa e estruturada fosse a operação de financiamento — e, por conseguinte, quanto maior fosse o seu potencial de impacto económico —, menor seria o benefício fiscal efetivo.

4 Neste sentido, Jorge Belchior Laires e Rui Pedro Martins afirmam que: "Para uma correta interpretação da norma, importa entender o BEI e as motivações que levaram à sua criação. Conforme resulta da informação constante do site do BEI, o mesmo foi criado em 1958 pelo Tratado de Roma com o propósito de colaborar na defesa dos interesses dos Estados Membros da UE, em concreto, na consolidação do mercado interno e no reforço da coesão económica e social. De forma a concretizar tais objetivos, o BEI sempre se focou na concessão de financiamentos e na prestação de garantias a favor de entidades que investem (ou intervêm) no desenvolvimento das redes transeuropeias de energia, telecomunicações e transportes, bem como a PME (com grande foco no setor do capital de risco). Deste modo, a isenção visa desonerar de Imposto do Selo o BEI e as contrapartes das operações que realiza, atendendo à importância de tais operações no desenvolvimento económico e social da UE" — cfr. dos autores, *Imposto do Selo, Operações Financeiras e de Garantia*, Editora Almedina, 1.ª Edição, 2019, pp. 233 e 234.

Ora, é precisamente nestas operações de financiamento conjunto — em que o BEI atua lado a lado com bancos comerciais para viabilizar projetos de grande dimensão — que a intervenção do BEI tem maior relevância para a prossecução dos objetivos de política económica europeia.

Uma interpretação que dificultasse estas operações de financiamento contrariaria frontalmente os objetivos prosseguidos pela isenção e pelo próprio BEI enquanto instituição ao serviço do desenvolvimento económico europeu, frustrando a finalidade que o legislador pretendeu alcançar ao consagrar a isenção.

O argumento teleológico é significativamente reforçado pela extensão da isenção ao BPF, operada pela Lei n.º 82/2023, que evidencia a vontade do legislador de alargar — e não de restringir — o âmbito da neutralidade fiscal a novas entidades de interesse público.

A inclusão do BPF no âmbito da isenção revela a mesma lógica que preside à isenção do BEI: eliminar obstáculos fiscais que possam dificultar ou encarecer as operações de financiamento em que estas instituições de interesse público participem.

Ora, se a isenção devesse aplicar-se apenas de forma proporcional ao envolvimento do BPF (ou do BEI) na operação, o efeito prático seria o de manter uma tributação residual sobre operações que o legislador expressamente quis desonerar.

Esta tributação residual, para além de contrariar a *ratio legis* da isenção, geraria custos de contexto desproporcionados — designadamente custos de cálculo da proporção, custos de contencioso e custos de incerteza jurídica — que poderiam desencorajar a participação do BPF e do BEI em operações de financiamento conjunto.

Em face do exposto, o elemento teleológico impõe, de forma perentória, que a isenção opere integralmente e sem graduações proporcionais.

5.5. Síntese dos elementos interpretativos e refutação da interpretação alternativa adotada pela AT

Assentes estas premissas metodológicas, a convergência dos elementos interpretativos analisados é inequívoca e categórica: (i) o elemento literal, pela aplicação das regras gerais de interpretação e pela atribuição de conteúdo útil ao critério de *interveniente*, aponta para que a isenção opere em função da mera presença das instituições comunitárias, do BEI ou do BPF no ato ou contrato, sem qualquer graduação proporcional; (ii) o elemento sistemático, pela inserção da isenção no artigo 7.º — e não no artigo 6.º — do Código do Imposto do Selo e pela articulação com o direito europeu primário, confirma que a isenção não se circunscreve aos casos em que o encargo do imposto recaia sobre aquelas entidades, nem admite graduações proporcionais; (iii) o elemento histórico, pela continuidade legislativa de mais de três décadas, pela ausência de qualquer limitação proporcional nas sucessivas redações da norma e pela doutrina administrativa da própria AT, evidencia uma intenção ampla e não restritiva; e (iv) o elemento teleológico, pela finalidade de assegurar a neutralidade fiscal das operações de financiamento de interesse público, impõe que a isenção opere de forma integral e automática.

Todos estes elementos apontam para a mesma conclusão: a isenção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea o) do Código do Imposto do Selo aplica-se integralmente aos atos, contratos e operações em que as instituições comunitárias, o BEI ou o BPF sejam intervenientes ou destinatários, independentemente da proporção do seu envolvimento financeiro ou da existência de outros beneficiários das garantias prestadas.

Os benefícios fiscais reclamam tipicidade e respeito pelo princípio da legalidade, mas a legalidade não é sinónimo de literalismo redutor. Quando o texto normativo admite leituras concorrentes, a mais adequada é aquela que preserva a coerência do sistema, evita soluções absurdas e realiza a finalidade normativa — critérios que a interpretação da isenção integral satisfaz cumulativamente, ao passo que a interpretação proporcional sustentada pela AT sacrifica a unidade do regime e frustra a sua teleologia.

Importa ainda, por um dever de completude, sintetizar e refutar os principais argumentos que poderiam sustentar a interpretação alternativa defendida pela AT, sem prejuízo do tratamento mais desenvolvido que lhes é dedicado nos pontos pertinentes do presente artigo.

O primeiro argumento é de natureza contratual: a AT sustenta que, num pacote de garantias com vários beneficiários, seria possível identificar "*feixes de obrigações/garantias individualizados*", autonomizando as garantias constituídas a favor do BEI das demais. Conforme demonstrado no ponto 4.2 supra, este argumento é contrariado pela natureza unitária e indivisível do pacote de garantias — expressa no clausulado contratual e confirmada pela existência de um valor máximo garantido único, sem sublimites individuais por parte financeira —, devendo a ambiguidade ser resolvida pelo recurso aos demais elementos interpretativos, todos convergentes na interpretação que propugnamos.

O segundo argumento invoca o princípio da interpretação restritiva dos benefícios fiscais. Ora, esta concepção tem sido progressivamente abandonada pela doutrina e pela jurisprudência mais recentes, que reconhecem a aplicação dos cânones gerais de interpretação às normas tributárias, incluindo as normas de isenção, sem qualquer reserva ou especial restritividade.

O terceiro argumento sustenta que a aplicação integral da isenção equivaleria a um inadmissível "efeito de contágio". Conforme analisado no ponto 4.2 supra, esta leitura é frontalmente contrariada pela letra da lei e pela jurisprudência arbitral, que qualificou o critério de graduação proporcional introduzido pela AT como desprovido de qualquer suporte legal.

Em suma, nenhum dos argumentos invocados em abono da interpretação alternativa se afigura suficientemente sólido para infirmar a convergência dos elementos interpretativos analisados. A interpretação que reconhece a isenção integral permanece a mais fundamentada e a única compatível com a letra da lei, a coerência do sistema, a trajetória legislativa e a finalidade normativa.

A AT está vinculada à lei tal como o legislador a formulou, podendo interpretar as normas dentro dos limites do sentido normativo, mas sem nunca criar, de forma arbitrária e inadmissível, novas normas restritivas que reduzam o âmbito de aplicação de isenções em sentido desfavorável aos sujeitos passivos.

6. Análise da decisão arbitral proferida no processo n.º 302/2024-T

A decisão arbitral proferida em 1 de outubro de 2024 no processo n.º 302/2024-T do CAAD constitui, até à data e tanto quanto é do conhecimento das autoras, o único precedente jurisprudencial sobre a aplicação da isenção de Imposto do Selo prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea o) do Código do Imposto do Selo a pacotes de garantias em operações de financiamento sindicado.

O Tribunal Arbitral coletivo julgou totalmente procedente o pedido de pronúncia arbitral, determinando a anulação integral do ato tributário impugnado por erro manifesto nos pressupostos de direito, com a consequente devolução do imposto indevidamente retido.

Na sua fundamentação, o Tribunal Arbitral censurou de forma inequívoca a posição da AT, estruturando a análise em torno de quatro eixos fundamentais.

Em primeiro lugar, o Tribunal procedeu a uma análise factual rigorosa do pacote de garantias em causa, concluindo que *"o BEI é beneficiário/destinatário das garantias prestadas ao abrigo do Aditamento ao Contrato das Garantias, como é interveniente naquele Aditamento, ou seja, é também parte no contrato através do qual foram prestadas tais garantias"*. O Tribunal sublinhou que as garantias estão *"genética e funcionalmente ligadas"* e que, *"em caso de incumprimento pela Requerente face a qualquer uma das "Partes Financeiras", a Parte Financeira afetada (incluindo o BEI) poderá acionar o "Pacote de Garantias", para satisfazer o valor do crédito que então tiver, tendo como limite máximo garantido"* o valor total do pacote.

Em segundo lugar, o Tribunal censurou frontalmente o critério de proporcionalidade aplicado pela AT, qualificando-o como desprovido de suporte legal. O Tribunal assinalou que a AT *"retira daí a possibilidade de aplicar uma regra de "proporcionalidade de isenção" (o "proporcional correspondente à parte referente ao BEI")", "deixando de fora da isenção algumas situações em que o BEI é manifestamente interveniente, embora não seja o único, e ainda que não seja o beneficiário das garantias"*, concluindo que a AT *"introduz um critério de graduação (equitativa?) que não tem qualquer suporte legal"* e que *"a alínea o) do n.º 1 do artigo 7.º do Código do Imposto do Selo não admite uma leitura que legitime a adoção de um critério de ponderação criado ad hoc pela AT com base numa análise casuística baseada em alegados elementos de justiça"*.

Em terceiro lugar, o Tribunal acolheu expressamente os quatro elementos de interpretação — literal, sistemático, histórico e teleológico — como pilares da sua fundamentação.

No plano literal, concluiu que a isenção é *"estabelecida em função do sujeito"* e que *"não é único pressuposto da isenção o BEI ser destinatário dos efeitos jurídicos desses mesmos atos, contratos, ou operações"*, bastando que *"intervenha nos atos, contratos ou operações sujeitas a imposto do selo"*.

No plano histórico, invocou as leis antecedentes como confirmação da vontade continuada do legislador. No plano teleológico, sublinhou *"a intenção de facilitar as operações do BEI tendo em conta o regime normativo especial que se lhe aplica em termos fiscais"*.

Em quarto lugar, o Tribunal concluiu que *“quer o elemento literal, quer o elemento sistemático, demonstram que a intenção do legislador foi a de isentar os atos, contratos e operações em que o BEI seja beneficiário/destinatário ou interveniente/parte nos contratos, sem criar qualquer critério adicional — para o qual não existe base legal — nomeadamente em relação à delimitação do montante, proporção ou percentagem da base tributável à qual deveria aplicar-se a isenção”*.

Do que antecede resulta que a decisão arbitral proferida no processo n.º 302/2024-T constitui um precedente de particular relevância, na medida em que acolheu, de forma fundamentada e convergente, todos os elementos interpretativos que sustentam a aplicação integral da isenção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea o) do Código do Imposto do Selo, censurou inequivocamente o critério de proporcionalidade introduzido pela AT e confirmou que a isenção opera em função da mera presença do BEI como interveniente ou destinatário no ato ou contrato, sem admitir qualquer graduação proporcional.

7. Implicações práticas para a estruturação das garantias em operações de financiamento sindicado

A análise desenvolvida no presente artigo e a decisão arbitral proferida no processo n.º 302/2024-T permitem extrair um conjunto de orientações práticas para a estruturação de operações de financiamento que envolvam as instituições comunitárias, o BEI e/ou o BPF.

Em primeiro lugar, a constituição de pacotes de garantias unitários e indivisíveis, em que o BEI e/ou o BPF figurem como partes intervenientes e beneficiários, deve ser acompanhada de uma estipulação contratual inequívoca quanto à interligação das garantias e à inexistência de sublimites individuais por parte financeira. Esta clareza contratual facilita a demonstração da natureza unitária do pacote e reforça a aplicabilidade integral da isenção de Imposto do Selo.

Em segundo lugar, nos casos em que o Cartório Notarial proceda à liquidação de Imposto do Selo sobre o pacote de garantias, é recomendável que o contribuinte apresente tempestivamente reclamação graciosa, invocando a isenção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea o) do Código do Imposto do Selo, para depois, se necessário, poder discutir judicialmente o tema.

Em terceiro lugar, a extensão da isenção ao BPF pela Lei n.º 82/2023 abre novas possibilidades de estruturação. Nas operações em que participem simultaneamente o BEI, o BPF e bancos comerciais, a presença de qualquer uma destas entidades como interveniente ou destinatário no contrato de garantias é suficiente para desencadear a isenção integral, reforçando a atratividade das operações de financiamento conjunto.

Por fim, é recomendável que os intervenientes nestas operações — mutuários, instituições financeiras e cartórios notariais — estejam devidamente informados sobre o alcance da isenção e sobre a jurisprudência arbitral relevante, de modo a evitar liquidações indevidas de Imposto do Selo e os custos de contencioso associados à sua contestação.

Em suma, a correta estruturação contratual das operações de financiamento conjunto — assente na constituição de pacotes de garantias unitários e indivisíveis, com estipulação inequívoca da interligação das garantias e da qualidade de interveniente ou destinatário do BEI e/ou do BPF — constitui a melhor garantia de aplicação integral da isenção de Imposto do Selo, minimizando o risco de liquidações indevidas e os custos de contencioso associados.

8. Conclusão

A análise desenvolvida ao longo do presente artigo permite formular, com segurança, a seguinte conclusão: a isenção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea o) do Código do Imposto do Selo *aplica-se integralmente a todos os atos, contratos e operações em que as instituições comunitárias, o BEI ou o BPF sejam intervenientes ou destinatários*, independentemente da proporção do seu envolvimento financeiro, da existência de outros intervenientes ou beneficiários.

Esta conclusão resulta da convergência de quatro elementos interpretativos, todos apontando no mesmo sentido: (i) o elemento literal, que consagra dois critérios alternativos de conexão subjetiva — interveniente ou destinatário — sem qualquer referência a graduações proporcionais, e cuja interpretação conforme ao artigo 9.º, n.º 3, do CC impõe a atribuição de conteúdo útil autónomo a cada um deles; (ii) o elemento sistemático, que, pela inserção da isenção no artigo 7.º — e não no artigo 6.º — do Código do Imposto do Selo e pela articulação com a obrigação de isenção plena decorrente do direito europeu primário, obsta à introdução de qualquer requisito adicional de exclusividade, proporcionalidade ou intensidade de participação; (iii) o elemento histórico, que evidencia uma trajetória legislativa ininterrupta de mais de três décadas, sem que o legislador tenha alguma vez introduzido critérios de proporcionalidade ou graduação; e (iv) o elemento teleológico, que demonstra que a finalidade de assegurar a neutralidade fiscal das operações de financiamento de interesse público só se realiza plenamente se a isenção operar de forma integral e automática.

A decisão arbitral proferida em 1 de outubro de 2024 no processo n.º 302/2024-T — primeiro precedente jurisprudencial sobre esta matéria, tanto quanto é do conhecimento das autoras — veio confirmar esta conclusão de forma categórica.

O Tribunal Arbitral qualificou a posição da AT como assente em *"erro manifesto nos pressupostos de direito"*, censurou a introdução de *"um critério de graduação (equitativa?) que não tem qualquer suporte legal"* e concluiu que a norma de isenção *"não admite uma leitura que legitime a adoção de um critério de ponderação criado ad hoc pela AT com base numa análise casuística baseada em alegados elementos de justiça"*.

A fundamentação do Tribunal acolheu, no essencial, a totalidade dos argumentos interpretativos aqui desenvolvidos — literais, sistemáticos, históricos e teleológicos —, confirmando que a isenção opera em função da mera presença das instituições comunitárias, do BEI ou do BPF como intervenientes ou destinatários no ato ou contrato, sem admitir qualquer graduação proporcional.

Este precedente constitui um marco na consolidação de uma interpretação conforme à lei e aos princípios constitucionais da legalidade tributária, da igualdade e da segurança jurídica.

Os mesmos fundamentos que sustentam a aplicação integral da isenção ao BEI e às instituições comunitárias são integralmente transponíveis para o BPF. A extensão da isenção operada pela Lei n.º 82/2023 não introduziu qualquer critério interpretativo distinto: o legislador utilizou a mesma formulação normativa, pelo que a *ratio decidendi* da decisão arbitral proferida no processo n.º 302/2024-T se aplica às operações em que o BPF seja interveniente ou destinatário.

A posição restritiva da AT — assente na introdução de um critério de proporcionalidade desprovido de fundamento legal, contrariado pela letra da lei, pela inserção sistemática da norma, pela trajetória legislativa, pela doutrina administrativa da própria AT e pela finalidade da isenção — não encontra suporte em nenhum dos elementos interpretativos analisados e foi inequivocamente censurada pela jurisprudência arbitral.

A consolidação de uma jurisprudência uniforme nesta matéria é condição essencial para a segurança jurídica das operações de financiamento de interesse público em Portugal e para a plena realização dos objetivos de política económica que justificaram a criação e o progressivo alargamento desta isenção de Imposto do Selo.

Artículos

LA (IN)CERTIDUMBRE DEL NEXO CAUSAL EN EL DESPIDO NULO POR QUEJA EN PERÚ: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA

Francisco Carrasco Cabezas

Maestro en derecho procesal por la PUCP. Egresado de la maestría en derecho del trabajo y abogado por la USMP. Abogado del Área Laboral de PPU.

La (in)certidumbre del nexo causal en el despido nulo por queja en Perú: un análisis jurisprudencial de la Corte Suprema

El presente artículo examina la aplicación del despido nulo por queja en el ordenamiento jurídico peruano, previsto en el inciso c) del artículo 29 del TUO de la LPCL. A partir del análisis de cinco sentencias de casación, se evidencia que la Corte Suprema ha desarrollado diferentes criterios para acreditar el nexo causal entre la queja y el despido, lo que ha generado cierto panorama de incertidumbre jurídica. Aunque el artículo 47 del Reglamento exige la demostración de conductas de represión que revelen un ánimo empresarial de impedir reclamos, la jurisprudencia oscila entre exigir estrictamente dicho estándar o flexibilizarlo con base en indicios como la proximidad temporal o la ausencia de causa justa creíble para la desvinculación. El estudio identifica cuatro ejes de valoración utilizados por la Corte: (i) el alcance práctico del plazo reglamentario; (ii) la exigencia irregular de actos hostiles previos; (iii) la delimitación de la protección solo a quejas formuladas directamente contra el empleador; y (iv) la incorporación de criterios como el análisis de antecedentes disciplinarios o de la licitud probatoria durante el trámite de despido. El artículo concluye que la Corte viene aplicando un método de ponderación no uniforme cuyo reto consiste en distinguir entre auténticas represalias y el uso estratégico de la institución del despido nulo, a fin de preservar la protección específica que prevé su tipología sin desproteger derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE:

Ley de Productividad y Competitividad Laboral; Despido nulo por queja; Corte Suprema.

Causal (un)certainty in void dismissals for complaints in Peru: a Supreme Court case law analysis

This article examines the legal basis for void dismissal in the Peruvian legal system, as set out in article 29(c) of the Peruvian Employment Law (LPCL), and how it is applied in practice. An analysis of five Supreme Court decisions reveals that the Court has developed varying criteria for establishing the causal link between the complaint and the dismissal, creating legal uncertainty. While article 47 of the Regulation/LPCL/ Regulations implementing the General Labour Inspection Law? stipulates that employers must provide evidence of conduct aimed at deterring workers from filing claims, case law fluctuates between strictly demanding this standard and applying a more flexible approach based on factors such as the temporal proximity between the complaint and the dismissal, or the absence of a valid reason for terminating the employment relationship. The article identifies the four main elements the Court considered: (i) how the protection period set out in the regulation is actually applied in practice; (ii) inconsistent requirements for proving prior hostile actions by the employer; (iii) limitations on protection to complaints filed directly against the employer; and (iv) additional considerations, such as reviewing whether the worker had previous disciplinary issues and whether the employer gathered evidence appropriately and lawfully during the dismissal process. The article concludes that the Court applies a non-uniform decision-making approach, the central challenge of which is to distinguish true punitive motives from strategic attempts to exploit the void-dismissal framework. This is intended to preserve the specific protection afforded by this legal category while safeguarding fundamental rights.

KEYWORDS:

Peruvian Employment Law, void dismissal for complaints, the Supreme Court.

FECHA DE RECEPCIÓN: 11-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-12-2025

Carrasco Cabezas, Francisco (2025). La (in)certidumbre del nexo causal en el despido nulo por queja en Perú: un análisis jurisprudencial de la Corte Suprema. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 103-117 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción. 2. Marco normativo del despido nulo en la legislación peruana. 3. Análisis jurisprudencial del despido nulo. 3.1. Casación 8544-2017-LIMA. 3.2. Casación Laboral 48825-2022-LIMA. 3.3. Casación 23345-2022-DEL SANTA. 3.4. Casación Laboral 12864-2022-LIMA. 3.5. Casación 41979-2022-LIMA. 4. Criterios jurisprudenciales para una aplicación previsible del despido nulo por queja. 4.1. La aplicación práctica del plazo reglamentario. 4.2. La exigencia reglamentaria de conductas de represión. 4.3. Las partes que intervienen en la queja o denuncia como elemento delimitador de la protección. 4.4. La incorporación de criterios extralegales en el análisis del nexo causal. 5. La ponderación del fondo de la queja como elemento coadyuvante en la valoración del nexo causal. 6. Conclusiones

1. Introducción

En el ordenamiento laboral peruano, el trabajador despedido cuenta con diversas vías de tutela, entre las que destacan figuras jurisprudenciales como el despido incausado y el despido fraudulento, las cuales, si bien pueden conducir a la reposición, carecen de regulación expresa sobre las consecuencias económicas de la separación. Frente a estas creaciones pretorianas, el despido nulo del artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral constituye la única figura legal que garantiza taxativamente no solo la reposición en el puesto de trabajo, sino también el pago integral de las remuneraciones y beneficios devengados durante todo el tiempo de separación. Esta previsión legal explícita confiere una seguridad jurídica singu-

lar al establecer de manera precisa el régimen resarcitorio aplicable, eliminando la discrecionalidad judicial en la determinación de sus efectos económicos.

El despido nulo opera exclusivamente frente a supuestos taxativamente señalados en el artículo 29 de la LPCL, todos ellos caracterizados por constituir actos de represalia o discriminación que lesionan garantías fundamentales del trabajador. Entre estos supuestos, el inciso c) declara nulo el despido que tenga por motivo "*presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes*", configurando así una protección específica contra represalias por el ejercicio del derecho de defensa y acceso a la tutela administrativa o judicial.

Sin embargo, la aplicación jurisprudencial de esta causal por la Corte Suprema peruana ha generado estándares dispares en la acreditación del nexo causal entre la queja y el despido. Este artículo analiza cinco sentencias de casación que revelan una tensión fundamental: la pugna entre una interpretación restrictiva, que exige prueba directa o indiciaria de un ánimo represarial del empleador conforme al artículo 47 del Reglamento, y un enfoque más flexible, que admite inferir dicha motivación a partir de indicios objetivos como la proximidad temporal y la ausencia de causa justa creíble para la desvinculación.

Es crucial precisar que, en ambos enfoques, la jurisprudencia mantiene incólume la carga probatoria sobre el trabajador, quien debe aportar elementos de convicción suficientes para acreditar el nexo causal. La disparidad en la aplicación de estos criterios, derivada de la tensión entre interpretaciones restrictivas y flexibles, se traduce en una aplicación casuística que genera incertidumbre jurídica. El objetivo de este estudio es deconstruir estos criterios aparentemente contradictorios y elucidar los elementos que, de manera conjunta, orientan las decisiones de la Corte Suprema peruana en esta materia.

2. Marco normativo del despido nulo en la legislación peruana

El presente estudio se centra en el análisis de la normativa laboral peruana vigente. La base legal del despido nulo por queja se encuentra en el artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobado por Decreto Supremo N.º 003-97-TR, cuyo texto dispone:

"Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;

b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;

c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25;

d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;

e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir".

Esta figura legal, concebida como una protección reforzada frente a despidos basados en motivos especialmente reprobables por lesionar garantías fundamentales, tiene como principal efecto la reposición del trabajador a su puesto de trabajo. Dicha reposición, además, opera con consecuencias económicas retroactivas. Así, la declaración de nulidad conlleva el pago de las remuneraciones y compensación por tiempo de servicios (CTS) dejadas de percibir desde la fecha del despido hasta la reposición laboral, constituyendo este pago una restitución de lo devengado. El cálculo de ambos conceptos —remuneraciones y CTS— solo está limitado por el tiempo de demora judicial que no sea imputable al empleador.

Cabe agregar expresamente, para una comprensión integral del marco de protección contra despidos represariales, el texto del artículo 8 de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, Ley N.º 27942. En su parte pertinente, esta norma establece:

"8.4 Es nulo el despido o la no renovación del contrato de trabajo a plazo determinado por razones vinculadas a la presentación de una queja de hostigamiento sexual en el trabajo, la interposición de una demanda, denuncia o reclamación por dichos motivos o por la participación en este tipo de procedimientos como testigo en favor de la víctima".

Esta disposición debe leerse en armonía sistemática con el artículo 29 de la LPCL. Si bien el legislador, al aprobar la ley sobre hostigamiento sexual, no dispuso expresamente una modificación al artículo 29 para incluir este supuesto, la única interpretación coherente con el principio de tutela efectiva es considerarla como un supuesto tácito equivalente a los incisos del artículo 29, operando a todos los efectos como si fuera inciso f) no escrito.

Esta lectura evita crear regímenes de nulidad paralelos y fragmentados, e integra la protección específica contra la represalia por denuncia de hostigamiento sexual dentro del sistema general de despidos nulos.

Ante la eventualidad de una interpretación restrictiva que pretendiera negar al despido nulo por esta causal las mismas consecuencias económicas (pago de devengados) que expresamente establece el artículo 29 de la LPCL, el derecho laboral supera este obstáculo aplicando el principio *in dubio pro operario*. Se trata de un supuesto de interpretación normativa que da plenamente para su aplicación, extendiendo el régimen resarcitorio integral —reposición y pago de remuneraciones y CTS omitidas— a la víctima de un despido que, por su motivación reprochable, es equivalente en gravedad a los taxativamente listados en dicha norma.

Esta figura legal, concebida como una protección reforzada frente a despidos basados en motivos especialmente reprobables por lesionar garantías fundamentales, tiene como principal efecto la

reposición del trabajador a su puesto de trabajo. Dicha reposición, además, opera con consecuencias económicas retroactivas. Así, la declaración de nulidad conlleva el pago de las remuneraciones y CTS dejadas de percibir desde la fecha del despido hasta la reposición laboral, constituyendo este pago una restitución de lo devengado. El cálculo de ambos conceptos —remuneraciones y CTS— solo está limitado por el tiempo de demora judicial que no sea imputable al empleador.

Esta tutela reforzada y de consecuencias económicas ciertas que establece la ley para el despido nulo marca una diferencia esencial con otras figuras de la legislación peruana. El despido nulo conlleva a la reposición con pago de las remuneraciones y CTS devengadas. Frente a él, el despido indirecto o arbitrario, que están previstos en la ley, solo conllevan una indemnización tarifada. Por otro lado, existen creaciones jurisprudenciales como el *despido incausado* o el *despido fraudulento* que, si bien pueden conducir a la reposición, al no estar taxativamente reguladas, carecen de previsión legal expresa sobre el pago íntegro de las remuneraciones y CTS durante todo el tiempo de separación. El despido nulo del artículo 29 de la LPCL, en cambio, ofrece seguridad jurídica al trabajador y al juzgador, pues la ley establece de manera taxativa su régimen resarcitorio integral, el cual no está sujeto a discusión.

De los supuestos contemplados en el artículo 29 de la LPCL, el presente artículo se centrará en el análisis específico del inciso c), que declara nulo el despido cuyo motivo sea presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador. Esta causal representa una piedra angular en la protección del trabajador que ejerce sus derechos ante las autoridades y busca disuadir represalias que pudieran inhibir el acceso a la justicia o a la tutela administrativa. La protección del inciso c) se activa cuando el trabajador presenta un reclamo formal o interviene en un procedimiento en contra del empleador ante una entidad competente, como la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) o el Poder Judicial.

La interpretación y aplicación de esta causal se precisan aún más con el artículo 47 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo (RLPCL)¹, el cual desarrolla los requisitos específicos para configurar el despido nulo por queja. Esta norma reglamentaria establece:

"Artículo 47.- Se configura la nulidad del despido, en el caso previsto por el inciso c) del Artículo 62 de la Ley, si la queja o reclamo, ha sido planteado contra el empleador ante las Autoridades Administrativas o Judiciales competentes y se acredita que está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores.

La protección se extiende hasta tres meses de expedida la resolución consentida que cause estado o ejecutoriada que ponga fin al procedimiento".

De esta lectura se desprenden con claridad los elementos que configuran el supuesto de nulidad reglamentado:

¹ Cabe precisar que el Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N.º 001-96-TR, se publicó con anterioridad al Texto Único Ordenado de la LPCL (D.S. N.º 003-97-TR). Por esta razón, el artículo 47 del reglamento hace referencia al *"inciso c) del Artículo 62 de la Ley"*, que es la numeración original de la disposición que, tras la reorganización normativa, pasó a ser el inciso c) del artículo 29 de la LPCL vigente.

- i. *Queja formal ante autoridad competente:* El reclamo debe ser planteado específicamente contra el empleador ante una autoridad administrativa (como SUNAFIL) o judicial con competencia para conocer del asunto, por lo que quedan descartadas quejas internas o dirigidas a terceros.
- ii. *Conductas antecedentes del empleador:* Se exige acreditar que la queja está precedida de actitudes o conductas del empleador que revelen un ánimo de impedir arbitrariamente los reclamos de sus trabajadores. Este requisito consolida la carga de la prueba sobre el trabajador, quien debe demostrar un contexto factual de hostilidad o represalia que otorgue sentido represarial al posterior despido.
- iii. *Plazo de protección:* La norma establece que la protección contra el despido represarial se extiende hasta tres meses desde que la resolución que pone fin al procedimiento adquiere firmeza. Es crucial precisar que este plazo no es un requisito de la nulidad, sino un parámetro temporal que prolonga la protección, el cual resulta sumamente amplio si reconocemos la dilación inherente a los procesos administrativos y especialmente los judiciales en el Perú, los cuales pueden extenderse por años.

Por lo tanto, el artículo 47 del RLPCL no se limita a “dar mayores luces”, sino que define el estándar probatorio concreto que el juez debe exigir para declarar fundada la demanda. El trabajador debe demostrar no solo la queja y el despido, sino también la concurrencia de los elementos reglamentarios que acrediten el nexo causal basado en un ánimo represarial del empleador.

Es en la aplicación práctica de estos requisitos —determinar qué conductas evidencian una intención de impedir reclamos y cómo demostrar el nexo causal— donde la jurisprudencia de la Corte Suprema ha desarrollado diversos criterios, cuya aplicación no uniforme será analizada en la siguiente sección.

3. Análisis jurisprudencial del despido nulo

La aplicación concreta del marco normativo por parte de la Corte Suprema revela una tensión entre criterios. En esta sección se presentan cinco sentencias de casación que ejemplifican dicha divergencia. A continuación, se incorpora un cuadro comparativo que de modo referencial usa como elemento de comparación el resultado del fallo frente al lapso entre el conocimiento de la queja y la desvinculación en cada caso:

CASACIÓN	HECHOS DEL CASO	DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA
Cas. N.º 8544-2017-LIMA (25 de setiembre de 2017)	<ul style="list-style-type: none"> • Evento: Demanda laboral interpuesta por el trabajador (26 de enero de 2007). • Despido: 19 de mayo de 2007. • Lapso: 3 meses y 23 días. • Conductas antecedentes del empleador: La Corte destacó la ausencia de pruebas de actitudes hostiles tras la demanda. 	Se declaró INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandante. En consecuencia, NO se declaró nulo el despido.
Cas. Laboral N.º 48825-2022-LIMA (18 de junio de 2024)	<ul style="list-style-type: none"> • Evento: Denuncia ante SUNAFIL (10 de noviembre de 2020). • Despido: 13 de enero de 2021. • Lapso: 2 meses y 3 días • Conductas antecedentes del empleador: La Corte consideró la investigación del correo de trabajador como un acto hostil que evidenció el propósito de represión. 	Se declaró INFUNDADO el recurso de casación de la empresa demandada. En consecuencia, se MANTUVO la declaración de NULIDAD DEL DESPIDO.
Cas. Laboral N.º 23345-2022-DEL SANTA (3 de octubre de 2024)	<ul style="list-style-type: none"> • Evento: Demanda contencioso-administrativa contra la Contraloría General, admitida (28 de enero de 2019). • Despido: 21 de diciembre de 2020. • Lapso: Aprox. 1 año y 11 meses. • Conductas antecedentes del empleador: No se demostraron actos hostiles del empleador por el proceso judicial. 	Se declaró INFUNDADO el recurso de casación de la demandante. En consecuencia, NO se declaró nulo el despido.
Cas. Laboral N.º 12864-2022-LIMA (19 de marzo de 2025)	<ul style="list-style-type: none"> • Evento: Visita inspectiva de SUNAFIL en las instalaciones de la empresa (27 de abril de 2015). • Despido: 30 de abril de 2015. • Lapso: 3 días. • Conductas antecedentes del empleador: No se demostraron actos hostiles del empleador por el proceso judicial. 	Se declaró INFUNDADO el recurso de casación del demandante. En consecuencia, NO se declaró nulo el despido.
Cas. Laboral N.º 41979-2022-LIMA (14 de abril de 2025)	<ul style="list-style-type: none"> • Evento: Comunicación formal de la trabajadora a la empresa sobre la denuncia interpuesta ante SUNAFIL (17 de abril de 2019). • Despido: 30 de abril de 2019. • Lapso: 13 días. • Conductas antecedentes del empleador: La Corte no analizó la existencia o no de actos hostiles del empleador por el proceso judicial. 	Se declaró FUNDADO el recurso de casación de la demandante. En consecuencia, se declaró la NULIDAD DEL DESPIDO.

La simple observación del cuadro comparativo revela, a primera vista, una aplicación aparentemente contradictoria de los criterios para configurar el despido nulo por queja.

Por un lado, se deniega la nulidad con lapsos temporales tan breves como tres días (Cas. Laboral 12864-2022) y se confirma con otros más extensos de dos meses (Cas. Laboral 48825-2022).

Por otro lado, la Corte no es uniforme al exigir la acreditación de “*conductas antecedentes del empleador*”: en un supuesto declara la nulidad basándose en una conducta hostil concreta (Cas. Laboral 48825-2022), mientras que en otro lo hace sin que el pronunciamiento refleje un análisis explícito de dichas conductas (Cas. Laboral 41979-2022).

Esta disparidad indica que la proximidad temporal es un factor que la Corte valora de manera casuística y en interacción con otros elementos, sin seguir un parámetro rígido.

A continuación, se presenta un examen detallado de cinco precedentes de la Corte Suprema de Justicia del Perú que delinear los contornos y requisitos probatorios para configurar la nulidad del despido por la causal de represalia, prevista en el inciso c) del artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

3.1. Casación n.º 8544-2017-Lima

La Sala Suprema declaró *INFUNDADO* el recurso de casación interpuesto por el demandante y, en consecuencia, *NO CASÓ* la sentencia de vista que había declarado infundada la demanda de reposición por despido nulo.

El actor fundamentó su pretensión en dos causales acumulativas del artículo 29 del TUO de la LPCL: a) por afiliación sindical, y c) por haber interpuesto una demanda judicial de desnaturalización de contrato que pretendía que se le reconociera un vínculo laboral a plazo indeterminado.

Respecto de la primera causal, la Sala Suprema desestimó la existencia de nexo causal al constatar que entre la comunicación formal de su afiliación al sindicato (22 de mayo de 2006) y su despido (19 de mayo de 2007) había transcurrido un año, lapso que desvirtuaba cualquier presunción de inmediatez represalia.

Sobre la segunda causal, el análisis fue más complejo. Si bien entre la interposición de la demanda laboral (26 de enero de 2007) y el despido mediaron aproximadamente tres meses y veintitrés días, la Sala fue enfática al señalar que el trabajador no acreditó —mediante medios probatorios idóneos— que el empleador hubiera desplegado actitudes o conductas hostiles concretas con posterioridad a la interposición de la demanda que evidenciaran un propósito de impedir el reclamo.

Un elemento coadyuvante en la decisión fue el hecho de que la demanda laboral original fue posteriormente declarada infundada en sede judicial. Si bien el resultado del reclamo no es, en sí mismo, determinante para la causal de nulidad, este hecho pudo haber influido en la valoración probatoria de la Sala al evaluar la solidez del reclamo original.

3.2. Casación laboral n.º 48825-2022-Lima

La Sala Suprema declaró INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada y, en consecuencia, NO CASÓ la sentencia de vista que había declarado fundada la demanda de nulidad de despido, manteniendo la reposición de la trabajadora.

La trabajadora había denunciado actos de hostilidad ante la SUNAFIL el 10 de noviembre de 2020. Posteriormente, la empleadora la despidió el 13 de enero de 2021, imputándole una falta grave por el uso indebido de su correo corporativo para fines personales. La Sala Suprema, sin embargo, identificó una serie de indicios que, en conjunto, configuraron la represalia. En primer lugar, la proximidad temporal de dos meses y tres días entre la denuncia y el despido fue un factor relevante. No obstante, la Sala consideró que la revisión del correo, al realizarse sin la debida autorización judicial, constituía per se una vulneración del derecho fundamental a la intimidad y, como tal, era una *“actitud o conducta del empleador”* que evidenciaba el propósito de impedir el reclamo de la trabajadora. Este caso introduce un matiz jurisprudencial no vinculante: la conducta represarial de la empresa puede manifestarse en un procedimiento de despido que se sigue con las formalidades de la Ley.

3.3. Casación n.º 23345-2022-Del Santa

La Sala Suprema declaró INFUNDADO el recurso de casación de la demandante y, en consecuencia, NO CASÓ la sentencia de vista que había desestimado la nulidad del despido.

La recurrente, empleada de una empresa del Estado, fue despedida bajo la causal de inhabilitación administrativa impuesta por la Contraloría General de la República, y alegó que su cese fue una represalia por haber interpuesto una demanda contencioso-administrativa contra dicha inhabilitación.

La Sala Suprema precisó que, para acreditar el despido nulo, se requieren dos elementos acumulativos. Primero, una relación de causalidad directa, requisito que no se cumplió al existir un lapso de aproximadamente un año y once meses entre la admisión a trámite de su demanda (28 de enero de 2019) y la carta de despido (21 de diciembre de 2020). Segundo, la Sala enfatizó que no se acreditaron actitudes o conductas del empleador que evidenciaran un propósito de impedir el reclamo. Además, el proceso judicial no fue dirigido contra su empleador directo, sino contra un tercero (la Contraloría), lo que descartaba la conexión directa y personal necesaria para activar la protección del artículo 29.c de la LPCL.

3.4. Casación laboral n.º 12864-2022-Lima

La Sala Suprema declaró INFUNDADO el recurso del demandante y, en consecuencia, NO CASÓ la sentencia de vista, confirmando que no se configuró el despido nulo a pesar de que se declaró fundada la desnaturalización de su contrato modal.

El trabajador fundamentó su pretensión de nulidad en la muy próxima sucesión temporal entre la visita inspectiva de la SUNAFIL —de la cual la empresa tomó conocimiento el 27 de abril de

2015— y su cese, ocurrido solo tres días después, el 30 de abril. En este contexto, el demandante identificó y presentó como indicio de ánimo hostil concreto un memorándum interno (N.º 003-2015) del 28 de abril, mediante el cual la empleadora le solicitaba explicaciones por una ausencia de su centro de labores.

La Sala Suprema, en cumplimiento de su deber de verificar la existencia de indicios de represalia, examinó específicamente esta conducta del empleador. Concluyó que el mero ejercicio de las facultades de supervisión y control, materializado en una solicitud de información sobre una incidencia puntual, no podía ser considerado por sí solo como una manifestación de ánimo hostil destinado a impedir reclamos. Al considerar insuficiente este único argumento del demandante para demostrar una retaliación, y en ausencia de cualquier otro indicio que revelara un propósito represarial, la Corte determinó que la sola proximidad temporal de los hechos era un elemento débil e incapaz de configurar por sí solo la causal de nulidad.

3.5. Casación n.º 41979-2022-Lima

La Sala Suprema declaró FUNDADO el recurso de la demandante, CASÓ la sentencia de vista y, actuando en sede de instancia, declaró FUNDADA la pretensión de reposición por despido nulo.

La actora, quien en el mismo proceso de despido nulo demandó reconocimiento de relación laboral a plazo indeterminado (ya que su contrato era uno a plazo fijo), comunicó formalmente a la Dirección de Gestión del Talento Humano de la empleadora, mediante carta de 17 de abril de 2019, que había interpuesto una denuncia ante la SUNAFIL en la que solicitaba que se verificase su desnaturalización contractual.

La Universidad respondió el 26 de abril, expresando su "*firme voluntad de colaboración*". Sin embargo, trece días después de la comunicación inicial (el 30 de abril de 2019), la PUCP decidió no renovar el contrato temporal que venía sosteniendo la relación. Para la Sala Suprema, esta proximidad temporal fue un indicio fundamental del nexo causal.

La sentencia reforzó esta conclusión destacando que la trabajadora carecía de sanciones disciplinarias. Esta ausencia de una causa justa alternativa para el despido consolidó la presunción de que el motivo real fue la represalia por la denuncia. Es de resaltar que, a diferencia de otros fallos, la Corte no analizó de manera explícita la existencia de conductas hostiles previas a la queja, sino que infirió el ánimo de represalia directamente de la combinación de la secuencia de eventos y la falta de justificación para el cese.

4. Criterios jurisprudenciales para una aplicación previsible del despido nulo por queja

El examen de la jurisprudencia analizada permite identificar un conjunto de criterios que la Corte Suprema evalúa de manera recurrente al resolver sobre la configuración del despido nulo por queja. Desde nuestra perspectiva, la sistematización de estos elementos constituye un aporte fundamental para generar predictibilidad en la aplicación de esta figura legal.

El presente análisis propone un marco de indicios ponderables que, articulados de manera coherente, permiten desentrañar la verdadera motivación detrás de la decisión de declarar o no la nulidad del despido por represalia. Esta sistematización surge tanto del estudio objetivo de los precedentes como de nuestra interpretación de los patrones jurisprudenciales identificados.

A continuación, se desarrollan los cuatro criterios centrales que emergen del análisis integral de los casos comentados, los cuales operan de forma interrelacionada para determinar la existencia del nexo causal entre la queja y el despido.

4.1. La aplicación práctica del plazo reglamentario

Se constata una diferencia significativa entre el parámetro temporal del artículo 47 del RLPCL y lo que efectivamente considera la jurisprudencia para atribuir significado de represalia. Mientras el reglamento establece un plazo de protección de hasta tres meses desde la ejecutoria de la resolución que pone fin al procedimiento —periodo extenso dada la duración de los procesos administrativos y judiciales—, la jurisprudencia aplica criterios temporales más restrictivos en la práctica.

Esto quiere decir que, en la práctica, la mera sucesión temporal de eventos entre el supuesto hecho que genera el cese y el cese, incluso en plazos brevísimos de apenas días, no resulta ser determinante para acreditar el ánimo de represión por parte de la empresa.

La jurisprudencia ha considerado insuficientes intervalos temporalmente próximos cuando no se acompañan de otros elementos contextuales.

Por el contrario, lapsos más extensos adquieren un matiz de represión durante la valoración de los hechos cuando coinciden con conductas cuestionables o cuando la parte empleadora no logra sustentar convincentemente la causa invocada para la desvinculación, sea esta la falta de renovación de un contrato a plazo fijo o un trámite de despido.

4.2. La exigencia reglamentaria de conductas de represión

El artículo 47 del Reglamento de la LPCL establece taxativamente como requisito para la configuración del despido nulo que se acredite que la queja *"está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores"*. Esta disposición reglamentaria, que establece un estándar probatorio concreto para el nexo cau-

sal, no debería ser obviada en la aplicación jurisprudencial. Sin embargo, se observa una aplicación irregular de este requisito.

En algunos pronunciamientos, la Corte verifica rigurosamente la existencia de conductas hostiles, como cuando considera que la investigación del correo electrónico del trabajador sin autorización judicial constituye por sí misma una actitud que evidencia el propósito de impedir reclamos. No obstante, otros fallos hacen patente una tendencia a declarar la nulidad sin exigir de manera explícita la acreditación de conductas de represión antecedentes. Esta aplicación selectiva genera inseguridad jurídica respecto al estándar probatorio aplicable.

La aplicación inconsistente del requisito reglamentario desvirtúa el equilibrio que el legislador buscó establecer. El artículo 47 del Reglamento de la LPCL, al exigir la acreditación de conductas de represión por la queja o denuncia que evidencien el propósito de impedir reclamos, constituye un filtro jurídico equilibrado que no excede el marco de la ley, sino que la desarrolla técnicamente.

Este estándar garantiza que la declaración de nulidad —con sus consecuencias de reposición y pago de beneficios devengados— se reserve para los casos en que efectivamente exista una represalia.

Cuando no se configuren estas conductas de represión, el ordenamiento jurídico ofrece otras vías de tutela como el despido arbitrario, incausado o fraudulento, que permiten al trabajador cuestionar la decisión extintiva sin necesidad de acreditar el elemento subjetivo de represalia. Esta distinción gradúa la protección según la gravedad de la vulneración, asegurando que cada supuesto tenga su restitución o resarcimiento específico sin sacrificar la seguridad jurídica del sistema.

4.3. Las partes que intervienen en la queja o denuncia como elemento delimitador de la protección

La jurisprudencia ha establecido de manera consistente que la protección del inciso c) del artículo 29 de la LPCL opera exclusivamente cuando existe una conexión directa entre la queja interpuesta y el empleador contra quien se dirige la demanda de nulidad. Este criterio delimita rigurosamente el ámbito de aplicación de la figura.

El desarrollo reglamentario del artículo 47 precisa este requisito al exigir que la queja haya sido *"planteada contra el empleador ante las Autoridades Administrativas o Judiciales competentes"*. Esta redacción excluye taxativamente diversas situaciones que podrían intentar ampararse bajo la protección del despido nulo. No constituirían supuestos protegidos por este literal las quejas presentadas ante comités internos contra el hostigamiento sexual, las participaciones en investigaciones administrativas internas de la empresa, las intervenciones en comités de seguridad y salud en el trabajo, o cualquier reclamo de carácter estrictamente intraempresarial.

Tampoco se extiende la protección a los reclamos dirigidos contra terceros que carezcan de competencia específica sobre la materia objeto de la queja, incluso cuando se trate de entidades públicas. Asimismo, queda excluida la protección cuando el trabajador invoca como fundamento de su

demanda acciones ejercidas por su sindicato o por compañeros de trabajo, sin que haya mediado una queja o participación personal y directa en un proceso contra su empleador.

Esta delimitación encuentra sustento en que la figura del despido nulo por queja está concebida como una protección de carácter personal que tutela el ejercicio individual de derechos frente al empleador, sin extenderse a supuestos de representación colectiva o apoyo a reclamos ajenos. La aplicación restrictiva de este criterio fortalece la seguridad jurídica al establecer parámetros claros sobre las situaciones que activan esta protección especial.

5. La incorporación de criterios extralegales en el análisis del nexo causal de una represalia

El análisis jurisprudencial evidencia que la Corte Suprema ha incorporado en su valoración elementos que no forman parte de los requisitos establecidos en la norma. Si bien esta práctica busca dotar de mayor solidez a la decisión judicial, introduce factores que carecen de sustento normativo y podrían generar serios riesgos para la predictibilidad del sistema. Esto ocurriría especialmente si es que instancias inferiores a la Corte Suprema no comprenden que la búsqueda de estos elementos debe limitarse a ser coadyuvantes para establecer la verosimilitud de una intención de represión, y no constituyen parámetros que las empresas estén obligadas a superar en todos los casos.

Entre estos criterios extralegales destaca la exigencia de que el trabajador carezca de antecedentes disciplinarios como refuerzo de la presunción de represalia. Este requisito no previsto en la normativa presenta graves problemas de aplicación práctica. Desde una perspectiva jurídica, ni la Ley ni su Reglamento exigen como condición para el ejercicio legítimo de la facultad disciplinaria frente a una falta grave que el empleador haya aplicado sanciones previas al trabajador. Tampoco constituyen hechos vinculantes a la decisión de renovar o no un contrato modal, ni al retiro de confianza.

Desde la gestión empresarial, resulta problemático sugerir que los empleadores deban generar historiales disciplinarios como mecanismo preventivo. Esta visión podría incentivar prácticas contrarias a la buena fe laboral y distorsionar el genuino ejercicio de la facultad sancionadora.

Otro elemento incorporado extralegalmente es el análisis de la legalidad en la obtención de las pruebas que sustentan el despido. Si bien la valoración de la licitud probatoria es relevante para una impugnación judicial —y es muy probable que pueda ameritar una reposición por despido fraudulento o una indemnización por despido arbitrario, a consideración del trabajador litigante—, su conversión en requisito para la configuración del despido nulo por represalia excede el marco normativo específico de esta figura.

Es razonable afirmar que en los casos analizados estos criterios extralegales se han encausado como elementos coadyuvantes para formar convicción sobre el ánimo de represalia, pero nunca deben entenderse como condiciones indispensables para declarar la verosimilitud de una represalia.

El verdadero reto para los jueces radica en distinguir entre un error en la gestión de recursos humanos —incluso siendo temerario, como por ejemplo utilizar contratos modales sin una correcta causa objetiva y no renovarlos— y una auténtica represalia por el ejercicio del derecho de queja del trabajador.

La nulidad de despido es un supuesto específico de protección que requiere acreditar el elemento subjetivo de represalia, no simplemente constatar deficiencias en la gestión laboral o defectos en un cese (sea en un trámite de despido, falta de renovación de contrato a plazo fijo o retiro de confianza, por citar algunos ejemplos). De lo contrario, se crea el riesgo de que todo trabajador pueda interponer quejas pocos días antes de la fecha en la cual él esté seguro de que el empleador extinguirá su vínculo y, ante la ausencia de sanciones disciplinarias, argumente exitosamente que la extinción de su relación de trabajo obedece a represalia.

6. La ponderación del fondo de la queja como elemento coadyuvante en la valoración del nexo causal

La correcta aplicación del despido nulo por queja exige distinguir entre la auténtica represalia y el uso estratégico de esta figura protectora. Esta delimitación resulta crucial para asegurar que la institución cumpla su verdadera función de sancionar la represalia y no se convierta en un resguardo para reclamos injustificados, temerarios o de mala fe interpuestos con la única finalidad de obtener una protección reforzada.

En la Casación N.º 8544-2017-LIMA, la Sala Suprema ya había señalado como un "*elemento coadyuvante en la decisión*" el hecho de que la demanda laboral original del trabajador —que fundamentaba la causal de nulidad— hubiera sido declarada infundada en sede judicial. Si bien el pronunciamiento aclaró que este resultado no era determinante por sí mismo, su inclusión en la motivación demuestra que la solidez del reclamo original puede influir en la valoración del nexo causal. Esta consideración sutil pero relevante revela que los jueces no examinan la queja como un hecho aislado, sino en relación con su fundamento real y verosímil.

Consideramos que este criterio de la Casación 8544-2017-LIMA debe ser extensible a todos los casos en que el estado del procedimiento principal permita constatar la falta de verosimilitud del reclamo original. Esta perspectiva se justifica al analizar la finalidad protectora del inciso c) del artículo 29 de la LPCL, destinada a tutelar el ejercicio legítimo del derecho de defensa. La protección no puede operar mecánicamente cuando el trabajador, ante un despido inminente o una gestión laboral deficiente pero no represalia, instrumenta estratégicamente una queja para obtener una protección reforzada que no corresponde.

La verificación del resultado o solidez de la queja adquiere especial relevancia para distinguir entre el ejercicio legítimo de derechos y la instrumentalización de la figura protectora. Cuando el desarrollo del proceso principal permite apreciar que la queja carecía de fundamento sustancial, este elemento se convierte en un indicio válido para evaluar si existió una auténtica represalia o, por el contrario, si el trabajador buscó crear artificialmente las apariencias de una retaliación. Esta valoración coadyuvante resulta particularmente pertinente cuando la cronología de los hechos

muestra que la queja precedió inmediatamente a una decisión extintiva que ya estaba en gestación por causas ajenas a la posible represalia.

La incorporación de este análisis no implica condicionar la declaración de nulidad al resultado favorable de la queja, sino reconocer que la falta de verosimilitud del reclamo original, cuando es constatable, contribuye a desvirtuar la presunción de represalia. De este modo, se preserva la integridad de la figura del despido nulo, asegurando que proteja los reclamos legítimos sin amparar estrategias destinadas a obtener indebidamente las consecuencias propias de la reposición con pago de beneficios devengados.

7. Conclusiones

El examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema permite extraer conclusiones fundamentales que trascienden la mera identificación de criterios dispersos, configurando un marco para la aplicación del despido nulo por represalia por queja. Estas conclusiones revelan la lógica subyacente en lo que superficialmente podría percibirse como contradicciones jurisprudenciales.

- A. El análisis jurisprudencial desarrollado revela que la aplicación del despido nulo por queja dista de constituir un sistema de reglas automáticas. Por el contrario, emerge como un proceso de valoración integral donde la Corte Suprema pondera múltiples factores para distinguir entre la auténtica represalia y el uso instrumental de la figura.
- B. La aparente tensión entre criterios restrictivos y flexibles encierra en realidad un sofisticado mecanismo de ponderación. La Corte no elige entre proteger al trabajador o garantizar la seguridad jurídica del empleador, sino que diseña estándares probatorios diferenciados según el caso.
- C. La sistematización de los criterios jurisprudenciales responde a la necesidad de preservar la naturaleza excepcional del despido nulo. Esta delimitación evita que la figura se convierta en un resguardo para situaciones donde, existiendo un cuestionamiento legítimo del despido, este debe cuestionarse con una tipología diferente a la del despido nulo por represalia por queja.
- D. La articulación de los criterios jurisprudenciales —aplicación práctica del plazo reglamentario, exigencia de conductas de represión, delimitación de las partes en la queja y consideración de elementos extralegales—, con la ponderación del fondo de la queja como elemento coadyuvante, permite construir un marco analítico que optimiza la valoración del nexo causal, evitando tanto la impunidad de las represalias como la instrumentalización de la figura protectoria.
- E. La jurisprudencia analizada revela así que es posible conseguir un equilibrio razonable para distinguir entre auténticas represalias y un intento de ejercicio abusivo del derecho.



Foro de
Actualidad

Foro de Actualidad

España

LA RECTIFICACIÓN DE ERRORES EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y SUS EFECTOS EN LA CADUCIDAD: ¿GARANTÍA PARA EL ADMINISTRADO O RETO PARA LA ADMINISTRACIÓN?

Val del Valle Aguiar y Claudia Viejo Ortiz

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

La rectificación de errores en el procedimiento sancionador y sus efectos en la caducidad: ¿garantía para el administrado o reto para la Administración?

El artículo analiza la rectificación de errores en el procedimiento administrativo sancionador, especialmente en el ámbito de la defensa de la competencia, y sus efectos sobre la caducidad del procedimiento. Se parte de la premisa de que los procedimientos sancionadores están sujetos a plazos máximos de resolución. La rectificación de errores permite a la Administración corregir errores materiales, de hecho o aritméticos en sus actos, pero debe aplicarse de forma restrictiva y nunca para modificar aspectos sustantivos o jurídicos del acto administrativo. No se permite utilizar la rectificación para alterar el contenido o la finalidad jurídica del acto, ya que ello supondría una revisión encubierta, prohibida por la ley y la jurisprudencia. A través del análisis del caso ANELE y otros similares, se ilustra cómo la extralimitación en la rectificación de errores puede tener consecuencias graves. En estos supuestos, la fecha relevante para determinar la finalización del procedimiento pasa a ser la del acuerdo de rectificación, y no la de la resolución originaria, lo que puede llevar a la caducidad

del procedimiento. Así, lo que en principio parece reforzar las garantías del sancionado puede, en la práctica, derivar en una mayor rigidez y cautela por parte de la Administración, con posibles efectos negativos para ambas partes.

PALABRAS CLAVE:

Rectificación de errores; Caducidad; Procedimiento sancionador; Administración pública; Errores materiales.

Rectifying errors in sanctioning proceedings and how this affects the process: an individual safeguard or a constraint for the Administration?

The article analyses the rectification of errors in administrative sanctioning proceedings, especially in competition law, and its impact on the proceedings' timeframe. It is based on the premise that sanctioning proceedings must be resolved within a particular maximum period. Corrections allow the Public Administration to rectify material, factual or arithmetic mistakes in its acts, but they must be applied restrictively and must never be used to modify the substantive or legal aspects of an administrative act. Correction cannot be used to alter the content or legal purpose of the act, as this would constitute an indirect review, which is prohibited by law and case law. Analysing the ANELE case and other similar cases shows how exceeding the limits in error correction can have serious consequences. In such situations, the relevant date for determining the conclusion of the proceedings is that of the correction agreement, rather than the original resolution. This can result in the proceedings expiring. Therefore, while it may initially appear to reinforce the guarantees of the sanctioned party, in practice it can cause the Administration to be more rigid and cautious, which could have negative effects for everyone involved.

KEYWORDS:

Rectifying errors, expiry, sanctioning procedure, public administration, material errors.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-12-2025

del Valle Aguiar, Val; Viejo Ortiz, Claudia (2025). La rectificación de errores en el procedimiento sancionador y sus efectos en la caducidad: ¿garantía para el administrado o reto para la Administración? *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 121-134 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia están sometidos a plazos máximos de resolución, que constituyen una garantía fundamental para los administrados. El artículo 36.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") establece que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia es de veinticuatro meses, contados desde la fecha del acuerdo de incoación. El transcurso de dicho plazo determina la caducidad del procedimiento sancionador. Esta cuestión adquiere especial relevancia cuando, en el marco de procedimientos sujetos a un plazo de caducidad para resolver y notificar, se dictan acuerdos de rectificación de errores. Si dichos acuerdos modifican aspectos esenciales de la conducta sancionada, se produce una extralimitación de la potestad de rectificación. En estos casos, la fecha que debe tomarse como referencia para determinar la finalización del procedimiento no es la de la resolución originaria, sino la del propio acuerdo de rectificación de errores que excede sus límites legales. Ello puede conllevar que se supere el plazo máximo legalmente establecido y, en consecuencia, que el procedimiento sancionador incurra en caducidad.

La cuestión relativa a los límites de la rectificación de errores y sus consecuencias sobre la caducidad de los procedimientos sancionadores ha adquirido especial importancia a raíz de sentencias recientes. En este sentido, en recientes pronunciamientos judiciales relacionados con la impugnación de resoluciones sancionadoras de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (“CNMC”), la Audiencia Nacional, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 33.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (“LJCA”), ha decidido abrir un trámite específico para que las partes se pronunciaran expresamente sobre la incidencia del acuerdo de rectificación de errores en la posible caducidad del procedimiento sancionador. Este precepto permite al tribunal, de oficio, abrir un trámite específico para que las partes se pronuncien sobre cuestiones que, aunque no hayan sido planteadas inicialmente en el proceso, el órgano judicial considera esenciales para la resolución del litigio. El uso de este mecanismo no es habitual, ya que, en la práctica, los tribunales suelen ceñirse a los motivos y argumentos expuestos por las partes. La decisión de emplear el artículo 33.2 LJCA revela, por tanto, la trascendencia jurídica y práctica de la cuestión, y subraya la importancia que los tribunales otorgan a la correcta delimitación de los efectos de la rectificación de errores, especialmente en lo que respecta a la caducidad de los procedimientos sancionadores.

La problemática central radica en determinar cuándo un acuerdo de rectificación de errores excede los límites legalmente establecidos y qué consecuencias se derivan de dicha extralimitación. Como se observará a continuación, de acuerdo con consolidada jurisprudencia, el error susceptible de rectificación se caracteriza por ser *“ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse prima facie por su sola contemplación”*. Debe consistir en *“simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos”*, y debe poder apreciarse *“teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte”*, sin que sea posible acudir a fuentes externas para rectificar el dato erróneo¹. Amparándose en la corrección de un simple error material, la Administración no puede efectuar en realidad una revisión o revocación del acto, ya que ello supondría incurrir en fraude de ley. Además, la modificación sustancial de cualquier resolución mediante acuerdo de rectificación supone que deba considerarse como resolución completa la que resulte tras el acuerdo de rectificación, con el consecuente riesgo de que el procedimiento sancionador haya incurrido en caducidad por transcurso del plazo máximo legal para dictar una resolución.

2. La rectificación de errores en el procedimiento sancionador

2.1. Concepto y características de la rectificación de errores

El título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“LPACAP”) regula la potestad de la Administración para revisar sus propios actos, estableciendo distintos regímenes en función de la naturaleza y el alcance del error detectado. En particular, los acuerdos de rectificación de errores encuentran su base legal en el artículo 109.2 (anteriormente regulado en el art. 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

de Régimen Jurídico del Procedimiento Administrativo Común), que reconoce a la Administración la facultad de aclarar o rectificar, tanto de oficio como a instancia de parte, los errores materiales, de hecho o aritméticos que puedan existir en los actos administrativos, en los siguientes términos: *"Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos"*.

La potestad de corregir errores en los actos administrativos constituye un instrumento jurídico que se aplica exclusivamente sobre actos válidos, existentes y plenamente eficaces. Su finalidad es permitir a la Administración rectificar la manifestación formal de su voluntad cuando, por un error puramente material, este pudiera generar consecuencias no deseadas. Así, se asegura que la voluntad administrativa real prevalezca sobre defectos accidentales de forma, preservando tanto la legalidad como la eficacia del acto.

Es necesario precisar en qué consiste el error susceptible de rectificación. El error material, de hecho, o aritmético se produce cuando el contenido jurídico del acto es correcto y válido, pero contiene una equivocación manifiesta, generalmente derivada de una transcripción incorrecta o del tratamiento inexacto de los antecedentes documentales. No son susceptibles de rectificación los errores jurídicos ni los que requieren una nueva calificación jurídica.

De acuerdo con consolidada jurisprudencia, el error susceptible de rectificación se caracteriza por ser *"ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse prima facie por su sola contemplación"*. Debe consistir en *"simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos"*, y debe poder apreciarse *"teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte"*, sin que sea posible acudir a fuentes externas para rectificar el dato erróneo².

Por ello, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores, es necesario que el error identificado reúna las siguientes siete condiciones³:

- "1) Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos;*
- 2) Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte;*
- 3) Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables;*
- 4) Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos;*
- 5) Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica);*

6) *Que no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión;*

7) *Que se aplique con un hondo criterio restrictivo".*

En estos casos, el error no compromete la validez del acto administrativo, ya que su rectificación no altera la voluntad jurídica expresada. Por esta razón, es la propia ley la que restringe la potestad de revisión de oficio a los denominados *errores materiales*, conforme a la doctrina y jurisprudencia: errores en nombres, fechas, cálculos aritméticos o simples transcripciones documentales. Se trata, por tanto, de desajustes formales que no afectan a la esencia ni a los efectos jurídicos del acto. Ejemplos representativos son la rectificación de simples erratas⁴, la corrección de identificaciones equivocadas de los sujetos afectados⁵ o la subsanación de errores numéricos o de referencia⁶. Se trata, en definitiva, de equivocaciones materiales que pueden enmendarse sin alterar la esencia ni la validez del acto administrativo.

2.2. Límites de los acuerdos de rectificación de errores y consecuencias de la extralimitación

El cauce del artículo 109.2 LPACAP está diseñado exclusivamente para la rectificación de errores que se derivan de una clara discordancia entre la voluntad de la Administración y la manifestada en el texto del acto, y debe aplicarse de manera restrictiva. Está excluido de su ámbito todo aquello que se refiera a cuestiones de derecho, apreciación de la transcendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración legal de las pruebas, interpretación de disposiciones legales y calificaciones jurídicas que puedan establecerse.

Tiene pleno sentido que la rectificación de errores se interprete y aplique con un criterio estrictamente restrictivo. En la práctica, esta vía se invoca con frecuencia como un mecanismo alternativo para cuestionar actos firmes ya no susceptibles de recurso, aprovechando que la norma permite la rectificación *"en cualquier momento"*⁷. Se trata de una facultad que —por ser una excepción a los cauces ordinarios de revisión de los actos administrativos previstos en los artículos 106 y 107 de la LPACAP— ha de ser interpretada de modo restrictivo. Si no se aplicara con cautela, la figura podría desnaturalizarse y convertirse en una vía indirecta de revisión de actos administrativos consentidos o firmes.

En coherencia con lo anterior, por medio de la rectificación de errores no puede producirse una alteración fundamental del sentido del acto, sino que el acto rectificador debe mostrar *"idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión"*⁸.

Por consiguiente, la jurisprudencia ha establecido que *"la pura rectificación material de errores de hecho [...], no implica una revocación del acto previo en términos jurídicos, cuyo contenido sustan-*

cial sigue siendo el mismo. De ahí que el acto rectificado subsista y conserve su eficacia, pues solo se persigue que tales errores claros y evidentes no pervivan"⁹. Y de ahí que, cuando la rectificación exceda estos límites, el acto rectificado pierda su eficacia, como se verá en el siguiente apartado.

En definitiva, queda prohibido el uso de la potestad de corrección de errores materiales para alterar el contenido o la finalidad jurídica del acto, y una Administración no puede realizar, bajo el pretexto de rectificar un mero error material, una auténtica operación de revisión o revocación (lo que supondría un fraude de ley). Como ha declarado el Consejo de Estado en su Dictamen de 5 de octubre de 1995, n.º 2082/95: *"La necesidad de preservar las garantías de los ciudadanos, debe llevar a un uso precavido y responsable de la vía de la rectificación de manera que únicamente se produzca en aquellos casos en los que esté claro que se ha producido un mero error material, de hecho o aritmético en el acto administrativo y que dicho error se deduzca, del propio acto administrativo, sin necesidad de interpretaciones adicionales; en los demás casos deberá acudir a la vía de revisión, que es el camino a través del cual la Administración pretende volver sobre sus propios actos por considerarlos nulos"*.

La consecuencia de que no concurren estos requisitos implica que la rectificación del contenido del acto por esta vía supone una extralimitación de la actividad administrativa. Ello conlleva, de forma inevitable, la nulidad de pleno derecho del acuerdo de rectificación, al encajar en el supuesto previsto en el artículo 47.e) de la LPACAP. En estos casos, las resoluciones impugnadas presentan un contenido sustancialmente diferente al de las originales, lo que evidencia que han sido dictadas al margen del procedimiento legalmente establecido, como ha declarado la jurisprudencia¹⁰.

No obstante, la nulidad de pleno derecho del acto de rectificación no es la única consecuencia derivada de la extralimitación en los acuerdos de rectificación. Cuando tales acuerdos se dictan en el contexto de procedimientos sujetos a un plazo de caducidad para resolver y notificar, como ocurre en los procedimientos sancionadores, se produce un efecto adicional de especial relevancia. En estos supuestos, la fecha que se toma como referencia para determinar la finalización del procedimiento no es la de la resolución de fin originaria (por ejemplo, en el caso de un procedimiento sancionador, la resolución sancionadora), sino la del acuerdo de rectificación de errores que ha excedido sus límites legales. Esta circunstancia puede provocar que se vea superado el plazo máximo legalmente establecido, y por ende que el procedimiento incurra en caducidad. Esta importante consecuencia, así como su incidencia práctica, será analizada con mayor detalle en el apartado siguiente.

Por tanto, la vía de la rectificación de errores es una facultad excepcional a los cauces ordinarios de revisión de actos administrativos previstos en los artículos 106 y 107 de la LPACAP, y, como toda excepción, debe aplicarse con un *"hondo criterio restrictivo"*. La frontera entre un recurso extraordinario de revisión y la subsanación del error vía rectificación *"no es el grado de evidencia del mismo [el error], sino el que el mismo incide en el plano de lo puramente fáctico, sin poner en cuestión declaraciones conceptuales de inequívoco carácter jurídico"*¹¹.

3. El caso ANELE

3.1. Antecedentes fácticos: actuaciones en vía administrativa y pretensiones de las sociedades afectadas en vía judicial

De forma preliminar al análisis jurídico, es importante señalar que, en vía administrativa, el expediente sancionador S/DC/0594/16 ANELE se inició a raíz de una denuncia presentada el 27 de septiembre de 2016, seguida de información reservada y de inspecciones realizadas en marzo de 2017. Tras las inspecciones de marzo de 2017, se produjeron las incoaciones y ampliaciones del expediente entre 2017 y 2018. En diciembre de 2018, se emitió el pliego de concreción de hechos, se cerró la fase de instrucción y se formuló la propuesta de resolución. El procedimiento fue suspendido por la remisión de información a la Comisión Europea entre el 7 de marzo de 2019 y el 8 de abril de 2019. Posteriormente, el procedimiento culminó con la resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 30 de mayo de 2019 (la “Resolución sancionadora”), que posteriormente fue objeto de un acuerdo de rectificación de errores el 20 de junio de 2019.

Mediante la Resolución sancionadora, la CNMC imputó a un grupo de sociedades (el “Grupo”) una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) consistente en la realización e implementación de acuerdos y prácticas concertadas entre varias editoriales, con la coordinación de la Asociación Nacional de Editores de Libros y Material de Enseñanza (“ANELE”), en el marco del desarrollo y aplicación de un Código de Conducta (“CDC”). Adicionalmente, la Resolución sancionadora considera que una de las sociedades del grupo (la “Sociedad comercializadora”) habría cometido una segunda infracción única y continuada de los artículos 1 LDC y 101 TFUE consistente en la realización e implementación de acuerdos y prácticas concertadas entre las editoriales, con la colaboración de ANELE, para coordinar las condiciones de comercialización de los libros de texto en formato digital.

Interesa destacar que la Sociedad comercializadora es la encargada de la comercialización de los libros. Las restantes sociedades del Grupo se limitan a la edición de los libros que posteriormente la Sociedad comercializadora distribuye en el mercado.

El 20 de junio de 2019, la CNMC dictó un acuerdo de rectificación de errores de Resolución sancionadora (el “Acuerdo de rectificación”). La CNMC afirmó haber incorporado erróneamente una tabla —la tabla 9— que contenía columnas de duración, volumen de negocios en el mercado afectado total y participación. Ordenó sustituirla y publicar la versión corregida en la web. La nueva tabla modificó la duración individual de la conducta y la cuota de participación en el mercado afectado de cada empresa, de modo que la Resolución sancionadora notificada en plazo contenía unos datos y la publicada tras el Acuerdo de rectificación contenía otros.

Concretamente, se pasó de una duración de abril de 2012 a diciembre de 2018 a una duración de abril de 2012 a mayo de 2017. En el caso de la Sociedad comercializadora, también disminuyó su porcentaje de participación. El Acuerdo de rectificación no explicó el error en que había incurrido la CNMC. La explicación la ofrece el Abogado del Estado en el trámite de alegaciones a la providencia de la Audiencia Nacional, que pidió a las partes que se pronunciaran sobre el alcance del

Acuerdo de rectificación. En dicho trámite, el Abogado del Estado alegó que la CNMC distinguía entre duración *general* (hasta diciembre de 2018) de la conducta y duración *individual* (hasta mayo de 2017) de las empresas.

Sin embargo, y aquí radica la paradoja fundamental del Acuerdo de rectificación, ninguno de los dos errores advertidos fue utilizado por la CNMC para reducir el tipo sancionador impuesto a la Sociedad comercializadora ni al resto del Grupo. Esta circunstancia resulta especialmente relevante, pues la duración de la infracción y el volumen de negocios en el mercado afectado constituyen elementos esenciales para el cálculo de la sanción conforme al artículo 64.1 LDC.

El Grupo impugnó tanto la Resolución sancionadora como su posterior rectificación, cuestionando tanto la calificación jurídica de los hechos como la sanción impuesta. En particular, puso de manifiesto la variación en la duración de la conducta y en el porcentaje del volumen de negocios en el mercado afectado total (“VNMA”), señalando que dichas modificaciones no se tradujeron en una reducción de los tipos sancionadores aplicados. En la demanda, se denunció que la CNMC había sobrestimado tanto el VNMA como la duración de la conducta supuestamente infractora, y que, aunque el Acuerdo de rectificación corrigió el porcentaje de participación de la Sociedad comercializadora y la duración de la infracción de diciembre de 2018 a mayo de 2017, no se ajustó en consecuencia el tipo individual de sanción.

Paralelamente, otra editorial sancionada en el mismo expediente ajena al Grupo (la “Editorial”) también impugnó la Resolución sancionadora.

En este caso, el Acuerdo de rectificación modificó el porcentaje de participación de la recurrente en el VNMA total de la infracción, aumentándolo, pese a mantener la misma duración de la infracción (de abril de 2012 a marzo de 2015) y el mismo VNMA. Esta circunstancia resulta especialmente significativa porque evidencia que, incluso en casos donde la duración individual no varió, el Acuerdo de rectificación alteró elementos sustanciales para el cálculo de la sanción.

3.2. Razonamiento de la Audiencia Nacional: extralimitación del acuerdo de rectificación de la CNMC

A la luz de lo expuesto, la Audiencia Nacional declara que el Acuerdo de rectificación introdujo modificaciones sustanciales en la Resolución sancionadora, afectando directamente a los elementos determinantes para el cálculo de la sanción conforme al artículo 64.1.b) y d) de la LDC, es decir, la cuota de mercado de las empresas responsables y la duración de la infracción. Tal y como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto al artículo 109.2 de la LPACAP, la rectificación únicamente puede amparar errores materiales, de hecho o aritméticos, siempre que sean patentes y no requieran valoración jurídica. Por tanto, la alteración de factores de graduación de la sanción excede claramente los límites de la potestad de rectificación.

La Sala destaca que, si se prescinde del Acuerdo de rectificación, la Resolución sancionadora presenta una evidente incoherencia interna. En efecto, mientras que en la fundamentación de la Resolución sancionadora se fija como fecha de finalización de la conducta infractora mayo de 2017, la tabla 9 original situaba dicho fin en diciembre de 2018. Esta discrepancia pone de manifiesto

que el Acuerdo de rectificación supuso una decisión jurídica de calado en relación con los criterios sancionadores, ya que —como se ha señalado— la rectificación redujo la duración de la conducta infractora desde abril de 2012 hasta mayo de 2017. Por tanto, la Audiencia Nacional concluye que la rectificación tenía entidad propia y resultaba imprescindible para determinar los criterios que fundamentan la sanción, de modo que no puede considerarse una mera errata.

Como se ha expuesto anteriormente, la rectificación de errores no puede dar lugar a una alteración sustancial del sentido del acto, sino que el acuerdo de rectificación debe mantener un contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio idéntico al del acto original, sin que la Administración pueda encubrir una auténtica revisión bajo el pretexto de ejercer su potestad rectificadora de oficio. En el caso presente, el Acuerdo de rectificación no respeta esta exigencia, ya que modifica de manera significativa elementos esenciales para la determinación de la sanción, alterando así el contenido sustantivo y resolutorio del acto que pretende corregir.

Por otro lado, un aspecto especialmente relevante que destaca la Audiencia Nacional en el caso de la Editorial es que la resolución inicial asignaba a una sociedad una participación en el VNMA total de la infracción que, tras la rectificación realizada en la tabla 9, pasaba a ser mayor, pese a que el VNMA se reducía. La Sala no se explica cómo al reducirse la duración de la infracción y minorarse el VNMA, la cuota de participación en el VNMA total de la infracción se incrementa. Esta circunstancia evidencia que el Acuerdo de rectificación no se limitó a corregir errores aritméticos, sino que implicó una recalificación sustancial de los elementos determinantes de la sanción.

La Audiencia Nacional deduce que la CNMC, consciente de la trascendencia del Acuerdo de rectificación en el procedimiento sancionador, no lo incluyó en los antecedentes de la resolución resultante tras él.

Por tanto, la principal consecuencia de que el Acuerdo de rectificación no se limite a una mera corrección de errores materiales, sino que implique una modificación sustancial de elementos esenciales de la Resolución sancionadora, es que la fecha que debe tomarse como referencia para determinar la finalización del procedimiento no es la de la Resolución sancionadora de 30 de mayo de 2019, sino la del propio Acuerdo de rectificación de 20 de junio de 2019. Declara la Sala que, al incidir el Acuerdo de rectificación en elementos esenciales de cuantificación de la sanción, la "*resolución completa y corregida*" debe entenderse dictada el 20 de junio de 2019. En este sentido, al haber vencido entonces el plazo máximo para dictar y notificar la resolución sancionadora de conformidad con el artículo 36.1 LDC, el procedimiento está caducado.

Por lo que respecta a la expiración del plazo máximo para resolver, el abogado del Estado afirmaba que, de no haberse dictado el Acuerdo de rectificación de errores, la Resolución sancionadora se habría notificado respetando el plazo de caducidad y solo presentaría un error que no afectaría al cálculo de la multa ni a la existencia de la infracción. En respuesta, la Sala argumenta que, sin el Acuerdo de rectificación, cualquier empresa de las sancionadas entendería que, a pesar de que en el cuerpo de la Resolución sancionadora el fin de la conducta se fija en mayo de 2017, como los criterios de graduación se encuentran en la tabla 9 y en ella el fin de la conducta se sitúa en diciembre de 2018, la sanción se habría impuesto atendiendo a esta última duración. En otras palabras, las empresas sancionadas no podrían saber que la sanción se había calculado atendiendo

a la finalización de la conducta en mayo de 2017 hasta el Acuerdo de rectificación de 20 de junio de 2019, una vez caducado el procedimiento.

La Audiencia Nacional declara que, dado el carácter común del instituto de la caducidad, su apreciación afecta a todas las empresas sancionadas. En efecto, la corrección de la duración de la infracción (de diciembre de 2018 a mayo de 2017) afectó a todas las entidades del Grupo sancionadas. La duración de la infracción constituye uno de los elementos esenciales para el cálculo del tipo sancionador general aplicable a todas las empresas participantes en la conducta anticompetitiva. La reducción de más de un año y medio en la duración de la infracción debería haber dado lugar a una reducción del tipo sancionador general, lo que a su vez habría afectado a las sanciones individualizadas impuestas a cada una de las entidades.

En consecuencia, la caducidad del procedimiento, dado su carácter común, afecta a todas las empresas sancionadas, salvo que la Resolución sancionadora se haya notificado dentro del plazo o no haya requerido una rectificación sustantiva para alguna de ellas, lo cual no ocurre en este caso. Esto es aplicable tanto al Grupo como a la Editorial y al resto de empresas sancionadas en el expediente ANELE, independientemente de que el Acuerdo de rectificación de errores no haya alterado la duración de su conducta infractora o las cifras de su VNMA.

En el caso específico de la Editorial, el denominado acuerdo de rectificación modificó el porcentaje de participación en el VNMA total de la infracción, que pasa del 1,6 % al 1,9 % pese a mantener la misma duración de la infracción y el mismo VNMA. La Sección Sexta de la Audiencia Nacional reitera la misma doctrina, de tal manera que, por los mismos fundamentos de derecho aplicados al caso del Grupo, el recurso de la Editorial ha de ser estimado a los efectos de declarar la caducidad del procedimiento sancionador.

4. Casos similares

La doctrina sentada en el caso ANELE ha encontrado reflejo en otros supuestos similares, en los que —tras la tramitación de un procedimiento sancionador instruido por la CNMC por presuntas infracciones de la LDC— se ha dictado un acuerdo de rectificación de errores una vez concluido formalmente el procedimiento.

En el caso específico al que nos referimos, la CNMC inició un procedimiento sancionador por la comisión de una presunta infracción del artículo 1 LDC y, como resultado, impuso una sanción al infractor. Sin embargo, unos meses después, cuando ya había transcurrido ampliamente el plazo para resolver y notificar, la CNMC emitió un acuerdo de rectificación de errores. En este acuerdo, se reconoció la existencia de un supuesto error material relacionado con la tabla que compilaba los datos sobre el VNMA y la duración de la infracción.

En concreto, según el texto de la resolución sancionadora, la infracción sancionada se había producido durante un periodo que no coincidía con el que figuraba en la tabla. Por lo tanto, el acuerdo de rectificación de errores procedió a corregir los datos del VNMA para que correspondieran con el período de duración de la infracción establecido en la resolución sancionadora. Como

consecuencia de esta corrección, se redujo el VNMA, lo que a su vez alteró las sanciones finales impuestas a varias empresas.

La resolución sancionadora fue recurrida en vía judicial, con lo que se inició un largo proceso judicial. Más de cuatro años después de presentada la demanda, y unos meses después de haberse dictado sentencias en el caso ANELE tratado en el apartado anterior, el tribunal, sobre la base del artículo 33.2 LJCA, decidió abrir un trámite específico para que las partes se pronunciaran expresamente sobre la incidencia que podía tener el acuerdo de rectificación de errores en la posible caducidad del procedimiento sancionador, a la luz de las sentencias del caso ANELE.

Por supuesto, entendemos que, en el presente caso, el acuerdo sancionador se ha extralimitado, pues altera la densidad antijurídica de la conducta sancionada y el contenido sustantivo de la resolución sancionadora. El acuerdo de rectificación incide en dos de los elementos que se toman en cuenta para calcular la sanción: la duración de la infracción y el VNMA, y, por ende, modifica la sanción impuesta. La alteración de estas magnitudes supone una alteración del contenido antijurídico de la conducta que se pretende sancionar y, en último término, del reproche que corresponde aplicar a esa conducta. Ello supone que la determinación de elementos tan esenciales como el VNMA o la duración de la infracción constituye un auténtico ejercicio de la potestad sancionadora, y no una simple corrección o rectificación. Por tanto, el acto administrativo de rectificación no presenta un contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio idéntico al del acto que pretende rectificar. En añadidura, los volúmenes de negocios en el mercado afectados no se derivan del expediente administrativo, o, al menos, no se justifica en el acuerdo de rectificación. Por todo lo anterior, el acuerdo de rectificación estaría, en nuestra opinión, pretendiendo una revisión encubierta de la resolución recurrida, vedada por la consolidada doctrina del Tribunal Supremo, que debería haberse sustanciado por los cauces previstos en el artículo 106 de la LPACAP. Por supuesto, habrá que esperar a ver cómo se resuelve. En cualquier caso, es clara la trascendencia que puede tener el caso ANELE en estos supuestos, lo que *a priori* es una buena noticia para el administrado.

5. Reflexiones finales

La potestad administrativa de rectificación de errores constituye, cuando se ejerce dentro de sus límites legales, un instrumento jurídico de gran valor tanto para la Administración como para los administrados. Su finalidad es permitir a la Administración rectificar la manifestación formal de su voluntad cuando, por un error puramente material, este pudiera generar consecuencias no deseadas, asegurando que la voluntad administrativa real prevalezca sobre defectos accidentales de forma, preservando tanto la legalidad como la eficacia del acto. Desde la perspectiva del administrado, esta potestad representa una garantía esencial de corrección inmediata de errores manifiestos sin necesidad de acudir a procedimientos de revisión más complejos o a la vía judicial. La facultad reconocida en el artículo 109.2 LPACAP de aclarar o rectificar, tanto de oficio como a instancia de parte, los errores materiales, de hecho o aritméticos que puedan existir en los actos administrativos, permite que el administrado obtenga una respuesta rápida y eficaz ante equivocaciones evidentes que, de otro modo, requerirían la interposición de recursos administrativos o contencioso-administrativos, con el consiguiente coste económico y temporal.

En el contexto de los procedimientos sancionadores, esta potestad adquiere especial relevancia cuando la rectificación opera en favor del sancionado, por ejemplo, corrigiendo errores aritméticos que hubieran dado lugar a una sanción superior a la legalmente procedente, o subsanando equivocaciones en la identificación de los hechos que fundamentan la sanción. En estos casos, la rectificación de errores se convierte en una garantía adicional para el administrado, que ve corregidos de oficio errores que, de otro modo, solo podrían subsanarse mediante la interposición de los correspondientes recursos, con el consiguiente desgaste procesal y la incertidumbre inherente a cualquier procedimiento de impugnación.

Adicionalmente, es importante subrayar que la correcta aplicación de la potestad de rectificación de errores contribuye a reforzar la confianza del administrado en la Administración, al evidenciar que esta es capaz de reconocer y corregir sus propios errores de forma transparente y diligente. La potestad de corregir errores en los actos administrativos se aplica exclusivamente sobre actos válidos, existentes y plenamente eficaces, permitiendo a la Administración rectificar la manifestación formal de su voluntad cuando, por un error puramente material, este pudiera generar consecuencias no deseadas. Cuando la Administración ejerce esta potestad dentro de sus límites legales y en beneficio del administrado, demuestra su compromiso con los principios de legalidad, objetividad y servicio al interés general que deben presidir toda actuación administrativa. En definitiva, la rectificación de errores, correctamente empleada, no solo constituye una garantía procedimental para el administrado, sino también un instrumento que fortalece la legitimidad y la credibilidad de la actuación administrativa, al permitir la corrección ágil y eficaz de equivocaciones manifiestas sin necesidad de acudir a procedimientos de revisión más complejos o a la vía judicial.

Por otro lado, en relación con los casos analizados, a primera vista, parecen beneficiar a los sancionados, ya que les permiten impugnar en vía contencioso-administrativa decisiones en las que la propia Administración ha reconocido la existencia de un error. De este modo, se valida la posibilidad de declarar la caducidad del procedimiento sancionador cuando, aun habiéndose dictado la resolución sancionadora dentro del plazo legal, el acuerdo de rectificación de errores se adopta fuera del periodo establecido, excediendo los límites legales en cuanto a su contenido.

Sin embargo, esta situación plantea un dilema relevante para la Administración. Si bien el interés de la Administración al utilizar la vía del artículo 109.2 de la LPACAP es, en principio, cumplir con el principio de legalidad y actuar con objetividad en defensa del interés general, la realidad es que la posibilidad de que los tribunales declaren la nulidad del acto de rectificación e incluso la caducidad del procedimiento puede generar un efecto desincentivador.

Ante el riesgo de que cualquier rectificación extralimitada derive en la anulación del procedimiento, la Administración podría optar por no corregir sus propios errores, actuando con mayor cautela y reticencia a la hora de dictar acuerdos de rectificación.

Esta dinámica puede tener consecuencias indeseadas tanto para la Administración como para los administrados. Por un lado, se desincentiva la corrección de errores materiales, incluso en aquellos casos en los que la rectificación podría resultar favorable para el interesado, con la reducción de la sanción. Por otro lado, se traslada al sancionado la carga de acudir necesariamente a la vía judicial para obtener la revisión de su sanción, incluso en supuestos en los que la Administración podría haber rectificado de oficio en beneficio del administrado.

En definitiva, lo que en un primer momento parece un avance en las garantías del sancionado, al abrirle la puerta a aplicar una posible caducidad en los casos en los que el acuerdo de rectificación se extralimita, en la práctica puede traducirse en un refuerzo de la posición de la Administración y en una mayor rigidez del sistema. Se corre el riesgo de que la Administración, por temor a incurrir en caducidad o nulidad, renuncie a corregir errores en favor del administrado, trasladando toda la carga y responsabilidad al sancionado, que deberá recurrir en tiempo y forma para ver ajustada su situación. Esta consecuencia, lejos de fortalecer las garantías del administrado, puede acabar consolidando una posición más autoritaria y menos flexible por parte de la Administración.

Notas

1 En este sentido, vid. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 24 de julio de 2018 (rec. 2665/2016).

2 Vid., por todas, Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2018 (rec. 2575/2016), de 23 de mayo de 2012 (rec. 2139/2011), y de 30 de enero de 2012 (rec. 2374/2008), entre otras.

3 Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018 (rec. 2665/2016) y de 18 de junio de 2001 (rec. 2947/1993).

4 Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2003, rec. 650/2001, la Administración incurrió en un error de hecho en la modificación parcial del Plan General de Tarragona, en la que se asignaba a una Unidad de Actuación un conjunto de determinaciones urbanísticas al que se identificaba con la clave 17-B-O, en lugar de "B-O-C". A juicio del Tribunal, *"sin duda, esto constituye un error de hecho, subsanable por el cauce del artículo 105.2 de la Ley 30/92, que la Administración utilizó. Pues se trata de una discordancia entre la voluntad clara de la Administración y la manifestada en la letra y el dibujo del Plan General. No hay ninguna duda de que así sucedieron las cosas; el error, por lo tanto, resulta claro, y no es lógico remitir a la Administración para salvarlo a la tramitación de una modificación formal del Plan General"*.

5 Por ejemplo, en el Auto del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012, rec. 4674/2010, donde *"se aprecia en el presente caso un evidente error material manifiesto que puede ser rectificado en cualquier momento, conforme al apartado 3 del indicado precepto, debiendo sustituirse la identificación como "MANCOMUNIDAD INTEGRAL DE SERVICIOS LACARA SUR" de la parte recurrente, por la de "MANCOMUNIDAD DE AGUAS DE MONTIJO Y COMARCA"*.

6 Por ejemplo, en el Auto del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020, rec. 271/2018, donde se sustituye "apartados 6b-1 a 6 y 23 del PRECAT20" por "apartados 6b-1 a 5 y 23 del PRECAT20".

7 Vid., por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2009 (rec. 3454/2005), de 15 de diciembre de 2003 (rec. 3804/2001), de 23 de octubre de 2001, rec. 5400/1997.

8 Vid., por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2012, rec. 2416/2009, y de 24 de junio de 2015, rec. 2256/2014.

9 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de diciembre, rec. 3618/2004.

10 Así lo han considerado los tribunales. Por ejemplo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 de junio de 2015, rec. 2256/2014, que se pronuncia sobre materia urbanística en las Islas Baleares, afirma que *"no solo no estando permitido por la Ley sino que siendo incluso constitutivo de fraude de Ley que la Administración encubra su potestad revocatoria como potestad rectificadora, lo que cabe decir ya es que cuando la Administración incurre en ese encubrimiento, en definitiva, incurre en desviación de poder"*. *"Lo cierto es que el acuerdo impugnado del Pleno del Consejo Insular de Mallorca, de fecha 12 de abril de 2012, es nulo de pleno derecho y, por consiguiente, está correcta y debidamente anulado por la sentencia recurrida"*, todo ello por considerar que, *"al llevar a cabo la rectificación, ha sido preciso acoger una concreta interpretación jurídica de preceptos propios del ordenamiento jurídico autonómico y desechar otra diferente, a pesar de que es doctrina jurisprudencial consolidada, perfectamente recogida y transcrita en la sentencia recurrida, la que no autoriza a utilizar el procedimiento de rectificación de errores, contemplado en el artículo 105.2 de la citada Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), cuando para ello sea preciso llevar a cabo interpretaciones o valoraciones jurídicas"*.

11 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2002, rec. 2225/1998.

Foro de Actualidad

España

EL TRIBUNAL SUPREMO FIJA DOCTRINA CASACIONAL EN MATERIA DE SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA PUBLICACIÓN EN EL BOE DE SANCIONES FIRMES EN VÍA ADMINISTRATIVA

Manuel Vélez Fraga, Marina Baena Solís y Pedro Lluch Bayona
Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

El Tribunal Supremo fija doctrina casacional en materia de suspensión cautelar de la publicación en el BOE de sanciones firmes en vía administrativa

La Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo ha dictado recientemente varias sentencias en las que fija doctrina casacional en relación con la suspensión cautelar de la publicación de sanciones firmes en vía administrativa, que dispone el legislador en determinadas normas sectoriales.

La publicación de sanciones ha generado gran controversia en aquellos casos en los que la sanción ha sido recurrida ante los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo y no ha recaído sentencia sobre el fondo.

La Sala explicita en sus recientes sentencias la distinción conceptual entre daño irreversible y daño irreparable y reconoce que, aun cuando la publicación de una sanción en el BOE puede considerarse irreversible —por su

difusión inmediata y sus efectos sobre la imagen del sancionado—, no necesariamente debe causar un daño irreparable, puesto que nuestro ordenamiento jurídico ya prevé mecanismos correctores para mitigar o reparar sus efectos.

PALABRAS CLAVE:

Publicidad de sanciones; Medidas cautelares; BOE; Perjuicio reputacional; Sanciones administrativas; Sectores regulados; Ley 10/2014; Directiva 2013/36/UE

Binding Supreme Court case law on the precautionary suspension of publication of administratively final sanctions in Spain’s Official State gazette

The Third Chamber for Contentious-Administrative Proceedings of the Supreme Court has recently handed down several rulings that set cassational case law on the precautionary suspension of penalty publication, as set out in certain sectoral legislation.

The publication of penalties has generated considerable controversy in cases where the penalty has been appealed before the contentious-administrative courts and no ruling has yet been made on the merits of the case.

The Chamber explains in its recent rulings the conceptual distinction between irreversible and irreparable damage. It recognises that publication in the Official State Gazette (BOE) can be considered irreversible – due to its immediate dissemination and its effects on the image of the sanctioned party. However, it does not necessarily cause irreparable damage since the Spanish legal system already provides mechanisms to mitigate or repair its effects.

KEYWORDS:

penalty publication, interim measures, Official State Gazette (BOE), reputational damage, administrative sanctions, regulated sectors, Law 10/2014, Directive 2013/36/EU

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-12-2025

Vélez Fraga, Manuel; Baena Solís, Marina; Lluch Bayona, Pedro (2025). El Tribunal Supremo fija doctrina casacional en materia de suspensión cautelar de la publicación en el BOE de sanciones firmes en vía administrativa *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 135-143 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El pasado mes de octubre de 2025, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó varias sentencias en las que fijaba doctrina casacional en relación con la suspensión cautelar de la publicación de sanciones firmes en vía administrativa, que dispone el legislador en determinadas normas sectoriales.

La publicidad oficial de las sanciones administrativas ha sido incorporada por el legislador —comunitario y estatal— a los regímenes sancionadores que operan en diversos sectores.

En el sector bancario, a título de ejemplo, rige el artículo 115 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (“Ley 10/2014”), que impone, como regla general, la publicación de las sanciones y amonestaciones por infracciones muy graves y

graves en el *Boletín Oficial del Estado* ("BOE"), una vez firmes en vía administrativa. En términos análogos, esta técnica legislativa se reproduce en la normativa del mercado de valores y los servicios de inversión (cfr. artículo 335 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión); en materia de prevención del blanqueo de capitales en los casos de amonestaciones públicas (cfr. artículo 61.5 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo) o en el ámbito de la auditoría de cuentas (cfr. artículo 82 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas), entre otros.

Esta exigencia de publicidad de sanciones ha suscitado tradicionalmente controversias acerca del alcance de los perjuicios derivados de la publicación y su eventual irreversibilidad e irreparabilidad, en especial, en lo que se refiere a los daños de índole reputacional, precisamente por el carácter difuso y difícilmente cuantificable de este tipo de daño. En los últimos años, además, esa problemática se ha intensificado por, al menos, dos factores adicionales. De un lado, la reputación (y, en general, las exigencias asociadas a criterios *ESG*) ha adquirido un peso creciente en la actividad empresarial, afectando de forma cada vez más significativa a la relación con clientes, socios y supervisores, así como a la valoración del mercado. De otro, la difusión digital multiplica la accesibilidad y la persistencia de la información, de manera que la publicación oficial se incorpora con rapidez en bases de datos y motores de búsqueda en internet.

El debate no se centra tanto en discutir la legitimidad de la publicidad impuesta por el legislador como en su ejecutividad en aquellos casos en los que la sanción es firme en vía administrativa, pero ha sido impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y de la publicación pueden derivarse perjuicios relevantes para el sancionado. En este caso, confluyen intereses contrapuestos: por una parte, el interés público que la jurisprudencia ha ligado a la transparencia del sector y a la adecuada información del mercado y de terceros; por otra, el derecho del recurrente a que el proceso judicial no quede privado de su efecto útil si la publicidad despliega anticipadamente efectos especialmente gravosos, en particular sobre elementos de difícil reparación, como la reputación.

En ese marco se inserta la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en las sentencias dictadas a finales de octubre de 2025 (STS de 29 de octubre de 2025, RC 1293/2025; SSTS de 30 de octubre de 2025, RC 577/2025, RC 510/2025, RC 714/2025, RC 1874/2025 y RC 1177/2025; y SSTS de 31 de octubre de 2025, RC 747/2025, RC 599/2025, RC 670/2025 y RC 674/2025; las "Sentencias"), en las que se aborda nuevamente la suspensión cautelar de la publicación en el BOE de sanciones firmes en vía administrativa, recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Adicionalmente, estamos ante Sentencias que fijan doctrina casacional en el contexto de la actual regulación del recurso de casación contencioso-administrativo.

Para abordar el comentario de las Sentencias, puede ser relevante un breve recordatorio inicial de las líneas generales de la regulación de la tutela cautelar en el orden contencioso-administrativo.

2. Principios generales de la tutela cautelar en el proceso Contencioso-Administrativo

Tal y como proclama la exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ("LJCA"), la tutela cautelar integra el derecho a la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, no debe entenderse como un remedio excepcional.

Esta concepción ha sido asumida, de forma constante, por el Tribunal Supremo, que tiene declarado que la adopción de medidas cautelares se inserta en la "normalidad" del proceso contencioso-administrativo (entre otros, ATSS de 9 de julio de 1999, RC 99/1998 y RC 104/1998; o STS de 22 de junio de 2004, RC 2916/2001).

En coherencia con lo anterior, el artículo 130 de la LJCA dispone que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar solo podrá acordarse cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición impugnada pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima.

Esa "finalidad legítima" se conecta necesariamente con la exigencia de garantizar la efectividad de la sentencia, conforme al artículo 129.1 de la LJCA. Por ello, el juicio sobre si la ejecución inmediata del acto administrativo puede frustrar dicha finalidad debe realizarse ponderando, caso por caso, los intereses concurrentes (art. 130.1 de la LJCA).

En este marco, la jurisprudencia ha reiterado que la intensidad del interés público en la ejecución condiciona el umbral del perjuicio exigible para acordar la suspensión: cuando las exigencias de ejecución derivadas del interés público son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; en cambio, cuando dichas exigencias son de gran intensidad, solo perjuicios de elevada consideración podrán justificar la suspensión de la ejecución del acto (ATS de 3 de junio de 1997, RC 1297/1991, por todos).

Proyectado este canon sobre la publicidad de las sanciones, el juicio cautelar ha de centrarse en determinar, mediante la preceptiva ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, si la publicación (en cuanto modalidad de ejecución anticipada) puede hacer perder al recurso su finalidad legítima, al comprometer la efectividad de una eventual sentencia estimatoria.

Como se verá a continuación, en estos supuestos el debate no se limita a constatar que la difusión pública resulta difícilmente reversible (extremo que el Tribunal Supremo no niega), sino que exige razonar si, a la vista de las circunstancias concretas del caso, dicha publicación puede vaciar de contenido el recurso por causar un perjuicio irreparable. Ese análisis debe contrastarse, además, con el interés público específico que suele invocarse en determinados sectores regulados (transparencia del mercado y frente a terceros), cuya intensidad será determinante para fijar el umbral del perjuicio exigible a efectos de acordar la medida cautelar.

3. Doctrina tradicional del Tribunal Supremo sobre la suspensión cautelar de la publicidad de sanciones

La Sala Tercera ha mantenido un criterio restrictivo respecto de la suspensión cautelar de la publicación oficial de sanciones en sectores especialmente regulados (*i. e.*, sanciones del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en materia de prevención del blanqueo de capitales o de la auditoría). El punto de partida no ha sido negar que la publicación pueda producir efectos reputacionales adversos, sino afirmar que la mera invocación de ese daño no basta para desplazar la regla de la ejecutividad cuando el propio ordenamiento ha querido anudar un deber de publicidad a la firmeza en vía administrativa.

La desestimación de las solicitudes de suspensión pivotaba, y sigue pivotando, sobre las siguientes ideas nucleares:

- i. La existencia de una previsión legal expresa que ordena la publicación justifica, por sí misma, un indudable interés público en su ejecución (cfr. STS de 4 de mayo de 2005 —RC 75/2005—, por todas). Ese interés público, además, no se enuncia de manera abstracta, sino que se conecta de forma directa con los fines de transparencia y tutela de terceros que caracterizan a estos sectores. Así lo expresa, entre otros, el ATS de 17 de febrero de 2010 (RC 613/2009).
- ii. La mera publicación no genera, por sí misma, un perjuicio irreversible, por cuanto un eventual fallo estimatorio (que anule la sanción) o la inclusión de una referencia que indique que la sanción impuesta es susceptible de recurso jurisdiccional removerían esos supuestos efectos irreversibles (cfr. STS de 23 de enero de 2008, RC 5560/2006).

Aunque la sentencia utiliza el concepto de *irreversibilidad*, su razonamiento también apela al atributo de la *irreparabilidad*, el cual, a juicio del Tribunal, se vería superado por mecanismos idóneos de reparación o compensación, como los referidos.

Con ocasión de las nuevas Sentencias, como veremos a continuación, y sin alterar el sentido de su doctrina previa, el Alto Tribunal matiza su jurisprudencia para hacer más explícita la distinción conceptual entre daño irreversible y daño irreparable.

- iii. Solo cabe adoptar la medida cautelar si, tras la ponderación de los intereses en conflicto, la gravedad de los perjuicios derivados de la publicación y su irreversibilidad (la cual entrañaba también su irreparabilidad) justifican que deba prevalecer el interés particular del sancionado sobre el citado interés público.

Ciertamente, aunque el Tribunal Supremo atienda a la ponderación de intereses concurrentes y el juicio cautelar se presente, necesariamente, como casuístico, la realidad es que, en la práctica, la respuesta de los tribunales ha sido habitualmente contraria a la suspensión.

4. Matices introducidos por las sentencias sobre la doctrina tradicional del Tribunal Supremo en la materia

Las Sentencias de la Sala Tercera recaídas a finales del pasado mes de octubre abordan, en concreto, la suspensión de la publicación en el BOE de sanciones firmes en vía administrativa que dispone una ley sectorial cuando dichas sanciones han sido impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El pronunciamiento que utilizaremos como referencia —por ser el primero— es el de la STS de 29 de octubre de 2025 (RC 1293/2025), que trae causa de un expediente sancionador incoado por el Banco de España, en el que se acordó la publicación de la sanción, al amparo del artículo 115 de la Ley 10/2014. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la parte actora solicitó la suspensión cautelar de la publicación de la sanción, para lo que alegaba esencialmente el perjuicio reputacional y la consiguiente pérdida de finalidad del recurso si la difusión se producía antes del pronunciamiento judicial sobre el fondo. La Audiencia Nacional denegó la medida cautelar, al considerar, de una parte, que, sobre la base de la doctrina tradicional del Alto Tribunal, *“existe un «evidente interés público en publicitar las sanciones impuestas» con el fin de preservar y salvaguardar el principio de transparencia de la actividad bancaria, al considerar que este conocimiento es relevante para los mercados financieros y el público en general, ya que afecta a los intereses de los clientes actuales y potenciales”*; y, de otra, que las posibles consecuencias negativas derivadas de la publicación quedaban paliadas por lo dispuesto en el artículo 115.7 de la Ley 10/2014, que obliga al Banco de España a publicar de inmediato en su sitio web oficial la interposición de un recurso en vía judicial contra la sanción, así como toda información posterior relativa al resultado de dicho recurso.

Admitido el recurso de casación, el Tribunal Supremo delimitó el interés casacional en los siguientes términos: *“Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en aclarar, matizar, reforzar o, eventualmente, corregir o rectificar, la doctrina ya fijada por esta Sala, entre otras en STS de 23 de enero de 2008 (recurso de casación n.º 5560/2006), en relación con el perjuicio reputacional irreparable en el caso de que se anulase la sanción en sede contencioso administrativa, y aclarar si resulta pertinente el planteamiento de la cuestión prejudicial que solicita la actora”*.

Además del citado artículo 115 de la Ley 10/2014, el auto de admisión identificó como normas relevantes que deberían ser objeto de interpretación el artículo 68 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión (“Directiva 2013/36/UE”) (y sus considerandos 37 y 38) y el artículo 5.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (“RGPD”).

A los fines que aquí interesan, en su STS de 29 de octubre de 2025, así como en las subsiguientes Sentencias, la Sala Tercera matiza su doctrina tradicional para hacer una distinción expresa entre el daño irreversible y daño irreparable y, a este respecto, aclara que *"el primero se refiere a un perjuicio fáctico que no puede eliminarse materialmente, como ocurre con una publicación ya difundida. El segundo, en cambio, alude a un daño que el ordenamiento jurídico no puede compensar ni restituir de forma adecuada"*.

Sentada la distinción anterior, en el FD séptimo de la STS de 29 de octubre de 2025, la Sala continúa admitiendo que *"la publicación de sanciones administrativas, cuando aparecen identificados los responsables, puede generar, como sostiene el auto impugnado, un perjuicio reputacional relevante. Sin embargo, este tipo de daño no siempre puede ser calificado como irreparable"*.

La Sala declara que la publicación de una sanción en el BOE *"puede considerarse irreversible —por su difusión inmediata y sus efectos sobre la imagen del sancionado— pero no necesariamente es irreparable"*. Según aquella, *"el ordenamiento jurídico ofrece mecanismos suficientes para mitigar o reparar sus consecuencias: la posibilidad de publicar la interposición del recurso y su resultado (artículo 115.7 de la Ley 10/2014), la difusión de la eventual anulación del acto sancionador (artículo 107 LJCA), o, incluso, la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos"*.

En definitiva, el Tribunal Supremo, aun cuando reconoce que la publicación de sanciones administrativas puede generar un perjuicio reputacional relevante para el sancionado, y que este puede ser considerado como daño irreversible, concluye en el caso concreto examinado en esa sentencia que no cabe afirmar su irreparabilidad, y ello en la medida en que el ordenamiento contempla mecanismos aptos para mitigar o reparar sus efectos perjudiciales sobre el sancionado, a saber:

- i. la publicación de la interposición del recurso y su resultado (art. 115.7 Ley 10/2014);
- ii. la difusión de la eventual anulación del acto sancionador (art. 107 LJCA); y en su caso,
- iii. la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos.

A nuestro juicio, tal y como está definida la doctrina casacional de estas Sentencias, debe entenderse que el Tribunal Supremo no afirma, con vocación de generalidad, que el daño producido por la publicación de una sanción administrativa sea, siempre y en todo caso, reparable. Como hemos visto, la tesis del Tribunal Supremo consiste en que el daño, aunque sea siempre irreversible, necesita un *plus* para acceder al otorgamiento de una medida cautelar. Ese *plus* es la nota de irreparabilidad que no puede predicarse genéricamente del mero hecho de que la publicación tenga lugar. Es decir, como resulta habitual en el ámbito de las medidas cautelares, el examen de la irreparabilidad habrá de ser casuístico, sin que pueda excluirse en términos maximalistas la suspensión de la publicación de la sanción. Dependerá de las circunstancias de cada caso concreto.

5. Sobre la conformidad del artículo 115.5 de la Ley 10/2014 con el artículo 68 de la Directiva 2013/36/UE

El Tribunal Supremo examina la conformidad del artículo 115 de la Ley 10/2014 con el artículo 68 de la Directiva 2013/36/UE (y sus considerandos 37 y 38) y con el artículo 5.1.c) del RGPD. En este foro, simplemente, hacemos alusión al pronunciamiento que examina la conformidad con el artículo 68 de la Directiva 2013/36/UE, por cuanto redunda en una de las ideas anteriores.

La cuestión que dirime el Tribunal Supremo en STS de 29 de octubre de 2025 es la siguiente.

El artículo 68 de la Directiva 2013/36/UE impone a las autoridades competentes la obligación de publicar en su sitio web oficial, al menos, las sanciones administrativas no recurribles, con identificación del infractor y mención del tipo y naturaleza de la infracción. Cuando las sanciones sean recurridas, el propio precepto exige que la publicación incluya información sobre el estado y el resultado del recurso.

El artículo 115 de la Ley 10/2014 incorpora al ordenamiento español las exigencias de la norma comunitaria, si bien prevé una doble publicación: en la página web del Banco de España (apartado 7) y, adicionalmente, en el BOE (apartado 5). Esta duplicidad, dicho sea de paso, ha sido validada por el Tribunal Supremo también con ocasión de las Sentencias.

La cuestión en la que profundiza más el Tribunal Supremo, en cuanto a la norma comunitaria, es que, a diferencia de lo que prevé el apartado 7 del artículo 115 para la publicación de sanciones en la web del Banco de España —respecto de las cuales se impone expresamente el deber de hacer constar la efectiva interposición de un recurso frente a la sanción y de proporcionar toda información posterior relativa al resultado de ese recurso—, nada de esto dispone el apartado 5 para las publicaciones en el BOE.

Así pues, para armonizar el artículo 115.5 de la Ley 10/2014 con la finalidad de la Directiva, la Sala declara que este precepto debe interpretarse en el sentido de que, cuando la sanción haya sido impugnada, la publicación en el BOE ha de incorporar expresamente la indicación de que la sanción no es firme judicialmente por encontrarse pendiente de resolución el recurso interpuesto.

6. Reflexión

La doctrina fijada en octubre de 2025 por el Tribunal Supremo consolida la idea de que la publicación de las sanciones administrativas durante la pendencia del proceso contencioso-administrativo, aun pudiendo ocasionar un perjuicio reputacional irreversible, requiere de algo más que el mero hecho de la publicidad para justificar una medida cautelar.

Ese algo más consiste en la nota de irreparabilidad del daño, que será necesario examinar según las circunstancias de cada caso concreto. Es decir, la suspensión cautelar de la publicación de una sanción no puede descansar, tan solo, en la constatación evidente de que la información, una vez difundida, no puede borrarse o eliminarse en cuanto a su conocimiento por el público en general. La suspensión cautelar habrá de justificarse, en cada caso, en la concurrencia de circunstancias singulares que permitan afirmar que nos encontramos ante daños irreparables, que el ordenamiento no puede paliar de manera adecuada.

España

ALCANCE DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES COMO PASO PREVIO AL RECURSO DE AMPARO A LA VISTA DE LA STC 144/2025, DE 8 DE SEPTIEMBRE

Alfonso Reimunde Macías y Julia Ramírez Simón

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

Alcance del incidente de nulidad de actuaciones como paso previo al recurso de amparo a la vista de la STC 144/2025, de 8 de septiembre

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 144/2025, de 8 de septiembre, extiende al orden jurisdiccional civil la doctrina sobre el incidente de nulidad de actuaciones establecida por el Pleno en la Sentencia núm. 112/2019, de 3 de octubre, para el orden contencioso-administrativo. El Tribunal Constitucional precisa que, tras la inadmisión de un recurso de casación fundado en interés casacional, el incidente de nulidad de actuaciones constituye un cauce procesal idóneo —aunque no obligatorio— para la reparación de vulneraciones de derechos fundamentales imputables a la sentencia de apelación, preservando así el carácter subsidiario del amparo constitucional. Esta sentencia unifica la doctrina constitucional previamente desarrollada en los órdenes social y contencioso-administrativo, y aclara el momento de inicio del cómputo del plazo para interponer el incidente tras la inadmisión del recurso de casación, siempre que este haya sido inadmitido por motivos formales y no fuese manifiestamente improcedente.

PALABRAS CLAVE:

Incidente de nulidad de actuaciones; recurso de amparo; agotamiento de la vía judicial previa; interés casacional; subsidiariedad del amparo constitucional

The scope of the application for nullity as a prerequisite to the constitutional appeal, in light of Constitutional Court Judgment 144/2025

Constitutional Court Judgment 144/2025 of September 8 extends to the civil courts the case law on the application for nullity of proceedings that was originally established for the administrative jurisdiction by Constitutional Court Judgment 112/2019. The Constitutional Court specifies that, after a cassation appeal is deemed inadmissible based on objective cassational interest, the application for nullity constitutes an appropriate — though not mandatory — procedural channel for remedying violations of fundamental rights attributable to the appellate judgment. This preserves the subsidiary nature of constitutional appeal. This ruling unifies previous constitutional case law in labour and administrative jurisdictions and clarifies the point at which the time limit for filing the application after the cassation appeal is deemed inadmissible on formal grounds and was not clearly inadmissible.

KEYWORDS:

application for nullity, constitutional appeal, exhaustion of prior court remedies, cassational interest, subsidiarity of constitutional appeal.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-12-2025

Reimunde Macías, Alfonso; Ramírez Simón, Julia (2025). Alcance del incidente de nulidad de actuaciones como paso previo al recurso de amparo a la vista de la STC 144/2025, de 8 de septiembre. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 144-155 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 144/2025, de 8 de septiembre ("STC 144/2025") tiene especial relevancia en la evolución de la doctrina constitucional sobre el requisito de agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo en los casos de inadmisión del recurso de casación por razones no imputables a la parte recurrente.

Desde la reforma de la Ley Orgánica 6/2007, 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (la "LO 6/2007" y la "LOTIC", respectivamente), el recurso de amparo exige para su admisión no solo la lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo (arts. 53.2 y 16.1 b de la Constitución Española), sino también la apreciación de una especial trascendencia constitucional del recurso, convirtiendo así al recurso de amparo en un remedio excepcional.

Por ello, con el fin de garantizar el acceso al recurso (como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución) frente a vulneraciones de derechos fundamentales imputables directamente a los órganos judiciales que resuelven en única o última instancia, el Tribunal Constitucional apreció la necesidad de establecer un cauce procesal para la tutela de estos derechos en la vía judicial: el incidente de nulidad de actuaciones.

Este incidente, regulado en el artículo 241 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ("LOPJ") y en el artículo 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC"), se configura en nuestro sistema normativo como un remedio procesal de carácter excepcional ejercitable frente a las resoluciones que vulneren los derechos fundamentales recogidos en el artículo 14 y en la sección

primera del capítulo segundo del título I (artículos 15 a 29) de la Constitución, siempre y cuando dicha vulneración (i) no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y (ii) frente a dicha resolución no quepa recurso ordinario ni extraordinario. Esta configuración normativa plantea la cuestión interpretativa de determinar cuándo debe computarse el plazo para interponer el incidente en aquellos supuestos en que, interpuesto un recurso frente a la resolución a la que se imputa la vulneración de un derecho fundamental, el recurso ha sido posteriormente inadmitido por razones procesales, quedando imprejuizada la lesión del derecho.

La STC 144/2025 realiza un repaso de la doctrina constitucional previa establecida en los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo, con especial relevancia de la Sentencia núm. 112/2019, de 3 de octubre (la “STC 112/2019”), que supuso un cambio en la doctrina del Tribunal. Así, con base en el concepto de interés casacional objetivo predicable tanto del recurso de casación contencioso-administrativo como del recurso de casación civil, el Tribunal Constitucional aplica la doctrina establecida en la STC 112/2019 al orden jurisdiccional civil y concluye, por un lado, que para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo (ex art. 44.1.a de la LOTC) no será preceptiva la interposición del incidente de nulidad de actuaciones frente a la resolución que se considere lesiva de los derechos fundamentales cuando el recurso de casación interpuesto contra dicha resolución, sin ser manifiestamente improcedente, haya sido inadmitido por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte; y, por otro lado, que en caso de interponerse, deberá considerarse como un cauce idóneo para la obtención de la tutela de los derechos fundamentales en dichos supuestos, sin que pueda considerarse un recurso manifiestamente improcedente que pueda conllevar la extemporaneidad del recurso de amparo.

2. Doctrina constitucional sobre la necesidad de interponer un incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo en el orden jurisdiccional social

Para resolver el recurso de amparo del que trae causa la STC 144/2025, el Tribunal Constitucional comienza analizando su doctrina previa sobre la obligatoriedad de interponer incidente de nulidad de actuaciones en los casos de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina como requisito necesario para acudir a la vía del amparo en el orden jurisdiccional social.

Antes de su análisis, conviene realizar unos breves apuntes sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina en el orden social. Este recurso tiene por objeto la unificación de doctrina respecto de sentencias dictadas en suplicación por los Tribunales Superiores de Justicia entre sí, con las dictadas por tribunales superiores, por el Tribunal Supremo o por el Tribunal Constitucional u órganos internacionales en las que, con hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiera llegado a pronunciamientos distintos, siempre que el recurso presente interés casacional objetivo (art. 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social —“LJS”—).

Hasta el dictado de la STC 112/2019, en aquellos casos en los que se hubiera inadmitido el recurso de casación para la unificación de doctrina por razones procesales sin entrar en el fondo del asunto, el Tribunal Constitucional venía exigiendo para acudir en amparo la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial que hubiera dictado la sentencia que, resolviendo el recurso de suplicación, hubiera vulnerado los derechos fundamentales del recurrente.

Esta doctrina se recogía, entre otras, en la Sentencia núm. 39/2003, de 27 de febrero, en la cual el Tribunal Constitucional afirmó que, *"cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de interponerse antes de acudir a este Tribunal"*. Más específicamente, la sentencia estableció que *"esta exigencia, lejos de constituir una formalidad vacía, supone un elemento esencial para respetar la subsidiariedad del recurso de amparo y, en última instancia, para garantizar la correcta articulación entre este Tribunal y los órganos integrantes del Poder Judicial, a quienes, hemos de reiterarlo, primeramente corresponde la reparación de las posibles lesiones de derechos invocadas por los ciudadanos"* (FJ 3)¹.

Sin embargo, esta doctrina se vio modificada por la STC 112/2019, que sentó el precedente aplicado por el Tribunal Constitucional para la resolución del recurso de amparo del que trae causa la STC 144/2025.

3. Doctrina constitucional sobre el incidente de nulidad de actuaciones como paso previo al recurso de amparo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La doctrina de la STC 112/2019

La STC 112/2019, dictada por el Pleno el 3 de octubre, supone un punto de inflexión en la doctrina constitucional sobre la necesidad de interponer incidente de nulidad de actuaciones como paso previo al recurso de amparo.

A la especial trascendencia de este recurso interpuesto frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que inadmitió un recurso contencioso-administrativo por considerar que el acto impugnado no había agotado la vía administrativa, se refiere el propio Tribunal en el fundamento jurídico segundo de la sentencia, al entender que *"da ocasión al Tribunal para aclarar o modificar su doctrina en relación con la necesidad de interponer incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo [art. 44.1 a) LOTC] en aquellos casos en los que la vulneración del derecho fundamental no se imputa a la última resolución judicial, sino a la inmediatamente anterior y esta vulneración ha quedado imprejuzgada porque el recurso interpuesto contra la decisión judicial que se considera lesiva de derechos fundamentales ha sido inadmitido por razones procesales que no son imputables a la falta de diligencia de la parte"*.

El Tribunal parte de reconocer la doctrina que se había venido siguiendo en el orden jurisdiccional social sobre la necesidad de promover un incidente de nulidad de actuaciones tras la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina con el fin de agotar la vía judicial antes de recurrir en amparo la sentencia de suplicación. Sin embargo, tras la "*debida reflexión*", decide modificar esta doctrina con base en tres argumentos.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional comienza recordando que el requisito de agotamiento de la vía judicial previa para acudir al amparo ha de ser interpretado "*de manera flexible y finalista*", de forma que solo se exija utilizar los medios de impugnación "*normales, que de manera clara, se manifiesten como ejercitables*", sin que haya dudas respecto de la posibilidad "*real y efectiva*" de interponer el recurso (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 137/2006, 8 de mayo).

En la medida en que no cabe deducir del artículo 241.1 LOPJ que proceda "*de manera clara*" la interposición del incidente de nulidad de actuaciones en los casos en los que se haya inadmitido, por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte, el recurso ordinario o extraordinario interpuesto frente a la resolución que se estime lesiva de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional concluye que la interposición de dicho incidente en estos casos no puede considerarse necesaria para entender agotada la vía judicial antes de acudir al recurso de amparo.

En segundo lugar, la sentencia establece la necesidad de distinguir entre la inexistencia de una obligación constitucional de interponer un incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial y la consideración del eventual incidente como un recurso manifiestamente improcedente. A estos efectos —recuerda el Tribunal Constitucional, con base en su doctrina previa—, que el concepto de *recurso manifiestamente improcedente* debe interpretarse de forma restrictiva, solo predicable respecto de casos en los que tal improcedencia derive "*de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad*" (por todos, Auto núm. 198/2010, de 21 de diciembre).

Con base en esta interpretación restrictiva, considera que la improcedencia del incidente de nulidad de actuaciones en el supuesto analizado no se deriva "*de manera terminante, clara e inequívoca*" del artículo 241.1 LOPJ, puesto que cabe entender que es con la inadmisión del recurso interpuesto contra la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales cuando la resolución deviene no susceptible de recurso ordinario ni extraordinario, concurriendo el presupuesto exigido por los artículos 228 LEC y 241.1 LOPJ para intentar obtener la tutela de los derechos vulnerados por la vía judicial del incidente de nulidad de actuaciones.

El Pleno entiende que esta interpretación, si bien no deriva del tenor literal de los referidos artículos, tampoco los contradice, y está justificada por la necesidad de crear un cauce que permita impugnar en vía judicial estas vulneraciones de derechos fundamentales, especialmente teniendo en cuenta la dificultad de acreditar la especial trascendencia constitucional exigida para acceder a la protección del amparo tras la reforma de la LOTC.

En virtud de lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye que, para garantizar la tutela judicial frente a las vulneraciones de derechos fundamentales ocasionadas por los órganos judiciales que resuelven en única o última instancia, en aquellos casos en los que el recurso interpuesto frente

a la resolución que se considere lesiva de derechos fundamentales sea inadmitido, cabrá la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial que haya dictado dicha resolución, siempre que (i) se alegue una infracción de un derecho fundamental contemplado en el artículo 52.3 de la Constitución Española; (ii) la lesión alegada no sea imputable a la última resolución judicial; y (iii) la posible existencia de dicha vulneración haya quedado imprejuizada porque el recurso interpuesto contra ella haya sido inadmitido por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte.

De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, la interposición del incidente de nulidad de actuaciones en estos supuestos habría de considerarse como un cauce idóneo para obtener la tutela de los derechos fundamentales vulnerados, sin que pueda considerarse un recurso manifiestamente improcedente *"que pueda conllevar la extemporaneidad del recurso de amparo por alargar indebidamente la vía judicial"* (STC 112/2019, FJ 3.º *in fine*). En todo caso, en la medida en que la obligación de interponer este incidente no deriva del artículo 241.1 LOPJ, no se consideraría como un requisito necesario para agotar la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo (*ex art. 44.1a LOTC*).

Esta relevante doctrina constitucional, que ha sido aplicada posteriormente tanto en el orden social² como en el orden contencioso-administrativo³, ha sido extendida también al orden jurisdiccional civil en la sentencia objeto del presente comentario.

4. La aplicación de la doctrina constitucional de la STC 112/2019 al orden jurisdiccional civil. La STC 144/2025

La STC 144/2025 extiende expresamente al orden jurisdiccional civil la doctrina establecida en la STC 112/2019.

A. La génesis de la cuestión: supuesto de hecho de la STC 144/2025

El supuesto de hecho —aunque lo estrictamente sustantivo no es lo que nos trae a escribir estas líneas— permite alcanzar a comprender cómo una mera reclamación de cantidad culmina con una estimación de demanda de amparo constitucional por infracción del art. 24 CE.

El origen se encuentra en una acción de reclamación de cantidad formulada por un bufete de abogados frente a tres particulares. Quien había sido parte demandante en un pleito anterior había cedido al referido bufete el crédito que ostentaba frente a los demandados en concepto de costas procesales, que no habían podido ser tasadas y cobradas en aquel procedimiento por haberse apreciado su caducidad. La actora argumentaba que la existencia de una transacción entre el cedente de su crédito y los demandados había supuesto la extinción de la obligación anterior y el nacimiento de una nueva obligación que podía ser reclamada de forma independiente en este nuevo procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Zaragoza⁴ desestimó la demanda de juicio ordinario, para lo que razonó que el crédito por costas había nacido del proceso judicial anterior y que, por tanto, las costas debieron ser tasadas y reclamadas en el seno de dicho procedimiento. Consideraba que pretender cuantificar y cobrar dichas costas a través de un nuevo procedimiento declarativo debía considerarse fraude de ley.

El bufete demandante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de octubre de 2021 (la “Sentencia de Segunda Instancia”), que confirmó la desestimación de la demanda. Ahora bien, de acuerdo con la recurrente, la motivación de la sentencia de apelación era sustancialmente diferente de la que había expuesto el juzgado de instancia.

La demandante interpuso entonces recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia de Segunda Instancia. Su razonamiento en el primero, en síntesis, era el siguiente: (i) que la Audiencia había incurrido en incongruencia al apartarse de la *causa petendi* y prescindir de hechos relevantes incluidos en la demanda; (ii) que incurría en falta de exhaustividad e insuficiente motivación; y (iii) que incluía una motivación irracional en relación con la compensación de créditos. En el recurso de casación alegó la infracción de determinados preceptos sobre la compensación de créditos y la exigibilidad de obligaciones contractuales.

Por auto de 25 de octubre de 2023, la Sala de lo Civil del Alto Tribunal inadmitió el recurso de casación por apreciar que carecía manifiestamente de fundamento y porque la recurrente no había justificado debidamente el interés casacional, inadmisión que conllevaba la del recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a lo dispuesto en la disposición final decimosexta de la LEC entonces vigente.

El 24 de noviembre de 2023, la demandante presentó ante la Audiencia Provincial incidente de nulidad de actuaciones frente a la Sentencia de Segunda Instancia, dentro del plazo de veinte días hábiles computados desde la inadmisión del recurso de casación. La Audiencia Provincial inadmitió el incidente mediante providencia de 6 de marzo de 2024 por considerarlo interpuesto fuera del plazo de veinte días hábiles desde la notificación de la Sentencia de Segunda Instancia, que había sido dictada —recordemos— el 27 de octubre de 2021.

El 9 de abril de 2024, la demandante promovió un segundo incidente de nulidad de actuaciones frente a la providencia de 6 de marzo de 2024, con invocación expresa de la doctrina establecida en la STC 112/2019 anteriormente expuesta, pero resultó nuevamente inadmitido por providencia. La Audiencia argumentó que, si los recursos ante el Tribunal Supremo no habilitaban para resolver la infracción denunciada, correspondía a la parte impugnante haber utilizado en el momento procesal oportuno el cauce del incidente de nulidad.

- B. El punto de partida de la STC 144/2025: la doctrina anterior establecida en la Sentencia núm. 143/2020, de 19 de octubre, dictada por la Sala Segunda en el marco del recurso de amparo núm. 4181/2018

Si bien con matices, esta no es la primera vez que el Tribunal Constitucional se ha enfrentado a la cuestión relativa al "dilema" del agotamiento de la vía judicial antes de acudir al amparo constitucional. ¿Es necesario acudir a la vía casacional? La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 143/2020, de 19 de octubre (la "STC 143/2020"), junto con la ya mencionada STC 112/2019, serán el punto de partida para alcanzar las conclusiones de la STC 144/2025.

El Tribunal Constitucional analizó en la STC 143/2020 la cuestión relativa a *"si frente a una sentencia de apelación que [...] ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte recurrente, cabe exigir a esta la interposición de recursos extraordinarios ante el Tribunal Supremo en el orden jurisdiccional civil, entre ellos el de casación por interés casacional, con la consiguiente exclusión a limine del incidente de nulidad de actuaciones como cauce apto para la reparación del derecho"* (FJ 2.º), disyuntiva sobre la que ya se había establecido doctrina tanto en la casación penal entonces vigente⁵ como en la actual casación contencioso-administrativa⁶ por interés casacional ante el Tribunal Supremo.

Con este punto de partida, en el fundamento jurídico cuarto de la STC 143/2020⁷, se exponía que, *"en los supuestos donde no cabe interponer recurso de casación o extraordinario por infracción procesal, 'con arreglo a los consolidados criterios interpretativos al respecto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo [...] no puede reprocharse al demandante de amparo que entendiese que la sentencia de apelación no era recurrible en casación (y, por tanto, tampoco cabía recurso extraordinario por infracción procesal). Antes al contrario lo cierto es que el recurrente hizo en este caso lo que le era razonablemente exigible'; esto es, no interponerlos"*.

Ello no obsta, *a sensu contrario*, que el Tribunal Constitucional no recuerde en esta misma sentencia que la demanda de amparo puede resultar extemporánea (*ex art. 44.2 LOTC*) si la vía judicial se ha *"alargado indebidamente"* por la interposición de un recurso extraordinario por infracción procesal, cuya improcedencia en el caso *"era manifiesta, perceptible sin necesidad de esfuerzo interpretativo alguno, máxime si se tiene en cuenta que los demandantes estaban asistidos por abogado"*⁸.

La STC 143/2020 concluyó que, en el primer supuesto, el incidente de nulidad de actuaciones promovido directamente ante la Audiencia Provincial que dictó la sentencia de apelación es el cauce adecuado para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo. Es, por tanto, a *"la defensa jurídica de los recurrentes"* a la que corresponde *"la responsabilidad de valorar la procedencia"* de los recursos extraordinarios (FJ 5.ºb).

Con ello, antes de la reforma de la LEC del año 2023⁹, el litigante que consideraba que la sentencia de segunda instancia había vulnerado de forma directa y autónoma el derecho fundamental del art. 24 CE se encontraba ante un dilema para agotar debidamente la vía judicial previa al recurso de amparo en aquellos casos en los que el único cauce para acceder a la casación fuera el del interés casacional: si consideraba, asistido por su defensa letrada, que el asunto no presentaba interés casacional y que no existía posibilidad real y efectiva de interponer recurso de casación, la parte podía razonablemente renunciar a interponer dichos recursos, pero entonces debía denunciar la vulneración constitucional

a través de un incidente de nulidad de actuaciones. Por el contrario, en el caso de que el litigante entendiera que sí existía base suficiente para apreciar interés casacional, debía interponer el recurso de casación y, simultáneamente, denunciar la infracción constitucional del art. 24 CE que imputaba a la sentencia de apelación a través del recurso extraordinario por infracción procesal. Pese a ello, el primero podía resultar inadmitido, con la consiguiente inadmisión del segundo.

Como veremos en el siguiente apartado, tanto esta doctrina como la establecida para el orden contencioso-administrativo en la STC 112/2019 resultarán complementarias en el orden jurisdiccional civil. La STC 143/2020 abordó la cuestión relativa a que el litigante considerase razonablemente que no procede interponer recurso de casación por ausencia de interés casacional, debiendo acudir directamente al incidente de nulidad de actuaciones frente a la sentencia de segunda instancia. Por su parte, la doctrina de la STC 112/2019, enmarcada en el orden contencioso-administrativo, analizaba el caso en que el litigante interpone los recursos cumpliendo todos los requisitos, pero estos resultan inadmitidos por no apreciar el Tribunal Supremo los presupuestos para el enjuiciamiento de fondo.

Aunque esta segunda doctrina se estableció originalmente para la casación contencioso-administrativa, su aplicación al orden civil —como veremos— resulta plenamente justificada por la identidad funcional entre ambos sistemas de interés casacional, con lo que se garantiza un cauce revisor para las vulneraciones de derechos fundamentales sin comprometer el carácter subsidiario del amparo constitucional.

C. Aplicación de la doctrina de la STC 112/2019 al orden jurisdiccional civil

La STC 144/2025 realiza un extenso y detallado recorrido por la doctrina que acabamos de analizar. Tras ello, termina concluyendo que la doctrina establecida en las SSTC 112/2019 y 143/2020 resulta también aplicable en el orden civil. Se trata del primer pronunciamiento al respecto y traslada las conclusiones alcanzadas en estas resoluciones a este orden jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional resuelve que, en los supuestos en los que los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal se hubieran promovido en el orden civil y hubiesen resultado finalmente inadmitidos porque —a pesar de que se interpusieron cumpliendo los requisitos procesales— no concurrían los presupuestos necesarios para efectuar un enjuiciamiento de fondo sobre la cuestión, resulta de plena aplicación la doctrina establecida en la STC 112/2019.

Con ello, declara que, para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo, no será preceptiva la interposición del incidente de nulidad de actuaciones frente a la resolución que se considere lesiva de derechos fundamentales cuando el recurso de casación interpuesto contra dicha resolución —sin ser manifiestamente improcedente— haya sido inadmitido por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte; pero, en caso de interponerse —tal y como se había hecho en el supuesto de hecho analizado—, el incidente de nulidad de actuaciones frente a la sentencia de apelación deberá considerarse un cauce idóneo para la obtención de la tutela de los derechos fundamentales.

Para aplicar esta doctrina deben concurrir dos presupuestos que derivan de la STC 112/2019¹⁰: (a) que la lesión del derecho fundamental se impute a la resolución inmediatamente anterior (en este caso, la sentencia de apelación) y no a la última resolución judicial (dictada por el Tribunal Supremo); y (b) que la vulneración haya quedado imprejuzgada porque el último recurso interpuesto ha sido inadmitido por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte.

Así lo aprecia el Tribunal Constitucional en el concreto supuesto de hecho estudiado. Primero apreció que, en la medida en que la Audiencia Provincial de Zaragoza ofreció una motivación completamente distinta de la sentencia de primera instancia, la vulneración constitucional se imputa de manera directa y autónoma a la sentencia de apelación.

En cuanto al segundo presupuesto, la recurrente interpuso los recursos extraordinarios cumpliendo todos los requisitos formales y en plazo; pero resultaron inadmitidos por auto del Tribunal Supremo no por un defecto procesal atribuible a su falta de diligencia, sino por considerar que no se apreciaban motivos para realizar un enjuiciamiento de fondo. De esta forma, quedaba “imprejuzgada” la vulneración constitucional imputada a la sentencia de apelación.

Concurriendo ambos requisitos, el Tribunal Constitucional concluye que la recurrente podía tras ello recurrir directamente en amparo la sentencia de apelación, pero también podía optar por agotar la vía judicial previa promoviendo un incidente de nulidad de actuaciones ante la Audiencia Provincial, sin que este incidente pueda considerarse manifiestamente improcedente.

En el caso analizado en la STC 144/2025, el bufete formuló el incidente encontrándose dentro del plazo de veinte días siguientes a la notificación del auto de inadmisión del Tribunal Supremo. Sin embargo, el incidente resultó inadmitido mediante providencia de 6 de marzo de 2024 por considerarse interpuesto fuera del plazo desde la notificación de la sentencia de apelación. Nuestro Tribunal Constitucional falla que esta providencia vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva al no brindarle la oportunidad de que se tramitara su incidente.

Especialmente relevante resulta que la recurrente promovió un nuevo incidente de nulidad de actuaciones frente a la providencia de 6 de marzo de 2024 con invocación expresa de la doctrina de la STC 112/2019, que fue inadmitido mediante providencia de 12 de abril de 2024. El Tribunal Constitucional concluye que la Audiencia Provincial ofreció una respuesta contraria a dicha doctrina, sin explicar las razones por las que consideraba que esta pudiera no resultar de aplicación, insistiendo en la lesión del derecho fundamental pese a haberle sido expresamente invocada la específica doctrina constitucional aplicable.

El reproche a la Sentencia de Segunda Instancia no termina aquí, recordando el Tribunal Constitucional lo concluido en la STC 143/2020. La Sala Primera añade que tampoco correspondía a la Audiencia reprobar a la parte recurrente por no haber interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones en el plazo de veinte días desde la notificación de la sentencia de apelación. Conforme a la STC 143/2020, “*la responsabilidad de valorar*

la procedencia del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación frente a la sentencia de apelación o, de no apreciarse su procedencia, optar por promover un incidente de nulidad de actuaciones, correspondía a la defensa letrada del litigante, sin que pudiera ser sustituida dicha valoración por el órgano judicial" (FJ 5.º).

En consecuencia, el Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado y declara la nulidad de ambas providencias, así como la retroacción de las actuaciones para que la Audiencia Provincial de Zaragoza dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

5. Conclusión

Son muchas las dudas que ha suscitado la necesidad de interponer un incidente de nulidad de actuaciones en el orden jurisdiccional civil con carácter previo al recurso de amparo.

En su Sentencia núm. 144/2025, de 8 de septiembre, el Tribunal Constitucional, partiendo de la identidad existente entre el concepto de interés casacional en el orden civil y el contencioso-administrativo y de la necesidad de garantizar en vía judicial un cauce para la protección de las vulneraciones de derechos fundamentales, da respuesta a esta cuestión, extendiendo a la jurisdicción civil la doctrina sentada en la relevante STC 112/2019, que, *"tras la debida reflexión"* decidió superar la doctrina anterior y flexibilizar el concepto de agotamiento de la vía judicial previa al amparo adoptando una postura práctica, finalista y menos formalista.

De acuerdo con la doctrina constitucional, la interposición del incidente de nulidad de actuaciones no será preceptiva en el orden civil para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo cuando el recurso de casación, sin ser manifiestamente improcedente, haya sido inadmitido por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte. No obstante, en caso de interponerse, deberá considerarse un cauce idóneo para la obtención de la tutela de los derechos fundamentales.

A pesar de las respuestas que brinda esta sentencia, existen determinadas cuestiones sobre las que los operadores jurídicos siguen anhelando algo más de claridad, como en qué supuestos se considerará que un recurso es *"manifiestamente procedente"* o que los motivos que lleven a la inadmisión del recurso son o no imputables a la falta de diligencia de la parte.

Notas

- 1 Esta doctrina fue posteriormente reiterada por el Tribunal Constitucional en las SSTC 140/2006, de 8 de mayo; 265/2006, de 11 de septiembre; 169/2013, de 7 de octubre; y 95/2018, de 17 de septiembre. Asimismo, los AATC 176/2003, de 2 de junio; 211/2005, de 12 de mayo; y 135/2017, de 10 de octubre, confirmaron este criterio interpretativo.
- 2 Sentencias núm. 3/2024, de 15 de enero; y núm. 79/2025, de 24 de marzo.
- 3 Sentencias núm. 120/2019, de 28 de octubre; núm. 121/2019, de 28 de octubre; 88/2021, de 19 de abril; 3/2022, de 24 de enero; y 39/2023, de 8 de mayo.
- 4 Ahora Plaza n.º 9 de la Sección Civil del Tribunal de Instancia de Zaragoza.
- 5 SSTC 91/2015, de 11 de mayo, y 142/2015, de 22 de junio.
- 6 ATC 65/2018, de 18 de junio, FJ 2.
- 7 Con cita de la STC 11/2009, de 12 de enero.
- 8 Con cita de la STC 10/2006, de 16 de enero.
- 9 Reforma operada por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, y por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.
- 10 Complementada o aclarada por la STC 121/2019, de 28 de octubre.

España

EL CONFLICTIVO ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO DEL ARTÍCULO 89.2 DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Álvaro Merino García y Violeta Pina Montaner

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

El conflictivo estado de la cuestión de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

El artículo analiza la reciente y controvertida doctrina del TEAC sobre la aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en el contexto del Régimen FEAC. El TEAC ha establecido una nueva teoría para regularizar operaciones de aportación no dineraria de participaciones a sociedades holding cuando se aprecia abuso y ha determinado criterios específicos de valoración y tributación que difieren significativamente de la práctica anterior. Esta nueva doctrina plantea serias dudas de compatibilidad con la normativa europea y con principios fundamentales como la seguridad jurídica y la proporcionalidad, lo que ha generado incertidumbre sobre su aplicación práctica y sus implicaciones para los contribuyentes.

PALABRAS CLAVE:

Régimen de neutralidad fiscal; Cláusula antiabuso; Operaciones de reorganización empresarial; Motivos económicos válidos; TEAC.

The current controversy surrounding the anti-abuse clause of article 89.2 of the Corporate Income Tax Law

The article analyses the TEAC recent approach to applying the anti-abuse clause in article 89.2 of the Spanish Corporate Income Tax Law within the framework of the FEAC Regime. The TEAC has established a new theory for regularising non-monetary contribution transactions of shares to holding companies when abuse is

identified, determining specific valuation and taxation criteria that differ significantly from previous practice. This new case law may be incompatible with European legislation and with fundamental principles such as legal certainty and proportionality, creating uncertainty about its practical application and its implications for taxpayers.

KEYWORDS:

tax neutrality regime; anti-abuse clause; corporate reorganisation transactions; valid economic reasons; TEAC.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-12-2025

Merino García, Álvaro; Pina Montaner, Violeta (2025). El conflictivo estado de la cuestión de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la Ley del Impuesto Sobre Sociedades. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 156-168 (ISSN: 1578-956X).

1. El origen y evolución de la cláusula antiabuso

El régimen fiscal especial de las operaciones de reorganización previsto en la Ley del Impuesto sobre Sociedades¹ ("Régimen FEAC") tiene su origen en la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 90/434/CEE² de 19 de octubre de 2009.

Ello quedó reflejado en la exposición de motivos de la Ley 29/1991³, que fue la que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el Régimen FEAC⁴ —actualmente regulado en los artículos 76 a 89 de la Ley del IS—. En dicha Ley se señalaba expresamente que la implementación del Régimen FEAC en España respondía a la necesidad de adaptar la legislación tributaria nacional a las exigencias comunitarias tras la adhesión a la Unión Europea⁵.

Por tanto, para poder aplicar correctamente la cláusula antiabuso del Régimen FEAC tanto a operaciones transfronterizas como nacionales⁶ es imprescindible no solo hacer un análisis riguroso del texto normativo español, sino también una interpretación armónica con la normativa europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"), que se ha ocupado de clarificar aspectos clave de la Directiva 90/434/CEE.

El artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE —reproducido en términos casi idénticos en la posterior Directiva 2009/133/CE— establecía que el régimen de neutralidad no sería aplicable cuando el principal objetivo, o uno de los principales objetivos, de la operación era el fraude o la evasión fiscal. Esta disposición incluía también una *presunción* de que, si la reestructuración carecía de motivos económicos válidos, la operación podría estar orientada a lograr el fraude o la evasión fiscal.

Pues bien, desde la aprobación de la citada Directiva, el TJUE se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta norma antiabuso. A continuación exponemos los criterios más relevantes:

- A. En el caso *Leur-Bloem* (C-28/95)⁷, el Tribunal estableció (i) que las cláusulas nacionales creadas para resolver situaciones internas que se basen en las soluciones aplicadas en derecho comunitario deben interpretarse de forma uniforme; (ii) que el régimen se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y

de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean estos financieros, económicos o puramente fiscales; (iii) que el concepto de motivos económicos válidos es *más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal*; y (iv) que, para comprobar si la operación tiene como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, las autoridades tributarias nacionales deben proceder, en cada caso, a un *examen global de la operación* sin aplicar criterios generales predeterminados.

- B. En el caso *Kofoed* (C-321/05)⁸, se reiteraban los criterios de Leur-Bloem y se reforzaba la idea de que las autoridades tributarias nacionales deben interpretar el derecho interno a la luz de las directivas comunitarias que trasponen y se *abre la puerta a la aplicación de esta cláusula antiabuso a aquellos Estados miembros que no cuenten con una cláusula similar* —no es el caso español— si en su derecho interno existe una disposición general de prohibición de abuso (p. ej., artículo 15 de la LGT⁹).
- C. En el asunto *Modehuis* (C-352/08)¹⁰, el TJUE dispuso tres principios relevantes para la interpretación de la cláusula antiabuso prevista en la Directiva. En primer lugar, señaló que la denegación de la aplicación del Régimen FEAC es una excepción y solo puede producirse en supuestos concretos, lo que implica que la cláusula antiabuso debe interpretarse de forma restrictiva. En segundo lugar, precisó que únicamente pueden acogerse al régimen los impuestos expresamente contemplados en la Directiva y, por tanto, su aplicación solo podría denegarse cuando la operación persiga la obtención de una ventaja fiscal abusiva referida a alguno de los tributos comprendidos en su ámbito de aplicación —esto es, los impuestos sobre la renta o ganancias que graven las plusvalías generadas en sede de la sociedad transmitente y los socios intervinientes en las operaciones—.
- D. En el asunto *Foggia* (C-126/10)¹¹, el Tribunal concluye que la existencia de motivos económicos no permite descartar de forma automática el fraude o abuso derecho si en la operación se atisban ventajas fiscales que son claramente preponderantes.
- E. Finalmente, en el asunto *Euro Park Service* (C-14/16)¹², el Tribunal reafirmó que el artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE únicamente permite a los Estados miembros establecer una presunción de fraude o evasión fiscal en aquellos supuestos en que la operación de reestructuración tenga como único objetivo la obtención de una ventaja fiscal y no se base en motivos económicos válidos. En consecuencia, el TJUE considera contrario al derecho de la Unión que los ordenamientos nacionales incorporen una cláusula que imponga al contribuyente la carga de acreditar la existencia de un motivo económico válido como condición general para la aplicación del régimen, ya que ello equivaldría, en la práctica, a establecer una presunción generalizada de fraude o evasión fiscal, contraria al principio de proporcionalidad y a la interpretación restrictiva que exige la propia Directiva.

En consecuencia, de acuerdo con el TJUE, únicamente debería ser posible denegar la aplicación del Régimen FEAC si la autoridad tributaria acredita que la operación tiene como principal objetivo, o como uno de los principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal, mientras que la ausencia de motivos económicos válidos constituye una mera presunción *iuris tantum*.

En España, la implementación e interpretación de esta norma no siempre se ajustó al mandato comunitario. Tal como se había anticipado, la transposición del Régimen FEAC se llevó a cabo mediante la Ley 29/1991. No obstante, según señala Marín Benítez, dicha transposición fue incompleta, pues solo se incorporó el primer inciso de lo dispuesto en la Directiva: "*Cuando (...) se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente Título y se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria (...)*". Por tanto, no contemplaba la presunción de fraude o evasión fiscal en caso de ausencia de motivos económicos válidos, lo que, en principio¹³, exigía a la Administración acreditar de forma efectiva la existencia de fraude o evasión para denegar la aplicación del régimen.

A partir de la incorporación del Régimen FEAC en la Ley 43/1995, se profundiza en la regulación de esta materia. En particular, con la Ley 14/2000, que entró en vigor el 1 de enero de 2001, se introdujo en la ley de forma explícita el concepto de *motivos económicos válidos* en la norma anti-abuso. El texto normativo operado en esta reforma fue utilizado por la Administración tributaria para denegar la aplicación del régimen cuando considerase que la operación carecía de motivos económicos válidos y, por consiguiente, perseguía únicamente la obtención de una ventaja fiscal.

De esta manera, las autoridades tributarias negaban el régimen en aquellos casos en que no pudiesen identificar claramente los motivos económicos que justificaban la operación, sin valorar si esa ausencia implicaba efectivamente fraude o evasión fiscal.

Siguiendo el tenor literal de dicha norma e ignorando la doctrina jurisprudencial asentada por el TJUE, la posición histórica de la Administración tributaria consistía en denegar por *completo* la aplicación del régimen especial cuando concluía que no existían motivos económicos válidos, procediendo a integrar en la base imponible *la totalidad* de la ganancia patrimonial diferida. En 2005, la Dirección General de Tributos ("DGT") abordó esta cuestión en su *Informe sobre la posibilidad de inaplicación parcial del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores en operaciones de escisión venta*. En dicho informe se concluyó que una interpretación coherente e integradora de la norma, considerando el artículo 11.1.a) de la Directiva 90/434/CEE —de la cual deriva—, permitía sostener que era posible negar la aplicación parcial del régimen y, en consecuencia, eliminar parcialmente sus efectos, pese a que la normativa no lo estableciese de manera expresa¹⁴.

Con la entrada en vigor el 1 de enero de 2015 de la vigente Ley del IS, esta posibilidad quedó formalmente recogida en el texto legal, concretamente en el artículo 89.2, que dispone: "*Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal*".

Los criterios interpretativos de esta nueva norma antiabuso fueron precisadas y matizadas progresivamente por los Tribunales españoles, el Tribunal Económico-Administrativo Central ("TEAC") y la DGT.

En primer lugar, es doctrina del Tribunal Supremo que la ausencia de motivos económicos válidos constituye una presunción *iuris tantum* de que el objetivo principal de la operación es la obtención

de una ventaja fiscal¹⁵, lo que implica el desplazamiento de la carga de la prueba al obligado tributario, quien deberá acreditar que la operación no tenía una finalidad elusiva o fraudulenta¹⁶. En consecuencia, en línea con la jurisprudencia del TJUE, dicha ausencia no debe entenderse como el incumplimiento de un requisito *sine qua non* para la aplicación del régimen fiscal, sino como un indicio que habilita a la Administración para cuestionar su aplicación, salvo prueba en contrario¹⁷. Asimismo, la existencia de una ventaja fiscal no resulta determinante cuando los motivos económicos que sustentan la operación prevalecen claramente¹⁸, debiendo efectuarse un análisis global de todas las circunstancias concurrentes¹⁹.

En consultas recientes, la DGT²⁰ publicó con total acierto un criterio de gran relevancia sobre la base de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo²¹. En particular, indicaba que la ventaja fiscal prohibida por el artículo 89.2 de la Ley del IS no podía ser, en ningún caso, la ganancia de capital diferida al tratarse de un efecto inherente al Régimen FEAC. Por tanto, resulta necesario identificar otras ventajas fiscales adicionales que pudieran obtenerse mediante la operación de reestructuración: *"La ventaja fiscal a la que se refiere el artículo 89.2 de la LIS no puede ser el diferimiento en la tributación de las rentas que se pongan de manifiesto como consecuencia de la operación de reestructuración, que es un efecto inherente al régimen fiscal especial, sino que ha de tratarse de una ventaja fiscal distinta"*²².

Este criterio, como veremos a continuación, ha sido matizado de manera controvertida (en la respetuosa opinión de estos autores) por el TEAC, que, si bien sostiene que la ventaja fiscal prohibida no debe ser la ganancia diferida, considera que en determinadas circunstancias únicamente es posible eliminar la ventaja fiscal obtenida mediante del Régimen FEAC a través de la regularización del diferimiento (citamos, por todas, la resolución de 22 de abril de 2024²³).

2. La actual aplicación del artículo 89.2 de la Ley del IS: la nueva doctrina del TEAC

Las resoluciones del TEAC configuran una doctrina novedosa sobre la aplicación del artículo 89.2 de la Ley del IS fijando criterios específicos para regularizar la situación tributaria de un contribuyente cuando se aprecia abuso en operaciones consistentes en la aportación no dineraria de participaciones a sociedades *holding*.

Todas ellas comparten un patrón común: contribuyentes del IRPF constituyen sociedades *holding* a las que aportan participaciones de sociedades operativas, acogiéndose al Régimen FEAC. En la mayoría de los casos, las sociedades operativas acumulaban importantes reservas procedentes de beneficios no distribuidos durante varios ejercicios. Tras años sin repartir dividendos, comienzan a hacerlo poco después de la aportación no dineraria. Estos dividendos son percibidos por las sociedades *holding* recién constituidas con aplicación de la exención del 95 % prevista en el artículo 21 de la Ley del IS, lo que supone una tributación efectiva de esas rentas del 1,25 %. Esa carga fiscal contrasta con la que habría correspondido en el IRPF si los beneficios se hubieran percibido directamente por los contribuyentes persona física y se hubieran integrado en la base imponible del ahorro en el IRPF. Precisamente, en la aplicación de dicha exención identifica la Inspección —y confirma el TEAC— la ventaja fiscal abusiva perseguida mediante la operación²⁴.

Entre los motivos económicos alegados por los contribuyentes se invocaron la simplificación estructural del grupo, la centralización y profesionalización de la gestión, la separación de flujos patrimoniales, la canalización de inversiones y tesorería, el acceso a financiación en mejores condiciones y la planificación sucesoria. Sin embargo, tanto la Inspección como el TEAC rechazan su validez y concluyen que el propósito principal de las aportaciones no podía ser otro que la obtención de la ventaja fiscal derivada de la aplicación del artículo 21 de la Ley del IS. Los principales motivos en los que se basa pueden sintetizarse del modo siguiente:

- i. *Ausencia de simplificación o mejora organizativa.* Las sociedades *holding* carecían de medios materiales y personales propios, y su creación supuso una mera interposición formal sin reducción de costes ni cambios reales en la estructura o gestión del grupo, añadiendo un nivel societario adicional en lugar de su simplificación.
- ii. *Inexistencia de mejoras en la gestión o en la actividad operativa.* Las aportaciones no alteraron la gestión efectiva de las sociedades operativas: los socios continuaron integrando los órganos de administración —directamente o como representantes de las sociedades *holding*— y las retribuciones percibidas apenas variaron.
- iii. *Carácter meramente financiero de la actividad de las sociedades holding.* Sus ingresos procedían casi exclusivamente de los dividendos distribuidos por las sociedades operativas, y las inversiones realizadas se destinaron, en su mayoría, a activos financieros no afectos a la actividad económica, reproduciendo las mismas decisiones de inversión que habrían adoptado directamente los contribuyentes del IRPF.
- iv. *Temporalidad de los beneficios distribuidos.* Los dividendos o plusvalías de las inversiones ya estaban generados, o eran inminentes, en el momento de la aportación. Tras años sin reparto, fueron distribuidos inmediatamente después de la operación.
- v. *Insuficiencia de la planificación sucesoria como motivo económico.* Aunque el TEAC reconoce su legitimidad desde una perspectiva personal o familiar, considera que no constituye un motivo económico válido a efectos del Régimen FEAC por cuanto no implicó una auténtica reorganización empresarial ni modificó la actividad de las entidades implicadas. Los motivos deben apreciarse —según el TEAC— desde la perspectiva de las sociedades intervinientes, no desde la esfera privada de los socios²⁵.

Dicho lo anterior, lo realmente novedoso de estas resoluciones radica en el criterio que aplican a la hora de determinar cómo debe regularizarse la situación considerada abusiva por el Tribunal. Esto es, aborda de manera específica el modo en que se ha de eliminar la ventaja fiscal abusiva perseguida y analiza si el diferimiento inicial puede mantenerse o si debe ajustarse como parte de dicha regularización.

A estos efectos, el TEAC rechaza el criterio que se deduce en las últimas consultas de la DGT y señala que, del tenor literal del precepto²⁶, se desprende que el diferimiento puede eliminarse cuando resulte necesario para corregir eficazmente el abuso, aunque no de manera general ni automática. Aclara que la DGT no sostiene que el diferimiento sea inmune a la corrección anti-abuso en todos los casos, sino que requiere un análisis individualizado: si el diferimiento constitu-

ye el vehículo del abuso, puede suprimirse conforme al artículo 89.2 de la Ley del IS, siempre que se acredite la consumación y se limite a la ventaja fiscal efectivamente obtenida. Este criterio se fundamenta en (i) que las Directivas de la UE²⁷ originarias de la norma antiabuso siempre contemplaron la posibilidad de eliminar por completo los efectos fiscales del régimen, lo que incluía el diferimiento; y (ii) que, en cualquier caso, la interpretación sistemática y el derecho común español sostienen que ningún régimen fiscal puede quedar exento de la aplicación de normas antiabuso.

Para ello, el artículo 89.2 de la Ley del IS exige que la regularización se calibre valorando la ventaja fiscal efectivamente obtenida. De esta forma, el ajuste en el IS y el IRPF que habilite la eliminación de la ventaja fiscal debería imputarse en consonancia con la materialización del abuso —por ejemplo, en ese caso, de manera progresiva a medida que se reparten los dividendos correspondientes a beneficios anteriores a la aportación—.

Esta posición modifica la posición tradicional de la Inspección, que gravaba toda la plusvalía tácita con base en el artículo 37.1.d) de la Ley del IRPF en el período de ejecución de la aportación si se denegaba el Régimen FEAC. El TEAC entiende que, a la luz del artículo 89.2, segundo párrafo, de la Ley del IS, la corrección debe aplicarse coordinando los artículos 37.1.d) y 14.2.d) de la Ley del IRPF, de manera que solo se regularicen las plusvalías efectivamente diferidas con fines abusivos, es decir, aquellas vinculadas a la aplicación del artículo 21 de la Ley del IS en la distribución de dividendos de la sociedad aportada a la nueva sociedad *holding*. La corrección se ha de realizar únicamente en la medida en que sea necesaria para eliminar la ventaja fiscal abusiva: el diferimiento inicial de la plusvalía se mantiene mientras el abuso no se consuma y solo se elimina a medida que los beneficios de la sociedad operativa se hacen efectivamente disponibles para el socio aportante, incluso de manera indirecta a través de la sociedad *holding*. De este modo, la regularización no grava la totalidad de la plusvalía en el año de la aportación, sino que la tributación se distribuye a lo largo de los ejercicios en los que se materializa el abuso. Esto es, la tributación de la ganancia diferida solo se consuma cuando los dividendos se distribuyen a la nueva sociedad *holding* y se aplica la exención del artículo 21 de la Ley del IS²⁸. Ello en el entendido de que la ventaja fiscal buscada con la operación y el Régimen FEAC es evitar la tributación de los dividendos procedentes de reservas anteriores a la aportación.

Adicionalmente, en las distintas resoluciones, el TEAC ha realizado las siguientes matizaciones y añadidos:

- i. *Delimitación del ámbito de la corrección.* La regularización se ha circunscribir exclusivamente a los beneficios generados con anterioridad a la aportación, sin afectar a los obtenidos con posterioridad. Se prioriza así el fondo sobre la forma, garantizando que la corrección elimine únicamente los efectos del abuso.
- ii. *Determinación de las reservas distribuidas.* Para identificar qué reservas se entienden distribuidas tras la aportación, el TEAC aplica el criterio FIFO (*first in, first out*) sobre los beneficios distribuibles, considerando repartidas en primer lugar las reservas más antiguas²⁹. Se prescinde de la calificación formal del dividendo si ello resulta necesario para corregir el abuso vinculado a beneficios previos a la aportación, de modo que la simple designación contable no impida apreciar la materialización del abuso. Esta doctrina se extiende también a supuestos en los que la ventaja fiscal deriva de aflorar plusvalías latentes en activos

previsiblemente realizables y canalizarlas posteriormente a través de dividendos exentos. La corrección se realiza de forma proporcional conforme se reparten los dividendos, evitando gravar plusvalías no realizadas³⁰.

- iii. *Prevención de la doble imposición.* Finalmente, el TEAC introduce algunos criterios orientados a evitar la doble imposición que podría derivarse de la regularización. Cuando la plusvalía diferida tribute progresivamente en sede del socio persona física —a medida que se materializa la ventaja fiscal prohibida—, deben efectuarse los ajustes necesarios para impedir una doble imposición futura, incrementando el valor fiscal de las participaciones en la sociedad *holding* en el importe de la plusvalía ya gravada en el IRPF y cuyo diferimiento ha concluido. En cambio, no procede incrementar el valor de adquisición fiscal de las participaciones que la sociedad *holding* posee en la entidad aportada, dado que la consumación del abuso —que pone fin al diferimiento— se produce precisamente con el reparto de dividendos de la sociedad operativa. Esa distribución reduce el valor de las acciones de la entidad participada en la sociedad *holding*, con lo que se evita una futura doble tributación sobre la renta inicialmente diferida³¹.

Esta nueva doctrina supone una evolución significativa respecto a los criterios aplicados tradicionalmente por la Administración tributaria y modifica la posición adoptada recientemente por la DGT. No obstante, a nuestro juicio, presenta varias dudas de compatibilidad con la normativa de la UE y con instituciones esenciales de nuestro ordenamiento jurídico a las que nos referiremos a continuación.

3. Compatibilidad de la doctrina del TEAC y la DGT con el derecho de la Unión y otras instituciones básicas de nuestro ordenamiento jurídico

La nueva doctrina del TEAC, aunque representa un avance en la forma en que se ha de corregir una aplicación abusiva del Régimen FEAC, sigue planteando (y, en algunos aspectos, ha generado) interrogantes sobre su compatibilidad con el derecho de la Unión Europea y con instituciones esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. El análisis de estas cuestiones resulta indispensable para valorar la solidez y viabilidad de esta construcción doctrinal, especialmente a la luz de la jurisprudencia del TJUE y de principios como la seguridad jurídica, la proporcionalidad y la prescripción, que sostienen nuestro sistema tributario.

En primer lugar, persiste una incompatibilidad de fondo en la aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la Ley del IS que la nueva doctrina del TEAC no logra resolver plenamente. El TJUE ha reiterado que el régimen fiscal común previsto en la Directiva 2009/133/CE "*se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones, con independencia de sus motivos, sean estos financieros, económicos o puramente fiscales*"³². Esta interpretación resulta difícilmente conciliable con la práctica administrativa española, que considera que la mera ausencia de motivos económicos válidos preponderantes, unida a la existencia de una ventaja fiscal, basta para denegar la aplicación del régimen de diferimiento, sin analizar en

qué medida la ventaja obtenida puede calificarse de ilegítima o artificiosa. Si la Directiva ampara operaciones con motivaciones esencialmente fiscales, negar el régimen sin valorar el carácter abusivo de la ventaja resulta contrario a la interpretación que debe hacerse de la cláusula anti-abuso de la Directiva.

Precisamente, el TEAC ha perdido la oportunidad de abordar, como reclama desde hace tiempo la doctrina científica³³, un examen sustantivo sobre la ilegitimidad de la ventaja fiscal identificada. Según la jurisprudencia del TJUE³⁴, el concepto de abuso de derecho requiere la concurrencia de un elemento subjetivo —la intención de obtener una ventaja contraria a los objetivos de la norma— y otro objetivo —la creación artificiosa de las condiciones necesarias para alcanzarla—. La mera finalidad fiscal constituye únicamente el primero de ellos; resulta imprescindible, además, determinar qué norma se aplica de forma artificiosa y en qué medida se desvirtúa la voluntad del legislador, es decir, las razones concretas por las que puede calificarse su aplicación de abusiva o fraudulenta.

En el caso de las aportaciones no dinerarias analizadas por el TEAC, la ventaja fiscal se asocia a la exención del artículo 21 de la Ley del IS, aplicable a los dividendos distribuidos por la sociedad operativa a la sociedad *holding*, sin que se explicita la razón por la que dicha exención —concebida expresamente por el legislador como un mecanismo estructural para evitar la doble imposición económica— resultaría abusiva en el contexto examinado. La ausencia de un análisis material de esta naturaleza puede conducir a una aplicación expansiva y formalista de la cláusula antiabuso, carente de criterios objetivos que permitan delimitar cuándo la aplicación de la exención deviene artificiosa, con lo que se genera una apreciable inseguridad jurídica en la planificación y ejecución de operaciones de reestructuración de esta naturaleza³⁵.

Por otro lado, la sentencia *Modehuis* introdujo ya en el 2010 un elemento de especial relevancia que, sin embargo, sigue sin haber sido tratado por la doctrina administrativa española³⁶. El TJUE sostuvo que las ventajas derivadas del régimen común previsto en la Directiva 2009/133/CE no pueden denegarse para compensar el impago de un tributo ajeno al ámbito de la propia Directiva, es decir, de un impuesto cuyas bases imponibles o tipos no guarden correspondencia con los aplicables a las operaciones de reestructuración —como el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o el Impuesto sobre el Patrimonio—. Esta doctrina incide directamente en aquellos supuestos en los que las operaciones de reestructuración buscan la creación de una estructura que permita obtener una tributación sensata en dichos tributos. La aplicación del artículo 89.2 de la Ley del IS para corregir situaciones vinculadas a impuestos distintos del propio IS, el IRPF o el IRNR, sin recurrir a la cláusula general antiabuso del artículo 15 de la LGT, suscitaría serias dudas de compatibilidad con el derecho de la Unión. Resultaría difícilmente justificable que una operación amparada por la Directiva goce de un nivel de protección inferior al previsto con carácter general frente a la aplicación de cláusulas antiabuso nacionales, particularmente cuando no se acredita que la ventaja perseguida en otros tributos resulte ilegítima o contraria a los objetivos del sistema.

Asimismo, y a pesar de los numerosos pronunciamientos en esta materia, seguimos apreciando la relevante falta de seguridad jurídica que ha acompañado —y, lamentablemente, sigue acompañando— a la aplicación del artículo 89.2 de la Ley del IS, tanto en lo relativo a su presupuesto de hecho como a sus efectos. El TJUE ha sido especialmente riguroso en esta materia: ha declarado que los objetivos de la Directiva deben alcanzarse respetando el principio de seguridad jurídica³⁷

y ha precisado que las normas nacionales de transposición y aplicación deben ser “*claras, precisas y previsibles*”³⁸, de modo que los contribuyentes puedan conocer con exactitud el alcance de sus derechos y obligaciones. Esta exigencia se ve comprometida en España, donde la DGT rehúsa de manera sistemática pronunciarse sobre la existencia o validez de los motivos económicos alegados en las consultas vinculantes, indicando que se trata de una cuestión fáctica. Sin embargo, cabría distinguir entre la *comprobación de los hechos* y la *valoración jurídica de su suficiencia como motivo económico válido*, que sí debería ser objeto de análisis por parte de la DGT a fin de dotar de certeza al contribuyente. La ausencia de este examen previo priva al régimen de la previsibilidad que exige el derecho de la Unión y obliga a los contribuyentes a decidir en un contexto de incertidumbre normativa, lo que resulta difícilmente conciliable con las exigencias del principio de seguridad jurídica proclamado por el TJUE.

Además, la nueva metodología de corrección diseñada por el TEAC plantea problemas de aplicación práctica y de encaje normativo en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, dispone que debe gravarse en sede del socio aportante la plusvalía diferida como si las reservas distribuidas a la sociedad *holding* —y no reinvertidas en la actividad empresarial— hubieran sido percibidas directamente por aquel, y prevé paralelamente ajustes destinados a evitar una doble imposición futura que desconocemos cómo tratará la Inspección.

Otro de los aspectos problemáticos de esta nueva metodología de regularización se relaciona con la institución de la prescripción, pilar esencial de nuestro ordenamiento jurídico. La nueva doctrina sostiene que, si la operación se realiza en un ejercicio y el abuso se materializa en otro, la regularización debe efectuarse en este último. Ello plantea la cuestión de si es posible determinar la inaplicación del Régimen FEAC cuando la consumación del abuso —la distribución de dividendos— ocurre en un ejercicio no prescrito, pero la operación que originó el diferimiento objeto de regularización se llevó a cabo en un ejercicio ya prescrito. Si bien el Tribunal Supremo ha admitido la calificación de negocios abusivos con efectos en ejercicios no prescritos³⁹, en este caso se trata de verificar el cumplimiento de los requisitos de un régimen especial, lo que debería quedar circunscrito en el plazo general de prescripción de cuatro años. La extensión del plazo mediante la figura de las obligaciones conexas (art. 68.9 de la LGT) resulta forzada y compromete la seguridad jurídica, al abrir la puerta a regularizaciones de alcance indefinido.

La doble imposición constituye otro de los riesgos más relevantes asociados a esta nueva doctrina. Aunque el TEAC prevé la aplicación de *ajustes técnicos* para evitarla, su implementación práctica resulta confusa. En efecto, si el socio aportante tributa en su IRPF cuando la sociedad operativa distribuye dividendos a la sociedad *holding*, la posterior distribución de esos mismos dividendos al socio no debería dar lugar a una nueva regularización, pues ello implicaría gravar dos veces la misma renta.

La extensión de esta doctrina a otras figuras del Régimen FEAC, como fusiones o escisiones, también genera una significativa incertidumbre jurídica. El propio TEAC ha reconocido que su pronunciamiento se circunscribe a las aportaciones no dinerarias, por lo que sus conclusiones no son directamente extrapolables. En el contexto de fusiones o escisiones, la determinación del momento en que se produce la “materialización del abuso” resulta mucho más incierta, lo que puede

derivar en un trato desigual y generar tensiones con el principio de equivalencia establecido por el derecho de la Unión.

Por último, la imposición de sanciones constituye otro elemento conflictivo. Si bien el Tribunal Supremo ha reconocido recientemente su compatibilidad con la cláusula antiabuso, la complejidad del nuevo esquema de regularización y la ausencia de tipicidad clara de la conducta dificultan que el contribuyente pueda determinar de manera anticipada si incurre en infracción. Esta situación plantea serias dudas sobre la conformidad con los principios de tipicidad, culpabilidad y seguridad jurídica.

En definitiva, aunque la nueva doctrina del TEAC representa un esfuerzo por aplicar de forma específica la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la LIS, persisten problemas significativos de compatibilidad con el derecho de la Unión Europea y con principios fundamentales del sistema tributario español. La ausencia de un análisis riguroso de la ilegitimidad de la ventaja fiscal, la presunción casi automática de abuso, la inseguridad jurídica, las dificultades derivadas de la prescripción y la doble imposición, las incertidumbres sobre su extensión a otras figuras del régimen y la posible sancionabilidad de conductas no claramente tipificadas configuran un panorama jurídico incierto.

Resulta imprescindible que el Tribunal Supremo se pronuncie para determinar si respalda esta doctrina o introduce las correcciones necesarias que aseguren su plena compatibilidad con el derecho de la Unión Europea y con las instituciones básicas del ordenamiento tributario español.

Notas

- 1 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades ("Ley del IS").
- 2 La Ley 76/80 regulaba una bonificación del Impuesto sobre Sociedades ("IS") que podía llegar a ser del 99 % en el caso de operaciones de fusión de empresas. Sin embargo, a diferencia del régimen traspuesto de la normativa europea, dicha bonificación tenía carácter rogatorio que debía autorizarse en un expediente administrativo y, además, presentaba como requisito que la operación beneficiase a la economía nacional (artículo Primero.Dos).
- 3 En su exposición de motivos se precisaba que, *"si bien la norma comunitaria únicamente versa sobre aquellas operaciones que se realicen entre entidades residentes en diferentes Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, los principios tributarios sobre los que está construida son igualmente válidos para regular las operaciones realizadas entre entidades residentes en territorio español. Por este motivo, se establece un régimen tributario único para unas y otras"*.
- 4 Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea (el "Régimen FEAC").
- 5 Párrafos 2.º y 3.º de la exposición de motivos de la Ley 29/1991: *"(...) presente Ley regula un conjunto de materias cuyo lazo de unión es, precisamente, la necesidad de adecuar nuestra normativa tributaria a las normas de armonización emanadas de la Comunidad Económica Europea. (...) Título I tiene como finalidad primordial incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las normas contenidas en la Directiva 90/434/C.E.E. del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones"*.
- 6 Cuando una normativa reproduce o implementa una Directiva de la UE y se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en el derecho comunitario, *"existe un interés manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse"* (SSTJUE, de 18 de octubre de 1990, asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, M. Dzodzi, apartado 37, y de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, A. Leur-Bloem, apartados 31 y 32).
- 7 STJUE, de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, A. Leur-Bloem.
- 8 STJUE, de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, Kofoed.
- 9 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- 10 STJUE, de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, Modehuis.
- 11 STJUE, de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, Foggia.
- 12 STJUE, de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, Euro Park Service.
- 13 El Tribunal Supremo sostuvo, en diversos pronunciamientos —véase, entre otros, las SSTs de 7 de abril de 2011 (rec. 4939/2007), de 8 de marzo de 2012 (rec. 3777/2008) y 27 de mayo de 2013 (rec. 1668/2011)—, que, aun cuando la norma interna no recogiera expresamente la referencia a los motivos económicos válidos, esta debía entenderse integrada en el espíritu de la norma. Ello se fundamenta, como se ha expuesto previamente, en que los mismos principios que inspiraban la Directiva comunitaria debían considerarse aplicables a las operaciones realizadas en el ámbito interno. Así, señala el Alto Tribunal: *"La referencia en la norma comunitaria a que la inexistencia de motivos económicos válidos puede constituir una presunción de que la operación ha tenido como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal y, por otra parte, reconocido por el propio legislador que los mismos principios que inspiran la Directiva deben aplicarse a las situaciones internas, permite concluir que dicha previsión se encontraba incorporada en el espíritu de la Ley 29/1991 y, posteriormente, en el artículo 110.2 de la Ley 43/1995"*.
- 14 En este sentido, se pronunció también el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos (SSTS, 18 de noviembre de 2013, rec. 654/2012, y de 9 de marzo de 2017, rec. 897/2016): *"Nada impide, efectivamente, la inaplicación parcial del repetido régimen especial, ni en la letra ni en el espíritu de la Directiva. Aún más, lo impone la operatividad del principio de proporcionalidad, como subrayó el Tribunal de Justicia en la sentencia Leur-Bloem y admite la Dirección General de Tributos"*.
- 15 STS, de 16 de noviembre de 2022 (rec. 89/2018).
- 16 SSTs, de 27 de mayo de 2013 (rec. 1668/2011), de 16 de marzo de 2016 (rec. 1815/2014) y de 16 de noviembre de 2022 (rec. 89/2018).
- 17 Contestaciones de la DGT a Consultas Vinculantes V2214/2023, de 27 de julio de 2023, y V0050-25, de 22 de enero de 2025.
- 18 SSTs, de 12 de noviembre de 2012 (rec. 4299/2010) y de 23 de noviembre de 2016 (rec. 3742/2015) y SAN de 2 de junio de 2016 (rec. 289/2013).
- 19 STS, de 16 de marzo de 2016 (rec. 1815/2014).
- 20 Contestación a Consulta Vinculante de la DGT V2214-2023, de 27 de julio de 2023.
- 21 STS, de 16 de noviembre de 2022 (rec. 89/2018).
- 22 STS, de 16 de noviembre de 2022 (rec. 89/2018).
- 23 RRTEAC, de 22 de abril de 2024 (rec. 6448/2022 y rec. 6452/2022); de 27 de mayo de 2024 (rec. 6513/2022, rec. 6550/2022 y 3426/2021); de 19 de noviembre de 2024 (rec. 8869/2021); de 12 de diciembre de 2024 (rec. 5937/2024 y rec. 6543/2024), y de 24 de junio de 2025 (rec. 5240/2022 y rec. 5242/2022).
- 24 La RTEAC, de 19 de noviembre de 2024 (rec. 8869/2021) constituye una excepción. En ese caso, en el momento de la aportación no existían reservas pendientes de distribución, pero sí inmuebles con plusvalías tácitas, que fueron inmediatamente enajenados y cuyos beneficios se distribuyeron después, reproduciendo el mismo esquema observado en el resto de las resoluciones.
- 25 En las resoluciones del TEAC de 24 de junio de 2025 (rec. 5240/2022 y rec. 5242/2022), a diferencia de lo ocurrido en los otros casos, los nuevos ingresos no se destinaron a la adquisición de activos financieros. En su lugar, se invirtieron en la compra de dos inmuebles: uno fue arrendado a la sociedad operativa y el otro se destinó a vivienda habitual de los socios contribuyentes del IRPF.

- 26 La literalidad del precepto establece hasta en tres ocasiones la no aplicación del régimen: “No se aplicará el régimen...”, “En particular, el régimen no se aplicará...” y “Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial”.
- 27 Las Directivas 90/434/CEE y 2009/133/CE.
- 28 El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en su sentencia de 2 de septiembre de 2024 (rec. 454/2023), ya se pronunció sobre esta nueva doctrina del TEAC, acogiendo sus criterios al inaplicar parcialmente el Régimen FEAC en una aportación no dineraria y confirmando que el diferimiento puede ser objeto de regularización conforme se materializa la ventaja fiscal abusiva.
- 29 En este sentido, ver RRTEAC de 12 de diciembre de 2024 (rec. 5937/2024 y rec. 6543/2024).
- 30 En este sentido, ver RTEAC de 19 de noviembre de 2024 (rec. 8869/2021).
- 31 Este criterio ha sido recientemente matizado en las RRTEAC de 24 de junio de 2025 (rec. 5240/2022 y rec. 5242/2022), corrigiendo la posición mantenida en las de 27 de mayo de 2024 (rec. 6513/2022, rec. 6550/2022 y rec. 3426/2021), ya que en estas últimas se afirmaba que, “a medida que vaya corrigiéndose el régimen de diferimiento en sede de la socia procederá ir rectificando, en sede de la sociedad holding aquí reclamante, el valor fiscal de los títulos de XZ-JK recibidos como consecuencia de la aportación no dineraria aquí analizada”.
- 32 SSTJUE, de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, A. *Leur-Bloem*; de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Kofoed*; de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis*; de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia*; y de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service*.
- 33 Ver, entre otros, López Tello, J. (2010). La cláusula antiabuso del régimen fiscal de fusiones tras la sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 27, pp. 45-54; Marín Benítez, G. (2023). Yo opiné antes. Yo opino ahora. Reflexiones sobre los motivos económicos válidos y las reestructuraciones empresariales [online], *FiscalBlog*, <https://fiscalblog.es/yo-opine-yo-opino-sobre-los-motivos-economicos-validos-y-las-reestructuraciones-empresariales/>, (8 de septiembre de 2023), [consulta: 13 de marzo de 2026].
- 34 STJUE, de 14 de diciembre de 2000, asunto C-110/99, *Emsland-Stärke*.
- 35 La única excepción a esta tendencia podría encontrarse en la contestación a Consulta Vinculante V2402-24 de la DGT, que adopta una posición más matizada al considerar que no puede calificarse de ilegítimo ni artificioso el ahorro derivado de la eliminación de la tributación efectiva del 1,25 % en la distribución de dividendos cuando dicho resultado se produce en el marco de una operación de fusión dirigida a suprimir sociedades *holding* intermedias. Esta interpretación parece reconocer que la mera obtención de una ventaja fiscal —cuando responde a una reorganización con efectos económicos reales— no basta, por sí sola, para apreciar la existencia de un propósito abusivo.
- 36 STJUE, de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis*.
- 37 STJUE, de 18 de octubre de 2012, asunto C-603/03, *Pelati d.o.o.*
- 38 STJUE, 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service*.
- 39 No obstante, la doctrina del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 1 de marzo de 2024 (rec. 4304/2020) y 11 de marzo de 2024 (rec. 8243/2022) sobre los artículos 15 y 16 de la LGT, abre un margen interpretativo que podría validar la actuación del TEAC. En esos pronunciamientos se reconoce que la Administración puede calificar un negocio como abusivo o simulado aun cuando haya sido celebrado en un ejercicio prescrito, siempre que sus efectos se proyecten sobre ejercicios no prescritos, amparándose en el artículo 115 de la LGT.

Foro de Actualidad

España

LA INDEMNIZACIÓN ADICIONAL EN DESPIDOS IMPROCEDENTES: ¿QUEDA CERRADO EL DEBATE JURISPRUDENCIAL? ESTUDIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE JULIO DE 2025

José Luis Vázquez Vera

Abogado del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)

La indemnización adicional en despidos improcedentes: ¿queda cerrado el debate jurisprudencial? Estudio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2025

La Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo n.º 736/2025, de 16 de julio, ha cerrado el debate jurisprudencial sobre la posibilidad de conceder una indemnización por despido superior a la tasada legalmente en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores por despido improcedente. La sentencia establece que los órganos judiciales no pueden aumentar dicha indemnización aun cuando los daños sufridos por la persona trabajadora no se vean suficientemente reparados por aquella.

El presente artículo ofrece un análisis completo sobre la trascendencia de la solución ofrecida por el Tribunal Supremo, mediante el examen de la disparidad de criterios existente entre los tribunales superiores de justicia, de la sentencia objeto de estudio junto con sus votos particulares, así como de las puertas que la citada sentencia deja abiertas y aquellas que cierra de forma definitiva.

PALABRAS CLAVE:

Indemnización por despido; Indemnización adicional; Despido improcedente; Carta Social Europea; Comité Europeo de Derechos Sociales.

Additional compensation in unfair dismissal cases: has the Supreme Court put an end to the debate?

The Supreme Court Fourth Chamber's ruling 736/2025 of 16 July has settled the legal debate on the possibility of awarding compensation for dismissal in excess of the amount legally established in article 56 of the Workers' Statute for unfair dismissal. The ruling establishes that the courts cannot increase such compensation even if it does not sufficiently remedy the damages suffered by the employee.

This article analyses the Supreme Court's solution, examining the disparity in criteria between the high courts of justice, the ruling under consideration, together with its dissenting opinions. It also considers the doors that the ruling leaves open and those it closes definitively.

KEYWORDS:

severance payment; additional compensation; unfair dismissal; European Social Charter; European Committee of Social Rights.

FECHA DE RECEPCIÓN: 11-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-12-2025

Vázquez Vera, José Luis (2025). La indemnización adicional en despidos improcedentes: ¿queda cerrado el debate jurisprudencial? Estudio de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2025. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 169-180 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Este foro analiza sintéticamente la sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo n.º 736/2025, de 16 de julio (rec. 3993/2024) (la "STS de 16 de julio de 2025"), que cierra el debate jurisprudencial existente en relación con la posibilidad de conceder, cuando las circunstancias del despido lo justifiquen, una indemnización por despido superior a la tasada legalmente en el artículo 56 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ("ET") para el despido declarado improcedente.

Esta cuestión ha sido objeto de pronunciamientos recurrentes, y no siempre coincidentes, entre los tribunales superiores de justicia. En los últimos meses, esta disparidad de criterios en la jurisprudencia de suplicación ha llegado a su fin tras las recientes sentencias del Tribunal Supremo. Nos referimos a la sentencia n.º 1350/2024 de 19 de diciembre (rec. 2961/2023) y a la citada STS de 16 de julio de 2025, que se han pronunciado de manera tajante al respecto: no es posible incrementar judicialmente la indemnización legal por despido aun cuando los daños sufridos por la persona trabajadora como consecuencia del despido no se vean adecuadamente compensados por ella.

A lo largo del presente artículo se tratará de ofrecer una visión completa sobre la trascendencia de la solución ofrecida por el Tribunal Supremo. Para ello, se comenzará analizando la configuración actual de la indemnización por despido, para continuar con un breve estudio sobre la disparidad de criterios existente entre los tribunales superiores de justicia sobre la concesión de indemniza-

ciones adicionales. A continuación, se analizará la STS de 16 de julio de 2025 junto con sus votos particulares. Finalmente, se estudiarán las diferentes vías que la citada sentencia deja abiertas y aquellas que, por el contrario, descarta definitivamente.

2. Contexto y antecedentes: la regulación de la indemnización por despido y el debate jurisprudencial existente entre los Tribunales Superiores de Justicia

Antes de entrar en el estudio de la STS de 16 de julio de 2025 y sus implicaciones, es conveniente partir de un breve análisis de la figura de la indemnización por despido en el ET, así como del contexto y los antecedentes jurisprudenciales que llevaron al Tribunal Supremo a pronunciarse hasta en dos ocasiones en menos de un año sobre la figura de la indemnización adicional.

2.1. La indemnización por despido improcedente en el Estatuto de los Trabajadores

El artículo 56 del ET prevé, para los supuestos en que el despido de un trabajador sea declarado improcedente, una indemnización equivalente a *"treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades"*.

En otras palabras, existe un sistema objetivo para calcular la indemnización por despido cuando este se declara improcedente, independiente del efectivo perjuicio causado a la persona trabajadora. La base de cálculo de la indemnización por despido improcedente es idéntica en todas las extinciones, de forma que el importe final dependerá únicamente de dos factores: el salario y la antigüedad de cada persona trabajadora.

Esta configuración legal tiene varias implicaciones. En primer lugar, no exige que la persona trabajadora despedida tenga que probar el daño sufrido para obtener la indemnización por despido improcedente. En otras palabras, una vez declarada la improcedencia del cese, la indemnización será la fijada por el ET, eximiendo a la persona trabajadora de acreditar el perjuicio causado. En segundo lugar, y en línea con lo anterior, en supuestos en los que las circunstancias del despido sean especialmente gravosas o perjudiciales para la persona trabajadora, esta no tendrá derecho a una indemnización ajustada al daño real derivado de la extinción.

En resumen, esta configuración legal, si bien "descarga" de prueba a la persona trabajadora para percibir la indemnización por despido, puede provocar que, en ciertos supuestos, el daño sufrido como consecuencia de la extinción de la relación laboral no sea reparado de forma suficiente por la indemnización concedida.

Es precisamente la existencia de este tipo de supuestos lo que ha provocado que la jurisprudencia de suplicación se haya pronunciado de forma dispar sobre la viabilidad de conceder indemnizaciones superiores a la tasada legalmente.

2.2. La controversia en la jurisprudencia menor con anterioridad a la STS de 16 de julio de 2025

Durante los últimos años, diferentes tribunales han admitido la posibilidad de conceder indemnizaciones adicionales a trabajadores en función de las circunstancias de su despido. No obstante, las sentencias que efectivamente las han concedido no son abundantes y los criterios para ello, así como los parámetros para determinar su cuantía, no son uniformes.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña admitió por primera vez la posibilidad de reconocer una indemnización adicional a la de despido en su sentencia n.º 2273/2021, de 23 de abril (rec. 5233/2020), aunque no la concedió en atención a las circunstancias del caso enjuiciado. Esto se debe a que el TSJ de Cataluña condicionaba esta indemnización a que existiera una "*clara y evidente (...) existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial*", situación que no se daba en el caso objeto de enjuiciamiento. En cualquier caso, se trataba de un criterio relevante y novedoso, ya que señalaba las primeras pautas para conceder este tipo de indemnizaciones. También especificaba el Tribunal en esta innovadora sentencia que la indemnización debía compensar la totalidad de los daños y perjuicios causados (lo que incluye el daño emergente, lucro cesante y daño moral).

Pocos años después, el TSJ de Cataluña concedió, por primera vez, esta indemnización adicional en su sentencia n.º 469/2023, de 30 de enero (rec. 6219/2022). En esta controversia considera que la indemnización tasada (inferior a mil euros) era claramente insuficiente para compensar el daño. El Tribunal apreció abusividad en la decisión extintiva, ya que la trabajadora despedida habría sido incluida, con muy alta probabilidad, en el ERTE que llevó a cabo la empresa pocos días después, lo que supuso la privación de la posibilidad de acceso a medidas extraordinarias de protección.

El TSJ de Cataluña fijó la indemnización adicional en 3493,30 euros al entender que estos fueron los daños efectivamente probados: la prestación que hubiera percibido la trabajadora de haber sido incluida en el ERTE.

No ha sido esta la única sentencia en esta línea. Más recientemente, el TSJ de País Vasco también ha concedido una indemnización adicional. Se trata de la sentencia n.º 1040/2024 de 23 de abril (rec. 502/2024). El TSJ la justifica por las circunstancias particulares del caso: el trabajador tenía un contrato indefinido y, al recibir una oferta de trabajo de un ayuntamiento, la aceptó renunciando a su empleo anterior. Un mes después, el ayuntamiento extinguió su contrato por haberse producido un "*error en la contratación*" y le abonó una indemnización de 493,49 euros. Ante este abuso en la contratación, el TSJ del País Vasco concede una indemnización adicional a la de despido calculada sobre la base del lucro cesante. Esta ascendió a los salarios que el trabajador hubiera percibido en un año de trabajo.

En los juzgados de lo social también se ha concedido, en ocasiones puntuales, este tipo de indemnización. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia n.º 252/2023, de 20 de julio, del Juzgado de lo Social n.º 1 de Bilbao: un trabajador es despedido por la empresa tras solo un año de prestación de servicios. El Juzgado concluye que la extinción es abusiva debido a la *“ausencia de prueba de toda causa disciplinaria”*. En este caso, el Juzgado decide fijar la indemnización en atención al importe que correspondería a la empresa en concepto de preaviso si el trabajador hubiera causado baja voluntaria, lo que evidencia la disparidad de criterios para cuantificar este tipo de indemnizaciones.

Dicho lo anterior, es abundante y mayoritaria la jurisprudencia de suplicación que ha rechazado en los últimos años la posibilidad de conceder indemnizaciones adicionales a la tasada legalmente. A modo ilustrativo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia n.º 643/2023, de 19 de octubre (rec. 454/2023), o el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia n.º 4130/2023, de 26 de septiembre (rec. 2317/2023), entre otras muchas resoluciones.

3. La STS de 16 de julio de 2025 y sus votos particulares: fin al debate jurisprudencial y doctrinal

Es en este contexto en el que se pronuncia el Tribunal Supremo. Si bien —como se ha avanzado— el Alto Tribunal ya se pronunció en diciembre de 2024 sobre esta materia denegando la posibilidad de incrementar la indemnización por despido en vía judicial, es con esta segunda sentencia con la que pretende dejar zanjado el debate.

En aquella sentencia de diciembre de 2024 el Tribunal Supremo resolvía la controversia planteada en relación con la aplicabilidad directa del artículo 10 del Convenio n.º 158 de la OIT sobre lo dispuesto en el artículo 56 del ET, y concluía que no era posible que un órgano judicial, sobre esta base, pudiera fijar en sentencia una indemnización por despido improcedente *“en un importe que no sea el que resulte de lo que dispone el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores”*. Sin embargo, no se pronunciaba sobre la aplicación de la Carta Social Europea (*“CSE”*), ya que no formaba parte del ordenamiento jurídico interno en el momento en el que tuvo lugar el cese impugnado.

En julio de 2025 el Tribunal Supremo se pronuncia por segunda vez sobre esta cuestión. Pese a que la fundamentación del recurso y la argumentación de ambas sentencias es diferente, la conclusión es idéntica: la indemnización legal por despido no puede ser superada y mejorada más allá de lo establecido por el legislador para el despido improcedente.

Pues bien, en la STS de 16 de julio de 2025 el debate casacional es más amplio. El Tribunal resuelve sobre la base, principalmente, de dos fundamentos. Por un lado, sobre la aplicabilidad directa del artículo 24 de la CSE, ratificado por España, concluye que la CSE no es directamente aplicable por los órganos judiciales españoles, ya que no supera el control de convencionalidad. Por otro lado, manifiesta que las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (*“CEDS”*) no son vinculantes para los órganos judiciales españoles, cuestión relevante al tratarse de una institución que —como se analizará— ha concluido que la indemnización por despido improcedente en España es insuficiente, en algunos casos, para reparar el daño real causado por el despido.

Se analizan a continuación con mayor detalle ambos argumentos.

3.1. Alcance del control de convencionalidad y aplicabilidad directa de la CSE por los órganos judiciales

Uno de los dos argumentos principales que desarrolla el Tribunal Supremo para sostener su decisión es el alcance del control de convencionalidad y la naturaleza no vinculante de la CSE.

Debemos partir de la redacción del artículo 24 de la CSE, titulado "Derecho a protección en caso de despido". Este precepto dispone:

"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

- i. el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio;
- ii. *el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.*

A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial".

El Tribunal Supremo niega la aplicabilidad de esta disposición sobre la base de que la redacción no es la propia de una disposición vinculante para los órganos judiciales nacionales, sino un "precepto programático que no identifica elementos concretos para fijar un importe económico o de otro contenido que permita colmar la patente inconcreción de su literalidad, o de su extrema vaguedad".

El Tribunal Supremo ofrece dos argumentos adicionales que respaldan esta conclusión.

En primer lugar, el paralelismo con el artículo 10 del Convenio n.º 158 de la OIT. La Sala reitera su doctrina: los conceptos *indemnización adecuada* y *otra reparación apropiada* requieren concreción por la legislación interna para ser aplicables. En otras palabras, su amplitud impide que los jueces y magistrados puedan fijar una indemnización por despido diferente a la tasada legalmente. Además, el Tribunal Supremo entiende que el legislador ya realizó ese ejercicio de concreción en el propio artículo 56 del ET, estableciendo un sistema compatible con los estándares internacionales.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo hace referencia al artículo 24 de la Parte II del Anexo a la CSE, estipulación que prevé lo siguiente: *"Se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales"*. Tras ello, concluye que la CSE se está refiriendo en exclusiva al legislador y a la negociación colectiva, y descarta que esta "indemnización adecuada" pueda ser fijada por los órganos judiciales.

En consecuencia, para el Tribunal Supremo, el artículo 24 de la CSE no es una norma directamente aplicable con potestad para desplazar las previsiones del artículo 56 del ET a la hora de ser aplicada por los jueces y magistrados, ya que carece de la suficiente claridad y certeza, lo que provocaría inseguridad jurídica en su aplicación.

3.2. Valor de las decisiones del CEDS

El segundo argumento fundamental se centra en el valor de las decisiones del CEDS y, en concreto, sobre su carácter vinculante para los Estados miembros.

Conviene partir de una noción mínima sobre la naturaleza del CEDS. Esta institución tiene como función principal determinar si la legislación nacional y las prácticas en los Estados miembros son o no conformes con la Carta Social Europea. En tal condición dicta decisiones que se elevan al Comité de Ministros del Consejo de Europa para que este adopte las correspondientes "Recomendaciones".

En este marco, el CEDS emitió su Decisión n.º 207/2022 en el procedimiento de reclamación colectiva iniciado por UGT contra España sobre la suficiencia de la indemnización por despido en el ordenamiento jurídico español. En esta Decisión, el CEDS concluye que la indemnización por despido en España no es lo suficientemente elevada para reparar el daño efectivo sufrido por la persona trabajadora en todos los casos. Lo anterior, entre otras razones, por no prever el reembolso de los salarios de tramitación ni indemnizaciones proporcionales al daño real en atención a las circunstancias concurrentes.

En este contexto, el Tribunal Supremo concluye que las decisiones del CEDS no son directamente aplicables ni vinculantes para los órganos judiciales españoles. El Tribunal desarrolla que las decisiones del CEDS se emiten a través de un procedimiento que no puede calificarse de judicial. Lo anterior por dos razones:

En primer lugar, porque no se da audiencia a todas las partes interesadas. En la Decisión n.º 207/2022 fue el caso de la representación empresarial española, que no tuvo participación en el procedimiento, pese a ser sujeto interesado.

En segundo lugar, porque, aunque en la práctica es habitual que la recomendación del Comité de Ministros esté alineada con la decisión del CEDS, esta no es obligatoria para el Comité. En este sentido, el Tribunal Supremo señala que, a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH"), el CEDS no es un tribunal y, como consecuencia, no existe ningún mecanismo jurídico para que sus recomendaciones sean obligatoriamente cumplidas por todos los poderes de los Estados miembros. Las decisiones del CEDS tienen como destinatario al Comité de Ministros del Consejo de Europa, sin llegar a ser vinculantes tampoco para este, ya que solo sirven de base para que el citado Comité adopte la recomendación que estime conveniente.

Por tanto, el Tribunal Supremo concluye que las decisiones del CEDS carecen de efectos vinculantes.

En virtud de lo anterior, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de la persona trabajadora y rechaza la posibilidad de conceder indemnizaciones superiores a la tasada en el ET.

3.3. Votos particulares

La solución ofrecida por el Tribunal Supremo no ha sido pacífica entre los magistrados del Tribunal Supremo. Se han dictado dos votos particulares a esta sentencia. El primero de ellos por el magistrado D. Félix Vicente Azón, y el segundo, de forma conjunta por D.^a Isabel Olmo Parés y D. Rafael López Parada.

El voto particular de D. Félix Vicente Azón, tras afirmar que no se cumplía el requisito de contradicción para que el recurso fuera admitido, entra brevemente en el fondo del asunto para indicar que en el ordenamiento laboral actual ya existen mecanismos para conceder una indemnización adicional a la tasada por despido. Para ello, hace referencia al *"derecho de daños que se regula en el artículo 1.101 y siguientes del Código Civil"*.

No obstante, es el segundo voto particular, emitido por D.^a Isabel Olmo Parés y D. Rafael López Parada, el que más interés suscita tanto por su conclusión como por su fundamentación jurídica. Se analiza brevemente a continuación.

En relación con el carácter obligatorio de la CSE, los mencionados magistrados entienden que la condición para que el contenido de un tratado internacional se integre en el ordenamiento jurídico interno es que sea una *"norma jurídica"*, de acuerdo con el artículo 1.5 del Código Civil.

Para responder a esta idea valoran diferentes elementos: (i) contenido y estructura típica de una norma jurídica, es decir, un supuesto de hecho (el despido sin causa válida) y una consecuencia (el reconocimiento de un derecho obligacional cuyo titular acreedor es el trabajador despedido, y el deudor el empresario que le despide); (ii) la propia CSE distingue entre la Parte I, una declaración de objetivos sin valor normativo, y la Parte II, integrada por artículos de *"naturaleza obligatoria"*, en la que se encuentra el cuestionado artículo 24.

Sobre la falta de concreción que el Tribunal Supremo le imputa en la sentencia a esta disposición, los magistrados explican que *"el uso de conceptos jurídicos indeterminados no excluye la naturaleza normativa del precepto ni su aplicación por los órganos judiciales"*, ya que, de aceptar esta tesis, nos encontraríamos con que la mayor parte del ordenamiento jurídico sería inaplicable (incluida —afirman los magistrados— *"una parte sustancial de la Constitución"*).

En este sentido, la obligación de quien interpreta la norma *"es decidir si un determinado supuesto concreto se encuentra comprendido o no dentro del concepto jurídico, dando una respuesta positiva (que dispara la aplicación de la consecuencia prevista en la norma) o no"*.

Lo que no cabe —concluye el voto particular— es afirmar que la indemnización por despido, al estar fijada por el legislador, constituye una indemnización adecuada independientemente del importe que se abone en cada caso. De aceptar esta idea, sería una indemnización adecuada la de 45

días por año vigente hasta 2012, la de 33 días fijada a partir de aquella norma y toda indemnización que decida adoptar el legislador. Todo lo anterior —continúa el voto particular— provocaría que el artículo 24 de la CSE quede vacío de contenido.

En relación con la naturaleza vinculante de las decisiones del CEDS, si bien el voto particular de los magistrados D.^a Isabel Olmo Parés y D. Rafael López Parada coincide con la conclusión de la mayoría en que no son vinculantes de forma directa, lo hace mediante fundamentos jurídicos diferentes a los de la sentencia que merecen unas breves líneas en este artículo.

El voto particular indica que ciertamente existen diferencias entre el efecto vinculante de las decisiones del CEDS y las del TEDH. Sin embargo, tienen algo en común: no producen efectos jurídicos *ad extra*, es decir, no pueden vincular de forma directa a los órganos judiciales de los Estados miembros. En este contexto, si a las sentencias del TEDH se les ha conferido en España valor directamente vinculante ha sido por decisión expresa del legislador y no por una obligación derivada del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este no es el caso para las decisiones del CEDS, que no cuentan con los correspondientes mecanismos para concederles eficacia directa en su aplicación.

Adicionalmente a ello, el voto particular ofrece otros dos argumentos para reforzar esta conclusión.

En primer lugar, la CSE se ha ratificado en virtud del artículo 94.1 de la Constitución española (“CE”) y no del artículo 93. Esta distinción es relevante, ya que el artículo 93 es el precepto que permite la cesión o transferencia de competencias derivadas de la CE a organizaciones o instituciones internacionales. El artículo 94.1 de la CE no llega tan lejos. Aunque autoriza la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados internacionales, ello no lleva aparejada transferencia de potestades soberanas. En otras palabras, no es posible interpretar que tratados internacionales amparados en el artículo 94 pueden atribuir a un órgano institucional de una organización internacional la facultad de dictar resoluciones directamente aplicables en España. Esto sería —a juicio de los magistrados disidentes— contrario a la CE.

En segundo lugar, incluso en el caso de que se hubiera amparado en el artículo 93 de la CE, la decisión de otorgarle carácter vinculante a las decisiones del CEDS podría ser contraria al derecho de la Unión Europea (“UE”). La jurisprudencia europea ha establecido que, cuando un tratado internacional incluye un sistema de solución de controversias que afecta a materias reguladas por el derecho de la UE, este puede ser incompatible con el artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en dos situaciones: (i) si no garantiza la posibilidad de elevar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”); y (ii) si no asegura la primacía del derecho de la UE.

En el presente caso, se trata de una materia (la protección frente al despido) integrada en un ámbito sobre el que la UE tiene competencias y de un procedimiento que no incluye mecanismos para elevar cuestiones ante el TJUE ni impone al CEDS la obligación de garantizar la primacía del derecho comunitario. Todo esto lleva al voto particular a concluir —como se avanzaba— que las decisiones del CEDS no son jurídicamente vinculantes para los órganos judiciales.

Los magistrados D.^a Isabel Olmo Parés y D. Rafael López Parada finalizan su argumentación valorando la decisión de la mayoría como una *“oportunidad perdida”* que impide que el Tribunal Supremo pueda *“delimitar supuestos y consecuencias, corrigiendo al menos las desviaciones más significativas [con respecto al daño real causado por el despido] y confiando para ello en los órganos judiciales sociales al concederles la facultad de valorar las circunstancias específicas de determinados casos, que es lo propio de la función judicial”*.

4. Cuestiones de interés a determinar: vías abiertas para reconocer una indemnización adicional

Una vez que se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre la cuestión objeto del presente artículo, la siguiente pregunta que puede surgirle al lector es la siguiente: ¿ha quedado definitivamente zanjado el debate sobre la indemnización adicional?

La respuesta parece ser afirmativa.

El Tribunal Supremo ha vuelto a manifestarse en la misma línea en su sentencia n.º 1131/2025, de 26 de noviembre (rec. 4704/2024); y, en el mismo sentido se han pronunciado varios tribunales superiores de justicia sobre asuntos similares, que han adoptado la posición defendida por el Tribunal Supremo (por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sus sentencias n.º 707/2025 de 23 de octubre —rec. 440/2025— o n.º 913/2025 de 24 de octubre —rec. 638/2025—). Es previsible, por tanto, que esta siga siendo la tónica general entre los distintos órganos judiciales.

Incluso el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que inició la doctrina jurisprudencial que abrió la posibilidad de conceder estas indemnizaciones, ha adoptado la posición mayoritaria de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su reciente sentencia n.º 5407/2025, de 21 de octubre (rec. 1622/2025): *“Compartamos o no esta doctrina, hemos de estar a sus pronunciamientos”*.

Por tanto, parece claro que en el ámbito judicial este debate ha quedado definitivamente cerrado.

Sin embargo, el hecho de que judicialmente esta controversia no parezca tener mayor recorrido no significa que sea una cuestión cerrada en todos los ámbitos. Como reconoce el propio Tribunal Supremo en la STS de 16 de julio de 2025, España está incumpliendo con la normativa europea en materia de despido. El CEDS lo afirma claramente en la ya mencionada decisión correspondiente a la reclamación n.º 207/2022:

“El Comité considera que los límites máximos fijados por la legislación española no son lo suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima en todos los casos y ser disuasorios para el empleador (...). Por lo tanto, el Comité sostiene que existe una violación del Artículo 24.b de la Carta”.

Esto supone que, si el Estado quiere evitar posibles multas, y asumiendo que el Poder Judicial no va a enmendar este problema, sea el Poder Legislativo quien deba asumir la responsabilidad para hacer las modificaciones correspondientes.

A pesar de que hasta el momento no parece que esta sea una de las prioridades del legislador, se presentan varias opciones para adaptar la legislación de conformidad con la normativa europea. Se analizan a continuación.

Hoy en día, como se analizó en el primer epígrafe del presente artículo, las indemnizaciones por despido improcedente están tasadas, y esto para las personas trabajadoras tiene aspectos tanto positivos (no tienen la carga de justificar y acreditar el daño derivado del despido) como negativos (en ocasiones la indemnización correspondiente no compensa la realidad del daño sufrido).

Para alinear este sistema a las exigencias del CEDS se presentan varias alternativas:

- i. Pasar a un sistema mediante el que la indemnización se fije caso por caso en atención al daño real causado: si bien es una opción que repararía el daño real causado por la extinción, no parece ser una alternativa viable. Además de suponer un cambio radical con respecto a la regulación actual, supondría una enorme carga sobre las personas trabajadoras, así como obstáculos adicionales para llegar a acuerdos en las conciliaciones administrativas previas.
- ii. Incrementar la indemnización legal: volver a una mayor indemnización por despido tasada, como ya ocurría antes de la reforma de 2012 puede ser una opción factible. No obstante, esta alternativa no está exenta de inconvenientes. Por ejemplo, no es claro cuánto tendría que aumentar la indemnización tasada para reparar suficientemente el daño real en todos los casos. Es decir, seguirían existiendo casos en los que la indemnización tasada no fuera suficiente para compensar el perjuicio efectivo causado por el despido, especialmente si se mantiene la base de cálculo en atención a la antigüedad.
- iii. Sistema mixto: se trataría de mantener la indemnización legal en los 33 días con un máximo de 24 mensualidades, con la posibilidad de que la persona trabajadora reclamara, cuando fuera oportuno, un importe mayor debidamente acreditado. Sería una solución similar a la adoptada, por ejemplo, en relación con las indemnizaciones en supuestos de vulneración de derechos fundamentales en el marco de la relación laboral.

Si bien la última alternativa no presenta inconvenientes tan manifiestos como los mencionados en los puntos (i) y (ii) del presente epígrafe, tampoco es perfecta. El principal problema que se derivaría de una solución de este estilo es que generaría una gran cantidad de reclamaciones por parte de las personas trabajadoras. Es difícil imaginar que una persona que ha sido despedida no pretenda emplear todos los medios a su disposición para reclamar una indemnización más alta a la tasada. Desde una perspectiva práctica, esto puede suponer que se llegue a menos acuerdos en los actos de conciliación y se judicialicen más asuntos (lo que provocaría, inevitablemente, mayor saturación de los juzgados y tribunales).

Aunque ninguna solución es plenamente satisfactoria, tras la posición adoptada por el Poder Judicial, recae sobre el legislador español la responsabilidad de regular esta materia si se pretende que España cumpla con las obligaciones internacionales asumidas.

5. Conclusión

Todo lo expuesto nos permite extraer varias conclusiones sobre la situación jurisprudencial y doctrinal de la llamada indemnización adicional en despidos improcedentes:

- i. Hasta la STS de 16 de julio de 2025, tanto los juzgados de lo social como los tribunales superiores de justicia habían mantenido posiciones dispares sobre la posibilidad de aumentar la indemnización por despido en supuestos especialmente perjudiciales para la persona trabajadora. No obstante, este debate jurisprudencial ha llegado a su fin tras las dos sentencias del Tribunal Supremo que resuelven la controversia suscitada.
- ii. La STS de 16 de julio de 2025 cierra definitivamente la cuestión, por lo menos en el ámbito judicial. Desde entonces, tanto el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña como el de Madrid se han pronunciado en sintonía con la doctrina del Tribunal Supremo. Se descarta, por tanto, que el incumplimiento de España en materia de suficiencia de la indemnización por despido se vaya a solventar por los órganos judiciales.
- iii. En línea con lo anterior, todo indica que deberá ser el Poder Legislativo el que, mediante las modificaciones legales correspondientes, adecúe la configuración legal de las indemnizaciones por despido improcedente a las exigencias europeas.

Foro de Actualidad

España

SOBRE EL CARÁCTER VINCULANTE DE LOS INFORMES DEL MINISTERIO DE CIENCIA PARA LA APLICACIÓN DE LA DEDUCCIÓN EN I+D+I EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y CONSIDERACIONES AL RESPECTO

Eduardo Hernández Masiá, Joana María Beltrán
Albalat y Eduardo Ayala González

*Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje, y Fiscal
de Uría Menéndez (Madrid y Valencia)*

Sobre el carácter vinculante de los informes del Ministerio de Ciencia para la aplicación de la deducción en I+D+i en el Impuesto sobre Sociedades. Estado de la cuestión y consideraciones al respecto

Bajo el amparo de la anterior redacción de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, el Tribunal Supremo ha avalado el carácter vinculante de los informes motivados que los contribuyentes pueden solicitar al Ministerio de Ciencia para la aplicación de la deducción por innovación tecnológica del Impuesto sobre Sociedades. En

cinco sentencias dictadas a finales del año 2024, el Alto Tribunal ha establecido que estos informes vinculan a la Administración tributaria “en todos sus aspectos”, tanto en la calificación de los proyectos como innovación tecnológica como en la subsunción de las actividades que lo integran en cada una de las categorías de gastos de la base de deducción. Sin embargo, existe un debate sobre si el alcance del carácter vinculante se ha declarado únicamente en relación con la redacción anterior de la Ley del Impuesto sobre Sociedades o si es aplicable a su actual redacción. De esa manera, el TEAC entiende que solo se aplica a la redacción anterior de la Ley, por lo que, hoy en día, la Administración conserva la facultad de revisar si las actividades desarrolladas por el contribuyente en el marco de proyectos de innovación tecnológica pueden subsumirse en las categorías de gastos de la base de deducción.

PALABRAS CLAVE:

Ley sobre el Impuesto de Sociedades; Deducciones; Innovación tecnológica; Informes vinculantes.

On the binding nature of reports issued by the Ministry of Science for the application of the R&D&I tax deduction in Corporate Income Tax. Current state of play and related considerations

Under the previous wording of the Corporate Income Tax Law, the Supreme Court confirmed that reports issued by the Ministry of Science for claiming the technological innovation tax credit were binding on the tax authorities. In five decisions handed down at the end of 2024, the court held that these reports are binding on the tax authorities “in all respects”. This includes the classification of projects as technological innovations and the allocation of the activities to the relevant expenditure categories used to calculate the deduction. However, it remains unclear whether this interpretation applies only to the previous wording of the Corporate Income Tax Law or also to its current wording. The Central Tax Appeal Board (TEAC) takes the view that this case law applies only to the previous wording, meaning that, under the current wording, the tax authorities may review whether the activities carried out within a technological innovation project fall within the relevant expenditure categories used to calculate the deduction.

KEYWORDS:

Corporate Income Tax Law; tax credits; technological innovation; binding tax rulings.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-12-2025

Hernández Masiá, Eduardo; Beltrán Albalat, Joana María; Ayala González, Eduardo (2025). Sobre el carácter vinculante de los informes del Ministerio de Ciencia para la aplicación de la deducción en I+D+I en el Impuesto sobre Sociedades. Estado de la cuestión y consideraciones al respecto. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 181-191 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El régimen de deducciones por actividades de investigación, desarrollo e innovación tecnológica (I+D+i) en el Impuesto sobre Sociedades (“IS”) constituye uno de los incentivos fiscales más relevantes para el fomento de la innovación empresarial. Sin embargo, existe una importante controversia sobre el alcance del carácter vinculante de los informes motivados emitidos por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades para la aplicación de la meritada deducción (el “Informe Motivado” y el “Ministerio de Ciencia”, respectivamente).

La controversia gira en torno a si estos informes vinculan a la Administración tributaria únicamente en cuanto a la calificación de un determinado proyecto como investigación y desarrollo

o innovación tecnológica, o si también vinculan respecto de la subsunción de las actividades en una o varias de las categorías de gastos que pueden formar parte de la base de la deducción. Esta controversia está teniendo un impacto directo sobre la seguridad jurídica de los contribuyentes y sobre la efectividad del incentivo fiscal.

Así, a pesar de que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias a finales de 2024 en las que determina que los Informes Motivados vinculan a la Administración tributaria *"en todos sus aspectos"* (esto es, tanto en la calificación del proyecto como I+D+i como en la subsunción de las actividades en una o varias categorías de gastos), el TEAC ha venido sosteniendo un alcance limitado de dicha vinculación. El TEAC señala que el Informe Motivado solo vincularía respecto de la calificación del proyecto como I+D+i, pero no respecto de la subsunción de las actividades en una o varias categorías de gastos que integran la base de deducción. A su juicio, por tanto, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria ("AEAT") mantiene la facultad de revisión acerca de si las distintas actividades desarrolladas en el marco de un proyecto de innovación tecnológica son subsumibles o no en las categorías de gastos previstas en la norma, aun cuando esta cuestión haya sido revisada y determinada por un Informe Motivado del Ministerio de Ciencia.

Todo ello está amparado en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo únicamente habría limitado este carácter vinculante *"en todos sus aspectos"* a la redacción dada por el artículo 35 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades ("TRLIS") y no así a la redacción actual, dada por Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades ("LIS"). Y eso sin perjuicio de que la norma solo ha cambiado para uno de los tipos de los Informes Motivados, pero no para todos.

A continuación analizaremos el marco normativo aplicable a la deducción por innovación tecnológica, así como la referida doctrina del TEAC y jurisprudencia del Tribunal Supremo, para finalmente ofrecer una reflexión prospectiva sobre la orientación futura que, en nuestra opinión, deben adoptar las resoluciones administrativas y jurisdiccionales en esta materia.

Aunque solo nos referiremos a la deducción por innovación tecnológica, las conclusiones son plenamente trasladables a la deducción por investigación y desarrollo (I+D).

2. Marco normativo de la deducción por innovación tecnológica y del informe motivado

2.1. Régimen sustantivo de la deducción por innovación tecnológica

El artículo 35.2 de la LIS regula el concepto y la base de la deducción por innovación tecnológica.

Por un lado, el artículo 35.2.a) de la LIS define qué se entiende por actividades de innovación tecnológica y establece que se trata de actividades cuyo resultado constituye un avance tecnológico en la obtención de nuevos productos o procesos de producción, o mejoras sustanciales de los existentes.

Por otro lado, el artículo 35.2.b) de la LIS establece una serie de categorías de gastos que pueden incluirse en la base de la deducción. Así, podrán formar parte de la base de la deducción los gastos correspondientes a las siguientes actividades: (i) diagnóstico tecnológico tendente a la identificación, definición y orientación de soluciones tecnológicas avanzadas; (ii) diseño industrial e ingeniería de procesos de producción; (iii) adquisición de tecnología avanzada en forma de patentes, licencias, *know-how* y diseños; y (iv) obtención del certificado de cumplimiento de las normas de aseguramiento de la calidad de la serie ISO 9000, GMP o similares.

Además, los gastos correspondientes a las actividades previstas en el artículo 35.2.b) de la LIS deben estar directamente relacionados con dichas actividades, aplicarse efectivamente a la realización de estas e individualizarse por proyectos.

Finalmente, el artículo 35.2.c) establece el porcentaje general de deducción aplicable, que asciende al 12 %.

Por tanto, bajo este paraguas normativo, es necesario determinar si un proyecto puede ser calificado como innovación tecnológica conforme al artículo 35.2.a) de la LIS y, a su vez, si los gastos incurridos en su ejecución están incluidos en alguna de las categorías de gastos del artículo 35.2.b) de la LIS.

2.2. El régimen del informe motivado vinculante: tipos de informes y alcance de la vinculación a la luz de la modificación introducida por la LIS

El artículo 35.4 de la LIS prevé la posibilidad para el contribuyente de solicitar al Ministerio de Ciencia un Informe Motivado en relación con la deducción. En particular, el Real Decreto 1432/2003, de 21 de noviembre, por el que se regula la emisión de informes motivados por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (el "Real Decreto 1432/2003"), regula tres tipos de informes vinculantes con finalidades diferentes:

- i. Informe Motivado tipo A, que va dirigido a la aplicación de la deducción por innovación tecnológica (o investigación y desarrollo) prevista en el artículo 35 de la LIS. El contribuyente solicita este informe con carácter previo a la presentación de la declaración del IS con el objetivo de asegurarse de que los gastos declarados por actividades de innovación tecnológica pueden formar parte de la base de la deducción, en tanto que serían gastos "validados" por el informe.

El carácter vinculante de este tipo de informe es el que es objeto de estudio en el presente artículo.

- ii. Informe Motivado tipo B, que va dirigido a realizar una consulta a la Dirección General de Tributos sobre la interpretación y aplicación de la deducción.
- iii. Informe Motivado tipo C, que va dirigido a solicitar la realización de acuerdos previos de valoración de los gastos e inversiones correspondientes a proyectos de I+D+i.

De acuerdo con el preámbulo del Real Decreto 1432/2003, el objetivo de los IMV es *"ofrecer a los agentes económicos un entorno de seguridad jurídica que les permita conocer si las actividades que planean llevar a cabo merecerán o no la calificación requerida para aplicar los incentivos fiscales considerados"*. Según también el preámbulo del Real Decreto 1432/2003, la elaboración de los IMV debe servir a los contribuyentes para *"disponer de una información lo más objetiva posible acerca de la naturaleza y contenidos en I+D+i, así como de los gastos asociados a este tipo de actividades empresariales"*, y añade que esto *"supondrá un escenario de mayor certidumbre tanto para la empresa que ha de afrontar la toma de decisión de inversión, como para el resto de los agentes económicos que actúan en el tráfico jurídico mercantil y muy especialmente para la propia Administración tributaria"*.

El artículo 9 del Real Decreto 1432/2003 señala que *"los informes motivados emitidos en contestación a solicitudes que cumplan los requisitos de este real decreto vincularán a la Administración tributaria"*, y se reserva a la AEAT únicamente la posibilidad de verificar la realidad del gasto y su directa afectación al proyecto.

No obstante, de acuerdo con la LIS, la intensidad del carácter vinculante del Informe Motivado varía de un tipo de informe a otro. De acuerdo con el artículo 35.4 de la LIS, el Informe Motivado tipo A y tipo B es *"vinculante para la Administración tributaria"*. Sin embargo, el Informe Motivado tipo C es vinculante para la Administración tributaria *"exclusivamente en relación con la calificación de las actividades"*. Esto es, mientras que los Informes Motivados tipo A y B son *"vinculantes para la Administración tributaria"* de forma amplia; el carácter vinculante de los Informes Motivados tipo C se extiende exclusivamente a la calificación de las actividades o consideración de los proyectos como I+D+i.

En nuestra opinión, de la sistemática del artículo 35.4 de la LIS se desprende que la limitación del carácter vinculante a la mera *"calificación de actividades"* opera únicamente respecto del Informe Motivado tipo C. Esto es, cuando el legislador ha querido restringir el alcance de la vinculación, lo ha hecho de forma expresa, empleando el adverbio *exclusivamente*; sin embargo, para los Informes Motivados tipo A y B, la norma no contiene restricción alguna, manteniendo un carácter vinculante amplio e incondicionado. Esta distinción normativa resulta crucial para la interpretación del precepto y constituye el núcleo de la controversia que analizamos a continuación.

La diferencia entre el carácter vinculante de los Informes Motivados tipo A y B y el Informe Motivado tipo C fue introducida en el año 2014 por el legislador por medio de la LIS. La norma precedente, el TRLIS, no preveía diferenciación alguna, sino que se dotaba a todos los informes del mismo carácter vinculante (amplio): *"Dicho informe tendrá carácter vinculante para la Administración tributaria"*.

Esta redacción del artículo 35.4 de la LIS y, por lo tanto, la limitación del carácter vinculante de los Informes Motivados tipo C, se mantuvo invariable durante toda la tramitación de la LIS como proyecto de ley, sin que los grupos parlamentarios introdujesen o propusiesen una modificación de la redacción de dicho precepto. Por ello, entendemos que, si el legislador hubiera querido limitar la vinculación de los Informes Motivados tipo A o B a la mera calificación del proyecto, lo habría establecido expresamente, como hizo para los Informes Motivadas tipo C. Pero no fue así.

En definitiva, el artículo 35.4 de la LIS establece que el carácter vinculante de los Informes Motivados tipo A (aquellos que se solicitan al Ministerio de Ciencia para la aplicación de la deducción) debe entenderse en términos amplios, es decir, no solo en lo relativo a la calificación del proyecto como “investigación y desarrollo” o “innovación tecnológica”, sino también en lo relativo a la subsunción de las actividades en alguna de las categorías de gasto previstas en el art. 35.2.b) de la LIS, pues, a diferencia de lo que ocurrió para el informe tipo C, el Informe Motivado tipo A no ha visto limitado su carácter vinculante.

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el carácter vinculante de los informes motivados bajo el TRLIS

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias en las que establece jurisprudencia sobre el alcance del carácter vinculante de los Informes Motivados tipo A del Ministerio de Ciencia: nos referimos a las sentencias de 8 de octubre de 2024 (rec. n.º 948/2023), de 9 de octubre de 2024 (rec. n.º 1633/2023 y rec. n.º 1635/2023) y de 4 de noviembre de 2024 (rec. n.º 1634/2023 y rec. n.º 3015/2023).

El Tribunal Supremo analiza la doctrina expresada por el TEAC en dos resoluciones de fecha 3 de diciembre de 2019, otra de fecha 11 de marzo de 2019 y otras dos de fecha 9 de abril de 2019.

En todos estos casos, el TEAC analizó el carácter vinculante del Informe Motivado tipo A conforme a la redacción del artículo 35 del TRLIS. Cabe señalar que, dado que el TRLIS no establecía distinción alguna entre el carácter vinculante de los distintos tipos de Informes Motivados, la doctrina sentada por el TEAC resultaba igualmente aplicable a los Informes Motivados tipo B y tipo C.

En todas estas resoluciones, el TEAC interpretó —en línea con la interpretación realizada por los órganos de inspección tributaria— que el Informe Motivado del Ministerio de Ciencia solo vinculaba respecto de la calificación del proyecto como innovación tecnológica (art. 35.2.a de la TRLIS), pero no respecto de las actividades cuyos gastos se incluyen en la base de la deducción (art. 35.2.b de la TRLIS). El TEAC aplicó una interpretación restrictiva del carácter vinculante de los Informes Motivados afirmando que, *“a la vista de los preceptos citados, este Tribunal considera que la cuantificación de la base de la deducción que pudiera constar en los informes emitidos por MICINN/MINECO no tiene carácter vinculante para la Administración limitándose dicha vinculación a la calificación del proyecto en cuestión como I+D o IT. La vinculación del informe no se extiende a la determinación y concreción de la base de la deducción pues ni esto se desprende del artículo 35.4 del TRLIS ni tampoco de lo establecido por el RD 1432/2003. Se confirma pues el criterio inspector que considera que los informes MICINN/MINECO le vinculan exclusivamente en cuanto a tal calificación como IT, no cuestionándose en modo alguno dicha calificación”* (Resolución de 9 de abril de 2019).

Conforme a esta tesis, la AEAT podía cuestionar la calificación otorgada por un Informe Motivado tipo A respecto de las actividades desarrolladas en la ejecución de un proyecto de innovación tec-

nológica como subsumibles en alguno de los conceptos previstos en el artículo 35.2.b) de la TRLIS, de manera que los gastos a ellas asociados no serían deducibles en el IS.

Además, en la práctica, los órganos de inspección de la AEAT solicitaban a un departamento interno, el Equipo de Apoyo Informático (el "EAI"), la elaboración de un informe paralelo al Informe Vinculante del Ministerio de Ciencia a efectos de analizar si las actividades desarrolladas en el marco de un proyecto de innovación tecnológica eran subsumibles o no en alguna de las categorías de gasto previstas en el artículo 35.2.b) de la TRLIS, y ello pese a que un Informe Motivado emitido por el grupo experto del Ministerio de Ciencia ya hubiese revisado y confirmado si dichas actividades cuestionadas eran encuadrables bajo los conceptos previstos en el artículo 35.2.b) de la TRLIS.

Esta interpretación fue refrendada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, al considerar que los Informes Motivados únicamente resultaban vinculantes en lo relativo al cumplimiento de los requisitos para calificar las actividades como innovación tecnológica, reservándose a la AEAT la competencia para cuantificar la base de la deducción, esto es, para subsumir las diferentes actividades desarrolladas en una o varias categorías de gasto del artículo 35.2.b) del TRLIS. Por todas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 22 de noviembre de 2022, estableció que:

"Los gastos de los proyectos examinados no aceptados como integrantes de la base de deducción por IT están relacionados todos ellos con el desarrollo de aplicaciones y sistemas software que son empleados en la gestión de la entidad; su calificación como IT está acreditada por informes vinculantes emitidos por la Dirección General de Transferencia de Tecnología y Desarrollo Empresarial; tales informes vinculan en lo relativo al cumplimiento de los requisitos para calificar las actividades, siendo sin embargo, competencia exclusiva de la Administración Tributaria cuantificar la base de la deducción".

En definitiva, el TEAC y la Audiencia Nacional señalaron que, bajo el artículo 35.2.b) TRLIS, los Informes Motivados tipo A únicamente vinculaban a la Administración tributaria en lo que se refería a la calificación de un determinado proyecto como innovación tecnológica. Sin embargo, la subsunción de las actividades desarrolladas en una o varias categorías de gasto establecidas le correspondía a la Administración tributaria.

Las sentencias referidas dictadas por el Alto Tribunal corrigen la doctrina del TEAC en términos sustancialmente idénticos en todos los casos. Así, todas las sentencias se basan en la primera que se dictó, la de 8 de octubre de 2024 (rec. n.º 948/2023), que señalaba lo siguiente:

- i. La vinculación a la que se refiere el artículo 35.4 de la TRLIS remite a una fuerza legal especialmente intensa del Informe Motivado tipo A, de manera que *"vincula a la Administración tributaria en todos sus aspectos, es decir, no solo en lo referente a la calificación del proyecto como integrante de tal concepto, sino también en las inversiones y gastos que, presentados ante el órgano al que se consulta, hayan sido objeto de evaluación positiva"*.
- ii. La AEAT no puede emplear dictámenes de órganos internos de la propia Administración tributaria para rebatir los Informes Motivados tipo A, de manera que *"tales informes vinculantes no pueden ser rebatidos ni ignorados por los órganos de la Administración tributaria,*

ni en la calificación de los proyectos como merecedores de la deducción fiscal ni en lo relativo a los gastos incluidos en el proyecto o proyectos y acompañados a la consulta".

- iii. Un dictamen de la Administración que reconoce un derecho o los requisitos para gozar de un derecho (los Informes Motivados tipo A), vinculante por ministerio de la Ley para la Administración emisora —en un sentido amplio y omnicompreensivo—, no puede ser refutado mediante otro informe contrario de la propia Administración (los informes del EAI).

El Tribunal Supremo rechazaba frontalmente la interpretación administrativa que vaciaba de contenido el carácter vinculante del Informe Motivado tipo A, señalando que no era aceptable interpretar *vinculante* como *no vinculante*.

A su juicio, el TRLIS establecía una presunción *iuris et de iure* sobre la pericia técnica del Ministerio de Ciencia en la calificación de las actividades de innovación tecnológica y en la evaluación de los gastos asociados. Esta presunción *iuris et de iure* implicaba que el Informe Motivado tipo A no podía ser desvirtuado por la Administración tributaria, en tanto que el legislador había atribuido en exclusiva al Ministerio de Ciencia la competencia técnica para evaluar los proyectos de innovación tecnológica, y esta atribución competencial tenía efectos vinculantes para el resto de la Administración pública. Frente a lo anterior, el EAI es un órgano interno inserto en la estructura jerárquica de la Administración tributaria, cuya función reglada es de apoyo investigador. Por ello, el Tribunal Supremo sostenía que el Informe del EAI "*carece por completo de todo valor probatorio*" y calificaba el informe elaborado por el EAI como de "*prueba autocreada*".

Asimismo, el Tribunal Supremo invocaba el principio de personalidad jurídica única de la Administración sobre la base de que la Administración del Estado no podía sostener al mismo tiempo la calificación de unas actividades como innovación tecnológica (a través del Ministerio de Ciencia) y negar dicha calificación o sus efectos (a través de la AEAT). El Tribunal Supremo consideró que lo anterior sería contrario al principio de seguridad jurídica. En este sentido, señaló que, si las conclusiones de los Informes Motivados podían quedar "*desactivadas por la mera voluntad de la Administración tributaria*", se estaría "*dejando sin efecto de facto el valor y eficacia de tales informes vinculantes y creando en el contribuyente una situación de grave inseguridad jurídica, provocando, con ese proceder, si se generaliza, una desnaturalización de los fines de estímulo perseguidos por el legislador con la deducción, los de incentivar las actividades de I+D+i y la inversión en proyectos que supongan la actualización de las empresas y su mayor competitividad*".

En resumen, el Tribunal Supremo estableció bajo el artículo 35 del TRLIS que el Informe Motivado tipo A es "*vinculante*" para la Administración tributaria, sin restricción alguna. El artículo fue interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de que la vinculación operaba respecto de todos los aspectos del Informe Motivado: calificación de un proyecto como innovación tecnológica y subsunción de las actividades desarrolladas en el seno de ese proyecto en cada una de las categorías de gasto previstas en el artículo 35.2.b) de la LIS.

Sin embargo, las cinco sentencias del Tribunal Supremo (todas ellas referidas a Informes Motivados tipo A, pero aplicables a los tipos B y C) hacen una mención sobre el límite a la aplicación de sus conclusiones a los proyectos que se encontraban en el ámbito temporal del TRLIS. El Tribunal Supremo parece que parte de una asunción de que la limitación introducida por la LIS ("*exclu-*

sivamente en relación con la calificación de las actividades") para los Informes Vinculantes tipo C resultaría aplicable al resto de los informes. Así, siguiendo con lo señalado por la Sentencia de 8 de octubre de 2024 (rec. n.º 948/2023), el Tribunal Supremo considera que la nueva regulación en la LIS de los Informes Motivados "contiene un matiz esencial" y que la "diferencia entre una y otra norma [el TRLIS y la LIS] es decisiva". Por ello, establece como jurisprudencia lo siguiente:

"a) En el ámbito temporal de aplicación del TRLIS de 2004, el informe a que se refiere el art. 35.4 de dicho cuerpo legal para la deducción por innovación tecnológica vincula a la Administración tributaria en todos sus aspectos, es decir, no solo en lo referente a la calificación del proyecto como integrante de tal concepto, sino también en las inversiones y gastos que, presentados ante el órgano al que se consulta, hayan sido objeto de evaluación positiva".

Sin embargo, como hemos explicado en el apartado anterior, esta postura incurriría en un error de concepto: la realidad es que de la lectura de la norma se desprende que la precisión sobre el alcance vinculante limitado solo resulta aplicable al Informe Motivado tipo C, no al resto. Las conclusiones del Tribunal Supremo bajo el amparo del TRLIS serían, por tanto, igualmente trasladables a supuestos sujetos a la LIS.

De esa manera, con ocasión de la Sentencia 4 de noviembre de 2024 (rec. n.º 1634/2023), en un supuesto similar, uno de los magistrados hizo referencia a que el debate sobre el carácter vinculante de los Informes Motivados tipo A no estaba en la selección temporal de la norma y afirmó que, bajo el artículo 35.4.a) LIS, "el carácter vinculante [...] se impone de modo claro, rotundo e incondicional", y añadió que una y otra norma "dicen lo mismo en este punto", por lo que no procede relativizar su carácter vinculante según se dicte el Informe Motivado tipo A bajo el TRLIS o la LIS. Además, el voto particular incide en que no cabe admitir como prueba al testigo-perito consistente en el dictamen del EAI de la AEAT, pues carece de objetividad alguna al tratarse de un órgano incardinado dentro de la propia estructura de la AEAT.

A pesar de todo lo dicho, por cuanto en los supuestos de hecho conocidos por el Tribunal Supremo las deducciones fueron solicitadas para la aplicación de la deducción en ejercicios fiscales en los que operaba el TRLIS, no existe un pronunciamiento en el que se declare un supuesto alcance vinculante de carácter limitado de los Informes Motivados tipo A bajo el amparo de la LIS, más allá de las referencias realizadas *obiter dicta*.

No obstante, sí se ha pronunciado el TEAC.

4. Los pronunciamientos posteriores del TEAC a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

El elemento temporal establecido por el Tribunal Supremo ha adquirido relevancia en las últimas resoluciones del TEAC. Nos referimos, entre otras, a las resoluciones del TEAC de 19 de noviembre de 2024 y de 24 de junio de 2025. En ellas, el TEAC, sin entrar en mayores discernimientos, ha decidido acotar la doctrina del Tribunal Supremo a los ejercicios sujetos al TRLIS, manteniendo

que, bajo la LIS, la Administración tributaria conserva la facultad de revisar la base de la deducción aun cuando exista un Informe Motivado que ya lo haya revisado y calificado.

De esa manera, la Resolución de 24 de junio de 2025 dice expresamente:

"Pues bien, el criterio que constituye jurisprudencia del Alto Tribunal debe ceñirse al caso concreto -ámbito temporal de aplicación del TRLIS del año 2004-, en el que se aplicó improcedentemente la redacción del artículo 35.4 de la LIS a los ejercicios 2008, 2009 y 2010, en los que debía ser de aplicación la redacción del citado artículo recogida en el TRLIS, de manera que, únicamente respecto de aquellos ejercicios que se encuentren en el ámbito temporal de aplicación del TRLIS, el informe a que se refiere el art. 35.4 de dicho cuerpo legal para la deducción por innovación tecnológica vincula a la Administración tributaria en todos sus aspectos, es decir, no sólo en lo referente a la calificación del proyecto como integrante de tal concepto, sino también en las inversiones y gastos que, presentados ante el órgano al que se consulta, hayan sido objeto de evaluación positiva.

Por su parte, en lo que respecta a los ejercicios 2015 y siguientes, -fuera del ámbito temporal que constituye la jurisprudencia del Alto Tribunal recogida en el párrafo anterior-, de acuerdo con la redacción del artículo 35.4 de la LIS el informe tendrá carácter vinculante para la Administración tributaria exclusivamente en relación con la calificación de las actividades como actividad de investigación y desarrollo o como actividad de innovación tecnológica, no en cuanto a la cuantificación de la base de deducción, reconociendo la norma fiscal un margen de actuación respecto a la comprobación de los gastos que deben integrar la base de deducción".

En definitiva, atendiendo a la lógica del TEAC, únicamente los Informes Motivados tipo A emitidos bajo la vigencia del TRLIS serían vinculantes *"en todos sus aspectos"*. Sin embargo, como apuntábamos, esta conclusión la entendemos desacertada, pues la problemática no reside en la aplicación de una norma u otra, ya que el carácter vinculante de los Informes Motivados tipo A no ha sufrido modificaciones con la entrada en vigor de la LIS. En consecuencia, los Informes Motivados son vinculantes tanto en lo que se refiere a la calificación de un proyecto como innovación tecnológica como en cuanto a la subsunción de los gastos incurridos en su ejecución en los conceptos de la base de la deducción.

5. Conclusiones

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, bajo el régimen del TRLIS, los Informes Motivados del Ministerio de Ciencia vinculan a la Administración tributaria en todos sus aspectos: tanto en la calificación de los proyectos como innovación tecnológica como en la subsunción de las actividades en las categorías de gastos a las que se refiere el art. 35.2.b) del TRLIS. Es más, a juicio de nuestro Alto Tribunal, la pericia técnica para evaluar proyectos de I+D+i reside en el Ministerio de Ciencia, y la ley establece una presunción *iuris et de iure* sobre su criterio. Sin embargo, esta doctrina del Tribunal Supremo solo está consolidada para los ejercicios sujetos al TRLIS.

En nuestra opinión, esta doctrina debe ser aplicable a los Informes tipo A y tipo B regulados bajo la LIS, no siendo acertada la distinción que, de manera incidental, realiza el Tribunal Supremo en su motivación y que está siendo aplicada por el TEAC.

Una postura que establezca una distinción entre el alcance vinculante de los Informes Motivados tipo A y tipo B en función de si las deducciones de los ejercicios fiscales se rigen por el TRLIS o por la LIS se enfrentaría a varias objeciones:

- i. Objeción literal: como se ha expuesto, el artículo 35.4 de la LIS solo establece una restricción expresa de la vinculación (*"exclusivamente en relación con la calificación de las actividades"*) para los Informes Motivados tipo C, no para los Informes Motivados tipo A. Cuando la norma ha querido hacer referencia a la vinculación de los informes a la *"calificación de actividades"* lo ha hecho expresamente y, en relación con los tipos A y B, no lo ha hecho.
- ii. Objeción sistemática: la redacción del artículo 35.4 de la LIS es consistente con lo expuesto en el artículo 9 del Real Decreto 1432/2003, que prevé facultades de comprobación formal (documentación, realidad, afectación, identidad) para la AEAT, pero no facultades de sustitución del criterio técnico del Ministerio de Ciencia sobre la calificación de las actividades o la relación de los gastos con la innovación. En ese sentido, el artículo 9 señala que *"Los informes motivados emitidos en contestación a solicitudes que cumplan los requisitos de este real decreto vincularán a la Administración tributaria"*. Este artículo no se ha derogado con la introducción de la LIS ni podría considerarse contrario al artículo 35 de esta, por ser ambos preceptos consistentes entre sí.
- iii. Objeción teleológica: la finalidad del Informe Motivado es precisamente proporcionar seguridad jurídica al contribuyente. Si la Administración tributaria pudiera revisar libremente la base de la deducción, el informe perdería su función y el incentivo fiscal su efectividad.

Por lo anterior, a nuestro entender, lo razonable sería que la Audiencia Nacional y, en último término, el Tribunal Supremo, cuando se pronuncien sobre ejercicios sujetos a la LIS, apliquen la misma doctrina respecto de la vinculación de los Informes Motivados tipo A y B para la aplicación de la deducción contenida en el artículo 35.4 de la LIS que la expuesta en sus sentencias anteriores. Los fundamentos de la doctrina del Tribunal Supremo —especialización técnica del Ministerio de Ciencia, principio de personalidad jurídica única de la Administración y principio de seguridad jurídica— deberían ser directamente trasladables al régimen de la actual LIS para estos Informes Motivados tipo A y tipo B.

España

INVERSIÓN DE FONDOS DE *PRIVATE EQUITY* EN EL SECTOR DE LA DEFENSA: CLAVES JURÍDICAS Y EVOLUCIÓN REGULATORIA

Javier Tortuero

Abogado del Área de M&A y Private Equity de Uría Menéndez (Madrid)

Inversión de fondos de *private equity* en el sector de la defensa: claves jurídicas y evolución regulatoria

El creciente interés de los fondos de private equity por el sector de la defensa responde a un cambio estructural del entorno geopolítico, regulatorio y económico, que ha situado a esta industria en una posición de centralidad estratégica dentro de la Unión Europea. En este artículo se analizan las principales claves jurídicas que condicionan la inversión privada en defensa, poniendo el foco en el perímetro regulatorio y de autorizaciones, el régimen de control de inversiones extranjeras, el compliance sectorial y el control de la información, la contratación pública y los programas estratégicos, así como en las consideraciones ESG, reputacionales y de desinversión. Asimismo, se examina la evolución reciente de las operaciones de M&A en el sector, destacando la distinción entre compañías de defensa puras y de doble uso, el refuerzo de los procesos de due diligence, el desarrollo de enfoques contractuales específicos y la necesidad de estructurar las transacciones pensando desde el inicio en la desinversión. El trabajo concluye con un análisis del nuevo marco europeo y de los retos de financiación, y pone de relieve el papel del Derecho como elemento central para canalizar capital privado hacia un sector estratégico y altamente regulado.

PALABRAS CLAVE:

Private equity; Sector de la defensa; Control de inversiones extranjeras; Dual use; Compliance; ESG; M&A; Financiación.

Private equity investment in the defence sector: key legal issues and regulatory developments

The growing interest of private equity funds in the defence sector reflects a structural shift in the geopolitical, regulatory and economic environment, placing this industry at the core of the European Union's strategic agenda. This article examines the main legal factors shaping private investment in defence, focusing on regulatory and authorisation frameworks, foreign direct investment control regimes, sector-specific compliance and information control, public procurement and strategic programmes, as well as ESG, reputational and exit considerations. It also analyses the recent evolution of M&A transactions in the sector, highlighting the distinction between pure defence companies and dual-use assets, the increasing robustness of due diligence processes, the development of tailored contractual approaches and the need to structure transactions with exit constraints in mind from the outset. Finally, the article provides an overview of the new European framework and financing challenges, underlining the pivotal role of law in channelling private capital into this strategic and highly regulated sector.

KEYWORDS:

private equity; defence sector; foreign direct investment control; dual-use; compliance; ESG; M&A; financing.

FECHA DE RECEPCIÓN: 11-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-12-2025

Tortuero, Javier (2025). Inversión de fondos *private equity* en el sector de la defensa: claves jurídicas y evolución regulatoria. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 192-208 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El sector de la defensa atraviesa un momento de renovada centralidad económica, industrial y regulatoria. El deterioro del entorno geopolítico, el refuerzo de las políticas europeas de seguridad y autonomía estratégica, y el incremento sostenido del gasto público en defensa han configurado un escenario de crecimiento estructural y elevada visibilidad de la demanda. A ello se suma la creciente relevancia de tecnologías de doble uso —como la ciberseguridad, la inteligencia artificial, el espacio o la electrónica avanzada— que diluyen la frontera entre lo civil y lo militar y amplían de forma significativa el perímetro tradicional del sector. En este contexto, la defensa ha pasado de ser un ámbito marginal o excluido por amplias capas del capital privado a convertirse en un foco de atracción para fondos de *private equity*, que identifican oportunidades claras de creación de valor en un sector con barreras de entrada elevadas, fuerte respaldo institucional y dinámicas de consolidación incipientes. Sin embargo, esta atracción inversora convive con un marco jurídico especialmente exigente, en el que la regulación, el control administrativo y las consideraciones reputacionales condicionan de manera decisiva la estructuración y ejecución de las operaciones.

Desde esta perspectiva, la inversión de fondos de *private equity* en el sector de la defensa exige un análisis jurídico particularmente sofisticado. La entrada de capital privado se ve condicionada por un conjunto de vectores normativos que operan de forma acumulativa y transversal: (i) el perímetro regulatorio y de autorizaciones, que sujeta la inversión en activos vinculados a defensa a regímenes de seguridad nacional y control de inversiones, con filtros específicos cuando existe cambio de control o influencia significativa; (ii) el *compliance* sectorial y el control de la información, dado que las compañías del sector operan bajo marcos estrictos en materia de exportaciones, tecnologías de doble uso y protección de información clasificada; (iii) la contratación pública

y los programas estratégicos, en la medida en que una parte sustancial del valor de estas compañías se ancla en contratos con Administraciones públicas y en iniciativas europeas de carácter estructural; y, finalmente, (iv) las consideraciones ESG, reputacionales y de salida, en un sector que ha experimentado un giro desde la exclusión hacia una noción de legitimidad responsable, sin que ello elimine por completo los riesgos asociados.

El marco europeo reciente está contribuyendo a facilitar la canalización de capital hacia la industria de la defensa, mediante un mayor apoyo institucional, instrumentos financieros específicos y fórmulas de colaboración público-privada. En la práctica, las operaciones se cierran cuando el inversor es capaz de alinear su tesis de inversión con tres anclajes jurídicos fundamentales: la seguridad de suministro, un cumplimiento normativo demostrable y una gobernanza compatible con las exigencias soberanas del sector. Ello se traduce, habitualmente, en estructuras de inversión basadas en ampliaciones de capital para dotar de músculo financiero a las compañías, pactos de gobernanza adaptados a requisitos de seguridad y un clausulado de M&A diseñado para internalizar el riesgo regulatorio. A estos elementos se suma un aspecto cada vez más relevante: la financiación, tanto a nivel de sociedades participadas como del propio ecosistema industrial de la defensa, que plantea retos específicos y exige soluciones jurídicas y financieras a medida.

2. Perímetro regulatorio y de autorizaciones

La inversión en compañías vinculadas al sector de la defensa se enfrenta, como primera barrera de entrada, a un perímetro regulatorio particularmente denso y fragmentado, en el que confluyen normas de seguridad nacional, control de inversiones extranjeras y regulación sectorial específica. A diferencia de otros sectores estratégicos, estas reglas no operan como un mero requisito formal previo al cierre de la operación, sino que inciden directamente en la viabilidad, el calendario y, en ocasiones, en el propio diseño de la transacción. El análisis del perfil del inversor, del grado de control o influencia que pretende adquirir y de la naturaleza presente o potencial de la actividad de la sociedad objetivo resulta determinante para identificar si la operación queda sujeta a autorización previa, qué condiciones pueden imponerse y cómo deben reflejarse contractualmente. En este contexto, el régimen de control de inversiones extranjeras ha pasado a ser un elemento estructural del proceso de M&A en defensa, condicionando desde la fase inicial de estructuración hasta la ejecución y la posterior vida de la inversión.

2.1. El test de “españolidad” y su aplicación a fondos de inversión

En las operaciones protagonizadas por fondos de inversión, el análisis del régimen de control de inversiones extranjeras no se centra tanto en la sociedad vehículo que adquiere la participación como en la identificación del perfil real del inversor desde la óptica de la seguridad nacional. En este contexto, uno de los elementos clave es el denominado test de *españolidad*, cuya superación determina si la inversión queda sujeta o no a autorización previa y condiciona de forma decisiva la estructuración de la operación.

En sede de fondos de inversión, el foco del análisis se sitúa, con carácter general, en la sociedad gestora y no en los inversores del fondo (*limited partners* o LP). No obstante, esta regla admite

excepciones relevantes: cuando los LP no tienen un carácter puramente pasivo o cuando están en posesión de información sensible, confidencial o privilegiada sobre la compañía objetivo, el análisis puede extenderse también a dichos inversores, ampliando de manera significativa el perímetro de revisión por parte de la autoridad competente.

El test de *españolidad* se construye sobre criterios de residencia y nacionalidad, aplicados con unos presupuestos especialmente exigentes en la práctica administrativa. Así, no basta con que la gestora esté constituida en España o tenga formalmente su sede en territorio nacional, sino que resulta determinante la residencia y nacionalidad de los titulares reales de la gestora. A modo de ejemplo, un fondo con gestora española y una base de inversores muy atomizada no superará el test si los titulares reales de la gestora residen en Londres, mientras que un fondo con una estructura similar cuyos titulares reales sean españoles y residan en España, en principio, no plantea problemas desde la óptica del control de inversiones.

En el caso español, el régimen de inversión extranjera directa exige, por tanto, analizar la españolidad del inversor atendiendo a la residencia y nacionalidad de los titulares reales de la gestora. Cuando no se supera este test, la operación queda sujeta a autorización administrativa previa, con las consecuencias que ello conlleva en términos de plazos, incertidumbre y necesidad de incorporar el riesgo regulatorio como un elemento central de la transacción.

Este análisis convierte al test de *españolidad* en una cuestión estructural en las operaciones de *private equity* en defensa: no se trata de un examen meramente formal, sino de un elemento que puede determinar desde el diseño inicial de la estructura de adquisición hasta la definición del calendario, con firma y cierre diferidos, así como la asignación de riesgos en la documentación contractual.

2.2. El régimen de control de inversiones extranjeras como *gating item*

El régimen de control de inversiones extranjeras ha dejado de operar como un requisito accesorio para convertirse en un auténtico *gating item* en las operaciones de M&A en el sector de la defensa. Como ya se apuntaba al comienzo de este apartado, lejos de ser un trámite formal, este régimen condiciona de manera directa la viabilidad de la transacción, su calendario y, en determinados supuestos, el propio perímetro del activo objeto de adquisición.

Aunque la normativa prevé, en términos teóricos, un plazo de resolución que no debería exceder de tres meses, la experiencia práctica demuestra que estos procedimientos suelen prolongarse de forma significativa. Es habitual que la autoridad competente exija contactos informales o *pre-filings* previos a la presentación formal de la solicitud, en procesos caracterizados por una notable opacidad y una elevada carga de interacción administrativa. No es infrecuente, además, que los plazos inicialmente previstos se dupliquen, especialmente cuando la operación presenta elementos de complejidad estructural, tecnológica o de gobernanza.

Esta realidad convierte al control de inversiones en un factor crítico desde las fases más tempranas de la operación. La viabilidad y el calendario de la transacción dependen de la capacidad de identificar y anticipar *ex ante* qué autorizaciones resultan exigibles, en qué secuencia deben

tramitarse y qué condiciones o limitaciones puede imponer la autoridad. En determinados casos, dichas condiciones se traducen en la exigencia de remedios estructurales o de gobernanza, que pueden afectar al grado de control del inversor, a los flujos de información o a la organización interna del grupo.

Desde la óptica contractual, este riesgo regulatorio debe ser internalizado de manera expresa en la documentación de la operación. Ello exige articular condiciones suspensivas específicas, cláusulas de *long-stop* adaptadas a procedimientos administrativos que pueden extenderse más allá de lo previsto, así como mecanismos de ajuste del perímetro o del precio si se imponen restricciones relevantes a la propiedad o al ejercicio de derechos políticos. En este sentido, el control de inversiones no solo impacta en el calendario de firma y cierre, sino que incide de forma directa en la asignación de riesgos entre las partes.

En definitiva, el régimen de control de inversiones extranjeras no se limita a condicionar la entrada en el sector de la defensa, sino que se proyecta sobre toda la arquitectura jurídica de la operación y sobre la propia vida de la inversión, reapareciendo potencialmente en fases posteriores y conectando de forma transversal con los requisitos de *compliance*, gobernanza y estructuración de la desinversión.

2.3. Actividad de defensa “sobrevvenida” en una *portfolio company*

El análisis del régimen de control de inversiones y de la regulación sectorial no se limita al momento de la adquisición de la compañía objetivo, sino que debe extenderse a toda la vida de la inversión. En el sector de la defensa, uno de los riesgos menos evidentes, pero con impacto potencial significativo, es el de la denominada actividad de defensa “sobrevvenida”, esto es, la situación en la que una sociedad que inicialmente no operaba en el ámbito de la defensa pasa a quedar integrada, total o parcialmente, en su perímetro regulatorio con posterioridad a la entrada del inversor.

Este escenario puede materializarse de diversas formas. Es relativamente frecuente que compañías inicialmente ajenas al sector ganen, en un momento posterior, una licitación para suministrar bienes o servicios al Ministerio de Defensa, o que comiencen a desarrollar productos o tecnologías con aplicaciones militares específicas. La creciente relevancia de tecnologías de doble uso —como la inteligencia artificial, la ciberseguridad o determinados desarrollos electrónicos— ha ampliado de manera notable estos supuestos, haciendo que empresas tradicionalmente “civiles” queden súbitamente sujetas a regímenes de control propios del sector de la defensa.

La aparición de una actividad de defensa sobrevvenida puede activar, de manera no siempre coordinada, distintos procedimientos administrativos con impacto directo en la gobernanza y en los plazos operativos. En particular, puede resultar necesaria la inscripción en el Registro Especial de Operadores de Comercio Exterior (REOCE) o en el Registro de la Industria de Defensa (RID), tanto para la sociedad como para sus accionistas, y, en determinados casos, la obtención de una autorización en materia de inversión extranjera directa. Estos procedimientos no siempre se tramitan de forma paralela ni con calendarios armonizados, lo que incrementa la complejidad regulatoria y el riesgo de fricción administrativa.

Desde la perspectiva del inversor, esta circunstancia pone de relieve que el riesgo regulatorio no se agota con la firma de la operación ni con su consumación, sino que puede reactivarse durante toda la vida de la inversión. Ello obliga a anticipar contractualmente estos escenarios, incorporando compromisos de información, *covenants* de cumplimiento y mecanismos de adaptación de la gobernanza que permitan absorber el impacto de una eventual entrada sobrevenida en el perímetro regulado del sector de la defensa, sin comprometer la operatividad ni la tesis de inversión.

3. *Compliance* sectorial y control de información

La inversión en compañías del sector de la defensa exige asumir que el cumplimiento normativo y el control de la información no son elementos accesorios del negocio, sino condiciones estructurales para operar. A diferencia de otros sectores regulados, el *compliance* en defensa se proyecta directamente sobre el modelo de gobierno corporativo, la organización interna de la compañía y la capacidad del inversor para ejercer derechos económicos y políticos, convirtiéndose en un factor determinante, tanto para el cierre de la operación como para la gestión posterior de la participación.

Desde la perspectiva del inversor financiero, esta realidad se traduce, en primer lugar, en la necesidad de una *due diligence* reforzada en materia de licencias, autorizaciones y cumplimiento sancionador. La simplificación de determinadas transferencias intra-UE y la existencia de certificaciones comunes no eliminan la exigencia de controles robustos en materia de exportaciones, uso final (*end-use*) y trazabilidad de productos y tecnologías. Los fondos deben integrar en su análisis matrices detalladas de licencias, revisión de históricos de cumplimiento y evaluación de riesgos derivados de la exposición a mercados sensibles, especialmente en compañías que desarrollan tecnologías críticas o de doble uso.

En segundo lugar, el cumplimiento sectorial impone la adopción de estructuras específicas de control de la información. Cuando la sociedad objetivo tiene acceso a información clasificada o participa en programas sensibles, resulta imprescindible articular mecanismos de *ring-fencing* y barreras internas de información, que pueden afectar tanto a la organización operativa como a la composición de los órganos de administración. En el caso de fondos extranjeros, estas limitaciones pueden traducirse en restricciones al acceso a determinada información, exigencias de nacionalidad para determinados cargos o la necesidad de incorporar perfiles con habilitación de seguridad, condicionando de facto el ejercicio de los derechos de gobernanza habituales en estructuras de *private equity*.

A ello se añade la necesidad de verificar la compatibilidad del cumplimiento normativo de la compañía con las restricciones impuestas por terceros países en el marco de programas internacionales o cadenas de suministro globales. La gestión jurídica de la información sensible, de la tecnología y de la cadena de valor no constituye un aspecto accesorio, sino una condición indispensable para operar, contratar y, en última instancia, preservar el valor del activo.

En este contexto, el *compliance* sectorial y el control de la información deben abordarse como elementos vivos y dinámicos, que acompañan a la inversión durante toda su vigencia. Su adecuada

integración en la estructura de la operación —mediante compromisos contractuales, *covenants* de cumplimiento continuo y mecanismos de supervisión— resulta esencial para garantizar no solo el cierre de la transacción, sino también la estabilidad regulatoria y la viabilidad de la desinversión en un sector especialmente sensible a riesgos legales y reputacionales.

4. Contratación pública y programas estratégicos

La contratación pública constituye uno de los principales vectores de creación de valor en el sector de la defensa y, al mismo tiempo, uno de los elementos que más condicionan la inversión desde la óptica jurídica. Una parte sustancial de los ingresos y de la posición competitiva de las compañías del sector se articula a través de contratos con Administraciones públicas —en particular, con los ministerios de defensa— y de su participación en programas estratégicos nacionales o europeos, lo que introduce un conjunto de reglas y riesgos específicos que deben ser analizados con especial detenimiento en cualquier operación de M&A.

Desde el punto de vista del negocio, los clientes de las empresas de defensa son, fundamentalmente, otras compañías del propio sector —por ejemplo, grandes integradoras o *prime contractors*— y los ministerios de defensa de los distintos Estados. Por razón del tamaño de los contratos, de la complejidad técnica de los programas o de los requisitos de elegibilidad, es habitual que la contratación con las Administraciones se articule a través de estructuras de colaboración, como consorcios, agrupaciones de interés económico (AIE), uniones temporales de empresas (UTE) o *joint ventures*. Estas estructuras exigen un análisis detallado de los acuerdos suscritos entre los socios y con la sociedad objetivo —pactos de socios, acuerdos de colaboración o subcontratación—, así como del régimen de responsabilidad, que en muchos casos es solidario entre los participantes y la sociedad contratante.

La relevancia de la contratación pública trasciende el plano puramente jurídico y se proyecta directamente sobre la valoración del activo. En el sector de la defensa, la reputación de una compañía se mide, en gran medida, por su capacidad para suministrar productos o servicios a su propio Ministerio de Defensa. La existencia de contratos en vigor o de experiencia acreditada con Administraciones públicas constituye un elemento clave del *equity story* y un factor determinante a la hora de evaluar la sostenibilidad del negocio, en un entorno competitivo caracterizado por una menor transparencia que en otros sectores, derivada, entre otros factores, de la aplicación de adjudicaciones directas o de excepciones al régimen general de contratación pública.

Desde la óptica de M&A, esta realidad obliga a revisar contrato a contrato aspectos críticos como las cláusulas de cambio de control, confidencialidad, terminación por razones de interés público o seguridad nacional, así como los requisitos de elegibilidad, origen y mantenimiento de capacidades exigidos en las convocatorias. La pérdida, suspensión o “relicitación” de un contrato estratégico puede tener un impacto directo en el valor de la compañía, lo que exige trasladar estos riesgos al precio y a las garantías de la operación, e incorporar en la documentación contractual mecanismos de protección adecuados.

En este sentido, resulta habitual incluir en los acuerdos de adquisición *covenants* específicos de mantenimiento de capacidades industriales y tecnológicas, obligaciones de trazabilidad y auditoría, y compromisos de cumplimiento continuado de los requisitos exigidos por la administración contratante, tanto para la sociedad objetivo como para su grupo. La correcta identificación y gestión de estos elementos resulta esencial no solo para el cierre de la operación, sino también para preservar la elegibilidad de la compañía en programas estratégicos y garantizar la estabilidad del negocio durante toda la vida de la inversión.

5. Evolución en las operaciones de M&A en el sector

El conjunto de elementos analizados —perímetro regulatorio, control de inversiones, *compliance* sectorial, gestión de la información y dependencia de la contratación pública— ha tenido un impacto directo en la forma en que se estructuran y ejecutan las operaciones de M&A en el sector de la defensa. En los últimos años se ha producido una evolución clara tanto en la aproximación de los inversores como en las técnicas contractuales empleadas, con un énfasis creciente en la anticipación del riesgo regulatorio, la profundización de los procesos de *due diligence* y el diseño de estructuras jurídicas capaces de absorber restricciones presentes y futuras. La adquisición de activos en defensa exige hoy pensar la operación de manera integral no solo desde la perspectiva de la entrada, sino también de la gestión de la inversión y de la eventual desinversión, en un sector caracterizado por una elevada intervención administrativa y un universo de compradores potenciales más limitado.

5.1. Distinción entre compañías de defensa puras y de doble uso

En el análisis previo de una operación de M&A en el sector de la defensa, una de las primeras distinciones que debe realizar el inversor es la existente entre compañías de defensa puras y aquellas que desarrollan activos o tecnologías de doble uso. Esta clasificación no es meramente conceptual, sino que tiene consecuencias directas sobre el perfil de riesgo regulatorio, la elegibilidad desde la óptica ESG, la percepción reputacional y, en última instancia, la estructuración de la operación y las opciones de salida.

Se consideran compañías de defensa puras aquellas cuyo modelo de negocio está directamente vinculado a la producción, desarrollo o suministro de sistemas, plataformas o servicios destinados principalmente al uso militar. Este tipo de activos se encuentra expuesto de forma más intensa a los regímenes de control propios del sector, tanto en materia de inversiones extranjeras como de exportaciones, acceso a información clasificada y contratación pública. Desde la perspectiva del inversor financiero, estas compañías presentan un perfil de riesgo más concentrado, un universo de potenciales compradores más reducido y mayores exigencias de gobernanza y *compliance*, lo que se traduce en una aproximación más selectiva y, en muchos casos, en restricciones internas de inversión.

Por el contrario, las compañías de doble uso son aquellas que desarrollan productos o tecnologías con aplicaciones tanto civiles como militares. Este segmento se ha convertido en uno de los principales puntos de entrada para fondos generalistas o con políticas ESG más restrictivas, al

presentar, en términos generales, menores barreras éticas, mayor diversificación de ingresos y mejores perspectivas de salida. No obstante, esta aparente menor exposición no elimina el riesgo regulatorio: la normativa europea en materia de productos de doble uso configura un perímetro de control amplio, que alcanza no solo a bienes físicos, sino también a *software*, tecnología y transmisión de conocimiento, lo que exige un análisis detallado del modelo de negocio y de los mercados de destino.

La distinción entre compañías de defensa puras y compañías de doble uso resulta especialmente relevante desde la óptica de las exclusiones ESG, en la medida en que buena parte de los marcos normativos y políticas de inversión responsable no operan sobre el sector de la defensa en abstracto, sino sobre la naturaleza concreta de los productos y actividades desarrollados. Mientras que determinadas actividades vinculadas a la fabricación o comercialización de armamento prohibido o severamente restringido por el derecho internacional —habitualmente englobadas bajo el concepto de *controversial weapons*— se encuentran excluidas de forma estructural de los *benchmarks* climáticos de la Unión Europea y, por extensión, de los productos financieros con etiqueta ESG, las compañías que desarrollan tecnologías de doble uso no quedan automáticamente sujetas a dichas exclusiones, al combinar aplicaciones civiles y militares y depender su elegibilidad de un análisis más granular de conducta, destino y uso final.

A efectos de este análisis, el Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros (*Sustainable Finance Disclosure Regulation* o SFDR), constituye el marco normativo de referencia que, sin regular directamente la elegibilidad de los activos subyacentes, condiciona de manera determinante las políticas de inversión al exigir coherencia entre las características sostenibles del producto financiero, la conducta de las empresas participadas y la información divulgada al mercado, bajo el principio de prevención del *greenwashing*. Esta arquitectura normativa explica por qué la distinción entre defensa pura y activos de doble uso tiene un impacto directo en el acceso a determinadas fuentes de capital.

En consecuencia, la correcta identificación de si la sociedad objetivo opera como compañía de defensa pura o como desarrollador de activos de doble uso, además de condicionar la decisión de inversión, incide directamente en la configuración de la *due diligence*, en el enfoque contractual y en el diseño de la estrategia de salida. En un entorno en el que las fronteras entre lo civil y lo militar son cada vez más difusas, esta distinción se ha convertido en un elemento estructural de cualquier tesis de inversión en el sector de la defensa.

5.2. Robustez de la *due diligence*

La creciente complejidad regulatoria del sector de la defensa ha llevado a una clara evolución en la profundidad y alcance de los procesos de *due diligence* en las operaciones de M&A. Frente a enfoques más tradicionales centrados en aspectos corporativos o financieros, el análisis previo de activos vinculados a defensa exige hoy una revisión técnica y jurídica reforzada, orientada a identificar riesgos regulatorios, operativos y reputacionales que pueden materializarse no solo en el momento de la adquisición, sino durante toda la vida de la inversión.

En este contexto, la *due diligence* se extiende de manera prioritaria al análisis de licencias, autorizaciones y arquitectura contractual que sustentan la actividad de la compañía. Resulta imprescindible revisar la trazabilidad de la tecnología, la exposición a mercados sensibles y la capacidad de la sociedad para cumplir con regímenes de exportación particularmente estrictos. El Reglamento (UE) 2021/821, con su definición amplia del concepto de *exportación*, ha ampliado de forma significativa el perímetro de riesgo, al incluir no solo la salida física de bienes, sino también la transmisión de *software*, el acceso remoto a datos, la transferencia de conocimiento técnico e incluso determinadas comunicaciones orales.

Esta ampliación del perímetro regulatorio obliga a evaluar, además del producto, el *know-how*, los flujos de información y los sistemas internos de control. En particular, deben analizarse los riesgos derivados de eventuales infracciones del régimen de control de exportaciones, que pueden dar lugar a sanciones administrativas de elevada cuantía e incluso a responsabilidades penales, como las previstas en la normativa española en materia de contrabando. La *due diligence* debe identificar, por tanto, posibles contingencias históricas y evaluar la solidez de los mecanismos internos de prevención y detección de incumplimientos.

Junto con los aspectos estrictamente regulatorios, el análisis se ha ampliado a la capacidad de la compañía para sostener en el tiempo un marco de cumplimiento adecuado. La existencia y efectividad de un Programa Interno de Cumplimiento, exigido por la normativa europea en determinados supuestos, se ha convertido en un elemento central de valoración como mitigador de riesgo y como condición habilitante para operar en determinados mercados y participar en programas estratégicos.

En definitiva, la robustez de la *due diligence* en el sector de la defensa no responde a un incremento formalista de requisitos, sino a la necesidad de dotar al inversor de una visión completa y anticipada de los riesgos que deberán ser gestionados contractualmente. Este enfoque reforzado del análisis previo condiciona directamente el diseño de las manifestaciones y garantías, las condiciones suspensivas y los *covenants* de la operación, sirviendo de base para el tratamiento contractual específico que caracteriza a las transacciones en este sector.

5.3. Enfoque contractual específico

Las operaciones de M&A en el sector de la defensa —y, en particular, aquellas que recaen sobre compañías con tecnologías de doble uso— requieren un enfoque contractual claramente diferenciado del habitual en otros sectores. La complejidad y transversalidad del riesgo regulatorio obliga a trasladar de forma explícita a la documentación contractual los elementos identificados en la *due diligence*, de manera que el contrato de compraventa y los pactos asociados se conviertan en instrumentos activos de gestión del riesgo.

En este contexto, es habitual incorporar un régimen reforzado de manifestaciones y garantías en materia de licencias, autorizaciones administrativas y cumplimiento de la normativa de control de exportaciones. Estas declaraciones no se limitan a la existencia formal de licencias, sino que alcanzan al cumplimiento efectivo de sus condiciones, a la ausencia de desviaciones de producto o tecnología, y a la inexistencia de operaciones con destinos, usuarios finales o intermediarios suje-

tos a sanciones o restricciones. En compañías con actividad dual, estas garantías suelen extenderse a la correcta clasificación de productos y tecnologías, así como a la adecuación de los procesos internos para identificar operaciones sujetas a autorización.

Asimismo, resulta habitual articular condiciones suspensivas específicas vinculadas a la obtención de autorizaciones administrativas preceptivas, incluidas las derivadas del régimen de control de inversiones extranjeras, de cambios de control o de inscripciones en registros sectoriales. Dado que estos procedimientos pueden extenderse más allá de los plazos inicialmente previstos, las cláusulas de *long-stop* deben adaptarse a la realidad administrativa del sector, previendo mecanismos de extensión o de terminación ordenada si las autorizaciones se deniegan o se conceden con condiciones que alteren de forma sustancial la tesis de inversión.

Otro elemento característico es la previsión de mecanismos de adaptación del perímetro de la operación o del precio en caso de que la autoridad competente imponga restricciones a la propiedad, limitaciones al ejercicio de derechos políticos o exigencias de *ring-fencing* en materia de información. En este sentido, algunas operaciones comienzan a incorporar cláusulas que permiten ajustar la estructura o renegociar determinados términos si concurren restricciones regulatorias sobrevenidas que impactan de manera relevante en el valor del activo, configurando un tratamiento contractual específico del riesgo regulatorio.

Finalmente, el enfoque contractual se completa con la inclusión de *covenants* reforzados de cumplimiento continuado, que obligan a la sociedad objetivo y, en su caso, al grupo, a mantener sistemas de *compliance* adecuados, preservar certificaciones y capacidades críticas, y cumplir de forma permanente con los requisitos regulatorios aplicables. Estos compromisos no solo resultan esenciales para la gestión de la inversión, sino que condicionan de manera directa la preparación de la salida, en un sector en el que las mismas restricciones y autorizaciones que afectan a la entrada reaparecen, con frecuencia, en la fase de desinversión.

5.4. Estructuración pensando en la desinversión

En el sector de la defensa, la estructuración de una operación de M&A no puede abordarse únicamente desde la óptica de la adquisición, sino que debe diseñarse desde el inicio teniendo en cuenta las condiciones y restricciones que afectarán a una eventual desinversión. El universo de compradores potenciales es más reducido que en otros sectores —limitado, en términos generales, a *prime contractors*, industriales especializados o entidades con participación estatal— y la transmisión posterior de la participación puede quedar sujeta a los mismos regímenes de autorización administrativa que condicionaron la entrada del inversor.

Esta realidad obliga a anticipar, desde la fase de estructuración inicial, los posibles escenarios de salida y las limitaciones regulatorias que pueden aparecer en ese momento. Las autorizaciones administrativas, los requisitos de elegibilidad del comprador, las restricciones a la transmisión de participaciones o a los flujos de información y las exigencias de gobernanza pueden reaparecer con la misma intensidad —o incluso mayor— en la fase de desinversión, afectando de forma directa a los plazos del plan de negocio y a la capacidad de maximizar el valor del activo.

Desde el punto de vista contractual y societario, esta anticipación se traduce en la necesidad de diseñar pactos de socios y estructuras de control que sean compatibles con una futura transmisión. Resulta esencial evitar configuraciones que, si bien pueden resultar eficientes en la fase inicial, limiten innecesariamente el abanico de compradores o generen fricciones regulatorias en la salida. En este sentido, las cláusulas de transmisión, arrastre y acompañamiento, así como los derechos de veto y las limitaciones a la cesión, deben calibrarse teniendo en cuenta tanto el equilibrio entre socios como su encaje con el marco regulatorio aplicable.

La preparación de la salida exige, además, mantener durante toda la vida de la inversión un elevado estándar de cumplimiento normativo, trazabilidad y gobernanza. La conservación de autorizaciones, certificaciones y capacidades críticas, así como la existencia de un historial sólido de *compliance*, se convierten en activos esenciales en el momento de la desinversión, reduciendo el riesgo percibido por el comprador y facilitando la obtención de las autorizaciones necesarias.

En definitiva, en las inversiones en el sector de la defensa, la estrategia de salida no es un elemento accesorio, sino un componente estructural de la operación desde su diseño inicial. La capacidad de anticipar y gestionar las restricciones regulatorias que afectan a la desinversión resulta determinante para preservar el valor de la inversión y cerrar con éxito el ciclo completo de M&A en un sector especialmente sensible a la intervención administrativa.

6. Restricciones a la exportación de productos de doble uso

El interés creciente de los fondos de *private equity* por invertir en compañías que desarrollan tecnologías de doble uso obliga a prestar una atención específica al régimen jurídico aplicable a la exportación de estos productos. Aunque este tipo de activos presenta, en términos generales, menores barreras éticas y reputacionales que la defensa “pura”, su comercialización se encuentra sujeta a un marco regulatorio particularmente estricto, cuyo incumplimiento puede generar consecuencias administrativas, penales y reputacionales de elevada intensidad.

El marco normativo de referencia es el Reglamento (UE) 2021/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2021, que establece el régimen de control de la Unión para la exportación, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso. Este Reglamento introduce un concepto de *exportación* especialmente amplio, que no se limita a los movimientos físicos de mercancías, sino que incluye también la transmisión electrónica de *software* o tecnología —por ejemplo, a través de correo electrónico, servicios en la nube o acceso remoto— e incluso la comunicación oral de conocimientos técnicos. En consecuencia, el perímetro de control alcanza no solo al producto, sino también al *know-how* y a los flujos de información asociados.

La exportación de los productos incluidos en el Anexo I del Reglamento requiere autorización administrativa previa, dado que dicho anexo recoge categorías especialmente sensibles que abarcan, entre otras, la electrónica, las telecomunicaciones, la navegación, los materiales avanzados o determinadas tecnologías nucleares. Asimismo, el Reglamento prevé mecanismos de control adi-

cionales para productos no incluidos en el Anexo I cuando exista riesgo de que puedan contribuir a programas de armas de destrucción masiva, a usos militares en países sujetos a embargo o a material de defensa previamente desviado, imponiendo al exportador un deber activo de diligencia ante la detección de señales de riesgo.

El régimen de licencias —individuales, globales o generales— determina de forma estricta los productos, destinos y usuarios finales autorizados y se concede atendiendo a criterios exigentes relacionados con obligaciones internacionales, sanciones vigentes, riesgo de desvío y uso final. La concesión de licencias globales está condicionada, además, a la existencia de un Programa Interno de Cumplimiento eficaz, lo que refuerza la centralidad del *compliance* como requisito operativo. En el ordenamiento español, la realización de operaciones sujetas a autorización sin la licencia correspondiente puede dar lugar a la comisión de un delito de contrabando, con las consiguientes responsabilidades penales y administrativas.

Incluso en el ámbito intraeuropeo, donde rige un principio de mayor libertad de circulación, subsisten controles relevantes para determinadas categorías sensibles, como la criptografía. En estos supuestos, pueden exigirse autorizaciones o comunicaciones previas, así como obligaciones específicas de información en la documentación comercial, particularmente cuando existe la posibilidad de que el producto salga posteriormente del territorio aduanero de la Unión.

Desde la perspectiva del inversor, este marco normativo exige integrar el control de exportaciones de productos de doble uso como un elemento estructural de la *due diligence*, de la documentación contractual y de la gestión continuada de la compañía. La existencia de licencias vigentes, la trazabilidad de las operaciones, la robustez de los sistemas internos de cumplimiento y la capacidad de reaccionar ante cambios regulatorios se convierten en factores determinantes para preservar el valor del activo y garantizar la viabilidad de la inversión en un entorno de creciente escrutinio regulatorio.

7. ESG, reputación y salidas

Las consideraciones ESG y reputacionales han adquirido un papel central en la inversión en el sector de la defensa no solo como criterio de elegibilidad inicial, sino como un factor determinante para la sostenibilidad de la inversión y la viabilidad de la salida. En un sector históricamente asociado a políticas de exclusión por parte de inversores institucionales, el contexto geopolítico y regulatorio reciente ha impulsado una revisión profunda de los marcos de análisis, en los que la seguridad y la defensa comienzan a integrarse —con condiciones— en las agendas de inversión responsable. Este giro no elimina los riesgos reputacionales inherentes al sector, pero los reconfigura, desplazando el foco desde la mera pertenencia a la industria hacia la conducta de las compañías, la trazabilidad de sus actividades y la solidez de sus sistemas de gobernanza. Desde la perspectiva del *private equity*, la correcta gestión de los factores ESG se convierte así en un elemento estructural del *equity story* y en una condición clave para maximizar el universo de compradores potenciales y facilitar una desinversión ordenada en un entorno de creciente escrutinio público y regulatorio.

7.1. Cambio de paradigma en la inversión en defensa

Durante años, la inversión en el sector de la defensa estuvo marcada por un enfoque predominantemente excluyente desde la óptica ESG, en el que los riesgos reputacionales y las controversias asociadas a determinadas actividades prevalecían sobre cualquier consideración estratégica o de impacto. Este planteamiento se tradujo en políticas de inversión restrictivas por parte de numerosos inversores institucionales y fondos, que optaban por excluir de forma generalizada activos vinculados a la defensa, con independencia de su naturaleza concreta o de los marcos de control a los que estuvieran sujetos.

El contexto geopolítico y regulatorio reciente ha propiciado, no obstante, un cambio sustancial en este enfoque. La creciente conciencia sobre la necesidad de garantizar la seguridad, la resiliencia de las infraestructuras críticas y la autonomía estratégica ha llevado a replantear la relación entre defensa y sostenibilidad. En este nuevo marco, la seguridad comienza a concebirse como un elemento habilitante del desarrollo económico y social, y la actividad de defensa —cuando se desarrolla bajo mandatos democráticos y con respeto al Estado de derecho— pasa a ser susceptible de integración en estrategias de inversión responsable.

Este giro no implica una relajación de los estándares ESG, sino una redefinición de su aplicación al sector. El foco se desplaza desde la exclusión basada en la pertenencia sectorial hacia un análisis más granular de la conducta de las compañías, la naturaleza de los productos y servicios ofrecidos, el cumplimiento de los regímenes de control aplicables y la calidad de la gobernanza. En particular, se mantienen exclusiones claras respecto de armamento prohibido o severamente restringido por el derecho internacional, al tiempo que se abre la puerta a inversiones en capacidades defensivas, tecnologías duales y actividades alineadas con objetivos de seguridad colectiva.

Desde la perspectiva del *private equity*, este cambio de paradigma tiene consecuencias prácticas relevantes. Muchos *limited partners* han revisado sus políticas internas para permitir exposición selectiva al sector de la defensa, condicionada a procesos reforzados de *due diligence* ESG, a compromisos contractuales específicos y a estándares elevados de transparencia y control. Al mismo tiempo, la correcta articulación de esta narrativa resulta esencial para preservar la reputación del fondo y ampliar el universo de compradores potenciales en la fase de salida, en un entorno en el que la aceptación social y regulatoria de la inversión en defensa sigue siendo exigente y dinámica.

i. El nuevo marco europeo – el *Libro Blanco de la Industria de la Defensa*

La estrategia europea reciente en materia de defensa ha configurado un nuevo marco jurídico e institucional que incide de manera directa en las decisiones de inversión de los fondos de *private equity*. La publicación del *Libro Blanco de la Industria de la Defensa* y el despliegue de iniciativas asociadas reflejan una voluntad clara de reforzar la base industrial y tecnológica de defensa europea, canalizando capital público y privado hacia capacidades consideradas estratégicas, pero bajo criterios de elegibilidad y condicionalidad jurídica cada vez más definidos.

Desde la óptica del derecho de la Unión, este marco se articula, entre otros instrumentos, a través de la apertura de canales de financiación como InvestEU, la progresiva revisión

de la política del Banco Europeo de Inversiones y el refuerzo de programas de apoyo a la innovación y al desarrollo industrial en defensa. Estos mecanismos no operan de manera automática, sino que exigen a los fondos y a las compañías objetivo verificar su alineación con las prioridades europeas en materia de capacidades, autonomía estratégica y preferencia europea en la cadena de suministro, así como su compatibilidad con programas como el European Defence Fund (EDF) o el futuro European Defence Investment Programme (EDIP).

La mayor utilización de garantías públicas, instrumentos financieros mixtos y fórmulas de colaboración público-privada introduce, asimismo, nuevas capas de análisis jurídico. Las operaciones cofinanciadas pueden quedar sujetas a reglas específicas en materia de ayudas de Estado, obligaciones reforzadas de *reporting*, auditoría y control, así como a cláusulas de condicionalidad que inciden en la gobernanza, la localización de capacidades o el mantenimiento de determinadas actividades en territorio europeo. Estos elementos deben ser anticipados e integrados en la tesis de inversión y en la documentación contractual desde las fases iniciales de la operación.

Adicionalmente, la convergencia hacia estándares técnicos y esquemas de certificación comunes a nivel europeo tiene un impacto directo en el calendario y en el riesgo regulatorio de los proyectos industriales. Para los inversores, ello implica la necesidad de evaluar no solo la situación actual de la compañía, sino también su capacidad para adaptarse a futuros requisitos normativos y de certificación, incorporando en los contratos compromisos de desarrollo, inversión y cumplimiento alineados con la agenda europea.

En este contexto, el nuevo marco europeo no elimina la complejidad regulatoria inherente al sector de la defensa, pero sí redefine sus coordenadas. Para los fondos de *private equity*, ofrece oportunidades relevantes de canalización de capital hacia un sector estratégico, siempre que las estructuras de inversión, la gobernanza de las participadas y los contratos se diseñen de forma compatible con los criterios de elegibilidad, condicionalidad y control que caracterizan a la política industrial y de defensa de la Unión Europea.

ii. La financiación en el sector de la defensa

La financiación constituye uno de los elementos más determinantes para el desarrollo y escalado de la industria de la defensa y, al mismo tiempo, uno de los ámbitos en los que las especificidades regulatorias y reputacionales del sector se manifiestan con mayor intensidad. La combinación de ciclos de desarrollo largos, elevada intensidad de capital, dependencia de la contratación pública y restricciones derivadas de políticas internas de entidades financieras exige soluciones de financiación adaptadas, en las que el capital privado desempeña un papel cada vez más relevante.

7.2. Financiación a nivel de *portfolio companies*

Desde la perspectiva de las compañías participadas, el acceso a financiación sigue descansando en gran medida en la visibilidad y estabilidad de los flujos de caja, que en el sector de la defensa se

encuentran estrechamente vinculados a la contratación pública. Los calendarios de adquisición, la agregación de la demanda, la duración de los programas y la puntualidad de los pagos por parte de las administraciones influyen de forma directa en la percepción del riesgo por parte de la banca y, en consecuencia, en las condiciones de financiación disponibles.

En los últimos años, algunas entidades financieras europeas han revisado sus políticas de exclusión para permitir una mayor exposición selectiva al sector. No obstante, persisten disparidades significativas entre jurisdicciones y entidades, así como una sensibilidad reputacional que limita el acceso al crédito tradicional, especialmente para pymes y *start-ups* de *defence tech*, donde el colateral es reducido y los ciclos de I+D son prolongados. En estos supuestos, el capital paciente —en forma de *equity* o instrumentos *cuasi-equity*— se revela como el instrumento más adecuado para acompañar el crecimiento y absorber el riesgo tecnológico y regulatorio.

En este contexto, los mecanismos europeos recientes adquieren especial relevancia. Las iniciativas vinculadas a la Estrategia Industrial de Defensa, el Libro Blanco y los programas de garantías y contragarantías del Banco Europeo de Inversiones pretenden mejorar las condiciones de acceso a financiación, reducir el coste del capital y generar un efecto multiplicador sobre el crédito bancario a lo largo de la cadena de suministro. Para las compañías, ello exige estructurar contratos con *prime contractors* y administraciones que aporten previsibilidad a los financiadores, combinar de forma eficiente deuda y capital, y aprovechar instrumentos públicos —garantías, seguros de crédito o financiación mixta— para liberar circulante y sostener el crecimiento.

7.3. El papel de los fondos de inversión

Desde una perspectiva más amplia, los fondos de inversión desempeñan un papel clave en el impulso financiero del sector de la defensa al aportar dos elementos esenciales: escala y velocidad. En el ámbito del *private equity*, el capital permite acometer procesos de consolidación, reforzar capacidades industriales y financiar inversiones que difícilmente podrían abordarse exclusivamente con recursos públicos o crédito bancario tradicional.

En el segmento de *venture capital*, el reto se sitúa en la financiación temprana de tecnologías duales o de uso estrictamente militar, donde las restricciones ESG y la percepción de riesgo han limitado históricamente el acceso a capital. En este espacio, la oportunidad reside en fondos especializados capaces de acompañar desarrollos tecnológicos largos, con estructuras de gobernanza adaptadas al sector y una tesis clara de certificación, acceso a mercado y alineación con prioridades europeas.

En ambos casos, la financiación no puede concebirse de forma aislada del marco regulatorio y reputacional. La alineación con criterios de elegibilidad europeos, la integración de exigencias ESG y la anticipación de las restricciones que pueden afectar tanto a la operativa como a la salida forman parte esencial de la ecuación financiera. La capacidad de los fondos para estructurar soluciones de financiación compatibles con estas exigencias se ha convertido, así, en un factor diferencial para canalizar capital privado hacia un sector estratégico y altamente regulado como el de la defensa.

8. A modo de conclusión

La creciente implicación del capital privado en el sector de la defensa responde a un cambio estructural del entorno geopolítico, regulatorio y económico, que ha situado a esta industria en una posición de centralidad estratégica dentro de la Unión Europea. Lejos de tratarse de una oportunidad coyuntural, la inversión en defensa se configura hoy como un ámbito de interés sostenido para los fondos de *private equity*, siempre que se aborde desde una comprensión profunda de los condicionantes jurídicos que rigen el sector.

El análisis desarrollado pone de manifiesto que la inversión en defensa exige un enfoque jurídico integral, en el que el perímetro regulatorio y el control de inversiones extranjeras actúan como verdaderos elementos estructurales de la operación. Estos regímenes no solo condicionan la entrada del inversor, sino que inciden de manera transversal en la estructuración de la transacción, en la gobernanza de las compañías participadas y en la propia viabilidad de la desinversión. El riesgo regulatorio, lejos de agotarse en el *closing*, acompaña a la inversión durante toda su vida.

Asimismo, el *compliance* sectorial y el control de la información se revelan como condiciones habilitantes para operar en el sector de la defensa. La robustez de los sistemas internos de cumplimiento, la trazabilidad de tecnologías y productos —especialmente en el ámbito de los activos de doble uso— y la capacidad de gestionar regímenes complejos de exportación y contratación pública son factores determinantes para preservar el valor del activo y mitigar riesgos legales y reputacionales.

La evolución de las operaciones de M&A refleja esta realidad. La distinción entre compañías de defensa puras y de doble uso, la profundización de los procesos de *due diligence*, el desarrollo de un enfoque contractual específico y la necesidad de estructurar las operaciones pensando desde el inicio en la salida configuran hoy una práctica transaccional claramente diferenciada. En este contexto, la técnica jurídica se convierte en una herramienta clave para traducir el riesgo regulatorio en estructuras contractuales y societarias que aporten seguridad y flexibilidad al inversor.

Las consideraciones ESG y reputacionales, por su parte, han dejado de operar exclusivamente como factores de exclusión para convertirse en criterios de elegibilidad basados en la conducta, la gobernanza y la alineación con marcos normativos y estratégicos europeos. Este cambio de paradigma amplía las posibilidades de inversión, pero exige un elevado nivel de exigencia y coherencia, tanto en la fase de adquisición como en la preparación de la salida, en un entorno de creciente escrutinio público y regulatorio.

Finalmente, el nuevo marco europeo y los instrumentos de financiación asociados refuerzan el papel del capital privado como catalizador del desarrollo de la industria de la defensa, siempre que las inversiones se estructuren de forma compatible con los criterios de elegibilidad, condicionalidad y control propios de la política industrial y de seguridad de la Unión. En suma, la inversión de fondos de *private equity* en el sector de la defensa es hoy jurídicamente viable y económicamente relevante, pero requiere una aproximación sofisticada, anticipatoria y transversal, en la que el Derecho deja de ser un mero acompañante de la operación para convertirse en uno de sus principales factores de éxito.

Unión Europea

LITIGACIÓN CIVIL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS. DAÑO INMATERIAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Jorge Izquierdo Fernández

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

Litigación civil en materia de protección de datos. Daño inmaterial. Estado de la cuestión

El Reglamento General de Protección de Datos configura en su artículo 82 un régimen de responsabilidad civil por daños derivados de infracciones del propio reglamento. Frente al concepto de daños materiales, que no presenta mayor interrogante, se incluye la figura del daño inmaterial (concepto autónomo del derecho de la Unión). En la delimitación del daño inmaterial destacan recientemente dos supuestos que plantean dudas interpretativas: el “mero temor” y la “pérdida de control”. En relación con el primero, la jurisprudencia ha realizado una labor delimitadora que contribuye a evitar su abuso. En lo que al segundo se refiere, el análisis conjunto de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia apunta a que la pérdida de control no sería un daño en sí mismo, sino un antecedente fáctico potencialmente causante de daños inmateriales (como el mero temor) que el demandante debe acreditar.

PALABRAS CLAVE:

RGPD; Daños inmateriales; Temor fundado; Pérdida de control.

Civil litigation arising from data protection; non-material damage: current situation

Article 82 of the General Data Protection Regulation (GDPR) establishes civil liability for damages resulting from infringements of the GDPR. While the concept of material damages raises no major questions, the concept of immaterial damages (an autonomous concept in EU law) is also included. Two scenarios that raise questions of interpretation have recently come to the fore in defining non-material damage: “mere fear” and “loss of control.” Regarding the former, case law has helped to define the concept and prevent it being used abusively. Regarding the latter, a joint analysis of the CJEU’s case law on the matter suggests that loss of control would not in itself constitute a damage, but a catalyst for non-material damage (such as fear), which the claimant must prove.

KEYWORDS:

GDPR; non-material damage; well-founded fear; loss of control.

FECHA DE RECEPCIÓN: 12-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-12-2025

Izquierdo Fernández, Jorge (2025). Litigación civil en materia de protección de datos. Daño inmaterial. Estado de la cuestión. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 209-223 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El Reglamento General de Protección de Datos ("RGPD") prevé, en su artículo 82, un régimen de responsabilidad por daños y perjuicios causados como consecuencia de infracciones del propio RGPD. El precepto prevé dos tipologías de daños: los materiales y los inmateriales.

La cuestión jurídica que se aborda en estas líneas es la del daño inmaterial, concepto jurídico indeterminado respecto del cual se ha ido generando un corpus jurisprudencial de resoluciones tanto de los distintos Estados miembros de la UE como del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"). Como se verá, se han planteado distintas lecturas sobre qué debe ser considerado daño inmaterial a efectos de una indemnización, algunas de ellas quizás excesivamente flexibles.

En este sentido, recientemente se ha publicado la STJUE (Sala 4.^a), de 4 de septiembre de 2025, asunto *Quirin Privatbank AG*, C-655/23, que, aunque reitera doctrina jurisprudencial anterior, por su literalidad podría leerse como revulsivo frente a determinadas lecturas voluntaristas de la jurisprudencia anterior del TJUE que han hecho algunos órganos judiciales y que representan un riesgo para la coherencia del sistema indemnizatorio del daño inmaterial.

En la actualidad, existen dos conceptos relacionados con el daño inmaterial que suscitan dudas interpretativas: el "mero temor" y la "mera pérdida de control". Se expondrá el estado de la cuestión.

2. Breve caracterización de la responsabilidad civil derivada de infracciones del RGPD

2.1. El régimen de responsabilidad civil del artículo 82 del RGPD

Para entender el problema hay que comenzar dando unas breves pinceladas sobre el régimen de daños que se configura en el art. 82 del RGPD:

i. ¿Quiénes responden?

El responsable del tratamiento responde de los daños y perjuicios causados en caso de que la operación de tratamiento incumpla el RGPD, mientras que el encargado del tratamiento

responde de aquellos daños y perjuicios causados por incumplir las obligaciones del RGPD dirigidas específicamente a encargados del tratamiento o por actuar al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable del tratamiento.

ii. ¿De qué responden?

De los daños y perjuicios causados como consecuencia de una infracción del RGPD, que podrán ser materiales o inmateriales.

iii. ¿Cuándo responden?

Siempre que no demuestren que no son “en modo alguno” responsables del hecho que haya causado los daños y perjuicios.

El régimen del artículo 82 del RGPD sigue la lógica tradicional del derecho de daños. Se exigen una conducta antijurídica (la infracción del RGPD), un daño indemnizable (material o inmaterial) y un nexo causal entre la conducta y el daño. Esto lo ha venido confirmando de forma reiterada el TJUE en su jurisprudencia, en la que establece que estos tres elementos son requisitos cumulativos cuya existencia debe probar el demandante (SSTJUE, Sala 3.^a, de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Post AG*, C-300/21, y de 20 de junio de 2024, *PS GbR*, C-590/22, entre otras).

Por otra parte, la mera infracción del RGPD no es suficiente para conceder una indemnización (SSTJUE, Sala 3.^a, de 14 de diciembre de 2023, *Gemeinde Ummendorf*, C-456/22, y de 11 de abril de 2024, *juris GmbH*, C-741/21, entre otras) ni genera una presunción del daño, que debe ser probado siempre por quien lo alega (STJUE, Sala 3.^a, de 25 de enero de 2024, *MediaMarktSaturn*, C-687/21, entre otras).

No estamos ante una responsabilidad objetiva. Es un régimen de responsabilidad por culpa, si bien con la particularidad de que la culpa se presume *ius tantum* (STJUE, Sala 3.^a, de 21 de diciembre de 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, C-667/21).

Otro rasgo fundamental de este régimen de responsabilidad es que no tiene una finalidad punitiva ni disuasoria, sino meramente resarcitoria (SSTJUE, Sala 3.^a, de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Post AG*, C-300/21, de 21 de diciembre de 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, C-667/21, y de 20 de junio de 2024, *PS GbR*, C-590/22, entre otras). Esto es relevante para la cuestión que se analiza en este foro.

2.2. Los daños materiales e inmateriales

El daño material no plantea mayor problema conceptual. Imaginemos que, con ocasión de una falta de diligencia en la confidencialidad de los datos personales, agentes maliciosos obtienen datos de una persona con los que la hacen víctima de un ataque de *phishing* mediante el cual consiguen realizar, en perjuicio de la víctima, una transferencia de 5000 euros. En este ejemplo existe un daño material por esa cantidad.

El daño inmaterial ya no es tan sencillo de delimitar. Si bien puede tener similitudes con el daño moral en el ordenamiento jurídico español, se trata de un concepto autónomo del derecho de la Unión (STJUE, Sala. 3.^a, de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Post AG*, C-300/21). El RGPD no contiene una definición de lo que debe considerarse daño inmaterial ni un listado (ni abierto ni cerrado) de sus supuestos.

El TJUE tampoco ha ofrecido una delimitación clara del concepto. Por lo general, en las sentencias del TJUE se ha realizado una remisión a algunos considerandos del RGPD (principalmente los considerandos 75 y 85) para caracterizarlo mínimamente, como razonamiento general previo a las respuestas a cuestiones prejudiciales concretas. Precisamente, en alguna remisión puntual al considerando 85 del RGPD tienen su raíz algunos de los desafíos que nos ocupan, como veremos. Baste con apuntar aquí que los considerandos del RGPD no determinan tampoco qué debe entenderse por daño inmaterial, sino que se limitan a enumerar algunos supuestos fácticos (pérdida de control, restricción de derechos, discriminación, usurpación de identidad, pérdidas financieras, etc.) relacionados con daños materiales o inmateriales. También debe recordarse que los considerandos carecen de valor normativo (STJUE, Sala 5.^a, de 20 de enero de 2022, C-165/20).

2.3. La cuestión de la cuantificación del daño

El RGPD no proporciona ninguna herramienta para la cuantificación de los daños materiales o inmateriales derivados del régimen de su artículo 82.

Por su parte, el TJUE se ha limitado, de momento, a indicar que la apreciación y cuantificación del daño corresponde al juez nacional conforme al derecho interno de cada Estado miembro (STJUE, Sala 3.^a, de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Post AG*, C-300/21, párr. 54 y 59) y a descartar que determinadas circunstancias sirvan para incrementar el *quantum*:

- i. No es relevante que la conducta infractora del RGPD lo sea, además, de normas del derecho nacional (STJUE, Sala 3.^a, de 20 de junio de 2024, *PS GbR*, C-590/22, párr. 50).
- ii. No se exige que el grado de seriedad o dolo en la infracción sea tenido en cuenta al cuantificar el daño (STJUE, Sala 3.^a, de 25 de enero de 2024, *MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH*, C687/21, párr. 55).
- iii. No es relevante que la conducta sea constitutiva de una pluralidad de infracciones del RGPD (STJUE, Sala 3.^a, de 11 de abril de 2024, *juris GmbH*, C-741/21, párr. 64).

La cuestión tiene menor interés en relación con los daños materiales —que, por lo general, serán cuantificables en atención a criterios económicos tangibles—, pero presenta una incertidumbre en relación con los daños inmateriales, similar a la que existe en la cuantificación de los daños morales en derecho español (que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se cuantifican mediante valoración estimativa en atención a las circunstancias concurrentes —SSTS n.º 964/2000, de 19 de octubre, y n.º 12/2014, de 22 de enero—).

La ausencia de criterios objetivos de cuantificación en el daño inmaterial es relevante, porque hace recomendable una aproximación prudente que evite supuestos de abuso, arbitrariedad o excesiva laxitud. No sería deseable generar un grado de incertidumbre tal que llegase a obstaculizar el normal desarrollo de las relaciones civiles y mercantiles o la actividad económica en la que el tratamiento de datos personales tiene un indiscutible papel protagonista.

Son ya varios los casos en los que órganos judiciales de Estados miembros de la Unión han cuantificado indemnizaciones por daño inmaterial del artículo 82 del RGPD en un importe a tanto alzado sin ahondar en la justificación de la cuantificación.

3. La problemática del daño inmaterial: “mero temor” & “pérdida de control”

3.1. El “mero temor” como daño inmaterial: ¿daño al arbitrio del demandante?

La discusión en torno al daño inmaterial en materia de infracciones del RGPD ha girado en no menor medida en torno a la consideración como daño inmaterial del “temor” que experimenta el titular de los datos personales comprometidos (p. ej., con ocasión de una brecha de seguridad que afecte a una base de datos) a un uso indebido de esos datos.

El planteamiento es si, al margen del daño material que se pueda producir (transferencias bancarias no autorizadas, firma de contratos con suplantación de la identidad de la víctima, etc.), el mero temor que experimenta el titular de los datos personales comprometidos de que esas cosas pudieran ocurrir en el futuro (con independencia de si ocurren o no), constituiría un daño *per se* (inmaterial).

Si aceptásemos, sin embargo, esta construcción sin mayor cualificación del concepto del “mero temor” estaríamos dando carta de naturaleza a un daño cuya existencia dependería, exclusivamente, de la voluntad del demandante: habría daño si el demandante invoca haber padecido temores y no si no lo invoca. No es difícil darse cuenta del peligro de proliferación de reclamaciones masivas huérfanas de todo esfuerzo probatorio que esto podría generar en el contexto de, por ejemplo, la publicación de una sanción de una autoridad de protección de datos frente a una empresa que presta servicios o suministra bienes a consumidores.

Frente al apuntado riesgo de perversión de la figura del daño inmaterial y su naturaleza resarcitoria, la jurisprudencia del TJUE ha configurado algunos elementos clave de delimitación:

- i. El juez nacional debe comprobar que el temor sea, efectivamente, fundado (“*well-founded fear*”, “*begründete Befürchtung*”) en atención a las circunstancias del caso y del interesado (SSTJUE, Sala 3.^a, de 14 de diciembre de 2023, *Natsionala agentsia za prihodite*, C-340/21; de 4 de octubre de 2024, *Agentsia po vpisaniyata*, C-200/23; y de 25 de enero de 2024, *MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH*, C-687/21). Es necesario, por tanto, un análisis

judicial caso a caso de los elementos fácticos relativos a la concreta afectación de los datos producida y a la persona del demandante.

- ii. La carga de la prueba del daño inmaterial es del interesado que invoca haber sufrido consecuencias negativas por causa de una infracción del RGPD (SSTJUE, Sala 3.^a, de 14 de diciembre, *Natsionala agentsia za prihodite*, C-340/21, de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Post AG*, C-300/21, de 20 de junio de 2024, *MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH*, C-687/21).
- iii. Y, dentro de ese esquema de carga probatoria, la mera alegación por el demandante de un temor, sin que resulte probada una consecuencia negativa, no puede dar lugar a una indemnización (*PS GbR*, C-590/22 y de 25 de enero de 2024, párr. 35).

La jurisprudencia de los Estados miembros también se ha hecho eco de esta necesaria delimitación del concepto y ha rechazado un impropio paralelismo entre el daño y la mera alegación genérica de haber sufrido un temor:

- i. En Alemania, el Tribunal Federal Alemán del Trabajo (Bundesarbeitsgericht) en Sentencia de 20 de febrero de 2025, interpreta la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que *"el tribunal tiene que analizar si el sentimiento [temor], teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, puede ser considerado como fundado"*.
- ii. En el Reino Unido cabe citar la Sentencia del Tribunal de Apelación Civil (*Court of Appeal, Civil Division*) de 22 de agosto de 2025 (CA-2024-000578). En lo que interesa a la cuestión que nos ocupa, el Tribunal extracta de la jurisprudencia del TJUE lo que denomina un "test de razonabilidad" del temor alegado, que, en el caso concreto, supone que cada afectado acredite individualmente que tenía un miedo fundado de que terceros accederían a sus datos y que esto conduciría a una suplantación de identidad o a otras consecuencias concretas. Pese a ser post-brexít, la sentencia razona sobre la base de la jurisprudencia del TJUE del artículo 82 del RGPD.
- iii. En España, el tratamiento jurisprudencial está menos maduro que en otros países de nuestro entorno (la casuística habitual aquí es la inclusión indebida en ficheros de morosos y se ventila por la vía de la infracción del derecho al honor, bajo un régimen distinto del que nos ocupa). No obstante, existen algunos pronunciamientos que también siguen la línea de los ya citados. Es el caso del TSJ de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2.^a) en Sentencia n.º 352/2025, de 17 de abril, en la que resolvió que no son admisibles alegaciones genéricas de desasosiego que afectaría a la salud.

De esta forma, el desarrollo jurisprudencial, tanto a nivel institucional europeo como en los propios Estados miembros, proporciona mecanismos útiles para el rechazo de reclamaciones oportunistas sin fundamento. Conforme a esta jurisprudencia, solo cabrá obtener indemnizaciones cuando el temor sea fundado a juicio del Tribunal, en atención a las circunstancias individuales del demandante y del caso concreto. Quien alega ese temor debe acreditar haber sufrido consecuencias negativas, sin que basten las alegaciones genéricas y huérfanas de prueba de haber sufrido un temor.

3.2. La “pérdida de control”: ¿daño inmaterial autónomo o hecho causante de un daño inmaterial?

3.2.1. LA ACTUAL JURISPRUDENCIA DEL TJUE NO HA CONFIGURADO LA MERA PÉRDIDA DE CONTROL COMO UN DAÑO AUTÓNOMO, SINO COMO UN HECHO POTENCIALMENTE GENERADOR DE DAÑOS INMATERIALES (COMO EL TEMOR FUNDADO) QUE DEBEN ACREDITARSE

Al margen de la cuestión del temor fundado, se está planteando más recientemente en algunos foros otro desafío interpretativo ligado al concepto de los daños inmateriales del artículo 82 del RGPD: si la invocación de una “mera pérdida de control” sobre los datos personales podría constituir un daño inmaterial *per se* o, más bien, si se trata de un hecho que podrá ser, en su caso, causante de daños (como el temor fundado de quien ha perdido el control sobre sus datos o daños materiales concretos generados mediante el uso de esos datos) que deberían ser probados caso a caso.

El debate se ha visto alimentado recientemente por dos sentencias del Tribunal Supremo Alemán (“BGH”), de 18 de noviembre de 2024 y 11 de febrero de 2025, que, partiendo del considerando 85 del RGPD, podrían abonar la tesis de que la “mera pérdida de control” constituiría un daño inmaterial autónomo. Más adelante se explicará el contexto particular al que responden esas resoluciones.

La doctrina sentada por el TJUE hasta la fecha no permite considerar la simple “pérdida de control” como un daño inmaterial. Se trata, por el contrario, de un antecedente fáctico al eventual daño que, en su caso, se logre acreditar: se produce la pérdida de control sobre los datos personales de una persona y, como consecuencia de ello, esta persona puede o no sufrir daños y perjuicios (materiales o inmateriales) a cuyo resarcimiento tendrá derecho si acredita su existencia (además de la existencia de infracción del RGPD y de nexo causal entre el daño invocado y dicho incumplimiento).

A ello no obsta el considerando 85 del RGPD, como expone con claridad el Abogado General Campos en sus conclusiones del asunto *Österreichische Post, C-300/21*: “La pérdida de control de los datos no tiene por qué desencadenar, indefectiblemente, un daño. La expresión puede entenderse como una licencia del lenguaje para aludir a perjuicios subsecuentes a tal pérdida, si llegan a materializarse”. Y, en nota al pie vinculada a esta cita, añade que “las consecuencias emocionales ligadas a la pérdida de control sobre los datos, como el miedo o la ansiedad por lo que pueda ocurrir con ellos, son derivados de la pérdida, pero no idénticos a ella”.

Más adelante, razonando sobre si, desde una interpretación teleológica, el control del interesado sobre los datos personales es, en sí mismo, un objetivo del RGPD, el Abogado General Campos expone que:

“[...] cuando el interesado no consiente un tratamiento y este se lleva a cabo sin otra base jurídica legítima, no por eso ha de ser compensado económicamente en virtud de la pérdida del control sobre

sus datos, como si esa pérdida implicase, de suyo, una lesión indemnizable. Si, además, ha sufrido o no un daño, está por ver (y deberá ser probado)".

Y añada, en notas al pie vinculadas a esta cita, lo siguiente: *"No estoy sugiriendo que la infracción de la norma deba quedar impune: lo que digo es que una indemnización no es el útil idóneo, si no hubo daño"; y que, "excluido que conferir al individuo el control sobre sus datos sea, por sí mismo, una finalidad del RGPD, no descarto atender a la pérdida de control como guía para reconocer los daños inmateriales, en el sentido de tomar en cuenta las reacciones que siguen a dicha pérdida".*

En el asunto *Österreichische Post*, C-300/21, en el que el Abogado General Campos emite las conclusiones a las que he aludido, el TJUE no se detiene finalmente en la cuestión porque no le resultó necesario para responder a las cuestiones prejudiciales (en el párrafo 17 de aquella sentencia se alude a que no hubo transmisión de los datos a terceros).

No obstante, la jurisprudencia del TJUE sobre la materia contiene múltiples pronunciamientos que confirman la postura expuesta por el Abogado General Campos en estas conclusiones:

- i. La STJUE, Sala 3.^a, de 14 de diciembre de 2023, *Gemeinde Ummendorf*, C-456/22, indicó lo siguiente (párr. 22):

"En estas circunstancias, si bien nada se opone a que la publicación en Internet de datos personales y la consiguiente pérdida de control sobre ellos durante un breve período de tiempo pueden causar a los interesados «daños y perjuicios inmateriales», en el sentido del artículo 82, apartado 1, del RGPD, que den lugar a un derecho a indemnización, sigue siendo necesario que dichos interesados demuestren que han sufrido efectivamente tales daños y perjuicios, por mínimos que sean".

- ii. La STJUE, Sala 3.^a, de 25 de enero de 2024, *MediaMarktSaturn*, C-687/21, reitera la idea (párr. 66):

*"Además, basándose también en consideraciones de carácter literal, sistemático y teleológico, el Tribunal de Justicia consideró que la pérdida de control sobre los datos personales durante un breve período de tiempo puede causar al interesado «daños y perjuicios inmateriales», en el sentido del artículo 82, apartado 1, del RGPD, que den lugar a un derecho a indemnización, siempre que dicho interesado demuestre que ha sufrido efectivamente tales daños y perjuicios, por mínimos que sean, y recordó que la mera infracción de las disposiciones de dicho Reglamento no basta para reconocer un derecho a indemnización sobre esta base (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de diciembre de 2023, *Gemeinde Ummendorf*, C-456/22, EU:C:2023:988, apartados 18 a 23)".*

- iii. La STJUE, Sala 3.^a, de 11 de abril de 2024, *juris GmbH*, C-741/21, indicó lo siguiente (párr. 42):

"A este respecto, es preciso señalar que el considerando 85 del RGPD menciona expresamente la «pérdida de control» entre los daños y perjuicios que puede ocasionar una violación de la seguridad de los datos personales. El Tribunal de Justicia consideró que la pérdida de

control sobre los datos personales durante un breve período de tiempo puede causar al interesado «daños y perjuicios inmateriales», a efectos del artículo 82, apartado 1, del RGPD, que den lugar a un derecho a indemnización, siempre que dicho interesado demuestre que ha sufrido efectivamente tales daños y perjuicios, por mínimos que sean (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2024, MediaMarktSaturn, C687/21, EU:C:2024:72, apartado 66 y jurisprudencia citada)».

Por otra parte, en la STJUE, Sala 3.^a, de 30 de junio de 2024, *Scalable Capital, GmbH*, C-182/22 y C-189/22, el TJUE aclaró, al pronunciarse sobre la "usurpación de identidad o fraude", lo siguiente:

"No obstante, debe precisarse, a este respecto, que la indemnización de los daños y perjuicios inmateriales causados por el robo de datos personales, con arreglo al artículo 82, apartado 1, del RGPD, no puede limitarse a los casos en que se demuestre que tal robo de datos dio lugar a una usurpación de identidad o fraude. En efecto, el robo de datos personales de un interesado da derecho a una indemnización por los daños y perjuicios inmateriales sufridos, en virtud del artículo 82, apartado 1, del RGPD, si se aplican los tres requisitos establecidos en dicha disposición, a saber, un tratamiento de datos personales en infracción de las disposiciones del RGPD, daños y perjuicios sufridos por el interesado y una relación de causalidad entre dicho tratamiento ilícito y esos daños y perjuicios [véase, en este sentido, la sentencia de 4 de mayo de 2023, Österreichische Post (Daños y perjuicios inmateriales relacionados con el tratamiento de datos personales), C300/21, EU:C:2023:370, apartados 32 y 36]".

No es difícil advertir que el robo de datos implica una pérdida de control sobre estos. De hecho, el Abogado General Collins, en sus conclusiones en este asunto, así lo expresa (párr. 30 en relación con la nota al pie 35): "En consecuencia, el robo de datos personales [...] Y la consiguiente pérdida de control sobre los datos robados". Sin embargo, en este caso, el TJUE descartó claramente que el mero robo (y la consiguiente pérdida de control) sea un daño *per se*. Lo considera solo un antecedente fáctico hábil para provocar el posible daño cuya efectiva existencia debe probar el demandante (como ocurre en las resoluciones del TJUE citadas más arriba).

Asimismo, la reciente STJUE, Sala 4.^a, de 4 de septiembre de 2025, *Quirin Privatbank AG*, C-655/23, vuelve a caracterizar de forma inequívoca la pérdida de control no como un daño autónomo, sino como un hecho potencialmente generador de un daño inmaterial que debe acreditarse, por ejemplo, el temor fundado (párr. 60 y 64):

"[...] Tal pérdida de control puede bastar para causar ["to cause"; "zu verursachen"; "pour causer"] <<daños y perjuicios inmateriales>> [...] siempre que el interesado demuestre que ha sufrido efectivamente tales daños y perjuicios [...]"

"[...] procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 82, apartado 1, del RGPD debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «daños y perjuicios inmateriales» que figura en esta disposición comprende los sentimientos negativos que el interesado experimente por haberse transmitido sin autorización sus datos personales a un tercero, como el temor o el enfado, que se suscitan por una pérdida de control sobre esos datos, por un posible uso indebido de estos o por el menoscabo de su reputación, siempre y cuando el interesado demuestre que experimenta tales

sentimientos, junto con sus consecuencias negativas, por la infracción de dicho Reglamento de que se trate”.

Tampoco las SSTJUE de 4 de octubre de 2024, C-200/23, *Agentsia po vpisvaniyata*, y de 14 de diciembre de 2023, C-340/21 *Natsionalna agentsia za prihodite*, que expresamente invoca el BGH en su sentencia de 18 de noviembre de 2024, permiten, en realidad, soportar la tesis contraria (que la pérdida de control es un daño en sí mismo). Los epígrafes de estas resoluciones que el propio BGH cita (145 y 82, respectivamente) contienen una mera reproducción del contenido del considerando 85 del RGPD. Se trata de párrafos interlocutorios que reflejan razonamientos previos a la *ratio decidendi* de las respuestas a las cuestiones prejudiciales que estas dos sentencias abordan. No obstante, en estas mismas sentencias se recoge —más adelante— que la pérdida de control es un antecedente fáctico potencialmente causante de daños inmateriales, que el interesado debe demostrar en el caso concreto.

En este sentido, el párrafo 150 de la sentencia del caso C-200/23, *Agentsia po vpisvaniyata*, dice así:

*“Por consiguiente, si bien nada se opone a que la publicación en Internet de datos personales y la consiguiente pérdida de control sobre ellos durante un breve período de tiempo pueden causar a los interesados «daños y perjuicios inmateriales», en el sentido del artículo 82, apartado 1, del RGPD, que den lugar a un derecho a indemnización, sigue siendo necesario que dichos interesados demuestren que han sufrido efectivamente tales daños y perjuicios, por mínimos que sean (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de diciembre de 2023, *Gemeinde Ummendorf*, C-456/22, EU:C:2023:988, apartado 22, y de 11 de abril de 2024, *juris C-741/21*, EU:C:2024:288, apartado 42)”.*

Ello no resulta contradictorio con lo que la sentencia expresa en el párrafo 145 cuando este se lee en conjunción con los párrafos 146 y 150. En el primero se explica que el daño inmaterial puede existir *“aun cuando no se haya producido concretamente un uso indebido de los datos”* (esto es, no haya cristalizado un daño material), en el segundo se alude al temor fundado como daño inmaterial y en el tercero —como vimos— se plantea que la pérdida de control puede ser un hecho causante de daños inmateriales, como el temor fundado. En suma, el mensaje del TJUE no es en modo alguno que la pérdida de control sea un daño *per se*, sino que puede llegar a causar daños inmateriales —el temor fundado al uso indebido de los datos—, aunque no se haya demostrado, efectivamente, un uso indebido de los datos por terceros. No es necesario que el uso indebido se haya producido ya de forma efectiva, pero el reclamante sí tiene que demostrar el temor fundado al uso indebido.

Y es que la sentencia del caso C-200/23, *Agentsia po vpisvaniyata*, se limita a aplicar a los hechos del supuesto concreto que motiva la cuestión prejudicial la jurisprudencia previa del TJUE relativa al temor fundado como daño inmaterial ya abordada en el apartado 3.1. anterior. No es una resolución en la que el TJUE esté desarrollando una teoría de la pérdida de control como daño inmaterial autónomo. Así se deduce sin esfuerzo del relevante elemento fáctico expuesto en el párr. 155:

*“En el caso de autos, como se ha señalado en el apartado 42 de la presente sentencia, el órgano jurisdiccional remitente precisó que el *Administrativen sad Dobrich* (Tribunal de lo Contencioso-Ad-*

ministrativo de Dobrich) había constatado la existencia de daños y perjuicios inmateriales consistentes en experiencias psicológicas y emocionales negativas sufridas por OL, a saber, el miedo y la inquietud ante los posibles abusos, así como la impotencia y la decepción en cuanto a la imposibilidad de proteger sus datos personales. Declaró igualmente que dichos daños y perjuicios resultaban del escrito de la Agencia de 26 de enero de 2022, que dio lugar a una vulneración del derecho a la supresión reconocido en el artículo 17, apartado 1, del RGPD, así como a un tratamiento ilícito de sus datos personales contenidos en el contrato de sociedad de que se trata puesto a disposición del público".

Sobre la base de estos hechos, lo que responde el TJUE es si, existiendo prueba sobre padecimientos psicológicos y emocionales derivados de la pérdida de control de los datos personales y provocados por el temor fundado a potenciales abusos con utilización indebida de esos datos, ello basta como daño indemnizable ex artículo 82 RGPD o si es necesaria la demostración de consecuencias negativas adicionales. La conclusión que alcanza el TJUE (reitera, en realidad) es que ese temor fundado (acreditado en el caso concreto, junto con sus consecuencias negativas) sería suficiente conforme al derecho de la Unión.

Toda duda que pudiera quedar se desvanece, además, con la lectura de la respuesta que en esta sentencia el TJUE da a la cuestión prejudicial: “[...] una pérdida de control [...] puede bastar para causar «daños y perjuicios inmateriales», siempre que ese interesado demuestre que ha sufrido efectivamente tales daños y perjuicios”.

Algo parecido se concluye si se analiza en detalle la sentencia del caso C-340/21 *Natsionalna agentsia za prihodite*. Esta sentencia menciona la pérdida de control al referirse al listado contenido en el considerando 85 del RGPD (párr. 82 de la sentencia), pero lo que analiza seguidamente es la figura del temor fundado como daño inmaterial autónomo. Y responde a la cuestión prejudicial confirmando que ese temor a un futuro uso indebido de los datos personales —no la pérdida de control— “puede constituir, por sí solo, un daño o perjuicio inmaterial”.

De hecho, en las conclusiones del Abogado General Pitruzzella sobre este asunto no se encuentra ninguna mención al concepto de la pérdida de control. Sí contienen la reflexión —útil— de que la interpretación en sentido amplio del concepto de daño que propugna el considerando 146 del RGPD no puede llevar a considerar que el legislador haya renunciado a la necesidad de que exista un auténtico daño (párr. 74).

3.2.2. CONSIDERAR LA MERA PÉRDIDA DE CONTROL UN DAÑO EN SÍ MISMO GENERARÍA EL RIESGO DE CONVERTIR EL DAÑO INMATERIAL EN PUNITIVO AL PERMITIR TRAZAR UNA EQUIVALENCIA (DE FACTO) ENTRE LA INFRACCIÓN DEL RGPD Y LA EXISTENCIA DE UN DAÑO INDEMNIZABLE, LO QUE SERÍA CONTRARIO AL DERECHO DE LA UNIÓN

Existe una multitud de casuísticas posibles y reales en la práctica cotidiana en las que cabría argumentar la existencia —en mayor o menor medida— de una pérdida de control sobre datos personales. Es el caso de brechas de seguridad en bases de datos de Administraciones públicas o empresas, cesiones o transferencias de datos no autorizadas, envíos de documentación a direcciones postales erróneas, pérdidas accidentales de documentación que contiene datos de carácter personal, etc.

No es difícil advertir que muchas de estas casuísticas pueden suponer, en función del análisis de los hechos en el caso concreto, una infracción del RGPD. Partiendo de esta base, si se aceptase sin ambages la postura interpretativa de que la pérdida de control es un daño *per se*, bastaría para conceder una indemnización que el demandante acreditase la infracción del RGPD y que reclamase una indemnización a tanto alzado alegando “pérdida de control”.

Debiera ser inmediatamente evidente que tal planteamiento resulta incompatible con las reforzadas exigencias alegatorias y de prueba que el TJUE ha venido configurando en su jurisprudencia en torno al daño inmaterial, como se ha expuesto en apartados anteriores.

No en vano, aceptar la mera “pérdida de control” como daño *per se* sin exigir la acreditación de consecuencia negativa alguna causalmente vinculada es, a efectos prácticos, lo mismo que admitir la suficiencia de la concurrencia de una infracción del RGPD para que surja el derecho a ser resarcido (en las casuísticas expuestas). Y ello se opone de forma flagrante a la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE, Sala 3.^a, de 14 de diciembre de 2023, *Gemeinde Ummendorf*, C-456/22, o de 11 de abril de 2024, *juris GmbH*, C-741/21).

Asimismo, la concesión de una indemnización por la mera “pérdida de control” sin exigencia probatoria de una consecuencia negativa se aparta de la consagrada finalidad resarcitoria y se asemeja a un daño con finalidad punitiva o disuasoria, lo que se opone también a la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE, Sala 3.^a, de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Post AG*, C-300/21, de 21 de diciembre de 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, C-667/21 y de 20 de junio de 2024, *PS GbR*, C-590/22). Máxime teniendo en cuenta que, al no constar en este escenario evidencia alguna sobre consecuencias negativas concretas, el tribunal nacional se vería abocado a estimar el *quantum* indemnizatorio a tanto alzado sin ninguna conexión con la entidad del verdadero perjuicio, lo que se asemeja más a una multa que al resarcimiento de un daño.

3.2.3. LAS MENCIONES A LA PÉRDIDA DE CONTROL EN LAS REFERIDAS SENTENCIAS DEL BGH PUEDEN OBEDECER A CUESTIONES INTERNAS DE DERECHO NACIONAL ALEMÁN: FINALIDAD PREVENTIVA DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS LIGADOS A UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Como se ha mencionado, algunas resoluciones del BGH han planteado que la mera “pérdida de control” pudiera considerarse un daño autónomo. Ya se ha expuesto que esa conclusión no se acomodaría a la jurisprudencia actual del TJUE. Esas resoluciones deben entenderse en el contexto del derecho nacional alemán.

En Alemania, el derecho de protección de datos de carácter personal se vincula al derecho general de la personalidad (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*), derivado de los artículos 2.1 y 1.1 de la Constitución alemana de 1949 (*Grundgesetz*) y que tiene la consideración de derecho fundamental (*Grundrecht*). Este derecho general de la personalidad no tiene un ámbito de protección claramente delimitado y es objeto de desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Los tribunales alemanes, por su parte, tienen la obligación de actuar como protectores y promotores de los derechos fundamentales (Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de mayo de 2005 —1 BvR 569/05—).

En materia de lesiones del derecho general de la personalidad, la jurisprudencia alemana reconoce, junto con la finalidad resarcitoria de la indemnización de daños y perjuicios (*Geldentschädigung*), una finalidad preventiva o disuasoria (*Präventionsgedanke*) que, en función de las circunstancias, puede llegar a justificar en todo o en parte la improcedencia de una indemnización si esta finalidad preventiva se cumple mediante otros mecanismos (p. ej., una orden judicial preventiva de cesación en determinada conducta, como se refiere en la Sentencia del BGH de 22 de febrero de 2022 —VI ZR 1175/20—, párr. 44).

Esta particularidad del derecho nacional alemán constituye el contexto en que el BGH dicta sus sentencias. El tribunal actúa como garante de un derecho de la personalidad, especialmente protegido, y, en la cultura jurídica nacional, la condena indemnizatoria tiene una añadida finalidad de prevención o disuasión.

Sin embargo, no debe olvidarse que —como se ha expuesto— el TJUE ha descartado que los daños derivados del artículo 82 del RGPD persigan una finalidad punitiva o disuasoria (SSTJUE, Sala 3.^a, de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Post AG*, C-300/21, de 21 de diciembre de 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, C-667/21, y de 20 de junio de 2024, *PS GbR*, C-590/22, entre otras). Las finalidades punitivas o disuasorias que pudieran predicarse del RGPD se ven colmadas por los mecanismos sancionadores que regula la normativa en materia de protección de datos y resultan del todo ajenas al ámbito del resarcimiento de los daños y perjuicios.

4. Conclusión

En materia de daños derivados de infracciones del RGPD conviven dos intereses u objetivos legítimos que deben estar en armonía. El primero, la garantía de un resarcimiento a aquellos que han sufrido un daño (independientemente de su naturaleza o entidad) por causa de la infracción. El segundo, un establecimiento de límites racionales que eviten la proliferación de reclamaciones sin fundamento por las que se realice un ejercicio abusivo de la pretensión indemnizatoria.

La consideración del “mero temor” como un daño inmaterial es una premisa que se presta a ser utilizada de forma interesada para desnaturalizar el régimen de resarcimiento de daños y perjuicios del artículo 82 del RGPD. Al tratarse de una circunstancia subjetiva del afectado, es sencilla su alegación genérica y sin fundamento en pos de obtener una ventaja económica. No obstante, la jurisprudencia del TJUE y de los Estados miembros ha ido delimitando la figura.

Esta delimitación —que se cristaliza en la exigencia de que el temor alegado sea “fundado” y el demandante acredite cumplidamente la existencia de la infracción del RGPD, el nexo causal y las consecuencias negativas que ha sufrido en el caso concreto— permite evitar que la figura de los daños del artículo 82 del RGPD pueda convertirse en una suerte de daño punitivo a soportar por el infractor del RGPD hubiese o no prueba de daño alguno. Se reduce, asimismo, el potencial de uso abusivo de la figura.

Desde esta perspectiva, considerar que la mera pérdida de control sobre los datos constituiría un daño inmaterial *per se* —que, además, se cuantifica, en esencia, a un tanto alzado sin mayor justificación— obraría en contra de la labor delimitadora del concepto de daño inmaterial que ha desarrollado la jurisprudencia y podría conducir a un resultado perverso: convertir el daño inmaterial en automático (*de facto*, punitivo) para todo caso en el que se produzca una filtración de datos, al margen de que los afectados acrediten haber sufrido circunstancia negativa alguna como consecuencia de dicha pérdida de control.

Tal escenario no resulta acorde con la jurisprudencia del TJUE que ha desarrollado el artículo 82 del RGPD. No solo porque, como se ha visto, de esta jurisprudencia lo que se desprende es que la pérdida de control no es un daño autónomo, sino un antecedente fáctico que podrá (o no) causar daños al afectado, los cuales serán indemnizables siempre que este los acredite en el caso concreto, sino también porque iría en contra del esfuerzo delimitador del concepto, dirigido a evitar su desnaturalización.

Además, el establecimiento jurisprudencial de un sistema por el que se conceda automáticamente una indemnización a tanto alzado en atención a una circunstancia como la pérdida de control, al margen de que el reclamante acredite la realidad del daño y su importe, se asemeja mucho más a la imposición de daños punitivos o disuasorios que a un mecanismo de naturaleza puramente resarcitoria. Asimismo, tal planteamiento puede llegar a trazar una equivalencia plena entre la eventual infracción del RGPD y la existencia del daño en determinados casos. Ambas conclusiones se oponen indiscutiblemente a la jurisprudencia del TJUE sobre la materia.

Tanto razones de justicia material, seguridad jurídica y viabilidad económica de los operadores del mercado como también consideraciones relativas al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia aconsejan evitar que, mediante un desarrollo interpretativo poco cuidadoso o excesivamente pro reclamante, se genere un contexto que invite a la proliferación de reclamaciones genéricas, huérfanas de verdadero fundamento y prueba, en relación con los daños inmateriales del artículo 82 del RGPD.

Latinoamérica

LA RECARGA ARTIFICIAL DE ACUÍFEROS COMO HERRAMIENTA JURÍDICA COMPATIBILIZADORA ENTRE LA FUNCIÓN ECOSISTÉMICA DE LAS AGUAS (INCLUIDA LA SUSTENTABILIDAD ACUÍFERA) Y EL DESARROLLO DE PROYECTOS MINEROS

Sergio Jaque

Abogado del Grupo de Recursos Hídricos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Chile)

La recarga artificial de acuíferos como herramienta jurídica compatibilizadora entre la función ecosistémica de las aguas (incluida la sustentabilidad acuífera) y el desarrollo de proyectos mineros

El foro analiza la recarga artificial de acuíferos (RAA) como herramienta jurídica que permite compatibilizar la función ecosistémica del agua con el desarrollo de proyectos mineros en Chile. Explica sus beneficios, fuentes y técnicas de recarga, así como la evolución normativa tras la Reforma al Código de Aguas (Ley N.º 21.435/2022), que amplió sus finalidades hacia la preservación ecosistémica y la sustentabilidad acuífera.

Se destaca su rol en respaldar barreras hidráulicas y como medida ambiental en evaluaciones de impacto, especialmente en zonas de escasez hídrica, donde el uso de agua desalada aparece como clave para viabilizar proyectos mineros y proteger los ecosistemas dependientes del agua subterránea.

PALABRAS CLAVE:

Recarga artificial de acuíferos; Sustentabilidad hídrica; Código de Aguas; Proyectos mineros, Función ecosistémica.

Artificial aquifer recharge as a legal tool for balancing ecosystem functions and mining development

This article examines the use of artificial aquifer recharge (AAR) as a legal tool for reconciling the ecological function of water with mining projects in Chile. It explores the benefits, sources and techniques of AAR, as well as the regulatory developments that followed the reform of the Water Code (Law 21,435/2022), which widened its scope to encompass ecosystem preservation and aquifer sustainability. AAR is presented as a means of supporting hydraulic barriers and as an environmental measure within impact assessments, particularly in regions where water is scarce. In such regions, using desalinated water is crucial to carry out mining activities while safeguarding groundwater-dependent ecosystems.

KEYWORDS:

artificial aquifer recharge, water sustainability, Water Code, mining projects, ecosystem function.

FECHA DE RECEPCIÓN: 12-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-12-2025

Jaque, Sergio (2025). La recarga artificial de acuíferos como herramienta jurídica compatibilizadora entre la función ecosistémica de las aguas (incluida la sustentabilidad acuífera) y el desarrollo de proyectos mineros. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 224-234 (ISSN: 1578-956X).

1. Aspectos generales de la recarga artificial de acuíferos

Los acuíferos, entendidos como formaciones geológicas permeables susceptibles de almacenar agua en su interior y ceder parte de ella, pueden recargarse naturalmente, producto de la infiltración desde los cauces o de las precipitaciones de aguas lluvias; accidentalmente en casos como, por ejemplo, las roturas de cañerías; o bien, para los fines que nos interesa exponer en este trabajo, recargarse por gestión o artificialmente.

La recarga artificial de acuíferos ("RAA") puede conceptualizarse como el conjunto de técnicas que permiten, mediante la intervención programada y la introducción directa, inducida o estimulada de agua en un acuífero, incrementar el grado de garantía y disponibilidad de los recursos hídricos, y actuar sobre su calidad. Sus beneficios son numerosos y, entre ellos, se mencionan habitualmente los siguientes: (i) almacenar agua para uso futuro y evitar pérdidas por evaporación; (ii) estabilizar o aumentar los niveles del agua subterránea en acuíferos sobreexplotados; (iii) reducir el escurrimiento superficial y la erosión del suelo y reemplazar zonas alteradas de recarga natural; (iv) garantizar la presencia de agua en sitios de interés ecológico; (v) trasvasar agua de un punto a otro sin necesidad de obras de conducción, actuando el acuífero como medio de transporte;

(vi) diluir aguas subterráneas de mala calidad/combater la intrusión salina; (vii) evitar la subsidencia de los terrenos (hundimiento).

Respecto de las fuentes de abastecimiento, se plantea que, además de las precipitaciones de aguas lluvias, es posible la recarga de aguas servidas tratadas, provenientes de la desalinización de agua de mar o bien con cargo a las aguas provenientes del ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas (“DAA”) no utilizados. Asimismo, algunas de las técnicas para la infiltración son los pozos de inyección, las piscinas de acumulación, las zanjas de infiltración y la escarificación de cauces.

2. La RAA en la legislación chilena

Hasta antes de la publicación de la Ley N.º 21.435/2022, que “Reforma el Código de Aguas” (“Reforma”), el Código de Aguas (“CA”) se refería escuetamente a la RAA a propósito de los derechos de aprovechamiento de aguas provisionales (“DAAP”) que otorga la Dirección General de Aguas (“DGA”). Dicha regulación se centraba únicamente en la preferencia para la constitución de esos derechos, asociada al aumento de la disponibilidad hídrica una vez construida la obra de recarga (art. 66 CA). Asimismo, se alteraba la regla general respecto de que los DAAP podían transformarse en derechos definitivos una vez transcurridos cinco años de ejercicio efectivo y siempre que los titulares de derechos ya constituidos no demostrasen haber sufrido daño. En efecto, se establecía que la transformación no resultaba aplicable a los DAAP provenientes de la RAA y que ellos subsistirían mientras persistiera la recarga artificial (art. 67 CA).

Por su parte, el DS MOP N.º 203/2014 “Reglamento sobre exploración y explotación de aguas subterráneas” (“Reglamento”) contempla unas pocas normas referidas a la RAA relacionadas con temas procedimentales asociados a la obtención de la aprobación de un proyecto de recarga artificial y a la constitución de un DAAP.

De una simple lectura de las normas antes citadas, esto es, del CA en forma previa a la Reforma y del Reglamento, se advierte que estas se circunscribían a regular la constitución de DAAP previo aumento de la disponibilidad hídrica, sin reconocer explícitamente otro tipo de finalidades asociadas a la RAA.

Tras la Reforma, se mantuvo la posibilidad de constitución de nuevos derechos, derivados del aumento de la disponibilidad hídrica (sin distinguir si se trata de provisionales o definitivos), al establecerse que, *“Si el proyecto de recarga artificial utiliza aguas provenientes desde una fuente ajena a la cuenca o tiene por objeto aumentar la disponibilidad para constituir nuevos derechos, deberá contar con la aprobación de la Dirección General de Aguas. La solicitud deberá tramitarse en los términos que establecen los artículos 130 y siguientes”* (art. 66 ter del CA).

No obstante, también se ampliaron sustantivamente —más allá del aumento de la disponibilidad hídrica— las finalidades de la RAA, lo que quedó plasmado en los siguientes términos: *“La recarga artificial de aguas podrá realizarse para distintos fines, tales como resguardar la preservación ecosistémica, incluyendo la mejora o mantención de la sustentabilidad del acuífero; evitar la intrusión salina; aprovechar la capacidad depuradora del subsuelo; infiltrar agua desalinizada o residuos*

líquidos regulados por la normativa ambiental; o aprovechar la capacidad de almacenamiento y conducción de los acuíferos para posteriormente posibilitar la reutilización de estas aguas" (art. 66 bis inc. 4 CA).

Adicionalmente, el CA dispone que *"el titular de un derecho de aprovechamiento que haya efectuado las obras a que se refiere el inciso primero y que desee reutilizar las aguas infiltradas, sea en el mismo u otro punto del acuífero, podrá solicitar a la Dirección General de Aguas que le autorice a ejercer su derecho sobre la mayor parte de las aguas recargadas que, de acuerdo al análisis técnico de los antecedentes presentados, considere las pérdidas propias del proceso, la sustentabilidad del acuífero y los derechos de terceros"* (art. 66 bis inc. 5 CA).

De lo hasta aquí expuesto, se desprende que el legislador se ha puesto en las siguientes hipótesis de recarga artificial de acuíferos:

- i. Con finalidades eminentemente medioambientales, como resguardar la preservación ecosistémica, incluida la mejora o el mantenimiento de la sustentabilidad del acuífero, o evitar la intrusión salina (art. 66 bis inc. 4).
- ii. Controlar la intrusión salina, esto es, usar agua dulce para evitar la migración del agua salina hacia el interior del acuífero (art. 66 bis inc. 4).
- iii. Infiltrar agua desalinizada o salobre tratada (art. 66 bis inc. 4).
- iv. Aprovechar la capacidad de almacenamiento y conducción del acuífero para posteriormente posibilitar la reutilización de las aguas recargadas (art. 66 bis inc. 4).
- v. Con el objeto de reutilizar aguas recargadas con cargo a un DAA, en el mismo u otro punto del acuífero, lo que debe ser autorizado por la DGA (art. 66 bis inc. 5).
- vi. Con el objeto de constituir derechos de aprovechamiento de aguas, con cargo a la recarga de agua que se efectúe (art. 66 ter).

Aclaradas las posibles finalidades de una solicitud de RAA, corresponde mencionar los requisitos sectoriales y ambientales que se deben cumplir, que fueron recogidos y desarrollados por la DGA en la Circular N.º 3/2024, que *"Instruye sobre la aplicabilidad del PAS 158, para ejecutar obras para la recarga artificial de acuíferos"*. En la siguiente tabla se incluyen los requisitos y la naturaleza que la DGA les atribuye, esto es, si son ambientales o no ambientales.

N.º	Requisito	Fuente normativa	Naturaleza del requisito
1	No afectación a extracciones para consumo humano	Art. 66 bis inciso 1 <i>"(...) previo informe favorable de la DGA sobre la no afectación a extracciones de agua para consumo humano (...)".</i>	Ambiental
2	Aspectos relativos a la calidad de las aguas	Art. 66 bis inciso 1 <i>"(...) previo informe favorable de la DGA sobre (...) y aspectos relativos a la calidad de las aguas (...)".</i> De acuerdo con la Circular, este requisito es homologable con el del N.º 4.	Ambiental
3	Que el proyecto no provoque colmatación del acuífero	Art. 49 DS MOP N.º 203/2014 <i>"La DGA aprobará las obras de infiltración cuando el proyecto presentado cumpla (...), no provoque la colmatación del acuífero (...)".</i>	No ambiental o civil
4	Que el proyecto no provoque la contaminación de las aguas	Art. 49 DS MOP N.º 203/2014. <i>"La DGA aprobará las obras de infiltración cuando el proyecto presentado cumpla (...), ni la contaminación de las aguas".</i> De acuerdo con la Circular, este requisito es homologable con el del N.º 2.	Ambiental

Finalmente, mediante la Circular DGA N.º 2/2025 ("Circular N.º 2/2025") se impartieron instrucciones para la evaluación de proyectos de recarga artificial de acuíferos, estableciendo —entre otras cosas— los antecedentes técnicos y legales para viabilizar proyectos de recarga; la necesidad de caracterización de la calidad de las aguas del sector influenciado directamente por la recarga artificial y de los umbrales de la calidad del agua infiltrada; y el monitoreo de esta última.

3. La función ecosistémica de las aguas

El CA de 1981, en su origen, surgió como una norma jurídica eminentemente productivista, desarrollada al alero de la agricultura, con un foco principalmente destinado al otorgamiento DAA y a cómo estos se podían ejercer adecuadamente por parte de sus titulares. Contemplaba figuras como el traslado del ejercicio de los DAA, la imposición de servidumbres de acueducto, la posibilidad de cambiar el uso de los DAA sin que mediara una autorización administrativa, etc., todas ellas cuestiones de índole sectorial, sin reconocer que el agua cumple funciones ecosistémicas, privilegiando una lógica de libre mercado.

Tras más de cuarenta años de vigencia, a propósito de la Reforma, se incorporó normativamente la visión que reconoce que las aguas no solo tienen un valor productivo, sino que son esenciales para el mantenimiento de los ecosistemas y la biodiversidad, produciéndose lo que algunos denominan una ambientalización de la legislación de aguas.

La primera cuestión de interés es que la Reforma, tras indicar que las aguas cumplen diversas funciones, realiza una categorización que sitúa en primer lugar las de subsistencia, que incluyen el uso para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia; en segundo lugar, las de preservación ecosistémica; y, finalmente, las productivas. Asimismo, se establece que siempre prevalecerá la función de subsistencia, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los DAA, y que la autoridad siempre deberá velar por la armonía y el equilibrio entre la función de preservación ecosistémica y la función productiva que cumplen las aguas (art. 5 bis CA).

Se reconoce, además, que las acciones que ejecute la autoridad para resguardar esta función son consideradas o comprendidas bajo el concepto de interés público. En particular, se sostiene que *"(...) en función del interés público se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los que podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código. Para estos efectos, se entenderán comprendidas bajo el interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y, en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas"*.

Asimismo, dada la importancia fundamental que el CA le asigna a esta función, la reforma incluyó la posibilidad de que el Estado constituya reservas de aguas disponibles tanto superficiales como subterráneas. En efecto, sobre este punto se señala que *"para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 bis"* (art. 5 ter inc. 1).

Otra manifestación normativa de relevancia de esta función dice relación con que la autoridad antes de decretar ciertas medidas intrusivas respecto al ejercicio de DAA, como por ejemplo la suspensión del ejercicio de los derechos, deberá ponderar el riesgo o afectación que sufran las fuentes superficiales o subterráneas, considerando especialmente el resguardo de la función ecosistémica.

4. Sobre la sustentabilidad acuífera

La sustentabilidad, en uno de sus múltiples enfoques, puede conceptualizarse como la capacidad que tiene una sociedad para hacer un uso consciente y responsable de sus recursos, sin agotarlos ni exceder su capacidad de renovación. Para tal efecto, es necesario avanzar en una estrecha relación y compatibilización entre la economía, el medio ambiente y las legítimas aspiraciones de una sociedad.

La sustentabilidad hace referencia a la capacidad que haya desarrollado el sistema humano para satisfacer las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer los recursos y oportunidades para el crecimiento y desarrollo de las generaciones futuras.

Aplicando el concepto a los recursos hídricos, su uso sustentable implica que puedan mantenerse durante un largo tiempo sin agotarse ni degradarse (cantidad y calidad), lo que permite el ejercicio del derecho humano al agua potable y saneamiento y la mantención de los ecosistemas.

A propósito de las aguas subterráneas, se ha dicho que la explotación sustentable es aquella que se puede mantener indefinidamente en cantidad y calidad, logrando un equilibrio de largo plazo del sistema. Permite preservar la totalidad o la mayor parte de los servicios que provee el acuífero, generando efectos en los demás componentes del ciclo hidrológico y en la naturaleza, que la sociedad involucrada está dispuesta a aceptar; y que, una explotación podría ser catalogada de no sustentable o en riesgo de estarlo, cuando se comprueba que, enfrentados los términos de recarga y descarga, se aprecia que existe un desbalance hídrico de largo plazo que no podrá ser revertido tras los períodos cíclicos de hidrologías húmedas previsibles.

A nivel legal, tras la Reforma del CA, no se definió qué debe entenderse por sustentabilidad o desarrollo sustentable en materia hídrica, como podría haberse esperado. Sí se establece que las normas que regulan la explotación de aguas subterráneas deben tener un interés principal en lograr el aprovechamiento sustentable del agua subterránea, agregando que "(...) *se entenderá que se afecta la sustentabilidad del acuífero cuando con el volumen de extracción actual se produce un descenso sostenido o abrupto de sus niveles freáticos*" (art. 62 inc. 2), asociando este concepto a una lógica cuantitativa.

Relacionado con lo anterior, el CA establece que las normas que regulan la explotación de aguas subterráneas deben tener un interés principal en lograr el aprovechamiento sustentable del agua subterránea (art. 59 CA). Algunas manifestaciones normativas de este principio son las normas que establecen que la DGA podrá: (i) limitar el ejercicio de DAA si la explotación de aguas subterráneas produce una degradación del acuífero o una parte de él, al punto que se afecte su sustentabilidad (art. 62 inc. 1); y (ii) denegar o autorizar parcialmente solicitudes de cambio de punto de captación que recaigan en zonas de prohibición y en áreas de restricción, si la situación del acuífero presenta descensos significativos y sostenidos que puedan poner en riesgo su sustentabilidad (art. 63 inc. 5 y art. 65 inc. 3 CA).

5. La recarga artificial de acuíferos como herramienta jurídica compatibilizadora

Tal como se indica en el título de este trabajo, la RAA puede utilizarse como una herramienta jurídica que permita compatibilizar e incluso habilitar proyectos mineros que corresponden a la principal actividad económica del país, en zonas de marcada escasez hídrica, como son las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo.

En efecto, existen complejas situaciones tanto sectoriales como de regulación medioambiental, en que esta herramienta podría resultar clave para la habilitación y desarrollo de nuevos proyectos mineros o para la continuidad operacional de otros existentes. A continuación, y dada la extensión limitada de este trabajo, se expondrán solo dos de ellas.

A. Barreras hidráulicas

La industria minera requiere para su operación, entre otras obras, depósitos de relaves y botaderos, los cuales pueden generar infiltraciones a los acuíferos circundantes. Este potencial efecto es tomado en consideración en las evaluaciones ambientales de los proyectos, en las que se exige como medida de mitigación el construir, operar y mantener barreras hidráulicas (pozos de bombeo, zanjas cortafuga, etc.), con el objetivo de contener el avance de las infiltraciones.

Por otro lado, de acuerdo con la normativa sectorial actual, las extracciones de aguas desde un acuífero requieren contar con un DAA de respaldo, cuestión que fue matizada por la autoridad, mediante la Circular DGA N.º 3/2018, que "Imparte instrucciones sobre el procedimiento para constituir derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en pozos de barreras hidráulicas asociadas a proyectos de disposición de residuos, estériles o desechos sanitarios" ("Circular N.º 3/2018"), al exigir DAA de respaldo solo para la fracción de aguas naturales que se extrae de la barrera hidráulica y no para la totalidad del agua, excluyendo a las aguas de proceso que hayan infiltrado en el acuífero, denominadas por la Circular como "aguas de contacto".

Tal criterio es recogido por la referida Circular en los siguientes términos: *"los pozos u obras de captación de aguas subterráneas que operen como parte de una barrera hidráulica deberán contar con derechos de aprovechamiento de aguas de tipo consuntivo por un monto equivalente a la cantidad de agua subterránea de la recarga natural que es interceptada por la barrera hidráulica, esto es, descontando la fracción de las aguas de contacto provenientes del proceso. Los caudales a extraer podrán ser aumentados o disminuidos en atención a la determinación de las aguas de contacto que establezcan los respectivos informes de calidad de aguas que los Titulares deberán presentar ante la Dirección General de Aguas"*.

Respecto a la información que debe acompañar el titular a la DGA, a fin de probar las fracciones de agua natural y de contacto, la Circular indica que esta corresponde, entre otras, a estudios geofísicos, hidrogeológicos, hidroquímicos e isotópicos, así como a modelos

hidrogeológicos conceptuales y/o numéricos, los cuales deben ser coherentes con las autorizaciones ambientales que rijan la obra.

Por otra parte, el respaldo de la fracción de agua natural debe ampararse en DAA, ya sea a través de una petición de otorgamiento de una concesión o del cambio de punto de captación de un derecho previamente existente.

Aclarado lo anterior, es necesario puntualizar que, dado que una parte importante de los proyectos mineros se encuentran en zonas en donde no es posible acceder a la constitución de DAA —con marcada escasez hídrica—, puesto que los respectivos acuíferos se encuentran en áreas de restricción para el otorgamiento de DAA o en zonas de prohibición (acuíferos denominados coloquialmente como *cerrados*), en la práctica se presenta la dificultad de respaldar las fracciones de agua natural que se extraen desde las barreras hidráulicas.

Esta dificultad en muchos casos se transforma en una imposibilidad, puesto que los DAA existentes en acuíferos declarados como zona de prohibición, por regla general, están en uso y sus titulares no están dispuestos a transferirlos. Por otro lado, los DAA que no están en uso no son de utilidad para los fines descritos, dado que tras la Reforma se dictó una norma que imposibilita su cambio de punto de captación, en los siguientes términos: *"de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63, al declarar una zona de prohibición de nuevas explotaciones, la Dirección General de Aguas (...) deberá prohibir cualquier nueva explotación de derechos o de aquella parte de ellos que no se hubiesen explotado con anterioridad a dicha declaración"*.

Al no poder autorizarse una solicitud de cambio de punto de captación por parte de la DGA respecto de derechos que no estaban en uso con anterioridad a la declaración de zona de prohibición, el titular del respectivo proyecto no correrá el riesgo de comprar derechos en desuso. En consecuencia, deberá recurrir a otras figuras jurídicas para amparar la extracción de agua desde las barreras hidráulicas, que, si bien no están contenidas en la Circular N.º 3/2018, no presentan, desde el punto de vista estrictamente legal, impedimento para su aplicación al caso en comento.

En este contexto, la RAA surge como una alternativa viable para, por ejemplo, proceder a recargar el acuífero con agua proveniente de fuentes tradicionales o de fuentes no tradicionales, como el agua de mar desalinizada, como respaldo de la fracción de agua natural. Respecto de este último caso y ante legítimas preocupaciones sociales sobre el efecto que podría causar el agua desalada en la calidad del agua del respectivo acuífero, al ser ajena a él, la DGA estableció en la Circular N.º 2/2025 que *"es importante reiterar que las aguas vertidas son previamente tratadas y depuradas con la normativa ambiental vigente, por lo que se debe exigir precaución y alta regulación, para evitar la contaminación de los acuíferos y a su vez proteger la salud pública"*.

Finalmente, es de esperar que, a fin de asegurar la operatividad de las barreras hidráulicas y de resguardar la calidad de las aguas subterráneas circundantes al respectivo proyecto minero y de los ecosistemas que dependen de estas, se produzca una modificación de la

Circular N.º 3/2018, en orden a incorporar explícitamente, y sin la necesidad de interpretaciones normativas, la posibilidad de respaldar la fracción de agua natural con cargo a aguas recargadas artificialmente, sea que la recarga provenga o no de aguas vinculadas a un DAA.

De este modo, no cabrían dudas de que, por ejemplo, es posible utilizar agua desalada para el referido respaldo, soslayando así las dificultades que en la práctica se han presentado para la obtención de DAA en acuíferos en que existen áreas de restricción o zonas de prohibición vigentes.

B. Medidas en el marco de la evaluación ambiental de los proyectos

De acuerdo con lo indicado en la Ley N.º 19.300/1994 sobre “Bases Generales del Medio Ambiente”, todos los proyectos o actividades “susceptibles de causar impacto ambiental” indicados en su artículo 10 deben someterse a evaluación ambiental antes de su ejecución o modificación. Por su parte, el artículo 11 indica que, si el proyecto correspondiente presenta alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en dicho artículo, la evaluación correspondiente deberá hacerse a través de un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”). Estas circunstancias incluyen, entre otros, riesgos para la salud de la población debido a efluentes, efectos adversos sobre recursos naturales, proximidad a áreas protegidas y alteraciones del valor paisajístico o cultural.

En dicho marco, un EIA será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado.

Tales medidas operan bajo una lógica de jerarquía: los impactos deben primero evitarse o minimizarse (medida de mitigación), después repararse (medida de reparación) y, solo como último recurso, compensarse (medida de compensación).

Asimismo, lo anterior no obsta para que el titular de un proyecto pueda presentar otros compromisos de carácter ambiental que, no siendo aspectos normativos de cumplimiento obligatorio, se vinculen a impactos generados por el proyecto presentado a evaluación (compromisos ambientales voluntarios).

Como ya se indicó, las medidas de mitigación, reparación o compensación están asociadas a la generación de impactos de carácter significativo, conforme sean reconocidos en el correspondiente EIA o durante su evaluación ambiental. En dicho contexto, una de las herramientas jurídicas que aparece con nitidez tras la Reforma es la RAA, la cual puede sustentar una medida de mitigación o compensación de los eventuales impactos que generen los proyectos, como por ejemplo la disminución de los flujos pasantes y los descensos proyectados del acuífero.

Así, por ejemplo, se puede plantear como una medida la recarga de un acuífero sobre-explotado, con el objeto de aumentar su nivel freático e impactar favorablemente en la cantidad del recurso hídrico, o bien mejorar la calidad de un acuífero en riesgo de verse

contaminado; o, por último, favorecer el resguardo de ecosistemas críticos que dependen del agua subterránea.

Al respecto, la DGA sostiene en la Circular N.º 2/2025 que uno de los fines de la RAA es *“resguardar la preservación ecosistémica, es decir, de proteger los ecosistemas que dependen del agua subterránea, tales como humedales, vegas, bofedales, evitar la degradación de ecosistemas y favorecer la biodiversidad que depende de la fuente de agua subterránea. A su vez, se busca mantener la sustentabilidad del acuífero, permitiendo recargar con aguas para recuperar o mantener su nivel freático y/o mantener, recuperar o proteger su calidad”*.

Considerando que un sinnúmero de proyectos mineros se encuentran en zonas de escasez hídrica, donde el agua es de suma importancia para la mantención de los ecosistemas, la proposición de la RAA como una medida ambiental en el marco de las evaluaciones de dichos proyectos puede resultar indispensable para darles viabilidad.

6. Conclusión

Tras la Reforma, los fines asociados a la recarga artificial de acuíferos se vieron sustancialmente ampliados, lo que en la práctica significará la compatibilización entre una serie de proyectos mineros que requerirán ejecutar obras para la infiltración de agua a los acuíferos. Esto permitirá —entre otras cosas— sustentar la operación de barreras hidráulicas y la protección de los ecosistemas, incluida la sustentabilidad de los acuíferos. En efecto, una barrera hidráulica que funcione adecuadamente y con un respaldo de la fracción de aguas naturales que se extraiga facilitará que la pluma de infiltración se contenga, evitando así que elementos indeseados se propaguen por el medio acuífero, asegurando la calidad de dichas aguas.

Por otro lado, la RAA también se podrá utilizar como una medida ambiental, en la que, por ejemplo, se proponga aumentar la cantidad de agua en un acuífero sobreexplotado, recuperando sus niveles freáticos, permitiendo de esta manera el favorecimiento de la sustentabilidad de dicha fuente.

Dada la escasez hídrica preponderante en las zonas en que se emplaza la mayoría de los proyectos mineros en Chile, será crucial que la RAA se materialice con agua desalada, cuestión explícitamente recogida por la Reforma y que actualmente se encuentra en desarrollo. En este contexto, se presentan diversos desafíos, como asegurar la calidad de las aguas y la no afectación de los acuíferos y los ecosistemas que dependen de ellos, ante lo cual tanto la DGA como la autoridad medioambiental deberán exigir los estudios que correspondan, además de que se asegure un estándar de calidad de agua adecuado y un posterior monitoreo de esta.

Finalmente, es de esperar que la DGA modifique la Circular N.º 3/2018, en orden a explicitar que el respaldo de la fracción de agua natural extraída de una barrera hidráulica no solo se pueda efectuar con DAA formalmente constituidos, sino también con agua proveniente de la RAA, sea de fuentes tradicionales o no tradicionales, como el agua de mar desalada, lo que permitiría habilitar una serie de proyectos mineros o de ampliación de la vida útil de los existentes, los cuales actualmente se enfrentan al dilema de no poder obtener DAA por las razones indicadas en este trabajo.

Foro de Actualidad

Derechos Humanos

SILENCIO ADMINISTRATIVO E INACTIVIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE REAGRUPACIÓN Y EXTENSIÓN FAMILIAR DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL (ASILO Y PROTECCIÓN SUBSIDIARIA)

José Alberto Navarro Manich y Juan José Serrano Araque

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

Silencio administrativo e inactividad en los procedimientos de reagrupación y extensión familiar de los beneficiarios de la protección internacional (asilo y protección subsidiaria)

El presente artículo aporta algunos argumentos en defensa del carácter positivo del silencio administrativo en los procedimientos de extensión y reagrupación familiar al que tienen derecho los beneficiarios de protección internacional (asilo y protección subsidiaria) ex arts. 40 y 41 de la Ley 12/2009. Ante la falta de regulación expresa del sentido del silencio en los citados procedimientos, el silencio positivo se construye sobre la base de la aplicación de las reglas generales del silencio, así como del estudio de las excepciones al silencio positivo de creación jurisprudencial. Del mismo modo, se defiende la opción por el silencio positivo desde el principio de buena administración, en aquellos casos en los que la Administración no ha garantizado una adecuada

tutela judicial efectiva en un plazo razonable. El silencio positivo abre la posibilidad de acudir a los tribunales, mediante la formulación de un recurso por inactividad ex art. 29.2 la 29/1998.

PALABRAS CLAVE:

Derecho de asilo; Protección subsidiaria; Extensión familiar; Reagrupación familiar; Silencio administrativo positivo; Inactividad de la Administración.

Constructive decisions and administrative inactivity in procedures for family reunification and extension of international protection beneficiaries (asylum and subsidiary protection)

This article presents a series of arguments in favour of the constructive approval in family extension and reunification procedures, to which beneficiaries of international protection — namely asylum seekers and those granted subsidiary protection — are entitled under articles 40 and 41 of Law 12/2009. In the absence of express statutory regulation governing the effect of silence in these procedures, constructive approval is construed on the basis of the general rules applicable to constructive administrative decisions, together with an analysis of the exceptions established by the courts. Furthermore, the article argues for constructive approval on the grounds of the principle of good administration where the public administration has failed to provide adequate and effective judicial protection within a reasonable timeframe. Constructive approval affords the right to appeal to the courts for administrative inactivity pursuant to article 29.2 of Law 29/1998.

KEYWORDS:

asylum right; subsidiary protection, family extension, family reunification, constructive approval, administrative inactivity.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-12-2025

Navarro Manich, José Alberto; Serrano Araque, Juan José (2025). Silencio administrativo e inactividad en los procedimientos de reagrupación y extensión familiar de los beneficiarios de la protección internacional (asilo y protección subsidiaria). *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 235-250 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La legislación española¹ sobre protección internacional² proclama el principio o garantía de mantenimiento o restablecimiento de la unidad familiar de los beneficiarios de protección internacional (art. 39 de la Ley 12/2009). Esta garantía se articula a través de dos regímenes diferenciados. Por un lado, mediante la “*extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria*” (art. 40 de la Ley 12/2009). Por otro, mediante la “*reagrupación familiar*” de los beneficiarios de protección internacional (art. 41 de la Ley 12/2009).

Se trata, en ambos casos, de regímenes que pretenden facilitar el mantenimiento de la unidad familiar, eximiendo a los familiares de los beneficiarios de la protección internacional de cumplir con los requisitos para el otorgamiento de protección internacional (extensión) o los requisitos establecidos en la normativa de extranjería (reagrupación).

Aunque se trata de mecanismos de aplicación reglada y casi automática (el control de la Administración se limita poco más que a comprobar la existencia de los vínculos familiares y la inexistencia de causas de exclusión o denegación), la experiencia práctica muestra que la resolución de estos procedimientos por la Administración se demora de forma considerable, en muchos casos exce-

diéndose el plazo máximo para resolver, conforme a la Ley 39/2015³. Esta circunstancia ocasiona un grave perjuicio (en muchos casos irreparable) a la garantía de mantenimiento de la unidad familiar (así como a los vínculos familiares que justifican la proclamación legal de ese principio).

El presente artículo tiene por objeto determinar cuál es la consecuencia del incumplimiento, por parte de la Administración, de la obligación de resolver estas solicitudes dentro del plazo máximo establecido. Puede adelantarse que este trabajo defiende, para estos casos, la estimación de la solicitud por silencio administrativo positivo, en aplicación de las reglas de nuestro ordenamiento jurídico (art. 24.1 de la Ley 39/2015). En efecto, ninguna norma con rango de ley o de derecho de la Unión Europea establece que el sentido del silencio deba ser desestimatorio.

Asimismo, y como se ha indicado, se trata de potestades regladas (comprobación de unos requisitos objetivos) que tienen un presupuesto necesario: el previo reconocimiento, por la Administración, de la protección internacional a una persona que ha huido de su país de origen por ser víctima de persecución. Nos hallamos, por tanto, ante una persona refugiada que ya ha sido sometida al correspondiente procedimiento administrativo y a comprobaciones por parte de la Administración. El incumplimiento por la Administración del plazo máximo para resolver las solicitudes de extensión o de reagrupación pueden generar importantes perjuicios a los solicitantes, como el agravamiento del carácter traumático para esas familias de la separación —provocada por la persecución— o la prolongación de posibles situaciones de peligro o precariedad que puedan estar sufriendo los familiares de la persona refugiada.

Por consiguiente, el silencio administrativo positivo constituye la respuesta adecuada de nuestro ordenamiento jurídico, tanto por razones jurídico-formales (art. 24.1 de la Ley 39/2015) como por las realidades a las que se aplica.

No estaría justificado alegar en contra de la tesis del silencio positivo la hipotética producción de abusos de derecho por parte de personas que no cumplieren con los requisitos de los arts. 40 y 41 de la Ley 12/2009. De una parte, la Administración tiene en su mano evitar la producción de los silencios administrativos positivos mediante el cumplimiento de la “obligación” de resolver dentro del plazo máximo legal establecido (sin incumplimiento de esa obligación de resolver no hay silencio). De otra parte, la Administración puede revisar de oficio los silencios administrativos positivos otorgados en favor de personas que carezcan de los requisitos esenciales para la adquisición de ese derecho (arts. 47.1.f y 106 de la Ley 39/2015). Lo anterior refuerza la improcedencia de negar un régimen de silencio administrativo positivo a los solicitantes que cumplen con los requisitos reglados exigidos legalmente.

Pues bien, la aplicación del silencio administrativo positivo a las solicitudes de extensión y reagrupación supondría la obligación de la Administración de ejecutar las acciones necesarias para hacerlas efectivas. Y, en caso de no hacerlo, esta circunstancia podría permitir la formulación de un recurso por inactividad de la Administración *ex art.* 29 de la Ley 29/1998⁴, mediante el cual el interesado puede tratar de obtener no solo la verificación del silencio positivo, sino también la imposición a la Administración de la obligación de llevar a cabo aquellas actuaciones que hagan efectiva la extensión o reagrupación familiar del beneficiario de protección internacional.

2. Régimen legal de la extensión y reagrupación familiar

2.1. Protección internacional

Conforme a nuestra legislación, el derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales un país distinto de la Unión Europea o a los apátridas a los que se les reconozca la condición de refugiado en los términos del art. 3 de la Ley 12/2009⁵. Por su parte, el derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a aquellas personas que no reúnen los requisitos para obtener asilo, cuando se den motivos fundados para creer que, si regresan a su país de origen (nacionales) o de anterior residencia habitual (apátridas), se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves del art. 10 de la Ley 12/2009, y que no pueden acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los arts. 11 y 12 de la Ley 12/2009.

El procedimiento de protección internacional se rige, esencialmente, por lo establecido en el capítulo II del título II de la Ley 12/2009 (arts. 23 a 29), ya sea mediante el procedimiento ordinario (art. 24) o de urgencia (art. 25). Lo que nos interesa destacar, a estos efectos, es que, para ambos procedimientos, el silencio administrativo es de carácter desestimatorio (art. 24.3).

2.2. Mantenimiento o restablecimiento de la unidad familiar

Los beneficiarios de protección internacional (asilo y protección subsidiaria), como decíamos, tienen derecho al mantenimiento o restablecimiento de la unidad familiar (arts. 36 y 39). El concepto de *familiares* a estos efectos viene definido en el art. 40.1 de la Ley 12/2009.

El mantenimiento de la unidad familiar puede tramitarse a través (i) del procedimiento de "extensión familiar" (art. 40), que supone la aplicación a los familiares de los beneficios de la protección internacional (incluidos los derechos del art. 36); y (ii) la reagrupación familiar (art. 41), que supone la concesión de la autorización de residencia y, en su caso, de trabajo a los familiares, sin sea necesario cumplir con los requisitos de la normativa de extranjería.

Los requisitos para el otorgamiento de la extensión y reagrupación familiar se limitan a poco más que (i) la acreditación de la relación de parentesco, conforme a los requisitos del art. 40.1; (ii) así como, en algunos casos, la relación de dependencia o la distinta nacionalidad. Se trata, en efecto, de requisitos objetivos y reglados que configuran una potestad que, aunque no de forma clara, ha sido definida por la Audiencia Nacional como una "*potestad reglada*", en lugar de ser una "*facultad graciable*"⁶. En cualquier caso, ha sido establecido, en numerosas ocasiones, que la justificación o acreditación del cumplimiento de los requisitos debe dar lugar a su otorgamiento.

No existe, en cambio, una regulación detallada (a nivel legal o reglamentario) del procedimiento ni, en particular, del plazo de resolución o del sentido positivo o negativo del silencio. Esta circunstancia puede dar lugar a la duda (que se pretende resolver en este foro) sobre si resulta de apli-

cación el régimen establecido en la Ley 39/2015 (por aplicación del principio de supletoriedad) o, en su caso, el régimen establecido para el otorgamiento de asilo o protección subsidiaria (arts. 24 y 25 de la Ley 9/2012) (por analogía). En el primer caso (Ley 39/2015; supletoriedad), el plazo máximo para resolver sería de tres meses y el sentido del silencio sería positivo. En el segundo caso (Ley 12/2009; analogía), el plazo máximo para resolver serían seis meses y el sentido del silencio sería negativo.

3. Argumentos en favor del carácter estimatorio del silencio administrativo

3.1. Concurrencia de los requisitos legales y jurisprudenciales para la producción del silencio administrativo positivo

En nuestra opinión, los efectos del silencio son estimatorios en los procedimientos de extensión familiar y de reagrupación familiar con personas beneficiarias de protección internacional (arts. 39-41 de la Ley 12/2009), conforme a un análisis basado en el art. 24 de la Ley 39/2015.

De acuerdo con ese precepto, el silencio administrativo será positivo, con carácter general, salvo que una norma con rango de ley o de derecho de la Unión Europea establezca lo contrario, o bien si concurre alguna de las excepciones previstas en el art. 24.1.

Pues bien, y en primer lugar, los arts. 39, 40 y 41 de la Ley 12/2009, que regulan las potestades en cuestión, no establecen el sentido desestimatorio del silencio, ni tampoco lo hace ninguna otra norma de rango legal o reglamentario aplicable.

En segundo lugar, no concurre ninguna de las excepciones previstas en el art. 24 de la Ley 39/2015. En efecto, los procedimientos de extensión o reagrupación (i) no tienen por objeto el acceso a actividades o su ejercicio; (ii) no nos encontramos ante el ejercicio del derecho de petición del art. 29 de la CE; (iii) no supondría la transferencia a sus beneficiarios de facultad alguna relativa al dominio público o a un servicio público; (iv) ni implicaría el ejercicio de actividades que puedan dañar al medioambiente, la reclamación de responsabilidad patrimonial o la impugnación de actos, reglamentos, ni revisión de oficio. Debe aplicarse, por tanto, la regla general del silencio administrativo positivo.

Asimismo, y como es sabido, a pesar de la literalidad de la Ley 39/2015, la jurisprudencia ha establecido diversas excepciones a la regla general de silencio administrativo positivo.

Estas excepciones, en síntesis, defienden la aplicación del silencio administrativo negativo a aquellos supuestos en los que (i) la solicitud formulada no se integra en un procedimiento predeterminado; (ii) se pretenda la regulación de un servicio público, se comprometa o se inmiscuya la potestad de organización de la Administración; (iii) se afecte a derechos o intereses legítimos de terceros o sea necesario arbitrar un trámite de audiencia; (iv) implique la adquisición de derechos y los beneficiarios carezcan de los requisitos esenciales para su otorgamiento; o (v) sea posible

aplicar analógicamente el sentido desestimatorio del silencio previsto en el mismo cuerpo legal para otros procedimientos.

Por razones de espacio, no podemos tratar específicamente todos los supuestos de excepción. Sí podemos afirmar que, salvo el supuesto de aplicación analógica del art. 24 de la Ley 12/2009, parece claro que el resto de las excepciones al silencio positivo no resultan aplicables. Es cierto, no obstante, que el solicitante deberá haber acreditado en vía administrativa, y acreditar en vía contenciosa, el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de la extensión o reagrupación familiar, en atención a los arts. 40 y 41 de la Ley 12/2019.

Nos centraremos, por lo indicado, en la necesidad de aplicar el régimen supletorio del art. 24 de la Ley 39/2015, sin que pueda ser aplicado el régimen de silencio del art. 24 de la Ley 12/2009.

3.2. No es posible aplicar analógicamente a los procedimientos de extensión y/o reagrupación familiar el régimen del silencio administrativo negativo en el art. 24 de la Ley 12/2009

La cuestión entonces consiste en si el silencio negativo previsto en la Ley 12/2009 para las solicitudes de protección internacional (asilo y protección subsidiaria) es aplicable por analogía a las solicitudes de extensión de la protección internacional y a las solicitudes de reagrupación familiar. Como desarrollaremos a continuación, se trata de potestades diferentes. En efecto, son diferentes tanto los sujetos a quienes se aplica como los requisitos cuyo cumplimiento debe comprobarse. En relación con este punto, no es lo mismo comprobar que una persona huye de su país de origen por ser víctima de persecución, que comprobar el requisito reglado de la relación de parentesco (y en su caso de dependencia) del familiar respecto de la persona a quien se ha reconocido previamente el derecho a la protección internacional. También hay diferencias en cuanto al procedimiento, como es la celebración de una entrevista con el solicitante de protección internacional, que no se exige (ni podría celebrarse) con los familiares cuya reagrupación se solicita. Pues bien, esas diferencias deberían impedir el traslado automático de la regulación del procedimiento administrativo de la solicitud de protección internacional, como el plazo máximo para resolver la solicitud o el sentido del silencio, abriéndose, por tanto, la necesidad de aplicación supletoria del artículo 24 de la Ley 39/2015 (y el sentido estimatorio del silencio).

Sin embargo, existe doctrina que, sin mayor desarrollo, ha defendido que la ausencia de regulación del plazo de resolución y del silencio en el art. 40 de la Ley 12/2009 debe llevar a entender *"que son aplicables las reglas generales establecidas para el procedimiento ordinario, esto es, un plazo de seis meses para resolver, transcurrido el cual podrá entenderse desestimada la solicitud"*⁷.

No podemos estar de acuerdo con esa afirmación. Ante la falta de determinación de regulación expresa, debe entenderse de aplicación el régimen general establecido en la Ley 39/2015, tanto para el plazo de resolución como para el silencio.

Para la aplicación analógica del régimen del silencio administrativo aplicable al procedimiento ordinario de protección internacional al de extensión familiar, resulta necesario que concurren los requisitos establecidos en el art. 4 del Código Civil (CC), es decir, que las normas no *"contemplan"*

un supuesto de hecho específico", pero se "*aprecie identidad de razón*" con otro "*semejante*" de la norma que se pretende aplicar analógicamente.

En el presente caso, no se da el presupuesto previo ni la identidad de razón o semejanza entre ambos regímenes (protección y extensión) para la aplicación analógica del silencio negativo.

- A. (A) Ausencia del supuesto de hecho. No existe verdadera laguna jurídica que permita la analogía

Como ha establecido el Tribunal Supremo, la aplicación analógica de las normas se limita a supuestos excepcionales, exigiendo que el supuesto específico que requiere regulación no haya sido contemplado por las normas jurídicas (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1984, RJ 1984\4332). Solamente es posible esa aplicación analógica cuando exista una verdadera laguna legal o —como dice el artículo 4.1. del Código Civil— que las "*normas no contemplen un supuesto específico*" (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2019 RJ 2019/622). Esta circunstancia no se da en el caso que nos ocupa.

- B. Se debe partir de que, en los procedimientos administrativos, incluidos los regulados en normas especiales, no existe una verdadera laguna jurídica, pues la Ley 39/2015 es norma supletoria en todos aquellos aspectos no regulados en la norma especial.

En efecto, es jurisprudencia consolidada que, a falta de regulación específica del plazo de resolución, "*deberá acudirse nuevamente a la legislación supletoria, que establece un plazo de 3 meses para los procedimientos cuyas normas reguladoras no fijen plazo máximo*" (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de marzo de 2022, rec. 2137/2020), aplicándose la misma regla de supletoriedad para el silencio administrativo (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015, rec. 691/2013).

En cualquier caso, en materia de la legislación de protección internacional, no sería necesario acudir a las reglas generales de supletoriedad de la Ley 39/2015, por contener una remisión expresa a dicha normativa. En efecto, la disposición adicional séptima de la Ley 12/2009 establece que "*en lo no previsto en materia de procedimiento en la presente Ley, será de aplicación con carácter supletorio la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*" (referencia, esta, a la Ley 30/1992, que debe entenderse hecha a la Ley 39/2015).

- (B) Ausencia del requisito de identidad de razón. El régimen del art. 24 no guarda la debida identidad de razón o semejanza que permita su aplicación analógica a estos procedimientos

Es cierto que en casos aislados, para la determinación del régimen del silencio administrativo a un determinado procedimiento, se ha acudido a la aplicación analógica del régimen del silencio establecido para procedimientos que guardan una relación de semejanza, en lugar de la aplicación del régimen supletorio de las normas sobre procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, actual Ley 39/2015). Pero esa aplicación analógica se ha limitado a supuestos excepcionales, que no puede ser aplicada en este caso.

Así, no existe identidad de razón entre el procedimiento para la tutela del derecho de asilo o protección subsidiaria (arts. 24 y 25 de la Ley 12/2009) y los procedimientos para otorgamiento de la extensión o reagrupación familiar (arts. 40 y 41 de la Ley 12/2009).

Ello se debe a que ambas categorías de figuras no comparten la ratio que les sirve de fundamento ni se trata de potestades de distinta naturaleza, que se configuran sobre requisitos distintos y configurados con un alcance, en cuanto a su verificación, no comparable.

La *ratio legis* fundamenta el régimen de protección internacional y el bien jurídico que pretenden proteger el derecho de asilo y la protección subsidiaria, aunque íntimamente conectado, es diferente al de las figuras de la extensión y reagrupación familiar analizadas.

La protección internacional trae causa de las exigencias derivadas de la libertad, la integridad física y la vida, como mecanismo de protección o salvaguardia de los derechos humanos, en aquellos casos en los que existan temores fundados de persecución por motivos tasados (raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género, orientación sexual o de identidad sexual), es decir, por razones de dignidad.

En cambio, la extensión o reagrupación familiar persigue salvaguardar el mantenimiento o restablecimiento de la unidad familiar. La unidad familiar, en casos de crisis humanitarias, constituye un bien jurídico protegido o un derecho de los refugiados o migrantes en sí mismo y que está, o puede estar, conectado con otros valores o principios, como el interés superior del menor o estrictas razones humanitarias, que justifican evitar la ruptura familiar⁸. En ese sentido, la significación *stricto sensu* de la necesidad de proteger la unidad familiar en este contexto ha sido concebida, a nuestro juicio con éxito, en torno a dos acepciones: como la "*totalidad de los posibles derechos en juego con vistas al desarrollo normal de la vida familiar*" y como la protección de "*aquellas injerencias que producen la separación de un núcleo familiar ya formado en destino*"⁹.

Así, evitar la *ruptura* o la *interrupción* de la unidad familiar es un bien en sí mismo, digno de protección legal, de forma conectada, pero distinta, de la protección internacional. En otras palabras, en el contexto de desplazamientos humanos por razones humanitarias, la unidad familiar es un fundamento conexo, pero diferenciado, de la protección internacional. Sirve a la mejor tutela de la protección internacional (por cuanto alguien puede sentirse compelido a no ejercer sus derechos por razón de la unidad familiar), pero constituye un derecho autónomo de la protección internacional que persigue una finalidad distinta, esto es, proteger, por su propio valor, el mantenimiento de la unidad familiar.

Tanto es así que no se exige para la extensión familiar la concurrencia de los requisitos para el otorgamiento de asilo o protección subsidiaria a los familiares del solicitante, ni para la reagrupación familiar se exige el cumplimiento de los requisitos de la normativa de extranjería. La mera constatación del parentesco (y, en su caso, la dependencia o la distinta nacionalidad) bastan por sí mismas para el reconocimiento de estos derechos. O, lo que es lo mismo, la unidad familiar justifica la extensión de la protección internacional o la reagrupación familiar a personas que, de otro modo, podrían no tener derecho a la protección internacional o a los permisos de residencia o tra-

bajo. Ello nos da muestra de su diferente configuración en nuestro ordenamiento, así como de la inexistencia de identidad de razón o relación de semejanza a los efectos de la analogía analizada.

En el plano del régimen legal de estas figuras, nos encontramos —como decíamos— ante potestades cuya naturaleza no es análoga, ni se configuran en torno a la verificación de requisitos semejantes. Esta cuestión también da muestra de la ausencia de identidad de razón.

En efecto, el control administrativo de tutela del derecho de la protección internacional (o, de otra manera, la obtención del derecho a la protección internacional) se basa en requisitos y conceptos legales sujetos a un amplio margen de apreciación (baste indicar, en este sentido, la dimensión objetiva y subjetiva del *temor fundado* a ser perseguido). Esta circunstancia, aunque de manera cuestionable, ha llevado a nuestros tribunales en numerosas ocasiones a calificar las potestades administrativas como *discrecionales* —si bien sería más preciso hablar de concepto jurídico indeterminados, como demuestra su susceptibilidad de control y revisión jurisdiccional—.

En cambio, como indicábamos, las potestades ejercitadas por la Administración en el ámbito de la extensión o reagrupación familiar han sido calificadas por los tribunales como una “*potestad reglada*”, en lugar de ser una “*facultad graciable*”. Esta circunstancia se debe a que la reagrupación familiar es un “derecho” que conforma el estatuto jurídico de los beneficiarios de protección internacional (art. 36 de la Ley 12/2009) y está sujeta a requisitos reglados o, en su caso, con escaso o nulo margen de apreciación (como son las relaciones de parentesco o, en algunos casos, de nacionalidad y dependencia económica). Verificados los requisitos legales, por tanto, la extensión o reagrupación será otorgada. La configuración de esta potestad como “reglada” no solo da muestra de la ausencia de identidad que impide, en este caso, la aplicación analógica del art. 24 de la Ley 12/2009, sino que sirve, por sí mismo, para defender el sentido estimatorio del silencio. Y ello porque la tutela de estos derechos no exige la aplicación de un margen de apreciación que corresponda a la Administración, en cuanto tal, o que implique el ejercicio de saberes extrajurídicos, sino la verificación de extremos de carácter estrictamente binario, con arreglo a unos requisitos legales predeterminados exhaustivamente.

En definitiva, la diferente *ratio legis* de ambos regímenes (protección internacional y extensión o reagrupación), así como la distinta configuración de los requisitos legales para su otorgamiento y las potestades administrativas para la tutela de estos derechos, evidencian que nos encontramos ante procedimientos que carecen de la relación de semejanza necesaria, al menos, para justificar la aplicación analógica del régimen del silencio del art. 24 de la Ley 12/2009, con el desplazamiento de la supletoriedad de la Ley 39/2015.

3.3. Una interpretación conforme de la legislación española con el derecho de la Unión Europea puede llevar a considerar que el silencio negativo sea contrario al derecho de la Unión

Es interesante destacar que doctrina autorizada, como es González de Lara Mingo, magistrada del Tribunal Supremo, ha defendido que el silencio administrativo negativo en materia de protección internacional podría ser contrario al derecho de la Unión¹⁰.

González de Lara Mingo sostiene que el art. 24 de la Ley 12/2009 no traspuso correctamente las Directivas 2013/32/UE (arts. 10 y 11) y la Directiva 2005/UE/CE (arts. 8, 9 y 23) al establecer el carácter desestimatorio del silencio en los procedimientos de protección internacional. Esto se debe a que las citadas Directivas exigían que las solicitudes “*se dicten por escrito*”, tras “*un examen adecuado*” y, en caso desestimatorio, “*los Estados miembros también procurarán que [...] las razones de hecho y de derecho se detallen en la resolución y se informe por escrito sobre qué hacer ante una denegación*”. En el mismo sentido se expresa el hoy vigente Reglamento (UE) 2024/1348¹¹.

Estas exigencias (resolución por escrito, examen adecuado y motivación de razones de hecho y de derecho) serían —según sostiene la autora citada— incompatibles con el silencio administrativo negativo, no siéndolo en cambio con el silencio administrativo positivo. Y ello en la medida en que, como es sabido, el silencio negativo es una simple ficción jurídica (cuya finalidad es dejar expeditas las vías de impugnación), mientras que el silencio positivo es un verdadero acto administrativo finalizador del procedimiento a todos los efectos.

Pues bien, este razonamiento (aplicable en general a los procedimientos de protección internacional) cobra aún más sentido en los casos de extensión y reagrupación familiar. Ello es así no solo porque la configuración de estos procedimientos se hace sobre la base de criterios objetivos, no sujetos a margen de apreciación, en el que el control administrativo se realiza mediante potestades regladas, sino también porque la Directiva 2003/86/CE, al regular con carácter general la figura de la “reagrupación familiar” recoge las mismas exigencias, en cuanto a que las resoluciones deben ser escritas y, en los casos en que sean desestimatorias, la Administración debe motivar adecuadamente las razones de hecho y de derecho.

3.4. La invocación de hipotéticos abusos de derecho o fraude de ley en la presentación de estas solicitudes no excluye el régimen de silencio administrativo positivo

El régimen del silencio administrativo positivo debe ser aplicado a estas solicitudes de extensión y reagrupación en aplicación de lo establecido en la Ley 12/2009 y la Ley 39/2015, como se ha comprobado.

Este régimen de silencio administrativo positivo no puede excluirse con base en un hipotético riesgo de que se beneficiasen de él solicitudes infundadas. Sobre esta cuestión resulta preciso recordar que el Tribunal Supremo ha dispuesto que un eventual riesgo de fraude de ley es “*fácilmente evitable por la Administración con la simple solución de resolver, en los breves plazos establecidos por el asilo, sobre la admisión a trámite de las solicitudes manifiestamente infundadas [...] La Administración es la que tiene en sus manos evitar el efecto previsto por el legislador con el simple mecanismo de resolver las peticiones que considere infundadas en plazo*” (Sentencia del Tribunal Supremo n.º 5568/2024 de 6 de noviembre de 2024, de la Sección 5 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ROJ: STS 5568/2024). En efecto, la Administración tiene la obligación legal de resolver dentro del plazo máximo establecido, y el incumplimiento de ese deber no permite negar los efectos de ese incumplimiento (en este caso, el silencio administrativo positivo).

Asimismo, si solicitantes fraudulentos obtuviesen un silencio administrativo positivo, la Administración podría evitar sus efectos a través de una revisión de oficio (arts. 47.1.f y 106 de la Ley 39/2015). Incluso, conforme a determinada jurisprudencia, la Administración podría alegar que el silencio positivo ni tan siquiera se ha producido por carecer los beneficiarios de los requisitos esenciales para el reconocimiento del derecho. Por tanto, la Administración dispondrá de mecanismos para evitar silencios positivos favorables que sean incompatibles con la ley.

No obstante, estos mecanismos no pueden afectar a aquellos solicitantes que han demostrado en el procedimiento administrativo el cumplimiento de los requisitos reglados de los arts. 41 o 42 de la ley 12/2009 (según el caso). Para ellos, el silencio administrativo positivo no sería ni revisable de oficio ni discutible por la Administración. Y esto es importante: no puede negarse con carácter general el silencio administrativo positivo por el riesgo de abusos de derecho, puesto que nuestro ordenamiento jurídico articula los mecanismos para evitarlos (desde la obligación de resolver en plazo hasta la revisión de oficio).

4. Algunos apuntes sobre la formulación de un recurso por inactividad

La obtención de la reagrupación o extensión familiar por silencio administrativo positivo, en la medida en que el silencio positivo es un verdadero acto administrativo a todos los efectos, debería tener en el mundo jurídico al menos los mismos efectos que un acto expreso. No obstante, en la práctica, la ausencia de un acto expreso dificulta a los beneficiarios el correcto ejercicio de los derechos inherentes a la reagrupación o extensión familiar. Pensemos en las dificultades prácticas que ello puede conllevar, por ejemplo, para el acceso al territorio español o para el ejercicio de los derechos de la autorización de trabajo.

Para despejar la inseguridad jurídica que esta situación puede acarrear, los interesados tienen a su disposición distintas vías. Una de ellas es la solicitud del certificado de silencio administrativo positivo (respecto de la cual cabría esperar la misma suerte que para la solicitud inicial), y otra de ellas sería la interposición de un recurso administrativo ante la falta de respuesta de la Administración (pero que equivaldría a admitir el carácter desestimatorio del silencio). Ambas vías son, de una manera u otra, ciertamente insatisfactorias.

Frente a ellas, defendemos aquí una tercera alternativa. Esta vía consistiría en la interposición de un recurso frente a la inactividad de la Administración, previo requerimiento de ejecución, por no haber ejecutado un acto administrativo firme, que se deriva del silencio administrativo positivo, al amparo de lo previsto en el art. 29.2 de la Ley 29/1998.

La virtud de esta vía no solo residiría en que serviría para superar las limitaciones de las otras alternativas, sino que permitiría, además de obtener una sentencia en la que se reconozca la obtención de estos derechos, formular una pretensión de ejecución del silencio administrativo positivo de forma mucho más clara. Esto es, la emisión de la correspondiente documentación, así como aquellas otras actuaciones necesarias para hacer efectivos los derechos relativos al a extensión o reagrupación familiar legalmente reconocidos.

El Tribunal Supremo ha establecido, en vía de casación, que es posible formular un recurso de inactividad ante la inejecución de la Administración de un acto administrativo firme logrado por silencio administrativo, al amparo del art. 29 de la Ley 29/1998: *"El procedimiento del artículo 29.2 de la Ley 29/98 es adecuado para la ejecución de actos presuntos ganados por silencio positivo, y, además, porque en el presente existe un acto presunto concreto cuya ejecución puede pedirse por ese trámite"*. Esto es así, dado que *"el acto presunto positivo es un auténtico acto administrativo (artículo 43.3) de la Ley 30/92), y, como tal, puede ser ejecutado, a falta de voluntad de la Administración, acudiendo al proceso del artículo 29.2 de la Ley 29/98, porque este precepto no excluye de su ámbito a los actos presuntos, ni tiene sentido alguno que se deduzca la exclusión por vía interpretativa, vista la claridad de aquel artículo 43.3"* (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de enero de 2006, rec. 66/2004). Ello no excluye, por supuesto, que en el seno del proceso pueda discutirse la producción del silencio positivo o que deba formularse la previa solicitud de ejecución a la Administración.

5. Defensa de esta vía desde el principio de buena administración

Ante la relevancia de los intereses en juego y los casos de doble perentoriedad de la Administración (primero, por el silencio administrativo y, segundo, debido a la inactividad), es preciso acudir al principio de buena administración en defensa de la alternativa propuesta. Esta categoría jurídica, ya plenamente reconocida por nuestra jurisprudencia y que goza del adecuado reconocimiento constitucional (cfr. arts. 9.3. y 103 de la CE) y legal (art. 3.1 de la Ley 40/2015), debe servir no solo como parámetro de legalidad de la actuación de la Administración, sino también, en este caso, como argumento en favor de la procedencia del silencio positivo y la viabilidad del recurso por inactividad.

El Tribunal Supremo ha definido la doble dimensión del principio de buena administración como un deber-derecho: *"Por un lado, constituye un deber y exigencia a la propia Administración que debe guiar su actuación bajo los parámetros referidos, entre los que se encuentra la diligencia y la actividad temporánea; por otro, un derecho del administrado, que como tal puede hacerse valer ante la Administración en defensa de sus intereses"* (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2021, rec. 8325/2019). Lo relevante aquí es que del principio de buena administración *"derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva. No se trata, por tanto, de una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, el derecho a la tutela administrativa efectiva y, en lo que ahora interesa sobre todo, a una resolución administrativa en plazo razonable"* (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2019, rec. 4442/2018).

Entre el contenido obligacional se deriva el de una interpretación legal favorable al administrado (Sentencia del Tribunal Supremo 1356/2020, de 20 de octubre, rec. 373/2018). Y, del mismo modo, como corolario de una *"tutela administrativa efectiva"*, la buena administración *"impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las*

posibles disfunciones derivadas de su actuación", especialmente, aquellas que *"supongan una tardanza innecesaria e indebida en el reconocimiento de los derechos que se aducen"* (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 430/2010, de 18 de mayo), exigiendo a la Administración *"una resolución administrativa en plazo razonable"* (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1111/2020, de 20 de junio).

En casos en los que la Administración ha dejado sin tramitar esas solicitudes por un plazo injustificado, más allá del plazo máximo de resolución, sin atender al requerimiento de ejecución formulado por el interesado *ex art. 29.2 de la Ley 29/1998*, se produce una clara contravención del principio de buena administración. La perentoriedad de la Administración no puede utilizarse como la vía ordinaria de tramitación de los procedimientos administrativos, máxime cuando están en juego cuestiones de tanta relevancia. Y, así, ese deber de *"interpretación favorable"*, inherente a la buena administración, debe conducir a una aplicación supletoria de las reglas del silencio del art. 24 de la Ley 39/2015 (que, como hemos visto, lleva a entender aplicable el silencio positivo), precisamente, para garantizar una *"tutela administrativa eficaz"*, ante el control de un derecho preexistente de los interesados, de marcado carácter reglado y de verificación casi automática. Esta es, a nuestro juicio, la interpretación más acorde con este principio.

6. Conclusión

Como se ha sostenido en este foro, la tutela de las solicitudes de extensión y reagrupación familiar se configuran en nuestro ordenamiento jurídico como una potestad reglada, que exige la verificación, casi automática o binaria, de una serie de requisitos objetivos (parentesco o, en su caso, nacionalidad y dependencia económica). Se trata, en efecto, de la remoción de los obstáculos legales para el ejercicio de un derecho preexistente: el del mantenimiento o restablecimiento de la unidad familiar, reconocido expresamente en el art. 36 de la Ley 12/2009 en favor de los beneficiarios de protección internacional.

Pese a ello, la experiencia práctica demuestra que, en muchos casos, la tramitación de estos procedimientos se extiende mucho más allá del plazo máximo para resolver que pesa sobre la Administración. Esta situación, como es de ver, lesiona gravemente el mantenimiento de la unidad familiar, al que los beneficiarios de protección internacional tienen derecho, lo que ocasiona graves perjuicios, sobre todo cuando se ven afectados menores.

Ante esta situación, consideramos que la mejor alternativa para la defensa de los derechos de los beneficiarios de protección internacional es la formulación de un recurso por inactividad de la Administración, *ex art. 29.2. de la Ley 29/1998*, previos los trámites legalmente exigidos.

Esta alternativa descansa sobre el entendimiento de que el silencio administrativo en estos procedimientos debe tener carácter estimatorio. Así se deduce de la aplicación de la regla general del silencio establecida en el art. 24 de la Ley 39/2015, sin que sean aplicables, como hemos sostenido, la excepciones al silencio positivo establecidas por la jurisprudencia. En particular, no cabe una aplicación analógica del régimen del silencio del art. 24 de la Ley 12/2009 que permita desplazar el principio de supletoriedad, por la simple razón de que no se da la debida relación de analogía

o semejanza entre ambos procedimientos. Una interpretación distinta, como ha sostenido alguna autora, podría llevar a una incompatibilidad del régimen nacional con el derecho de la Unión Europea, que exige una resolución por escrito y, en casos de desestimación, la debida motivación de los antecedentes de hecho y de derecho, que parece poco compatible con el silencio negativo.

Las posibles dudas interpretativas que puedan surgir deben ser resueltas, en nuestra opinión, desde el principio de buena administración, que —como corolario de la “tutela administrativa efectiva”— exige una interpretación favorable a los interesados e impide que la Administración incurra en actuaciones no diligentes o que se desenvuelvan fuera de un plazo razonable.

Llegados a este punto, partiendo del carácter estimatorio del silencio, consideramos que la mejor vía procedimental es acudir a un recurso por inactividad de la Administración, ante la inejecución de un acto administrativo firme (el silencio positivo), *ex* art. 29.2 de la Ley 29/1998. Esta vía (silencio e inactividad) ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en diversas ocasiones. Permite a los interesados obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses, de forma completa, satisfactoria y con mayor celeridad que el resto de las alternativas.

Bibliografía

MARTÍN VALERO, Ana Isabel (2019). Esquema de los procedimientos de asilo y jurisprudencia relacionada. *Actualidad Administrativa*, n.º 5.

GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra (2019). Silencio negativo en materia de asilo. ¿Es contrario a la Directiva 2013/32/UE. *Actualidad Administrativa*, n.º 4.

LA SPINA, Encarnación (2017). The Protection of Family Unity in Contexts of Migration Crisis: A Tale of Two Cases. *UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 25, pp. 163-86. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/3561>.

Notas

- 1 La legislación española sobre derecho de asilo y protección subsidiaria se recoge, fundamentalmente, en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria ("Ley 12/2009"), y en el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo ("RD 203/1995").
- 2 Al utilizar el término *protección internacional* nos referimos conjuntamente al "derecho de asilo" y al régimen de "protección subsidiaria".
- 3 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ("Ley 39/2015").
- 4 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ("Ley 29/1998").
- 5 El artículo 3 de la Ley 12/2009 establece que "*La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género, orientación sexual o de identidad sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9*".
- 6 Cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2021, Rec. 421/2018.
- 7 Martín Valero (2019).
- 8 En este sentido, la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre sobre el derecho a la reagrupación familiar ("Directiva 2003/86/CE") indica que "*Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional. Y añade que "La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia". Y ello en la medida en que "Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado*".
- 9 La Spina (2017).
- 10 González de Lara Mingo (2019).
- 11 Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE ("Reglamento 2024/1348").



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 Verdura 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