

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 239 | Diciembre 2020

ISSN: 1699-129X

Voto adicional por lealtad en sociedades

Ignacio Buil Vera

Incentivos y recortes a las renovables: un conflicto normativo global

José Damián Iranzo Cerezo

El derecho de los animales en España

Elena Criado Martos

Tarjetas *revolving* e inseguridad jurídica. Soluciones *de lege ferenda*

José Luis Blanco Pérez e

Iván Pérez Hernando



Feliz Navidad



DEF.-

udima

Revista CEFLegal

Núm. 239 | Diciembre 2020

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

Francisco Javier Arias Varona. Profesor titular de Derecho Mercantil. URJC

Javier Avilés García. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Catedrático de Derecho Civil. UAM y director de Bercovitz-Carvajal

María Isabel Candelario Macías. Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Icíar Cordero Cutillas. Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Jaume I

Fernando Díez Estella. Profesor titular acreditado de Derecho Mercantil. Universidad Villanueva

Gabriel Domenech Pascual. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Privado, Social y Económico. UAM

Paula Fernández Ramallo. Abogada en Eric & Fernández Abogados de La Coruña

Rafael Fernández Valverde. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Susana García Couso. Letrada del Tribunal Constitucional y profesora de Derecho Constitucional. URJC

Íñigo del Guayo Castiella. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería

Ximena Lazo Vitoria. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Carlos Lema Devesa. Socio director de Estudio Jurídico Lema y catedrático de Derecho Mercantil. UCM

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo y letrado del Tribunal Constitucional

Eva María Menéndez Sebastián. Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

Carlos Francisco Molina del Pozo. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Francisco Monterde Ferrer. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Vicente Moret Millás. Letrado de las Cortes Generales y Of counsel en Andersen Tax & Legal

José María Segovia Cañadas. Socio de Uría y Menéndez

Antonio Serrano Acitores. CEO de Spartanhack, abogado y doctor en Derecho

Camino Vidal Fueyo. Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Burgos y letrada del TC

Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es



Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2020) (11 números) 160 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista CEFLegal*. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición digital: www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 1699-129X

ISSN-e: 2531-2146

Imprime

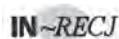
Artes Gráficas Coyve, SA

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2020 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista CEFLegal

ISSN: 1699-129X
ISSN-e: 2531-2146

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

Una de cal y otra de arena: tarjetas *revolving* y la fatigosa inseguridad jurídica. Soluciones *de lege ferenda* 5-40

Swings and roundabouts: revolving credit and the legal uncertainty fatigue. De lege ferenda solutions

Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2020

José Luis Blanco Pérez y Iván Pérez Hernando

Implicación de los accionistas en la sociedad a largo plazo. Voto adicional por lealtad 41-74

Shareholders' long-term engagement in the company. Loyalty shares

Ignacio Buil Vera

Demanda sobre reconocimiento de la nacionalidad de origen. Conflictos de competencia entre juzgados o tribunales de distinto orden jurisdiccional (Comentario al ATS de 8 de octubre de 2020) 75-80

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Concreción de los hechos jurídicamente relevantes en las demandas contra el honorl (Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2020) 81-86

Casto Páramo de Santiago

Constitucional-administrativo

Incentivos y recortes a las energías renovables: transitando por un conflicto normativo global 87-122

Incentives and cuts to renewable energy: moving through a global regulatory conflict

Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2020

José Damián Iranzo Cerezo

El derecho de los animales en España: regulación normativa, problemática y solución constitucional 123-148

Animal law in Spain: regulation, problematic, and constitutional solution

Elena Criado Martos

Casos prácticos

Civil

Transmisión de la propiedad en subasta judicial. Gastos de comunidad en propiedad horizontal 149-155

Adelaida Medrano Aranguren

Estado de alarma, *rebus sic stantibus* y medidas cautelares 156-160

José Ignacio Atienza López

Administrativo

Contrato administrativo de servicios y su tramitación hasta la adjudicación 161-174

Julio Galán Cáceres

Normas de publicación 175-176

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina administrativa de la DGRN. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.civil-mercantil.com>



Una de cal y otra de arena: tarjetas *revolving* y la fatigosa inseguridad jurídica. Soluciones de *lege ferenda*

José Luis Blanco Pérez

Abogado en la Asesoría Jurídica de CaixaBank y
colaborador en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Instituto de España)

Iván Pérez Hernando

Abogado de derecho mercantil

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Iciar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

A la enorme litigación ligada a los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores se sumarán con toda seguridad las reclamaciones sobre las tarjetas de crédito *revolving*; un producto bancario de crédito al consumo muy extendido para todo tipo de público y que ha sido recientemente puesto en cuestión, al considerar nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de marzo de 2020, que sus tipos de interés, en determinados casos, son usurarios y por consiguiente el contrato celebrado radicalmente nulo. Lejos de proteger al consumidor, consideramos que la sentencia desincentivará el uso de las tarjetas *revolving*, reducirá la competencia de este producto en el sector bancario y puede que produzca efectos colusorios en el mercado, lo que podría evitarse con una precisa regulación sobre estas tarjetas que evitara litigiosidad y pronunciamientos dispares de los órganos judiciales inferiores, ofreciendo asimismo mayor seguridad jurídica para todos los intervinientes en el mercado.

Palabras clave: tarjetas bancarias; crédito *revolving*; Tribunal Supremo; usura; covid-19; gobierno de producto.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Blanco Pérez, J. L. y Pérez Hernando, I. (2020). Una de cal y otra de arena: tarjetas *revolving* y la fatigosa inseguridad jurídica. Soluciones de *lege ferenda*. *Revista CEFLegal*, 239, 5-40.



Swings and roundabouts: revolving credit and the legal uncertainty fatigue. De lege ferenda solutions

José Luis Blanco Pérez

Iván Pérez Hernando

Abstract

The complaints in relation to revolving credit cards will add to the vast litigation proceedings connected to mortgage providers; a banking product usually addressed to a large target market, this issue that has been a matter of contention after the Spanish Supreme Court pronounced its judgment on 4th March 2020, sustaining that the interest rates associated to revolving cards are, in certain cases, are usury rates and, therefore, the contract was declared to be void. Far from protecting consumer rights, we argue that this unexpected judgment will discourage the use of revolving cards; it will reduce competition among lenders and may lead to a certain degree of collusion among market participants. These matters might be avoided with a specific regulation of revolving cards, which will also avoid further contentious proceedings and disparate judgments by local courts, giving legal certainty to all market participants.

Keywords: bank cards; revolving credits; Supreme Court; usury; covid-19; product governance.

Citation: Blanco Pérez, J. L. y Pérez Hernando, I. (2020). Una de cal y otra de arena: tarjetas revolving y la fatigosa inseguridad jurídica. Soluciones de lege ferenda. *Revista CEFLegal*, 239, 5-40.





Sumario

1. Introducción
 2. Tarjetas de crédito revolving: naturaleza jurídica y funcionamiento
 3. Los diferentes tipos de interés a la luz de la normativa y de la doctrina judicial
 4. El elemento objetivo de la Ley Azcárate en el caso WiZink
 - 4.1. Usura y las sombras de la fuente estadística del tipo de interés de referencia
 - 4.2. El acuerdo de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria
 - 4.3. Posibles efectos colusorios en el mercado de tarjetas de crédito revolving
 5. ¿Pervive el elemento subjetivo de la Ley Azcárate frente al crédito revolving?
 6. Gobernanza de productos: público objetivo y escenarios estresados
 7. Posible impacto de la covid-19 en las tarjetas revolving
 8. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Las opiniones y puntos de vista expresados por los autores son personales y no reflejan necesariamente la posición u opinión de CaixaBank, SA ni de las entidades públicas o privadas a las que pertenezcan los autores.

1. Introducción

En ciertas zonas de África aún utilizan un ancestral método para cazar monos sin causarles daño físico: los nativos rellenan una vasija de piedra con una abertura lo suficientemente grande como para que los monos puedan meter sus manos vacías, pero no para que puedan sacarlas sosteniendo algo con el puño cerrado.

Entonces, los cazadores comienzan a poner dulces, plátanos y otros manjares alrededor de la vasija, de manera que los monos acudan a comer en sus cercanías y se acostumbren a la misma. Con el paso del tiempo, introducen dulces en la vasija hasta que el mono, confiado, mete la mano y lo coge, sin poder sacar entonces su extremidad. El mono, incapaz de soltar su dulce por pura avaricia, es finalmente atrapado por el cazador.

Este método real, que suele usarse como enseñanza ilustrativa de las maldades de la codicia, parece ser la idea que subyace detrás de la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020, que reputó usurario el contrato con un TAE del 26,82 %, al considerar dicho interés desproporcionado con respecto al tipo de interés normal en ese producto, el 20 % en la fecha de contratación de la tarjeta *revolving* (año 2012)¹.

No solo porque dicha sentencia declare indirectamente usureros a numerosas entidades financieras por concertar ciertos productos de crédito con intereses elevados a usuarios, en algunos casos, de dudosa solvencia; y no solo porque lo hace, además, sin apoyo normativo expreso mediante una interpretación *contra legem* de la ley, sino porque parece considerarnos a los usuarios como esos primates pues, de la misma forma que el mono no puede soltar su presa, el ciudadano no es consciente en absoluto de lo que está firmando y contrata la tarjeta revolving por puro instinto primario.

Es evidente que la Sentencia de 4 de marzo de 2020, lejos de cerrar una controversia, fomentará una litigiosidad, tal vez no tan elevada como la que surgió de las cláusulas suelo en los préstamos con garantía hipotecaria, pero sí, desde luego, de enormes proporciones.

A lo largo de este trabajo analizaremos la naturaleza jurídica y el funcionamiento de las tarjetas de crédito revolving, así como su actual problemática jurídica a colación de la reciente Sentencia de 4 de marzo de 2020, y propondremos soluciones de *lege ferenda* que

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 149/2020, de 4 de marzo (rec. núm. 4813/2019) (NCJ064662). Ponente: Rafael Saraza Jimena. Procedimiento: recurso de casación (en adelante, Sentencia de 4 de marzo de 2020).

ofrezcan mayor seguridad jurídica y confianza entre los operadores económicos que, además, pueden resultar imprescindibles y urgentes en el actual contexto económico surgido con la pandemia por la covid-19.

Mediante un apunte meramente estadístico llegamos a la temprana conclusión de que el uso de las tarjetas bancarias es un medio de pago altamente extendido en España y en cualquier sociedad desarrollada. Es un hecho notorio de que las tarjetas, en general, y de crédito, en particular, han ampliado su campo de actuación y han extendido su público objetivo.

Los datos proporcionados por el Departamento de Sistemas de Pagos del Banco de España apoyan la tesis anterior². En valor agregado en el año 2000 existían 46 millones de tarjetas en circulación en el territorio español, mientras que en 2019, última fecha conocida para elaborar la estadística, existen 86 millones de tarjetas en circulación solo en España, de los cuales 36 millones de tarjetas son de crédito; cifra que ha visto repuntes incluso mayores en períodos de expansión económica y mayor consumismo.

El dinero en efectivo, sin embargo, resiste en España frente al auge de la tarjeta bancaria, especialmente para compras diarias de importe inferior a 50 € (Esselink y Hernández, 2017). Sin duda, las cifras estadísticas variarán si tenemos en cuenta las consecuencias de la crisis pandémica de la covid-19. En tiempos de cuarentena el uso inevitable de la tarjeta bancaria está siendo mayor de lo habitual, por la excepcional situación en la que vivimos de confinamiento, y a esto hay que sumar las recomendaciones realizadas por la Organización Mundial de la Salud e instituciones nacionales de priorizar el uso de la tarjeta bancaria y otros sistemas *contactless* frente al pago con dinero en efectivo.

Cualesquiera que sean las estadísticas la conclusión es clara: la tarjeta bancaria como medio de pago válido y recurrente impera en nuestra sociedad. Una sociedad tendente al consumo e, inexorablemente, al endeudamiento. Comprar o contratar sin pagar, al menos en el momento de la celebración de la operación o contrato, es una situación tan tentadora como cómoda y, al tiempo, engañosa para todos en nuestra condición de consumidores. En gran parte por el uso inadecuado de la tarjeta, entendiéndolo por tal la necesaria reflexión previa que todo consumidor debe hacerse sobre su capacidad económica y acerca de la oportunidad de la operación que pretendemos concluir. El uso adecuado, por el contrario, es el que integra una decisión meditada, prudente y conveniente por parte del consumidor que no implique una lesión de sus intereses.

Que el sobreendeudamiento sea un problema social imperante en España está fuera de cualquier duda. De hecho, su creciente importancia y la necesidad de medidas correctoras de comportamiento, que no precisamente paternalistas, hacen que su tratamiento jurídico cada

² Fuente: Banco de España (diciembre 2019). Principales estadísticas sobre los Sistemas de Pagos: Tarjetas Bancarias de Pago. <<https://www.bde.es/f/webbde/SPA/sispago/ficheros/es/estadisticas.pdf>>

día devenga más complejo. Una aproximación insatisfactoria, pero una aproximación al fin y al cabo, es observar la duración o congestión de los juzgados y tribunales del orden civil³.

Por esa razón, en este trabajo se analizará de manera no especialmente técnica, pero sí rigurosa, cuál es el panorama actual de la cuestión de las tarjetas revolving, y cuál debería ser la deseable evolución legislativa en este campo para evitar una más que segura nueva oleada de demandas sobre la cuestión en la ya colapsada jurisdicción civil.

En definitiva, solo mediante una regulación sectorial de los medios de pago, en especial, de las tarjetas de crédito revolving, se conseguirá, de un lado, cimentar la erosionada confianza del consumidor y, de otro, otorgar seguridad jurídica a las entidades financieras y clientes sobre un producto con tan alto riesgo de impago y no exento de polémica.

2. Tarjetas de crédito revolving: naturaleza jurídica y funcionamiento

La relación que existe entre el titular de una tarjeta y la entidad emisora está basada en un contrato de emisión de tarjeta de naturaleza atípica y carente de regulación sustantiva, si bien existen regulaciones parciales que afectan directamente al régimen jurídico de las tarjetas bancarias, especialmente por lo que obedece a la protección al consumidor.

A título introductorio, el contrato de emisión de tarjeta puede ser definido como aquel en virtud del cual una entidad de crédito emisora de la tarjeta se obliga a abonar, por cuenta del titular de aquella, las obligaciones de pago que este asuma derivadas de la adquisición de bienes y servicios en establecimientos que hayan acordado con el emisor o con el sistema de medios de pago, y en su caso, a facilitar dinero en efectivo u otros servicios de caja, reintegrando el titular posteriormente al emisor o gestor las cantidades abonadas por este a los establecimientos o las entregadas por el banco emisor (u otro banco adherido al sistema) al titular, en los plazos convenidos, con los intereses pactados en su caso y obligándose al titular a usar esta con la debida diligencia y en la forma acordada.

Este contrato de emisión de tarjeta presenta caracteres específicos que la doctrina científica ha tratado de delimitar y que pueden resumirse en un contrato atípico, de carácter mercantil, al tratarse de un contrato bancario, consensual, bilateral, sinalagmático y de ejecución continuada. Es, además, un contrato de adhesión en tanto que existen unas condiciones generales

³ Según las estadísticas judiciales del Consejo General del Poder Judicial, los procesos civiles en los juzgados de primera instancia se demoraban una media de 5,9 meses en el año 2004, mientras que en el año 2018 el tiempo medio era de 7,1 meses.

Fuente: Consejo General del Poder Judicial. *La justicia dato a dato año 2018*. Estadística judicial. <<http://www.poderjudicial.es/stfjs/ESTADISTICA/FICHEROS/JusticiaDatoaDato/Datos%20Anteriores/Justicia%20Dato%20a%20Dato%202018.pdf>>

de la contratación aplicables comúnmente por todas las entidades emisoras, lo que ha provocado alguna interpretación jurisprudencial aplicando el principio *in dubio pro consumitorem*.

La práctica bancaria tiende a desdoblarse o extender la tipología de tarjetas en diferentes modalidades y con diferentes funcionalidades, no obstante, desde el punto de vista jurídico, la clasificación es menos profusa. Distinguimos las tarjetas en tres tipologías: tarjetas de débito, tarjetas de cargo y tarjetas de crédito.

Las *tarjetas de débito* son el instrumento de disposición básico que dan acceso a la cuenta corriente del poseedor y titular de la tarjeta. El pago con tarjeta de débito supone que el valor total de la operación abonada se carga en la cuenta del titular *ipso facto*, máxime dentro de los dos días siguientes. Modalidad específica de las tarjetas de débito son las denominadas tarjetas monedero, en las que el importe se detrae de la cuenta corriente con carácter previo a su utilización, y que comportan la sustitución efectiva del dinero en metálico, con el límite de la cantidad o importe ingresado en la misma.

Las *tarjetas de cargo* son meramente anticipos de pago o anticipos de provisión de fondos, mediante la cual el titular de la tarjeta puede acumular todos los pagos durante un mes y el cargo se efectúa íntegramente y sin interés al finalizar el plazo de un mes. En puridad, la tarjeta de cargo no constituye crédito, al menos desde el punto de vista financiero.

Como tercera tipología de tarjeta –y no menos extendida– están las *tarjetas de crédito*, que se distinguen de las tarjetas de débito y cargo por la existencia de una operación de apertura de crédito. El titular de una tarjeta de crédito que efectúa una operación económica paga a crédito y, como tal, debe devolver el montante en el tiempo pactado y con los intereses generados. Las transacciones son adeudadas en una cuenta de crédito específica y separada de la cuenta corriente, es decir, las tarjetas de crédito exigen un tratamiento contable separado y autónomo. El titular es informado del estado de la cuenta mediante un extracto periódico y amortiza el montante en plazos mensuales a los que se les incorporan intereses.

Nuestro Tribunal Supremo ha venido distinguiendo claramente el contrato bancario de apertura de crédito del de préstamo diciendo que el contrato de «cuenta corriente de crédito» (que así denomina al de apertura de crédito en cuenta corriente) tiene carácter consensual y bilateral y que, por ello, no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio.

Las notas especiales del contrato de apertura de crédito le otorgan un carácter personalísimo que, generalmente, exige de la entidad crediticia que lo otorga un estudio pormenorizado de las condiciones, tanto del cliente y su solvencia en general como del negocio cuyas necesidades se pretenden cubrir con el crédito solicitado. Por otro lado, un análisis del coste-beneficio bancario revela que, frente a las comisiones e intereses que los bancos ingresan como consecuencia de estas operaciones, asumen gastos cuantiosos por su funcionamiento complejo y riesgos importantes ante situaciones de crisis de las empresas acreditadas, que solicitan prórrogas y elevan el límite de la disponibilidad.

Las tarjetas de crédito convencionales permiten pagar todo lo gastado el mes siguiente sin intereses, o bien aplazar el pago a plazos con intereses. Estas tarjetas de crédito proporcionan financiación al consumidor, a través del aplazamiento del pago con una cantidad financiada que tiende a ser fija y máxima en el momento inicial del contrato. La entidad emisora de la tarjeta (entidad prestamista) percibe el abono de las cuotas y, en su caso, el interés remuneratorio en los plazos que se hayan pactado por las partes, con lo que el principal del contrato va disminuyendo a lo largo de la vida del contrato.

En contraste con la tarjeta de crédito convencional, existe un subtipo denominado *tarjeta de crédito revolving*, que ofrece un crédito preconcedido y que vamos a analizar en detalle en el presente trabajo. Es un subtipo de tarjeta de crédito que proporciona un disponible al titular de la tarjeta, cuyo importe máximo es constante durante la vida del contrato o, al menos, un período amplio dentro de esta, y que no se reduce al producirse vencimientos. La entidad prestamista, por lo tanto, debe poner a disposición del prestatario el principal máximo de forma permanente durante la vida del contrato, así como una línea de crédito que la entidad aprueba y de la que el consumidor puede disponer cuando lo necesite y para lo que considere durante la vida del contrato. A su vez, el prestatario podrá disponer de la cantidad máxima y utilizarla de la forma que considere conveniente. Ni el crédito está condicionado por su destino, ni por un importe fijo, sino solo por el límite máximo. El coste para el prestamista y la flexibilidad para el prestatario en ambas estructuras crediticias son necesariamente distintos.

El funcionamiento es el siguiente: una tarjeta revolving proporciona un crédito de hasta 3.000 € al cliente de una entidad financiera. La cantidad de 3.000 € suponen el disponible máximo del que el cliente (deudor) podrá disponer de una vez o en distintas disposiciones. Imaginemos que en el mes de enero el deudor dispone de 1.500 € y que en febrero devuelve 1.000 €. En marzo podrá disponer de 2.500 € como máximo. Si en abril dispone de 2.000 € y en mayo devuelve 500, en junio podrá disponer de 1.000 €. Esta dinámica se irá repitiendo mientras el contrato de tarjeta revolving esté vigente.

Comparativamente, una tarjeta de crédito convencional dispone, por ejemplo, de un capital de 3.000 € y esa cantidad será la máxima exposición de impago del principal para la entidad financiera desde el momento inicial del contrato, y se va reduciendo a medida que se va reembolsando mediante los pagos.

Si, por el contrario, el crédito es de una tarjeta revolving, el riesgo de la entidad es de 3.000 € constantes por cada mes o período relevante de crédito durante toda la vida del contrato, pues los reembolsos automáticamente amplían por todo su importe el crédito concedido. Por lo tanto, el crédito concedido y el coste esperado (no solo el financiero) de este contrato es mayor para el financiador, dado que el disponible es mayor que en otras modalidades de tarjeta de crédito y también el riesgo soportado por la entidad financiera es mayor. Este riesgo también se ve incrementado por el hecho de que la duración del contrato de tarjeta revolving es indefinido, con lo que la situación de solvencia inicial del deudor analizada por la entidad puede cambiar más fácilmente que para financiaciones concretas con un vencimiento determinado (como es el caso de los aplazamientos de un pago, que puede realizarse con las tarjetas de crédito convencionales).

Desde el punto de vista jurídico, la nota característica de las tarjetas de crédito en general es que les resulta de aplicación las normas generales de la contratación (Código Comercio y Código Civil), pero también las normas sectoriales como la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. La *raison d'être* es que, como apuntábamos inicialmente, la tarjeta de crédito está basada en un contrato de emisión de tarjeta, pero también en un contrato de apertura de crédito que también suscribe el titular de la tarjeta y la entidad emisora. En virtud del contrato de apertura de crédito, la entidad financiera pone a disposición del titular y, en su caso, a disposición de las personas a las que el titular designe (por ejemplo, tarjetas adicionales que sean emitidas a favor de familiares, tarjetas de empleados, etc.), no ya un determinado montante de dinero, sino la facultad de disponer, a su libre opción, del mismo aunque siguiendo determinadas condiciones (disposición en establecimientos adheridos, etc.) y con obligación de reembolsar el importe de la cantidad dispuesta en los términos, plazos e intereses establecidos en dicho contrato.

Al contrato de apertura de crédito como tal, al igual que sucede con los préstamos bancarios de dinero, les resulta también de aplicación una norma promulgada en la época de la Restauración borbónica, esto es, la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura (conocida también como Ley Azcárate), que en cuanto a las tarjetas de crédito se refiere, actúa a modo de tutela al consumidor-titular y como límite a la autonomía de la voluntad negocial de las partes contratantes (1.255 Código Civil), como en los próximos apartados explicaremos.

3. Los diferentes tipos de interés a la luz de la normativa y de la doctrina judicial

El título del presente apartado no debe llevar al unívoco del lector, más bien, a un mejor entendimiento de las diferentes referencias sobre los tipos de interés que constantemente pueden leerse en prensa, en la doctrina científica y, especialmente, en la jurisprudencia civil.

En nuestro ordenamiento jurídico impera el principio de libertad de pacto de la tasa de interés entre las partes contratantes, de conformidad con el artículo 315 del Código de Comercio y del artículo 4 de la Orden Ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que es fruto de la habilitación prevista por la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible.

El artículo 4.1 de la Orden Ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, establece que:

Los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los presten y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación.

Por su parte, como límite a la voluntad negocial de las partes contratantes y como límite a la libertad de pacto de la tasa de interés, actúa la Ley Azcárate, que en su articulado establece, bajo ciertas condiciones, la nulidad del contrato de préstamo perfeccionado con un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

Es preciso discernir entre la tasa de interés nominal (TIN), la tasa anual equivalente (TAE), el interés normal del dinero, el interés legal del dinero y el interés de demora. Esta cuestión no es baladí porque la propia Sala Civil del Tribunal Supremo confunde y relaciona equivocadamente estos conceptos, como veremos más adelante⁴.

Una explicación sucinta a la par que clarificadora procede a continuación:

- **Tasa de interés nominal –anual– (TIN):** El interés nominal constituye el interés remuneratorio para la entidad de crédito, es decir, es el coste total del crédito expresado en porcentaje nominal anual. Está referido siempre a un periodo de tiempo concreto que hay que especificar, por ejemplo, un 6 % nominal anual es equivalente a un 0,5 % nominal mensual.

No se contempla en este tipo de interés nominal las comisiones ni otros gastos que deriven del crédito. Además, se caracteriza por no tener en cuenta la periodicidad de los pagos, es decir, con el mismo TIN el importe de intereses es indiferente a si los pagos son mensuales, frente a un único pago anual.

- **Tasa anual equivalente (TAE):** La tasa anual equivalente comprende los intereses remuneratorios y otros gastos adicionales que no son precisamente intereses. Es decir, al interés remuneratorio se le suma los cargos que remuneran otros servicios adyacentes prestados por el prestamista mediante comisiones, como el mantenimiento de una cuenta que registre a la vez operaciones de pago y de disposición del crédito, la utilización de medios de pago que permita ambas operaciones, así como los costes relativos a operaciones de pago.

Desde el punto de vista legal, la extinta Ley de Crédito al Consumo, de 23 de marzo de 1995, entendía por TAE el «coste total del crédito expresado en un porcentaje anual sobre la cuantía del crédito concedido», debiéndose entender que el coste total del crédito comprende los intereses y todos los demás gastos que el consumidor esté obligado a pagar para el crédito, incluidos los de seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular, que sean exigidos por el empresario para la concreción del mismo.

⁴ Sin ir más lejos, la reciente STS de 4 de marzo de 2020 confunde las referencias y mantiene equiparaciones no homogéneas entre diferentes tipos de interés.

Por su parte, la vigente Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo añade que para calcular la TAE se determinará el coste total del crédito para el consumidor, exceptuando los gastos que este tendría que pagar con ocasión del incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito. Asimismo, se exceptúan los gastos, distintos del precio de compra, que corran por cuenta del consumidor en la adquisición de bienes o servicios, tanto si la transacción se paga al contado como a crédito.

- **Interés normal del dinero:** La Sala Civil del Tribunal Supremo utiliza el término «interés normal del dinero» para establecer que puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.).

El Banco Central Europeo adoptó el Reglamento (CE) n.º 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada.

- **Interés legal del dinero:** El artículo 1.108 del Código Civil regula la naturaleza jurídica del interés legal del dinero. El presente artículo vino a quedar modificado en la forma en que aparece inserto, por la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero. Previamente, había sido modificado por la ley de 7 de octubre de 1939, que redujo al 4 % el interés legal que era del 5 % a partir de la ley de 2 de agosto de 1899, y del 6 % con anterioridad a esta última. Ninguna de ambas leyes tuvo efecto retroactivo. En la actualidad, de hecho, desde el año 1984, el interés legal del dinero se establece anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado teniendo en cuenta la coyuntura y expectativas económicas.

Este artículo 1.108 del Código Civil es de aplicación a los casos en que, no estando pactados los intereses de la obligación, el deudor incurre en mora, pues la obligación de satisfacer los intereses legales nace de la mora. En otras palabras, el tipo de interés legal del dinero hace referencia al tipo de interés que se aplica como indemnización de daños y perjuicios cuando el deudor incurre en mora y no hay acuerdo previo respecto al mismo entre deudor y acreedor.

Los intereses legales no se dan cuando la cantidad reclamada es ilíquida y se impone la necesidad de fijarla en el procedimiento para la ejecución de la sentencia, pues para dar lugar a interés debe tratarse de una cantidad que fuera

líquida desde el principio, y se infringen los artículos 1.100 y 1.108 del Código Civil condenando al abono de intereses sobre el importe de la indemnización a partir de la contestación a la demanda, porque además de que una vez fijado el importe de cualquier indemnización, sin especificar con separación los distintos conceptos susceptibles de ser indemnizados, deben reputarse comprendidos en dicho importe todos los daños y perjuicios provenientes del hecho generador de la responsabilidad, es manifiesto que por concepto de mora en el pago de la indemnización no puede condenarse al abono de intereses sin infringir el artículo 1.108 del Código Civil.

- **Interés de demora:** La mora es la dilación en el cumplimiento de la obligación, no consentida ni compensada por el acreedor. Los intereses moratorios no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican intereses de sanción o pena pecuniaria con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

En los intereses moratorios la mora en que se constituye el deudor da derecho, conforme lo previsto en el artículo 1.106 del Código Civil, a la indemnización y perjuicios que la tardanza en el cumplimiento de la obligación ocasione al acreedor, sin que sea preciso acreditar, en el caso de obligaciones pecuniarias, la indemnización, ya que se entiende que consistirá en el abono del interés pactado y, en su defecto, el interés legal al que antes aludíamos.

4. El elemento objetivo de la Ley Azcárate en el caso WiZink

Los litigios que se han iniciado en relación con las tarjetas revolving se basan fundamentalmente en el supuesto carácter usurario de los intereses aplicados a la deuda pendiente del consumidor. Las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (Banco Sygma) y de 4 de marzo de 2020 (WiZink) resuelven, en efecto, sobre la naturaleza usuraria del tipo de interés aplicado a una tarjeta de crédito revolving.

Para ponernos en contexto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (Banco Sygma) determinó que existía usura en una tarjeta revolving, empleando como referencia el tipo de interés medio de operaciones de préstamo al consumo en general, y realizó la comparación con el tipo efectivo de definición restringida (TEDR) de tarjetas de crédito y tarjetas revolving.

En el caso de la reciente Sentencia de 4 de marzo de 2020⁵, el consumidor interpuso una demanda contra WiZink Bank, SA en la que alegó que el 29 de mayo de 2012 suscribió un

⁵ Véase la referencia de la STS *ut supra*.

contrato de tarjeta de crédito en el que, entre otras estipulaciones, se fijó un tipo de interés inicial para pagos aplazados y disposiciones a crédito del 26,82 % TAE, que en el momento de interponer la demanda es del 27,24 % TAE, y solicitó que se declarase la nulidad del contrato de tarjeta de crédito por existencia de usura en la condición general que establece el interés remuneratorio, condenando a WiZink al pago de las cantidades que excedan del total del capital prestado y que hayan sido satisfechas por la demandante por cualquier concepto con ocasión del mismo, más los intereses legales.

El juzgado de primera instancia estimó la demanda, estimando el tipo de interés «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», al no haber justificado, la entidad financiera que concedió el crédito, la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

WiZink recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Santander desestimó el recurso, siendo que la casación fue resuelta mediante la importante Sentencia de 4 de marzo de 2020.

El Tribunal Supremo valora el interés utilizado por la entidad financiera para prestar el servicio de tarjeta de crédito revolving y, comparativamente, utiliza el «interés normal» para remitirse a la media de las estadísticas publicadas por el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas.

4.1. Usura y las sombras de la fuente estadística del tipo de interés de referencia

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de marzo de 2020, demuestra cierta falta de adecuación cuando acude a una variedad de fuentes para verificar lo que se considera «interés normal» del dinero. Pauta de normalidad que tiene en cuenta las estadísticas que publica el Banco de España, obviando, sin embargo, la falta de homogeneidad de la tipología o naturaleza del tipo de interés.

La información estadística publicada por el Banco de España no se expresa en términos de TAE, sino de TEDR, que excluye de su cálculo determinados conceptos (básicamente, gastos conexos y comisiones); conceptos que, por el contrario, sí forman parte del cálculo de la TAE (por lo que la TAE siempre será superior al TEDR) y que pueden determinar una diferencia de varios puntos entre la TAE y el TEDR de un mismo contrato. Esto hace cuestionable la comparación directa efectuada por el Tribunal Supremo.

En la norma tercera de la Circular del Banco de España n.º 1/2010, de 27 de enero, relativa a estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras, se indica que:

El TEDR de una operación será igual al tipo de interés anualizado que iguale en cualquier fecha el valor actual de los efectivos, excluidos los gastos, recibidos, o a recibir, con el de los entregados, o a entregar, a lo largo de la operación, y se calculará como la TAE excluyendo los gastos conexos, tales como las primas por seguros de amortización, y las comisiones que compensen costes directos relacionados, según se definen en el apartado 3 de la norma trigésima octava de la Circular 4/2004.

En la serie histórica publicada por el Banco de España, desde junio del 2010, el TEDR medio de esta especie de operaciones oscila entre el 21,13 % de julio del 2015 y el 18,94 % de marzo de 2020⁶.

Las estadísticas del Banco de España no tienen valor normativo, no son sino una fuente –relevante, sin duda– de información económica y como tal deben ser tomadas en consideración. Pero no son una verdad revelada sobre los «verdaderos» precios de los contratos. En primer lugar, porque dichas estadísticas no se realizan pensando en los procesos judiciales y su posible utilización por parte de los jueces, sino que se realizan para proporcionar información financiera a los operadores, al regulador y a los clientes. La información que proporciona el Banco de España sirve para dotar de transparencia al mercado. En segundo lugar, porque en muchos casos, como el presente, la información que proporciona el Banco de España no se corresponde exactamente con las condiciones y precios de determinados productos –como es el caso de las tarjetas revolving–.

Nuestro posicionamiento es claro, pero nos seguimos preguntando, a la luz de la doctrina judicial, si es adecuado que el mercado se analice a través de referencias fácticas que no se corresponden realmente con el producto financiero objeto de litigio. ¿Deben estar las reglas jurídicas sobre los productos financieros y sus precios condicionados por la forma en la que el Banco de España ha decidido agregar y proporcionar la información estadística sobre los productos? ¿El objetivo no debería ser ajustar la información y la comparativa del tipo de interés medio de la forma más concreta, específica y ajustada posible, independientemente de los criterios –estadísticos, no normativos– elegidos por el regulador bancario?

La posición del Tribunal Supremo es tomar en consideración la TAE y, sorprendentemente, la identifica y equipara con los intereses remuneratorios del crédito: «[...] el tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato era del 24,6 % TAE», o al manifestar «[...] se plantea en el recurso la cuestión del carácter usurario de un crédito revolving concedido por una entidad financiera a un consumidor a un tipo de interés remuneratorio del 22,2% TAE».

En nuestra opinión, para determinar si el tipo de interés aplicable a un crédito revolving debe reputarse usurario, hay que partir del tipo de interés remuneratorio para la entidad (o

⁶ Fuente: Banco de España, Boletín Estadístico (serie 2015-2020). *Tipos de interés (TEDR) de nuevas operaciones. Préstamos y créditos a hogares e ISFLSH. Entidades de crédito y EFC.* <<https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/a1904.pdf>>

TIN) porque es el que realmente refleja el coste del servicio de apertura de crédito revolving. La TAE, en cambio, se configura del interés remuneratorio, pero también de los gastos y comisiones de servicios conexos al servicio principal. Esto provoca, consecuentemente, que la diferencia entre el tipo de interés de referencia y el tipo de interés aplicado por la entidad sea mayor y la consideración de la usura y de sus consecuencias pueda ser desproporcionada.

Por otro lado, la decisión del Tribunal Supremo parte en el plano de los hechos de una hipótesis fáctica que tampoco resulta correcta. En efecto, a diferencia de lo que sucede en la financiación mediante préstamo, en el que todas sus condiciones financieras son fijas, conocidas e inmutables en el momento de su concesión (por lo que su TAE es una y única), la concesión de crédito mediante tarjeta de crédito revolving, de ordinario, no presentará una TAE única e inmutable durante toda la vida del contrato⁷, sino que esta variará en función de la concreta forma de pago aplazado (cuota fija o pago proporcional fraccionado) y del importe de la cuota mensual que el acreditado elija libremente en cada momento de entre las distintas opciones previstas en el contrato. Es más, la solvencia del cliente obliga a la entidad a elevar el tipo de interés inicial o, a la inversa, un cliente con buen ratio crediticio (scoring) quizás no pague el TAE inicialmente pactado en el contrato. Los mercados, productos, segmentos, perfiles de riesgo y clientes son distintos y esta diversidad se refleja naturalmente en precios que, lógicamente, han de diferir.

El interés remuneratorio es el índice más aconsejable para una equiparación homogénea o comparativamente equivalente con los intereses remuneratorios que publica el Banco de España. De forma subsidiaria, esto es, de mantenerse el criterio por la aplicabilidad de la TAE, pensábamos que no debería tomarse la TAE establecida inicialmente en el contrato, sino que se debería atender al criterio de tomar como referencia el tipo de «interés», expresado en TAE, que ha aplicado efectivamente a cada una de las disposiciones de crédito, en función de las formas de pago y del importe de la cuota mensual elegida por el acreditado, para a continuación determinar cuál ha sido la TAE media efectivamente abonada por el acreditado durante toda la vida del contrato, obteniendo así un primer término de la comparación correcta.

Si cabe el símil, la Sala de lo Civil del Alto Tribunal, en su Sentencia de 27 de marzo de 2019, de la que fue ponente D. Ignacio Sancho Gargallo⁸, no consideró «interés notablemente superior» a un préstamo hipotecario en el que, en el año en que se pactó (2008), en operaciones hipotecarias a un año el interés medio estaba situado en el 5,99 % y en operaciones hipotecarias a más de 10 años en el 5,76 % (TAE 6,18 %). El interés pactado, del 10 % anual, con ser superior al medio, no justifica *per se* la subsunción del interés aplicable en la etiqueta de «notablemente superior» o «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».

⁷ De hecho, esto solo sucederá cuando el acreditado disponga inicialmente y en única vez del importe total acreditado, aplicando la forma de pago por defecto contractualmente establecida.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 189/2019, de 27 de marzo (NCJ064074). Ponente: Ignacio Sánchez Gargallo.

Nuestra conclusión al respecto es determinante: el Alto Tribunal ha sentado doctrina no pacífica porque declara usureros a una parte del sector financiero por el hecho de que hayan comercializado tarjetas revolving con un interés por encima del 26,82 % TAE con base en unos criterios muy discutibles. Por no decir ya que el Tribunal Supremo se convierte en un instrumento de fijación de precios y en un interventor del mercado financiero, sin mayor consideración al artículo 315 del Código de Comercio –principio de libertad de pacto de tasa de interés remuneratorio–; y de hacer depender la aplicación de la Ley Azcárate únicamente del elemento objetivo, obviando el inherente elemento subjetivo que inspira la ley como elementos cumulativos de su ámbito de aplicación.

4.2 El acuerdo de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria

La actual posición de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha provocado indefinición y una cascada de reacciones de los órganos jurisdiccionales inferiores para inventar o buscar soluciones propias. Más aún, a una falta de criterios y elementos en los que basar la determinación de usura que pueden dar lugar a interpretaciones que contradigan la línea trazada por la sentencia del Tribunal Supremo.

El más claro e inmediato ejemplo ha sido el acuerdo no jurisdiccional tomado por las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 12 de marzo de 2020. Los magistrados de las secciones civiles acordaron que:

1. Con base en la Sentencia de 4 de marzo de 2020, a efectos de declaración de usura, un interés ordinario o remuneratorio (TAE) un 10 % más alto que el índice relativo al tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving se considerará notablemente superior y, por lo tanto, usurario.
2. Para contratos anteriores a la fecha en la que el Banco de España publicó las estadísticas oficiales relativas al tipo medio aplicado a operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving, se aplicará la doctrina establecida en la Sentencia de 25 de noviembre de 2015 (Banco Sygma).

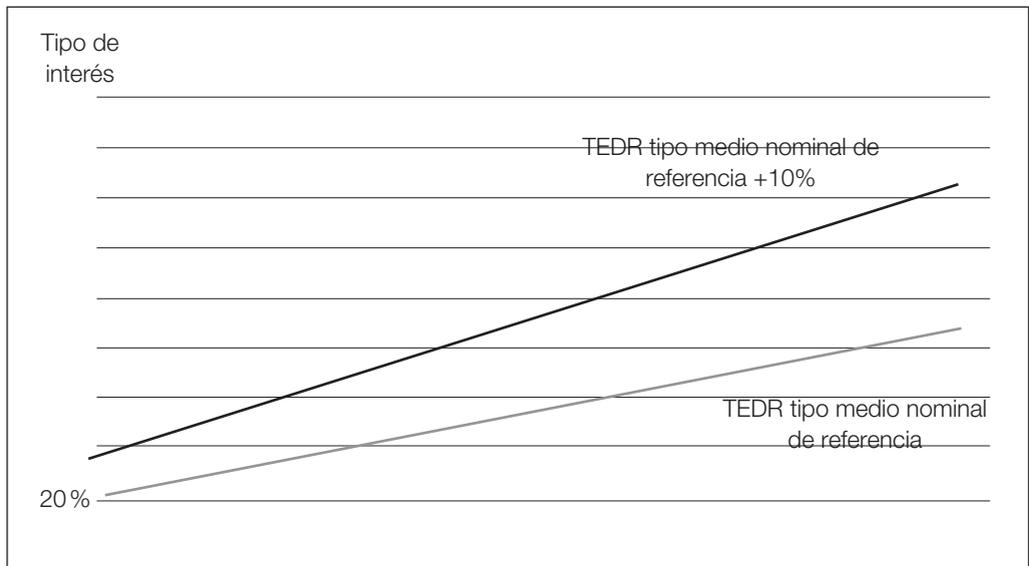
Es preciso decir que este acuerdo no tiene naturaleza jurisdiccional en tanto que no es una resolución judicial y, además, peor aún, no debe servir de orientación a otros órganos judiciales, debido a que los acuerdos alcanzados y sus desafortunados efectos, no solo son erróneos, sino que son incompatibles con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El contenido del acuerdo tampoco está exento de polémica, en tanto que resuelve la cuestión *sui generis*. En primer lugar, consideramos que supone *de facto* la eliminación del requisito legal para la calificación de usura, esto es, que el interés enjuiciado sea «notable-

mente superior» al normal del dinero. En consecuencia, cabe imaginarse que en un supuesto en el que el tipo de referencia fuera el 12 %, un contrato con una TAE del 13,41 % sería directamente considerado usurario. ¿Es un diferencial de 1,21 puntos porcentuales algo que supone un tipo «notablemente superior»?

En segundo lugar, desde el punto de vista económico, el acuerdo suprime el equilibrio dinámico entre el tipo medio normal y el margen de las entidades financieras, al establecer la TAE. Es decir, la relación entre mayor interés de referencia y menor margen que establece la Sentencia de 4 de marzo de 2020 desaparece por completo, dado que el margen queda determinado por la Audiencia Provincial de forma proporcional y constante (10 %). La flexibilidad que perseguía el Tribunal Supremo, por lo tanto, se disipa.

En tercer lugar, la relación entre las variables relevantes –tipo de interés normal de referencia y el margen de las entidades financieras– establecida en el acuerdo es justo la contraria que estableció el Tribunal Supremo en el caso WiZink. De hecho, el acuerdo se articula con una relación inversa entre las dos variables, porque a mayor tipo normal de referencia, menor margen, y a la inversa, a menor tipo normal de referencia, mayor diferencia admitida. El acuerdo de la audiencia provincial cántabra, al prever una proporcionalidad con un porcentaje uniforme implica que cuanto mayor sea el tipo normal de referencia, mayor será el margen de las entidades financieras.



El gráfico muestra el razonamiento adoptado por los magistrados de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria. A una fecha dada, la línea en color gris refleja el interés normal de referencia, mientras que la línea en color negro contempla los valores

del tipo de interés normal de referencia con el 10 % adicional. Por tanto, siguiendo la lógica del acuerdo, las TAE contempladas en la línea negra son las TAE que deben considerarse usurarias. La separación entre ambas funciones siempre será del 10 %, pero en términos absolutos la diferencia será mayor a medida que el interés normal de referencia se incrementa. Por lo tanto, mayor será el margen de las entidades por la financiación revolving, y esta consecuencia contradice evidentemente lo dictaminado por el Alto Tribunal.

La consecuencia adicional es que provoca disparidad de resultados porque algunos tipos de interés de tarjetas revolving se considerarían usurarios bajo el criterio adoptado por las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria, y, contrariamente, esos mismos tipos de interés podrían no ser usurarios bajo los criterios establecidos en la sentencia del Tribunal Supremo.

Por otro lado, el acuerdo de la Audiencia Provincial de Cantabria también contraviene la Sentencia de 4 de marzo de 2020, al disponer que en los contratos anteriores a la fecha en la que el Banco de España publicó las estadísticas oficiales sobre el tipo medio de tarjetas de crédito (y revolving) deberá aplicarse la doctrina de la sentencia del 2015 del caso Banco Sygma.

Es decir, en los contratos de crédito revolving celebrados antes de junio de 2010 –que es la fecha a partir de la que aparecen publicados por el Banco de España los tipos medios de las tarjetas– deberán utilizarse como elemento de comparación los tipos medios de las operaciones de crédito al consumo en su conjunto, criterio este sostenido en la anterior sentencia del Tribunal Supremo (caso Banco Sygma).

Además, que entender que, pese a la reciente Sentencia de 4 de marzo de 2020, debe aplicarse el criterio de la sentencia del caso Banco Sygma, sin atender a la prueba aportada en cada procedimiento, no se ajusta en absoluto a la actual doctrina jurisprudencial. La Audiencia de Cantabria vendría así a sostener que la necesidad de comparar con la modalidad de crédito específico solo sería aplicable para los contratos celebrados con posterioridad a junio de 2010.

4.3. Posibles efectos colusorios en el mercado de tarjetas de crédito revolving

Uno de los pilares sobre el que se asienta el ordenamiento constitucional y el sistema económico de la nación es el derecho a la libre empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 Constitución Española). Dentro de este dogma constitucional se encuentra embebido el derecho de los oferentes de bienes y servicios a determinar libremente el precio al que deciden finalmente ofrecerlos a sus eventuales adquirentes.

Así pues, el único límite al principio de libertad en la fijación del precio es que este se haya fijado en un marco de libre competencia y de competencia leal entre los oferentes de

productos. De este modo, cuando la libertad de precios se utiliza con el ánimo de eliminar o reducir la libre competencia, o cuando se emplea pervirtiendo el funcionamiento del mercado competitivo a través de prácticas deshonestas, el ejercicio de dicha libertad ni es ni puede ser amparado por el ordenamiento jurídico.

La realidad imperante hasta la fecha es que parecía improbable que concurriera colusión o fijación de precios entre las principales entidades financieras por lo que respecta a los distintos tipos de créditos al consumo. Los TAE de las tarjetas de crédito revolving presentan notables variaciones, por lo que es y viene siendo difícil de demostrar que se produce un pacto colusorio de fijación de precios por parte de las entidades financieras, restrictivo de la competencia.

La reciente Sentencia de 4 de marzo de 2020 ha resuelto que para determinar si el tipo de interés de una tarjeta revolving es usurario será necesario comparar el tipo normal medio TEDR de tarjetas de crédito y revolving con la TAE del concreto contrato de tarjeta revolving. También ha establecido que cuanto mayor sea el tipo normal del dinero usado como contraste o término de comparación, menor será el diferencial que se va a permitir a la entidad financiera por encima de ese umbral de normalidad.

Una entidad financiera tiene incentivos para competir y ajustar los precios (interés remuneratorio y comisiones) de sus productos financieros para ganar clientes y cuota de mercado. Desde el punto de vista económico y de derecho de la competencia, la resolución del Alto Tribunal podría plantear, sin embargo, un problema estructural importante, y es que, si bien no puede considerarse un pacto colusorio *stricto sensu*, consideramos que la decisión propende a la colusión de precios entre las diferentes entidades del sector y no a la competencia entre ellas, en detrimento de los consumidores.

Asimismo, una rebaja de la TAE por parte de la entidad financiera supondría reducir el precio de equilibrio de mercado para ese producto y, por tanto, el tipo normal de referencia. Además, hay que tener presente que en el momento de formalización del contrato y determinar la TAE con el nuevo cliente, la entidad financiera desconoce el tipo normal de referencia en tanto que el Banco de España publica el tipo medio normal de referencia a toro pasado, esto es, al cabo de unos meses. Sin embargo, el TEDR determinará *ex post* en un momento futuro si la TAE del contrato se reputa usuraria.

La Sentencia de 4 de marzo de 2020 no aclara cuáles serán, y cómo se determinarán, los límites máximos –so pena de incurrir en usura– de exceso sobre el tipo de referencia concedidos a la fijación de TAE para un contrato de crédito revolvente. El límite de tolerancia marcado por el Tribunal Supremo para determinar la condición usuraria de un tipo de interés en este campo no es ni objetivo ni general. Tan solo ha considerado la diferencia entre la TEDR media y la TAE del contrato en cuestión. Nuestra postura es que debería tratarse esta cuestión con una regulación legal que surtiera los efectos vinculantes inherentes hacia todos los participantes del mercado.

Aunque lo deseable sería contar con una regulación clara sobre los tipos máximos de interés, hasta que contemos con la misma hubiera sido transitoriamente admisible que el Tribunal Supremo se pronunciara fijando parámetros o rangos porcentuales claros y precisos para determinar el elemento objetivo de la Ley Azcárate, acudiendo, incluso, de forma analógica a normas sustantivas de nuestro ordenamiento jurídico, como ha hecho en otras ocasiones⁹, en aras de la seguridad jurídica y en evitación de un interminable peregrinaje judicial. Tal vez dicha doctrina hubiera supuesto un faro para la futura regulación de las tarjetas revolving, a modo de lo que hizo el Tribunal Supremo con la distribución de los costes de constitución del crédito hipotecario en sus cinco sentencias de 23 de enero de 2019¹⁰.

En definitiva, el Tribunal Supremo ha dictado sentencia perdiendo la oportunidad de fijar doctrina uniforme, clara e inequívoca sobre esta materia, provocando el efecto inverso, al generar inseguridad jurídica e incertidumbre, lo que parece alentar a una mayor litigiosidad. Salvo ulterior precisión del Tribunal Supremo, los órganos de instancia y apelación tendrán que concretar el umbral de tolerancia para un interés «notablemente superior».

5. ¿Pervive el elemento subjetivo de la Ley Azcárate frente al crédito revolving?

La Ley Azcárate fue promulgada para evitar abusos inmorales por parte de los prestamistas, que se aprovechaban de la situación de angustia de algunas personas. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1984, estuvo inspirada en

principios de moralidad y con el fin de combatir en la medida de lo posible la lacra social de la usura, encubierta habitualmente en formas contractuales aparentemente lícitas que hacen difícil, cuando no imposible, al prestatario la prueba directa de su existencia.

Se trata, en definitiva, de una norma que restringe la autonomía de la voluntad en la determinación del tipo de interés y viene a establecer una nulidad radical como sanción cuando se perfeccione un préstamo con un interés usurario.

⁹ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil): núm. 265/2015, de 22 de abril (NCJ059868). Ponente: Rafael Saraza Jimena; núm. 705/2015, de 23 de diciembre (NCJ060752). Ponente: Pedro José Vela Torres; núm. 725/2018, de 19 de diciembre (NCJ063697). Ponente: Pedro José Vela Torres; núm. 463/2019, de 11 de septiembre (NCJ064228). Ponente: Pedro José Vela Torres.

¹⁰ El criterio seguido en esas cinco sentencias (números 44, 46, 47, 48 y 49/2019), fijando doctrina sobre algunas cuestiones relativas a cláusulas abusivas, fue parcialmente adoptado por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

El apartado primero del artículo 1 de la Ley Azcárate, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, establece lo siguiente:

Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Según se desprende de dicho precepto, han de darse dos elementos para que se produzca el supuesto de hecho de la norma, estos son: un elemento objetivo, consistente en que el contrato tenga «un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado» y uno subjetivo, esto es, que dicho contrato «ha[ya] sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

Sin embargo, la última interpretación de nuestro Tribunal Supremo no parece acogerse con gran entusiasmo a la literalidad de la norma. La importante Sentencia de 4 de marzo de 2020 hace una interpretación *contra legem* del precepto, dejando virtualmente sin efecto su elemento subjetivo.

La Sentencia de 4 de marzo de 2020 (WiZink) modifica en cierta medida la anterior sentencia del año 2015 (Banco Sygma) y establece que para determinar si un tipo de interés es usurario, el mismo ha de compararse con el tipo de interés normal del segmento de crédito al que corresponde, en este caso las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving.

Como dijimos, la Sentencia de 4 de marzo de 2020 realiza una interpretación correctora de la norma eliminando el elemento subjetivo, y lo argumenta de manera sucinta de la siguiente forma:

1.- La doctrina jurisprudencial que fijamos en la sentencia del pleno de esta sala 628/2015, de 25 de noviembre, cuya infracción alega la recurrente, puede sintetizarse en los siguientes extremos: [...]

ii) Para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura, esto es, «que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija «que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

En primer lugar, llama la atención que el Alto Tribunal, tan acostumbrado a extenderse y a ser didáctico sin importarle la extensión de sus resoluciones, remita a una sentencia de

hace cinco años para desechar un elemento nuclear de la controversia, cual es la falta de aplicación del elemento subjetivo del artículo 1.

Pero es que, si acudimos a la citada Sentencia de 25 de noviembre de 2015, no encontramos ninguna mención significativa para dicha derogación del elemento subjetivo, por lo que en absoluto se ha justificado el cambio de tendencia jurisprudencial¹¹. Como dice la doctrina más atendible, «no hay, por tanto, ni tan siquiera una "problematización de la cuestión", esto es, criterios o referentes que justifiquen un cambio de doctrina de semejante calado».

Por otro lado, el Tribunal Supremo aplica la Ley de la Usura enmendando al mercado financiero, cuando la norma está prevista para supuestos individuales, y de forma expresa deroga jurisprudencialmente el elemento subjetivo. Parafraseando a Javier Orduña Moreno, es un grave error aplicar la Ley Azcárate a un mercado financiero cuando el elemento esencial de la ley es el elemento subjetivo, sin el cual la Ley Azcárate no tiene sentido, al constituir este el requisito primero de la ley¹².

En nuestra opinión, no existen argumentos convincentes para sostener, como hace el Alto Tribunal, que no debemos tener en consideración el elemento subjetivo de la Ley Azcárate; dicha interpretación implicaría una interpretación restrictiva del derecho privado no deseada por el legislador. Los argumentos para derogar el elemento subjetivo no son atendibles, y por consiguiente la Ley Azcárate no debería ser de aplicación por las siguientes consideraciones:

¹¹ Citamos, entre otras, STS de 18 junio de 2012 (NCJ057432); SAP de Madrid núm. 225/2015, de 29 de junio (rec. núm. 345/2014); SAP de Valladolid núm. 122/2015, de 9 de junio (rec. núm. 37/2015); SAP de Almería núm. 102/2015, de 29 de mayo (rec. núm. 128/2012); SAP de Sevilla núm. 77/2015, de 23 de febrero (rec. núm. 5943/2014); SAP de Madrid núm. 327/2014, 25 de septiembre (rec. núm. 321/2014); SAP de Málaga núm. 233/2014, de 28 de marzo (rec. núm. 31/2014); SAP de Alicante núm. 610/2013, de 3 diciembre (rec. núm. 1102/2012); SAP de Barcelona núm. 92/2013, de 13 febrero (rec. núm. 53/2012); SAP de Asturias núm. 261/2013, de 10 junio (rec. núm. 696/2012); SAP de Guipúzcoa núm. 137/2013, de 8 de mayo (rec. núm. 3061/2013).

Aun así, los intereses que no sean considerados usurarios no se limitan en el 24 %, se presume que hasta el 24 % los intereses no son usurarios, por lo que, en atención global a las circunstancias del caso, los intereses remuneratorios no usurarios pueden rebasar dicho tipo. Intereses del 24,60 % han sido estimados no usurarios por la SAP de Sevilla (Sección 5.ª) núm. 411/2012, de 26 julio. El mismo juicio positivo para intereses del 26 % por parte de la SAP de Murcia (Sección 5.ª) núm. 370/2013, de 22 octubre (rec. núm. 357/2012). Es más, un interés del 29 % ha sido validado por la SAP de Murcia (Sección 5.ª) núm. 320/2012, de 18 de noviembre (rec. núm. 276/2012) y de La Coruña (Sección 3.ª) núm. 487/2012, de 11 de octubre (rec. núm. 731/2012).

¹² *Jornada Formativa de Consumo* organizada por la Comisión de Cultura, Comisión de Normativa y Sección de Derecho de Consumo del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB) el 5 de marzo de 2020. Entre otros ponentes, asistió el catedrático de Derecho Civil y exmagistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, D. F. Javier Orduña Moreno.

1. La Sentencia de 4 de marzo de 2020 encomienda a los juzgados y tribunales la difícil tarea de erigirse en interventores del mercado financiero en lo que hace a los créditos al consumo, pues será cada uno de ellos el que deba decidir si el tipo de interés de las tarjetas revolving era «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado» (ex. art. 1 de la Ley Azcárate) al tiempo de contratar el producto. Ello supone un acto de indebido intervencionismo del Poder Judicial en el funcionamiento del mercado financiero que, a juicio de esta parte, podría estar vulnerando la libertad de empresa (art. 38 Constitución Española) y la libertad de competencia, amén de los principios constitucionales de seguridad jurídica, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; una cosa es anular una cláusula en un concreto contrato a la luz del caso particular, y otra fijar indirectamente a las entidades financieras cuál es el tipo de interés que han de cobrar por sus productos, cuando son ellas precisamente las que mejor conocen los elevadísimos riesgos de impago que lleva aparejados este tipo de productos y, por consiguiente, a qué interés mínimo han de ofertarse para obtener un mínimo de legítima rentabilidad.
2. Con toda seguridad, el tipo de interés que utilizaba para el crédito revolving, no solo WiZink Bank, SA, sino otras entidades financieras, era el resultado no de los caprichosos deseos de la entidad financiera, sino de unos complejos cálculos actuariales que tenían en cuenta la más elevada posibilidad de impago de este contrato con respecto a otros productos bancarios. Con esta resolución, el Poder Judicial se adentra de lleno en el pantanoso terreno de la regulación de precios, sin ser consciente de que sin duda esta sentencia contribuirá a la restricción de este tipo de productos, que deberán minorar el interés a cambio de un mayor cribado de la solvencia.

Y es que, sin duda, esta sentencia contribuirá a corto plazo a que numerosos ciudadanos no puedan acudir a este tipo de productos, que en lo sucesivo deberán contar con tipos de interés inferiores so pena de resultar radicalmente nulos. Resulta sencillo colegir que las personas de dudosa solvencia podrán ver vetado su acceso, y que deberá introducirse cierto control de riesgos por parte de las entidades financieras antes de su concesión.
3. A mayor abundamiento, a fecha de publicación de la este trabajo ya estamos inmersos en el estado de alarma decretado con ocasión de la pandemia por la covid-19, siendo que la fecha de la sentencia comentada, apenas 10 días antes de la declaración de dicho estado de alarma, no ha podido ser más inoportuna, al coincidir con la terrible situación que atraviesa España en la actualidad, con una crisis coyuntural de liquidez para familias y autónomos derivada del confinamiento, en la que sin duda este tipo de productos se hacen más necesarios que nunca para aliviar tensiones temporales de liquidez.
4. Sustituir la deseable regulación legislativa del tipo de interés máximo por la tutela judicial individual resulta altamente gravoso para el ciudadano. Resulta absurdo que sea el ciudadano el que tenga que acudir a la información publicada en el

Banco de España para saber cuál es el tipo normal del crédito al consumo, para determinar si el interés es «notablemente superior», y si reputa excesivo el tipo de interés, acudir a un largo y costoso procedimiento judicial.

5. Como venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo, esta sentencia deja una gran sensación de inseguridad jurídica. Desmonta la doctrina judicial anterior. Si bien es cierto que la sentencia decide finalmente sobre cuál ha de ser el tipo comparativo –aun de equivocarse– en lo que hace a las tarjetas de crédito revolving, abre nuevas incógnitas. En primer lugar, deja una enorme horquilla de siete puntos porcentuales por encima del 20 % de interés, por lo que resulta imposible saber cuándo nos encontramos ante un interés «notablemente superior al normal del dinero».

Y es que, en contra de lo que sostienen algunos autores, en nuestra opinión no puede desprenderse de la Sentencia que todos los tipos de interés que estén por debajo de 6,82 puntos porcentuales sean ajustados a derecho, pues aún es posible que ulteriores sentencias establezcan que el contrato es usurario, aun contando con un margen mucho más estrecho¹³.

6. Además, la sentencia del Alto Tribunal no arroja luz sobre qué ocurrirá en los casos contratados antes de 2010, año a partir del cual el Banco de España comenzó a publicar estadísticas, usualmente tomadas como referencia para demostrar cuál era el «*tipo de interés normal del dinero*», es decir, el tipo medio en las tarjetas revolving, en un año concreto. Sí que hace mención al particular, sin embargo, el desafortunado acuerdo no jurisdiccional de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria de 12 de marzo de 2020, *ut supra* analizado.
7. La anulación del contrato, sanción máxima en derecho civil, ha de regirse cuando menos por el principio de tipicidad, es decir, tendrá que estar apoyada en la literalidad de una norma y solo en aquellos casos expresamente contemplados por la ley. Este principio de tipicidad se esfuma al realizar nuestro Alto Tribunal una interpretación correctora del artículo 1, obviando nada menos que el elemento subjetivo requerido por la Ley Azcárate. Si en los 112 años de vida de dicha norma el legislador ha decidido –oportunidades ha tenido, y continúa teniendo– no derogar expresamente dicho elemento subjetivo, difícilmente podrá defenderse la teoría del Tribunal Supremo, que exige tan solo la concurrencia del elemento objetivo para la anulación del contrato.
8. Ha de tenerse en cuenta, además, que no estamos en un sector precisamente olvidado por el legislador, todo lo contrario, existe una hiperjuridificación del sector financiero. Se cuentan por cientos las normas que delimitan el campo de actuación de las entidades financieras, sin que el legislador haya reparado en algo tan importante como reflejar expresamente que no ha de tenerse en cuenta

¹³ En el sentido opuesto, téngase en cuenta el acuerdo no jurisdiccional tomado por las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria, *ut supra* analizado.

las circunstancias del deudor –elemento subjetivo– para aplicar la Ley Azcárate. Si en el sector financiero –y en tantos otros– nos encontramos con lo que Carl Schmitt (1950, p. 20) llamó la «legislación motorizada»¹⁴, y a pesar de ello el legislador no ha reparado en un asunto tan nuclear, no puede favorecerse la interpretación más restrictiva.

9. Desde un punto de vista conceptual, carece de sentido restringir el principio de *pacta sunt servanda* (ex. art. 1.255 Código Civil) sin apoyo normativo expreso. Ha de recordarse que, según nuestro Tribunal Supremo, la Ley Azcárate resulta de aplicación tanto si el deudor es consumidor como si es empresario, lo que sin duda pone aún más de manifiesto la temeridad que supone derogar de facto el elemento subjetivo de la norma. Nuestro ordenamiento jurídico privado –por cierto, tras siglos de derecho romano– concede plena libertad para que las partes pacten cualquier proyecto patrimonial, con el que decidan comprometerse y vincularse recíprocamente, siempre que respeten la ley, la moral y el orden público, siendo que la Ley Azcárate vino a poner coto a las prácticas de usura, siempre teniendo en cuenta las condiciones particulares del deudor («su situación angustiosa, [...] su inexperiencia o [...] lo limitado de sus facultades mentales»).
10. En definitiva, en nuestra opinión los argumentos de la sentencia no nos parecen concluyentes, por cuanto la derogación del elemento subjetivo atentaría contra las bases sobre las que se asienta nuestro derecho de obligaciones y contratos, e implicaría una interpretación del derecho privado en términos de presumir prohibiciones o de favorecer interpretaciones restrictivas.

6. Gobernanza de productos: público objetivo y escenarios estresados

La directiva MiFID II¹⁵ introdujo la necesidad de que las entidades financieras que emitan, diseñen, fabriquen o comercialicen instrumentos financieros establezcan un sistema interno de gobernanza de productos con el fin de mitigar el riesgo en la comercialización de esos instrumentos financieros. Pues bien, este hito legislativo a nivel europeo supuso también que la Autoridad Europea Bancaria (en lo sucesivo, EBA) desarrollara la materia, extrapolando similares exigencias a productos de naturaleza bancaria.

¹⁴ En el original, «das "motorisierte Gesetz"». En este sentido también se pronunció Ortega y Gasset (1953, p. 688) refiriéndose a este fenómeno como «legislación incontinente». Asimismo, Luhmann (1981, p. 154) usó los términos «marea de leyes» o «hiperjuridificación».

¹⁵ Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (MiFID II).

La EBA, mediante guías técnicas y recomendaciones¹⁶, y, por su parte, el Banco de España¹⁷, recomienda a las entidades financieras implementar un sistema de gestión del riesgo corporativo mediante un sistema de gobernanza de productos en las entidades financieras basado en el principio de autorregulación normativa. Este sistema de gestión del riesgo debe reflejarse en una política corporativa de obligado cumplimiento por la entidad financiera y sus empleados (así como sus entidades filiales, en su caso) que debe desarrollar un proceso de aprobación de nuevos productos, esto es, análisis, evaluación, decisión y seguimiento individualizado y personalizado sobre cada producto que diseñe y comercialice la entidad; e incluso para cualquier modificación de carácter sustancial que pudiera haber posteriormente (entiéndase por modificación sustancial cambios de público objetivo o de las características intrínsecas y fundamentales del producto).

La regulación en materia de gobernanza de productos y el proceso de aprobación que se exige viene, sin duda, a rediseñar la relación existente entre intermediarios y clientes, porque obliga a las entidades financieras a internalizar esta relación en sus políticas de gobierno corporativo. Esto es así debido a que el interés del cliente asume una mayor preponderancia, un papel central en todo el ciclo de vida del producto bancario, es decir, desde su creación hasta su comercialización.

Los atributos del cliente juegan –más que nunca– un rol fundamental desde la fase inicial de creación de un producto bancario, como puede ser una tarjeta de crédito revolving. De hecho, los productos financieros deben ser diseñados para cumplir con las necesidades del público objetivo positivo. Es por ello que el público objetivo debe preestablecerse en la fase de diseño del producto, acotarse y, en su caso, prohibirse la comercialización del producto para aquel público que no sea idóneo (público objetivo negativo).

No obstante, las exigencias van más allá y exigen que en la fase de diseño, esto es, de pre-aprobación por el órgano interno de la entidad, que el originador del producto explique y establezca diferentes escenarios estresados del producto. Es decir, pruebas de simulación desde la perspectiva del cliente adquirente del producto o servicio bancario y del precio/coste que soporta para obtener ese producto o servicio. El Banco de España y la EBA consideran que los resultados de diferentes escenarios estresados también ayudan a entender la adecuación e idoneidad del producto al público objetivo que está pensado o proactivamente dirigido.

¹⁶ *Joint Position of the European Supervisory Authorities on Manufacturer's Product Oversight Governance Processes* (GL-POG-ESA) y las *Guidelines on product oversight and governance arrangements for retail banking products* (GL-POG-EBA, de 15 de julio de 2015).

¹⁷ *Directrices sobre gobierno interno* (EBA/GL/2017/11, publicadas en español el 21 de marzo de 2018) adoptadas como propias por el Banco de España en fecha de 18 de mayo de 2018.

En relación con las tarjetas de crédito, se facilita al cliente la disposición de una línea de crédito de manera prácticamente inmediata, pudiéndose llevar a cabo la contratación por vía telefónica, permitiendo usualmente el abono mensual sin intereses, careciendo de garantías adicionales y personales, y en algunos casos sin prever intereses de demora. Todas estas circunstancias conllevan un mayor riesgo para el prestamista, que se traduce en unos intereses remuneratorios más elevados que los aplicables a los préstamos personales.

Entendemos que existen variables claves para la confección de unos escenarios estresados del producto, cuyos resultados permitirán delimitar y acotar el público objetivo en su doble vertiente, respectivamente. A título de ejemplo, consideramos que ya en cualquier producto, especialmente en los de alto riesgo, como las tarjetas de crédito revolving, debe establecerse un mínimo de tres escenarios diferentes –por ejemplo, escenario favorable, neutro y desfavorable–. Sin duda, los resultados de los escenarios desfavorables –desde el punto de vista del cliente– serán los datos o la información más reveladora. Para confeccionar estos escenarios debe partirse de capitales de disposición medios u objetivos y conjugar con plazos y el tipo de interés aplicable (TIN/TAE) como principales variables. También pueden incluirse los gastos añadidos, las comisiones fijas o variables que hubiere e, incluso, hacer un ejercicio más extenso para este tipo de productos, como es la suma de varias compras sucesivas o aplazadas por el cliente.

A continuación, el lector podrá analizar un escenario estresado (desfavorable) desde el punto de vista del cliente-titular de una tarjeta de crédito revolving. El cliente consume 2.000 € de los 3.000 € disponibles en una sola adquisición. El TIN asciende al máximo previsto por contrato (26,40 %) y, consecuentemente, la TAE (29,84 %). La cantidad que el cliente aporta a la amortización del crédito se ha establecido en 100 €/mensuales en un período de 3 años.

Las características de una operación hipotética son las siguientes:

Fecha de operación	1-sept.
Límite de crédito	3.000 €
Cantidad financiada	2.000 €
Tipo de interés mensual (%)	2,20
TIN (tipo de interés nominal)	26,40 %
TAE (tasa anual equivalente)	29,84 %
Cuota fija a pagar (tarifa plana)	100 €

Los resultados de la operación a tres años de amortización son las siguientes:



Fecha de cobro de la cuota		Importe de la cuota mensual que paga el cliente	Desglose de la cuota		Importe que le queda pendiente de pagar en las siguientes cuotas
			Capital	Intereses	
Fecha de compra	1-sept.				-2.000,0 €
Importe de la 1. ^a cuota	1-oct.	100 €	56,00 €	44,00 €	1.944,0 €
2. ^a	1-nov.	100 €	57,23 €	42,77 €	1.886,8 €
3. ^a	1-dic.	100 €	58,49 €	41,51 €	1.828,3 €
4. ^a	1-ene.	100 €	59,78 €	40,22 €	1.768,5 €
5. ^a	1-feb.	100 €	61,09 €	38,91 €	1.707,4 €
6. ^a	1-mar.	100 €	62,44 €	37,56 €	1.645,0 €
7. ^a	1-abr.	100 €	63,81 €	36,19 €	1.581,2 €
8. ^a	1-may.	100 €	65,21 €	34,79 €	1.515,9 €
9. ^a	1-jun.	100 €	66,65 €	33,35 €	1.449,3 €
10. ^a	1-jul.	100 €	68,12 €	31,88 €	1.381,2 €
11. ^a	1-ago.	100 €	69,61 €	30,39 €	1.311,6 €
12. ^a	1-sept.	100 €	71,15 €	28,85 €	1.240,4 €
13. ^a	1-oct.	100 €	72,71 €	27,29 €	1.167,7 €
14. ^a	1-nov.	100 €	74,31 €	25,69 €	1.093,4 €
15. ^a	1-dic.	100 €	75,95 €	24,05 €	1.017,5 €
16. ^a	1-ene.	100 €	77,62 €	22,38 €	939,8 €
17. ^a	1-feb.	100 €	79,32 €	20,68 €	860,5 €
18. ^a	1-mar.	100 €	81,07 €	18,93 €	779,4 €
19. ^a	1-abr.	100 €	82,85 €	17,15 €	696,6 €
20. ^a	1-may.	100 €	84,67 €	5,33 €	611,9 €
21. ^a	1-jun.	100 €	86,54 €	13,46 €	525,4 €
22. ^a	1-jul.	100 €	88,44 €	11,56 €	436,9 €



Fecha de cobro de la cuota	Importe de la cuota mensual que paga el cliente	Desglose de la cuota		Importe que le queda pendiente de pagar en las siguientes cuotas	
		Capital	Intereses		
▶					
23. ^a	1-ago.	100 €	90,39 €	9,61 €	346,6 €
24. ^a	1-sept.	100 €	92,38 €	7,62 €	254,2 €
25. ^a	1-oct.	100 €	94,41 €	5,59 €	159,8 €
26. ^a	1-nov.	100 €	96,49 €	3,51 €	63,3 €
27. ^a	1-dic.	100 €	63,28 €	1,39 €	0 €
Total capital		2.000,00 €			
Total intereses		664,67 €			
TOTAL A PAGAR		2.664,67 €			

El titular de una tarjeta de crédito amortiza los 2.000 € tomados en crédito devolviendo un total de 2.664,67 € con intereses¹⁸. Una cantidad considerable, teniendo en cuenta que la naturaleza de la tarjeta de crédito revolving permite:

- Que el cliente siga consumiendo el saldo disponible (en el ejemplo, 1.000 €) que, a su vez, generarán una nueva deuda con intereses y, por supuesto, paralela a la ya existente.
- Que las cantidades ya dispuestas y pendientes de amortización puedan ser objeto de nuevos aplazamientos sucesivos en períodos más prolongados por decisión del cliente.
- Que el capital amortizado genere a su vez el derecho del titular de disponer del monto remanente cuando se le presenta cualquier necesidad concreta, siempre dentro del límite previamente acordado y de la vigencia del contrato.
- Que la entidad que concede la tarjeta de crédito revolving no exige de la presentación de justificación documental ni de garantías de ningún tipo en ningún momento, esto es, ni en el momento de la concesión de la tarjeta, ni tampoco en los momentos de disposición del saldo –que pueden motivarse por necesidad(es) diversa(s).

¹⁸ Con el fin de facilitar información a los usuarios sobre cómo se amortizará la deuda pendiente de una tarjeta revolving, en una determinada fecha y para una cuota mensual, el Banco de España ha puesto a disposición del público un simulador a través de su Portal del Cliente Bancario: <https://app.bde.es/asb_www/vencimiento.html#/principalVencimiento>

En la comercialización de tarjetas de crédito revolving debe evitarse la concesión indiscriminada de préstamos bajo esta modalidad, so pena de incurrir en usura por permitir el sobreendeudamiento de clientes cuando existan otros métodos de financiación más beneficiosos. Por ello, es necesario realizar acciones para evitar que la deuda del cliente se «eternice», cosa que se puede conseguir estableciendo el pago mensual de una mínima cantidad en concepto de amortización del principal, más todos los intereses y comisiones del período, suprimiendo la posibilidad de capitalizar intereses.

También es relevante la mitigación de riesgos legales derivados de una incorrecta campaña publicitaria del producto. Los potenciales riesgos de una tarjeta de crédito revolving durante la comercialización bajo campañas activas (envío de la tarjeta; información normalizada europea sobre el crédito al consumo; y contrato al domicilio del titular) se basan en ofrecer al cliente un producto cuyo TAE puede ser del 18 %, que al cabo de un año puede verse modificado a un tipo que puede variar al alza según la solvencia del cliente (scoring). Pues bien, es preciso que en las campañas publicitarias se destaque este aspecto. Esta práctica es legal siempre que se comunique adecuadamente al cliente la modificación del tipo de interés y que no se perciba contraria a los principios y directrices de la política corporativa de comunicación comercial de la entidad, ya que no oculta un riesgo. Sin embargo, debe advertirse que la tarjeta de crédito revolving es un producto de alto riesgo y, en consecuencia, puede conllevar un riesgo reputacional para la entidad.

La premisa básica es el hecho de que el titular de una tarjeta de crédito revolving debe estar recurrentemente informado del estado de su tarjeta, esto es, de sus gastos o cargos. Este requisito se cumple, por ejemplo, con el envío al cliente de la liquidación mensual. No obstante, si se quiere maximizar la transparencia del producto, el Banco de España¹⁹ también considera como buena práctica facilitar información sobre:

- El plazo de amortización previsto, teniendo en cuenta la deuda generada y pendiente por el uso de la tarjeta y la cuota elegida por el cliente (cuándo terminaría el cliente de pagar la deuda si no se realizasen más disposiciones ni se modificase la cuota).
- Escenarios ejemplificativos sobre el posible ahorro que representaría aumentar el importe de la cuota sobre el mínimo elegido.
- El importe de la cuota mensual que permitiría liquidar toda la deuda en el plazo de un año.

Por todo ello, una adecuada estructura interna de gobernanza de productos, donde las áreas más relevantes de la entidad efectúen un análisis pormenorizado del producto que se presente a aprobación por el órgano interno de la entidad de crédito, es el escrutinio más

¹⁹ Banco de España. Memoria de Reclamaciones de 2018. Criterios del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones.

recomendable para asegurarse de la correcta comercialización del producto y, sobre todo, la forma más aconsejable de cumplir con las exigencias legales.

Un sistema de gobernanza de productos corresponsabiliza a las áreas participantes de una entidad financiera en el diseño y correcta comercialización de la tarjeta de crédito. Pudiera decirse que la implementación de un procedimiento de aprobación de nuevos productos ha causado un gran impacto burocrático –pero sumamente relevante– en las entidades intermediarias, porque provoca una redefinición de roles, una asignación de nuevas tareas y la asunción de mayores responsabilidades. No obstante, es un paso firme en la autorregulación normativa con el fin de establecer directrices y criterios de buena praxis bancaria, que son solución preventiva al conflicto y a la litigiosidad.

En nuestra opinión, debería entregarse al cliente simulaciones y ejemplos que permitan comprender el funcionamiento del sistema de amortización como información precontractual. No se trata de una pretensión nueva, ya que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo²⁰, establecía que para considerar una cláusula transparente, entre otras condiciones, se debía incluir simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. El Banco de España también requiere a las entidades, en sus memorias desde 2015 hasta 2018, para que faciliten pruebas de simulación sobre el posible ahorro que representaría aumentar el importe de la cuota sobre el mínimo elegido y el importe de la cuota mensual que permitiría liquidar toda la deuda en el plazo de un año.

Al mismo tiempo, en el artículo 33 septies del Proyecto de Orden²¹ del Ministerio de Economía se obliga a informar al cliente en papel u otro soporte duradero. En pleno desarrollo tecnológico de las finanzas, consideramos que es más que exigible que la entidad financiera ofrezca información completa *online* sobre la información precontractual y contractual, el histórico de pagos sin límite temporal, la amortización e intereses devengados, así como escenarios antes de la contratación, para que el cliente pueda comprender el funcionamiento del préstamo y su impacto económico.

7. Posible impacto de la covid-19 en las tarjetas revolving

A fecha de conclusión de este trabajo, España estaba sufriendo la pandemia de la covid19 y, debido a la misma, se encontraba inmersa, por segunda vez desde la aprobación de la

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 241/2013, de 9 de mayo (NCJ057740). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

²¹ En noviembre de 2019, el Ministerio de Economía sometía a audiencia pública el Proyecto de Orden ECE/xx/2019, de xx de xx, de modificación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, para el establecimiento de obligaciones de información sobre créditos de duración indefinida asociados a instrumentos de pago.

Constitución, en estado de alarma, que fue declarado mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; y prorrogado en sucesivas ocasiones.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, limitó gravemente la libertad de circulación y suspendió el ejercicio de un enorme conjunto de actividades empresariales. La propagación de la enfermedad supuso un fenómeno excepcional y trajo enormes consecuencias de índole no solo sanitarias, sino también económicas y sociales, cuyo alcance total no se alcanzará a ver hasta transcurridos unos años.

Las especiales circunstancias condujeron a la afectación de muchos negocios jurídicos por imposibilidad absoluta de cumplirlos en sus propios términos, por lo que el Gobierno trató de dar cierta respuesta a esta situación excepcional, en lo que se refiere a los negocios jurídicos privados.

Con objeto de regular las relaciones sinalagmáticas de ciertos contratos, fueron publicados varios reales decretos-ley, entre los que destacaban el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, y el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, que se expresaba de esta forma en su preámbulo:

Asimismo, si se acude a la regulación del Código Civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves.

Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula «rebus sic stantibus», de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual.

Pues bien, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, contiene una especial regulación para los créditos al consumo, entre los que se encuentran, sin duda, las tarjetas revolving. Categorizando las tarjetas revolving como crédito al consumo se ha pronunciado, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020 cuando establecía lo siguiente: «En la instancia había quedado fijado como tal término de comparación el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo (entre las que efectivamente puede encuadrarse el crédito mediante tarjetas revolving)».

Siendo pacífico que las tarjetas revolving son una categoría de crédito con autonomía y sustantividad propia, pero incardinadas dentro del crédito al consumo en general, les resulta de aplicación lo dispuesto el citado el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, que se refería al crédito al consumo en su preámbulo en los siguientes términos:

Además, con el objetivo de asegurar que los ciudadanos no queden excluidos del sistema financiero al no poder hacer frente temporalmente a sus obligaciones financieras como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19, de forma paralela a financiación hipotecaria de la vivienda, este real decreto-ley amplía el alcance de la moratoria a los créditos y préstamos no hipotecarios que mantengan las personas en situación de vulnerabilidad económica, incluyendo los créditos al consumo.

La regulación específica se encuentra contenida en los artículos 21 a 27 del citado real decreto-ley, y en lo que hace a las tarjetas de crédito revolving, se puede sintetizar como sigue:

- La moratoria implica que, durante tres meses (aunque dicho plazo podrá ser ampliado por acuerdo del Consejo de Ministros): (a) la entidad financiera no podrá exigir el pago de la cuota ni de ninguno de los conceptos que la integran (amortización del capital o pago de intereses), y (b) no se devengarán intereses ordinarios ni de demora.
- Para poder acogerse a dicha moratoria es necesario ser una persona física y encontrarse en situación de vulnerabilidad económica, pudiéndola solicitar tanto el deudor principal como sus fiadores.
- La definición de persona en situación de vulnerabilidad económica pasa por cumplir todos los siguientes requisitos: estar en situación de desempleo o, en el caso de los trabajadores autónomos, sufrir una pérdida de ingresos o ventas de, al menos, el 40 %; que las cuotas de los préstamos, más los gastos y suministros básicos sean iguales o superiores al 35 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar; y que el esfuerzo que representa la carga de los préstamos sobre la renta familiar se haya multiplicado por, al menos, 1,3.
- El legislador la ha configurado como una medida «automática» u *ope legis*, en el sentido de que no es necesario que exista un acuerdo entre las partes ni modificar el contrato de crédito, sino que será suficiente con que el beneficiario cumpla con los requisitos establecidos en la norma para que la entidad financiera tenga la obligación de aplicar la moratoria, que deberá surtir efectos desde la fecha de solicitud.

Sin embargo, la medida ha sido objeto de numerosas críticas, al ser acusada de contener requisitos muy estrictos para el acceso a la moratoria, pues los requisitos establecidos en la norma son cumulativos y no alternativos lo que, según diversas fuentes, llevará a que un número muy reducido de consumidores pueda beneficiarse de la misma²².

²² Estadísticamente, en materia de prestatarios-hipotecarios, véase el Estudio de la Asociación de Usuarios Financieros de 6 de abril de 2020: Sólo un 10% de los posibles beneficiarios podría acceder a la moratoria hipotecaria. <https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/04/2020_04_GRAFICOS_COVID_MORATORIA_DEF.pdf>

8. Conclusiones

Algunos juristas nos sentimos desorientados cuando los juzgados y tribunales comenzaron a anular determinadas cláusulas de contratos concertados con consumidores, que incluso estaban incorporados en escrituras públicas. A los que aún creemos en la autonomía de la voluntad y en que las personas tenemos capacidad para gobernarnos y decidir qué firmamos y qué no, nos chocaba cómo podía ser indiferente el contenido de una cláusula simplemente porque la misma había sido predispuesta.

Los que, en su día, firmamos una cláusula suelo con conocimiento de la misma, nos quedamos atónitos ante la sorpresa de muchos que decían no saber lo que habían suscrito ante notario.

Los que estudiamos el Código Civil como la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico privado no entendíamos su progresiva sustitución *de facto* en aquellas ocasiones –la mayoría– en las que la contraparte era un consumidor, considerado por la normativa como poco más que un peleele ignorante de todas las materias de la vida.

En definitiva, los que tenemos la anacrónica costumbre de pedir y leer con antelación los documentos de cualquier naturaleza que vamos a firmar, no entendemos cómo simplemente por tratarse de contratación en masa o seriada, las cláusulas contractuales, plenamente consentidas por las partes, tenían que superar un control absolutamente subjetivo de contenido, de incorporación y de transparencia para vislumbrar su más que posible –a juicio del operador jurídico de turno– carácter abusivo.

Pero lo que ahora nos plantea el Tribunal Supremo va incluso más lejos, y no discute sobre el derecho de las condiciones generales y cuál ha de ser el régimen jurídico aplicable a las cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato. Lo que ahora nos plantea el Alto Tribunal es no solo decidir si una cláusula predispuesta ha de ser declarada abusiva y nula, lo que implicaría la nulidad de dicha cláusula e integración y continuidad del contrato, sino la nulidad radical –y, por tanto, sin prescripción– de todo el contrato; y no en virtud de la normativa protectora de consumidores y usuarios, sino mediante una interpretación correctora de una ley más pensada para corregir los desmanes usureros del siglo XIX que para regular el mercado financiero del siglo XXI.

A estas alturas, habiendo ya sido declaradas una gran parte de las entidades financieras usurarias por nuestro Tribunal Supremo, seguimos sin saber a ciencia cierta cuál es el tipo de interés a partir del cuál ha de reputarse usurario –y, por tanto, radicalmente nulo– el contrato de una tarjeta revolving.

En cualquier caso, sabemos que si excede de 6,82 puntos al tipo medio del crédito revolving el Alto Tribunal reputará usurera a la parte acreedora, sin importar que las dos partes estuvieran perfectamente informadas y fueran conscientes de las consecuencias del contrato, e incluso sin importar que el deudor no tuviese la condición de consumidor.

Como hemos expuesto en este artículo, es a nuestro juicio un error con consecuencias muy graves extender la aplicación de las normas que regulan la práctica de la usura haciendo una interpretación *contra legem* de la ley con la finalidad de limitar los tipos de interés, y sin duda ello redundará en más restricciones de crédito en perjuicio del consumidor más vulnerable.

Es obvio que deberá prestarse más atención a la información precontractual de las tarjetas revolving, a su claridad y transparencia e, incluso, que sería deseable que el legislador limitase el tipo de interés máximo de las mismas, pero de ahí a que nuestros juzgados y tribunales tengan que anularlas solo por su tipo de interés, sin tener en cuenta las características del deudor (elemento subjetivo), hay un abismo.

La característica común de las tarjetas revolving es su carácter predispuesto para una pluralidad de deudores que, responsablemente, deberían hacer uso de ellas de forma puntual. De su carácter no negociado individualmente y de la omisión del test de solvencia del deudor parte su elevado tipo de interés, siendo además enorme la oferta existente en nuestro mercado para elegir, por lo que nada obsta para que las mismas sean racionalmente seleccionadas por el consumidor o empresario.

Si la Sentencia de 9 de mayo de 2013, sobre las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios, supuso el pistoletazo de salida para miles de demandas, lamentablemente mucho nos tememos que esta Sentencia de 4 de marzo de 2020 tendrá un recorrido similar, con el consiguiente perjuicio para nuestra seguridad jurídica y el incremento exponencial de la carga de trabajo para nuestros ya saturados juzgados y tribunales.

Anular un contrato con base en la Ley Azcárate, planteada para supuestos particulares y casuísticos, en el mercado financiero del siglo XXI, y hacerlo además con arriesgadas interpretaciones *contra legem* de la misma, resulta a todas luces una injerencia indebida y desproporcionada en la libertad de empresa de las entidades financieras, que deberán replantearse su estrategia con las tarjetas revolving en lo sucesivo.

Los procedimientos judiciales están concebidos para servir como un traje a medida de cada ocasión, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en cada supuesto para emitir resoluciones bajo un prisma de razonabilidad. Pretender que dichos procedimientos judiciales tengan que anular miles de contratos de tarjetas revolving, atendiendo tan solo al tipo de interés de la misma, sin tener en cuenta el elemento subjetivo ni otras circunstancias de la contratación, resulta impropio para la configuración y naturaleza de nuestro procedimiento judicial.

En nuestra opinión, debería ser el legislador el que regulase la posible limitación de precios –de intereses, en este caso– de los créditos al consumo, tal y como sucede en países de nuestro entorno. Al igual que no entenderíamos que los juzgados y tribunales se erigiesen como interventores del precio en el mercado de los televisores, la misma falta de sentido tendría que ahora comenzasen a discernir sobre si los tipos de interés que se aplican a determinados productos de crédito son correctos o demasiado elevados.

El juez no debería erigirse como un órgano dictaminador del tipo de interés que en cada momento haya de resultar conveniente, sino que es tarea de las partes implicadas fijar dicho tipo de interés y, en segunda instancia, del legislador poner límites claros a dicho tipo de interés, si esa es su voluntad. Considerar que el juez puede sustituir la voluntad de las partes anulando un contrato resulta tanto como otorgar un margen de discrecionalidad difícilmente sostenible en un Estado de derecho.

Desde luego, los remedios contemplados en algunos ordenamientos próximos son más apropiados y no entran como un elefante en una cacharrería en el sector de las tarjetas revolving, como lo ha hecho nuestro Alto Tribunal con la Sentencia de 4 de marzo. Es necesaria una vuelta a la razonabilidad que abandone las interpretaciones correctoras, no solo para dar más seguridad jurídica a todos los intervinientes, sino también para que los juzgados y tribunales no vean exponencialmente incrementada su ya elevada carga de trabajo.

Es evidente que la responsabilidad que el Tribunal Supremo ha hecho recaer en los juzgados y tribunales debería trasladarse al legislador, que debería ser el encargado de establecer unos tipos máximos e implementar los ya existentes mecanismos sancionadores para las entidades financieras que no informen adecuadamente a los consumidores del producto, para que los mismos puedan decidir con discernimiento y reciban información veraz y fácilmente entendible.

Una modificación *de lege ferenda* en ese sentido resulta no solo deseable sino también urgente, y contribuiría a mejorar nuestra maltrecha seguridad jurídica y a incrementar la responsabilidad de los consumidores en la contratación de las tarjetas revolving.

Referencias bibliográficas

- Esselink, H. y Hernández L. (2017) The Use of Cash by Households in the Euro Area. *Occasional Paper Series, 201*. Banco Central Europeo. <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op201.en.pdf>
- Luhmann, N. (1981). *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1953). Individuo y organización. En *Obras completas*. Alianza.
- Schmitt, C. (1950). *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*. Tübingen, Internationaler Universitäts-Verlag.



Implicación de los accionistas en la sociedad a largo plazo. Voto adicional por lealtad

Ignacio Buil Vera

*Graduado en Derecho y ADE por la Universidad de Zaragoza
Cursando Máster en Acceso al Ejercicio de la Abogacía por la Universidad Carlos III de Madrid*

Extracto

La excesiva asunción de riesgos a corto plazo por los inversores tiene un impacto negativo en la gestión y el rendimiento empresarial, pudiendo generar una pérdida de competitividad, productividad e ir en detrimento del valor de la empresa. Esta situación se agrava todavía más en épocas de crisis económica. El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las distintas alternativas que, desde el gobierno corporativo, se proponen para fomentar la implicación de los accionistas en las sociedades cotizadas a largo plazo. Se parte de una revisión de la evolución que el gobierno corporativo ha experimentado en las últimas décadas, y que encuentra su último desarrollo en la Directiva 2017/828, de 17 de mayo, para, a continuación, analizar un instrumento relevante cuya inclusión al derecho español se ha propuesto en el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020, que plantea la trasposición de la citada directiva al ordenamiento jurídico español: nos referimos al régimen jurídico de las acciones con voto adicional por lealtad. Se reflexionará sobre el encaje que esta figura tiene en el derecho español y se estudiará, por un lado, la regulación del voto adicional por lealtad en la UE y en el derecho comparado y, por otro lado, el régimen español proyectado en materia de acciones con voto adicional por lealtad, instrumento cuya inclusión pretende fomentar el activismo accionarial y la implicación de los socios en las sociedades cotizadas a largo plazo.

Palabras claves: largoplacismo; acciones de lealtad; voto adicional por lealtad; gobierno corporativo; activismo accionarial.

Fecha de entrada: 04-09-2020 / Fecha de aceptación: 19-10-2020

Citation: Buil Vera, I. (2020). Implicación de los accionistas en la sociedad a largo plazo. Voto adicional por lealtad. *Revista CEFLegal*, 239, 41-74.



Shareholders' long-term engagement in the company. Loyalty shares

Ignacio Buil Vera

Abstract

Excessive short-term risk taking by investors has a negative impact on business management and performance, and can lead to a loss of competitiveness, productivity and company value. This situation is further aggravated in times of economic crisis. The aim of this work is to study the different alternatives proposed by corporate governance to encourage the shareholders' long-term involvement in listed companies. This work begins with a review of the evolution that corporate governance has undergone in recent decades, and which finds its latest development in Directive 2017/828, of 17 May, and then analyzes a relevant instrument whose inclusion in Spanish law has been included in the «Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020», which proposes the transposition of the above mentioned directive into Spanish law: the legal regime of the additional vote for loyalty. We will analyze if this figure fits into Spanish law and we will study, on the one hand, the regulation of the additional vote by loyalty in the EU and in comparative law and, on the other hand, the Spanish projected regime for shares with additional vote by loyalty, an instrument whose inclusion is intended to promote shareholder activism and the long term involvement of shareholders in listed companies.

Keywords: long-term; loyalty shares; additional loyalty vote; corporate governance; shareholder activism.

Citation: Buil Vera, I. (2020). Implicación de los accionistas en la sociedad a largo plazo. Voto adicional por lealtad. *Revista CEFLegal*, 239, 41-74.



Sumario

1. Introducción. Evolución del buen gobierno corporativo
 2. El fomento de la implicación de los accionistas en la política empresarial
 - 2.1. Cortoplacismo
 - 2.2. Largoplacismo y activismo accionarial
 - 2.3. La Directiva (UE) 2019/828 y el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020
 - 2.3.1. Identificación de los accionistas de la sociedad, transmisión de la información a estos y facilitación del ejercicio de sus derechos
 - 2.3.2. Implicación de los accionistas en la política de remuneración de los administradores
 - 2.3.3. La implicación y transparencia de los inversores institucionales y gestores de activos
 - 2.3.4. Asesores de voto o *proxy advisors*
 - 2.3.5. Operaciones con partes vinculadas
 - 2.3.6. Voto adicional por lealtad
 3. Voto adicional por lealtad
 - 3.1. Acciones con privilegios económicos y políticos
 - 3.2. Derecho de voto y admisibilidad de su alteración
 - 3.3. Las acciones de lealtad, en sentido amplio
 - 3.3.1. Introducción
 - 3.3.2. Dividendo de lealtad
 - 3.3.3. *Loyalty shares* y *loyalty warrants*
 - 3.3.4. Voto adicional por lealtad
 - 3.3.4.1. Francia
 - 3.3.4.2. Italia
 - 3.3.4.3. Bélgica
 - 3.3.5. Régimen jurídico propuesto en el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción. Evolución del buen gobierno corporativo

La crisis financiera de 2008 puso de manifiesto que los inversores asumen, en ocasiones de manera excesiva, riesgos a corto plazo. En las sociedades cotizadas, en concreto, es habitual encontrar accionistas que se centran en la inmediata rentabilidad de la sociedad en la que invierten, siendo escasa su implicación en el funcionamiento societario. Esto es evidente en el caso de los inversores institucionales y de los gestores de activos. Todo esto contribuye a que la gestión y el rendimiento empresarial se alejen del óptimo, dado que las estrategias de inversión cortoplacistas son susceptibles de afectar de manera negativa al potencial de desarrollo de las sociedades, y el nivel de implicación del accionariado en la gestión de la sociedad se resiente. En los últimos años, las políticas de gobierno corporativo se han percatado de este problema. A través del gobierno corporativo se busca generar un compromiso sólido por parte de los accionistas con la sociedad y, para alcanzar tal fin, se utilizan mecanismos internos de control, se aumenta el nivel de transparencia, y se trata de alienar los intereses de accionistas y demás partes interesadas (*stakeholders*) con los de la sociedad y sus gestores.

Precisamente este trabajo tiene por objeto el examen de las distintas alternativas que, desde el gobierno corporativo, se proponen para mejorar la financiación a largo plazo que las sociedades cotizadas obtienen en los mercados de valores. En particular, se centrará la atención en la revisión del desarrollo que el gobierno corporativo ha experimentado en las últimas décadas, mediante el análisis de las distintas recomendaciones y leyes que han ido surgiendo en la materia, y el camino que se ha seguido hasta llegar a la Directiva 2017/828, de 17 de mayo. Partiendo de este examen, se estudiará un instrumento relevante cuya inclusión al derecho español se ha propuesto en el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020, que plantea la trasposición de la citada directiva. Este es el régimen jurídico del voto adicional por lealtad. Sin perjuicio de otras medidas que estos dos cuerpos legales incluyen.

Desde un punto de vista metodológico, para un adecuado examen de los aspectos expuestos, partiré del análisis de las medidas propuestas en el Código Olivencia, el Informe Aldama, la Ley de Transparencia y el Código Conthe. A continuación, analizaré cuál es el

estado de la cuestión en España, de acuerdo con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, y el Código de Buen Gobierno Corporativo de las sociedades cotizadas de 2015 para, posteriormente, estudiar cuál es el impacto que las medidas contempladas en la Directiva 2017/828, de 17 de mayo, y el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020 tendrán en el ordenamiento jurídico español¹.

Con estos antecedentes, se analizará el régimen, tanto de la UE como del derecho comparado y el español proyectado, en materia de voto adicional por lealtad, instrumento cuya inclusión pretende fomentar la implicación de los accionistas a largo plazo en las sociedades cotizadas y, por otra parte, se reflexionará sobre su encaje en el derecho español.

En el derecho de sociedades, el gobierno corporativo ha sido tema de actualidad durante las dos primeras décadas del siglo XXI, y ha motivado muchas de las últimas reformas legislativas societarias y del mercado de capitales. Pero no es una tendencia nueva, sino que ya había estado «de moda» a finales del siglo XX (Álvarez Martínez, 2019, pp. 1-2, y García Mandaloniz, 2018, pp. 1-2). Ahora bien, el gobierno corporativo no debe ser entendido como fin, sino antes bien como medio para generar transparencia, confianza y seguridad en los mercados de inversión y en la economía (García Mandaloniz, 2018, p. 4).

Una aproximación al concepto de gobierno corporativo es la realizada por Paz-Ares (2004, pp. 7 y 11), que lo define relacionando los elementos que las agencias de *rating* tienen en cuenta para evaluar el nivel de seguimiento de las políticas y recomendaciones de gobierno corporativo por las sociedades. Los más importantes referentes a estos efectos son la existencia de mecanismos anti-OPA, el grado de protección de los derechos de los accionistas, la calidad de la transparencia, la estructura, funcionamiento y remuneración del órgano de administración, y la estructura y la paridad de la propiedad (el grado de proporcionalidad entre derechos económicos y políticos de los grupos de control).

En España, las políticas de gobierno corporativo se fueron materializando, al principio, a través de una serie de códigos de recomendaciones y, posteriormente, mediante la inclusión de estas recomendaciones en los cuerpos legales (sobre todo, en el texto refundido de la Ley de sociedades de capital de 2 de julio de 2010 –en adelante, LSC– y en el texto refundido de la Ley del mercado de valores de 23 de octubre de 2015 –en adelante, LMV–). La primera expresión de gobierno corporativo español la encontramos en el Código Olivencia, de 16 de febrero de 1998. Este incorporaba una serie de recomendaciones (no vin-

¹ El Consejo de Ministros aprobó el 14 de julio de 2020, para su remisión a las Cortes Generales, el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. El texto íntegro de este proyecto de ley fue publicado el 7 de septiembre de 2020, y trae causa en el anteproyecto de ley que fue publicado en la página web del Ministerio de Economía el 28 de mayo de 2019.

culantes) en relación con la organización y funcionamiento del consejo de administración. Por ejemplo, sobre el procedimiento de nombramiento de administradores a través de una comisión. Y ponía énfasis en la creciente importancia de los inversores institucionales y en la necesidad de establecer cauces de comunicación con ellos (Pérez Moriones, 2017, pp. 3-6).

Con el posterior Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas de 8 de enero de 2003² se introdujeron las primeras recomendaciones relativas a la junta general, situando su labor de control y supervisión como uno de los puntos centrales del gobierno corporativo, e indicando la necesidad de reforzar el derecho de participación del accionista (tanto de asistencia como de voto). Esto se conseguía ampliando las competencias de la junta general e introduciendo el principio de «cumplir o explicar»³, según el cual las sociedades han de cumplir con las recomendaciones de gobierno corporativo incorporadas por el Código de Buen Gobierno y, en caso de no hacerlo, deben explicar las razones que motivaron el incumplimiento y las medidas alternativas adoptadas. Mediante la Ley 26/2003, de 17 de julio por la que se modifican la Ley del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, la «Ley de transparencia»⁴, se dotaron de carácter normativo algunas de las recomendaciones acogidas en el informe, las relativas a los deberes de información, transparencia y conflictos de intereses. Lo interesante de esta ley es que, por un lado, convierte ciertos aspectos que antes eran de cumplimiento voluntario (*soft law*) en cumplimiento obligatorio (*hard law*) y, por otro lado, no solo afecta a sociedades cotizadas, sino que, al incluirse en la LSA, afecta a todas las sociedades anónimas (Pérez Moriones, 2017, pp. 8-10).

En el Código Conthe o Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 19 de mayo de 2006, elaborado por la CNMV, se siguió manteniendo la nota de la voluntariedad junto con la sujeción al principio de «cumplir o explicar». Uno de los ejes principales es la referencia a que no se establezca un número máximo de votos por accionista⁵. También se recomienda que la junta general vote toda operación que suponga una modificación estructural⁶ y que se voten por separado los asuntos «sustancialmente independientes» (por

² Conocido como «Informe Aldama». Consultado en: <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>

³ Del inglés: *complain or explain*.

⁴ Ley 26/2003, de 17 de julio por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

⁵ Es la recomendación 1 del Código. Es interesante, en cualquier caso, que, a pesar de esta recomendación, la realidad era que, en ese momento, la posibilidad de limitar el número máximo de votos por accionista ya se recogía en la LSA, y era tolerado tanto por el Informe Olivencia (de forma implícita) como Aldama (de forma expresa) tal y como indica Pérez Moriones (2017, pp. 10-13).

⁶ Recomendación 3 que se materializará en el artículo 160 f) de la LSC introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

ejemplo, cada artículo de una modificación estatutaria, y cada uno de los nombramientos de consejeros)⁷, siendo posible fraccionar el voto⁸.

Con la crisis económica de 2008 surgió el debate en torno a si los códigos eran un instrumento suficiente para alcanzar los objetivos propuestos por las políticas de gobierno corporativo y, de no ser así, si era preciso que las recomendaciones fueran incorporadas al ordenamiento jurídico. Así, dio comienzo un proceso de normativización. En este proceso, en la UE, merecen especial atención la Directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre de 2014, y la Directiva (UE) 2017/828, de 17 de mayo de 2017. A ellas volveré en líneas posteriores de este trabajo. A nivel nacional, este proceso se estructura, por un lado, con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, que establece normas de obligado cumplimiento; y, por otro lado, mediante el Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de 2015, que introduce una serie de recomendaciones en materia de gobierno corporativo.

La Ley 31/2014 gira en torno a dos elementos esenciales: primero, el refuerzo del papel de la junta general, que ve ampliadas sus competencias. Pasa a ser el órgano competente para decidir sobre las operaciones sobre activos esenciales⁹, y, con carácter general para todas las sociedades de capital, podrá dar instrucciones al órgano de administración y someter decisiones de gestión a su aprobación¹⁰; y, segundo, se fomenta la implicación de los accionistas, destacando medidas como la publicación en la página web de la información de las reuniones de la junta general (ex art. 518 LSC), la prohibición de exigir más de 1.000 acciones para asistir a la junta general (ex art. 521 bis LSC), la reducción de 5 % a 3 % en el umbral para el ejercicio de los derechos por la minoría (ex art. 495 LSC), la votación separada de propuestas «sustancialmente independientes» (ex art. 197 bis LSC) y la modificación del régimen jurídico de conflictos de intereses y del derecho a la información (arts. 190 y 520 LSC).

El Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de 18 de febrero de 2015, elaborado por la CNMV, se estructura en torno a principios a los que se asocian una serie de recomendaciones. Los puntos más importantes hacen referencia a: a) la no limitación, vía estatutos, de la toma de control de la sociedad mediante la adquisición de sus accio-

⁷ Recomendación 5 que se materializará en el artículo 197 bis de la LSC introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

⁸ Esta recomendación de posibilidad de fracción de voto se elabora pensando en los inversores institucionales que representan a varios clientes, cada uno con intereses, que pueden ser contrapuestos y conllevar votos opuestos, y será introducida en el artículo 524 de la LSC por la Ley 31/2014, tal y como indica Pérez Moriones (2017, pp. 10-13).

⁹ Nuevos artículos 160 f) y 511 bis de la LSC.

¹⁰ Nueva redacción del artículo 161 de la LSC. Hasta ese momento esta posibilidad solo se admitía respecto de la SL.

nes en el mercado; b) la elaboración de una «política de comunicación y contacto con accionistas, inversores institucionales y asesores de voto»; c) el aumento de la transparencia mediante la publicación de informes y la retransmisión en directo en la página web de las reuniones de la junta general; d) la facilitación de la asistencia y la participación en la junta en igualdad de condiciones; y e) el aumento de la transparencia de la política sobre primas de asistencia a través de la recomendación de elaborar un régimen jurídico que las regule (García Mandaloniz, 2018, p. 4, y Mateu de Ros, 2017, p. 2).

Muy relacionado con el gobierno corporativo, aunque escapa del objeto de estudio de este trabajo, quiero hacer una breve mención al cambio de paradigma en derecho de sociedades al que apuntan ciertos autores (Fernández del Pozo, 2019, pp. 2-5, y Megías López, 2017, pp. 1-3), que advierten de la necesidad de superar la concepción del interés social como la maximización del valor económico de la sociedad, y sustituirlo por la concepción de la «creación de valor tolerante»¹¹, que se genera buscando la sostenibilidad en el largo plazo. Este modelo pretende la compatibilización entre interés social, perteneciente al ámbito jurídico, y RSC, propia de la ética empresarial, buscando satisfacer el interés de todos los *stakeholders*, es decir, el de todos los sujetos afectados por el funcionamiento de la sociedad¹², y no solo el de los accionistas.

Si nos centramos en los conflictos de intereses, es destacable que, aunque en un primer momento el gobierno corporativo se centró en el conflicto que surgía entre los accionistas y los administradores de la sociedad¹³ (el llamado conflicto de agencia¹⁴ o vertical), en la actualidad, también se presta atención a los otros dos conflictos societarios: el conflicto entre accionistas mayoritarios o «de control» y accionistas minoritarios (el denominado conflicto horizontal), y el conflicto entre accionistas y el resto de *stakeholders* (Megías López, 2017, p. 6). En cualquier caso, se advierte como el elemento central sobre el que generalmente pivota el gobierno corporativo va referido al papel de los accionistas y su implicación en las decisiones societarias. Es a ellos a quienes se presta una mayor atención potenciando su participación en la toma de decisiones a través de la junta general.

¹¹ Megías López (2017, pp. 7-9) indica que la teoría de la «creación del valor tolerante» de la doctrina española guarda mucha similitud con el *enlightened shareholder value* de la doctrina inglesa, recogida en la Secc. 172 (1) Companies Act 2006.

¹² Aquí cabría una pluralidad no cerrada de grupos, como pueden ser los trabajadores, acreedores, proveedores, clientes, la comunidad, etc.

¹³ Así lo hemos visto en los primeros códigos de buen gobierno, como el Código Olivencia o el Informe Aldama, que se centran en la relación entre el consejo de administración y la junta general, reforzando la posición de la segunda.

¹⁴ Aunque para ciertos autores esta denominación no es correcta, e indican que la relación entre los accionistas y el consejo de administración no es de carácter contractual, este no es el agente de aquellos, sino que surge de la ley, y esta otorga al segundo una serie de competencias, poder de representación y de administración que emanan directamente de la ley, no del contrato (Martínez Echevarría, 2018, p. 47).

2. El fomento de la implicación de los accionistas en la política empresarial

La doctrina ha venido poniendo de manifiesto, desde finales del siglo pasado, la crisis de la junta general de la sociedad (Pérez Moriones, 2017, y Sánchez-Calero Guillarte, 2006, pp. 1-4). Esta se debe a diversos factores, entre los que destaca el absentismo de los accionistas, sus posturas cortoplacistas, el creciente poder de los administradores frente a la junta general o la sustitución de los pequeños accionistas por inversores institucionales. Para paliar estas deficiencias, el gobierno corporativo pone énfasis en la necesidad de revitalizar la junta general, atendida su configuración como órgano conformador de la voluntad social. De entre los problemas relacionados, abordaremos primero el del cortoplacismo, para en el resto del trabajo estudiar las soluciones que se presentan dentro del llamado activismo accionarial.

2.1. Cortoplacismo

Desde el punto de vista psicológico, el cortoplacismo es un sesgo susceptible de afectar a los que toman decisiones en relación con problemas que requieren juicios intertemporales, entendidos como aquellos cuyos costes y beneficios se prolongan a lo largo de un periodo de tiempo, por lo que han de ser descontados al momento actual. Si la tasa de descuento elegida es excesiva, alejándose de la que podría ser considerada una «tasa normal de referencia», como consecuencia de no saber ponderar adecuadamente aquellos costes e ingresos más alejados en el tiempo, el resultado obtenido será una priorización en el resultado a corto plazo frente al resultado a largo plazo y, por lo tanto, se pondrá en riesgo la sostenibilidad y, en definitiva, la pervivencia de la sociedad (Fernández del Pozo, 2019, pp. 2-3).

En el ámbito de la empresa, este sesgo, si solo se da en algunos agentes decisores y no en otros, dará lugar a los conflictos de intereses horizontales, verticales y entre accionistas y otros *stakeholders*. Pero, a efectos de este trabajo, me voy a centrar en los conflictos que existen entre socios y entre socios y administradores. Tradicionalmente, se consideraba que los socios tenían preferencias homogéneas, pero se ha demostrado que esto no es así, y encontramos socios mayoritarios o «de control» y socios minoritarios. Mientras que los primeros se mueven buscando la solvencia de la empresa a largo plazo, la motivación de los segundos es más dúctil, ya que depende de numerosos factores (perfil de aversión al riesgo, interés por la rentabilidad de su inversión, liquidez, situación fiscal, etc.). Por último, aunque los inversores institucionales estaban llamados a mediar y alcanzar consensos, esto no siempre ha sido así, y se les ha acusado en numerosas ocasiones de dejarse llevar por un notable cortoplacismo (Adenso Puente González, 2017, p. 2).

Para intentar explicar este sesgo cortoplacista en las compañías, han ido surgiendo distintas líneas. Destacamos las siguientes:

1. La existencia de inversores con un marcado perfil cortoplacista. Si son suficientes, pueden forzar un cambio en el comportamiento de los administradores, girando hacia una gestión cortoplacista, como aquella que busca una rápida creación de valor para las acciones.
2. Hay veces que los propios administradores son los que se centran en políticas (de financiación, de inversión y de dividendo) que buscan la rentabilidad a corto plazo, sacrificando la sostenibilidad a medio y largo plazo. Hay factores que les motivan a ello, como el diseño de la política de remuneración, la duración de su contrato, el mercado laboral de directivos, etc.
3. La existencia de fallos en los mercados de capitales y su funcionamiento. Un ejemplo sería la regulación de la información financiera y la transparencia de las cotizadas, que está más enfocada en los resultados y las urgencias a corto que en la sostenibilidad a largo plazo.

Sea cual sea el origen de estas políticas cortoplacistas, es una realidad que la estabilidad económica y los bajos tipos de interés de antes de la crisis de 2008 fomentaron el cortoplacismo, como consecuencia del aumento en la inversión especulativa, y así lo reconoce la Directiva (UE) 2017/828¹⁵. Además, las empresas incurrieron en niveles cada vez mayores de apalancamiento, y esto las llevó a un estado de fragilidad financiera (Dallas, 2012, pp. 293-294). Todo esto, unido a los cambios tecnológicos y la disminución de los costes de transacción, ha impulsado un aumento del volumen de compraventa de valores y de la rotación de acciones, así como una disminución de los períodos temporales de su tenencia de acciones¹⁶.

Pero, ¿cuál es la relación entre tenencia, rotación y cortoplacismo? Cuanto más corto es el periodo de tenencia y mayor la rotación de instrumentos financieros como las acciones, las decisiones de los inversores se ven más influidas por las creencias del resto de inversores, en vez de basarse en fundamentos de gestión y posibilidades reales de éxito y retorno empresarial a largo plazo. Por último, el cortoplacismo perjudica a la economía, ya que las estrategias cortoplacistas suelen disminuir la inversión en I+D+i, incrementar la volatilidad de los mercados generando beneficios efímeros, etc¹⁷. Y en términos de coste

¹⁵ Considerando 2 de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo de 2017.

¹⁶ De 2005 a 2009, el volumen medio diario de negociación de acciones en las empresas que cotizan en el NYSE aumentó un 181 %. El período medio de tenencia de las acciones ha disminuido considerablemente, de 7 años en 1960 a 2 años en 1992 y a 7 meses y medio en 2007. Para algunos inversores los períodos de tenencia son aún menores, como en el caso de los fondos de cobertura, que tienen un período de tenencia medio de 4 meses y medio. Actualmente se sitúa en torno a los 8 meses y medio (Dallas, 2012, p. 296, y Allaire, 2007, p. 3).

¹⁷ Expositivo I del Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020 de reforma de la LSC y otras normas financieras.

de oportunidad, al aplicar este tipo de estrategias, no se aplican otras largoplacistas que, alejándose de la especulación, contribuyen a la mejora de la economía, a la generación y consolidación del empleo y al desarrollo social (Fernández Torres, 2019, pp. 1-3).

2.2. Largoplacismo y activismo accionarial

Frente al cortoplacismo configurador de la actuación de los accionistas y los inversores, se potencian desde las instituciones comunitarias y nacionales tanto el largoplacismo como el activismo accionarial. Aunque no son conceptos idénticos, ya que el primero es la conducta de los accionistas orientada por el objetivo del aumento del valor de la sociedad con un horizonte a largo plazo, y el segundo es el conjunto de actuaciones de los accionistas de una sociedad con el objetivo de influir en su modo de actuar y en el de sus administradores (Adenso Puente González, 2017, pp. 2-3), las analizo conjuntamente dado que las dos conforman una misma solución frente al cortoplacismo: la implicación efectiva de los accionistas en la gestión a largo plazo de la sociedad. Tradicionalmente, se ha optado por una doble vía para hacer frente a la «apatía racional del accionista»: el refuerzo de sus derechos y la inclusión de mecanismos que faciliten el ejercicio de voto (Fernández Torres, 2019, pp. 1-3). En cualquier caso, aun si se consigue aumentar el activismo accionarial, esto no garantiza que los accionistas vayan a actuar buscando el largo plazo. *A sensu contrario*, sin un incremento de la involucración de los accionistas en la sociedad, no se producirá el largoplacismo pretendido. Aquí se ve la complementariedad de ambos conceptos para reducir el cortoplacismo.

En relación con el activismo accionarial, la doctrina distingue cuatro modalidades en atención del objetivo que se persigue: a) *governance activism*, que busca la mejora del gobierno corporativo; b) *M&A and strategic alternatives activism*, esta modalidad incide en operaciones de reestructuración societaria, fusiones, adquisiciones, etc. y alianzas estratégicas *–joint ventures–*; c) *balance sheet activism*, busca el incremento del retorno de la inversión; y d) *operational activism*, que busca la eliminación de aquellas líneas y negocios poco rentables. Y son varios tanto los instrumentos de los que el accionista puede disponer (diálogo con gestores, movilización de accionistas pasivos, pactos parasociales, etc.), como las estrategias que puede emplear (cambios en los administradores, cambio en la alta dirección, venta de líneas de negocio, etc.) (Adenso Puente González, 2017, pp. 6-11).

En España, a diferencia de otros países europeos, el activismo accionarial aún no ha llegado a florecer y hay pocos ejemplos de accionistas «activistas» que busquen incidir en la gestión de las sociedades cotizadas. Por el contrario, las luchas de poder sí aparecen en el contexto dialéctico de la confrontación de intereses de los grupos significativos de accionistas que tratan de tomar el control de la sociedad. La creciente presencia de inversores institucionales y de *proxy advisors* fomentará una mayor participación de los accionistas activistas, facilitando este activismo la convergencia de los intereses de la dirección con los de los accionistas (Rosenblum *et al.*, 2014, p. 309).

Por otro lado, en relación con el largoplacismo, son cuatro las medidas que algunos autores han propuesto para incentivarlo, siendo tres de carácter societario y una de carácter fiscal (Fernández Torres, 2019, p. 2): a) modificar la estructura de la política de la remuneración de los administradores, buscando la alineación de sus intereses con los de los socios largoplacistas; b) incentivar la transparencia de la información (incluyendo aspectos no financieros y de gobierno corporativo); c) definir un nuevo paradigma de mercado para las sociedades que cotizan, que incluya el largo plazo y el interés de todos los *stakeholders*; y d) fijar un tratamiento fiscal adaptado al perfil del inversor, con una alta tasa impositiva para el especulador y una baja para el inversor a largo plazo (como la famosa «Tasa Tobin»)¹⁸. En el ordenamiento jurídico español el fomento del largoplacismo encuentra pocas referencias. Quizás su expresión más evidente sea la acogida en el artículo 217.4 de la LSC, donde se indica, en relación con la retribución de los administradores, que «el sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos»¹⁹.

2.3. La Directiva (UE) 2019/828 y el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020

El respaldo a la confianza en el activismo accionarial y el fomento de prácticas a largo plazo como medios para la lucha contra el cortoplacismo subyacen a las Directivas 2014/95/UE, de 22 de octubre de 2014²⁰ y (UE) 2017/828, de 17 de mayo de 2017²¹. La primera se centra en la transparencia y la sostenibilidad, mientras que la segunda propone herramientas favorecedoras del activismo y la implicación de los accionistas a largo plazo.

La Directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre, amplía la obligación de divulgar «la información no financiera o relacionada con la RSC» y las «políticas de diversidad de compe-

¹⁸ Según Esteban y Gil (2019), el impuesto sobre transacciones financieras, conocido como «tasa Tobin», busca gravar la compra de acciones de empresas con una capitalización de más de 1.000 millones de euros, con un tipo impositivo del 0,2 %, siendo el sujeto pasivo el intermediario financiero. Aunque no son pocas las voces (la CEOE y el BCE) que critican la medida, por ser perjudicial para el pequeño inversor y la gestión de los riesgos por parte de la sociedad.

¹⁹ Encontramos una referencia similar en la Recomendación 12 del Código de Buen Gobierno de 2015: «Que el consejo de administración [...] se guíe por el interés social, entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa».

²⁰ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

²¹ Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas.

tencias y puntos de vista». Es decir, busca medir el impacto de la empresa en la comunidad con la que interactúa, lo que solo se puede conseguir mediante una mayor transparencia. La Directiva (UE) 2017/828, de 17 de mayo, por su parte, establece medidas que se orientan a la implicación a largo plazo de los accionistas en la sociedad. La transposición de esta segunda directiva al ordenamiento jurídico español cristalizó en el Anteproyecto de Ley de 24 de mayo de 2019²² y, el pasado 14 de julio de 2020, el Gobierno aprobó, para su remisión a las Cortes, el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas²³, haciéndose público su texto el 7 de septiembre de 2020²⁴. Procedo a analizar ambos instrumentos (Directiva 2017/828 y Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020) en los siguientes apartados, estudiando aquellas medidas relevantes para el objeto del presente trabajo.

2.3.1. Identificación de los accionistas de la sociedad, transmisión de la información a estos y facilitación del ejercicio de sus derechos

La Directiva 2017/828, de 17 de mayo, considera que la identificación de los accionistas es el paso previo y necesario para poder establecer un buen cauce de comunicación sociedad-accionistas y este, a su vez, es el paso necesario para lograr una efectiva implicación de los accionistas. El problema que la directiva pretende solucionar radica en el sistema de tenencia indirecta²⁵, que provoca que la persona que figura como socio en los libros de la sociedad no sea necesariamente el inversor, sino un intermediario financiero. Así, se establece el derecho de la sociedad (y el deber para el intermediario) de conocer la identidad del beneficiario último²⁶. Además, se establecen medidas para facilitar que el beneficiario último ejerza sus derechos²⁷, pudiendo comprobar que su voto se ha computado correcta-

²² Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, para adaptarlas a la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas.

²³ Información disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/140720-enlacesociedades.aspx>

²⁴ Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020 por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

²⁵ Considerando cuarto y quinto de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo.

²⁶ Artículo 3 bis 1.º y considerandos 4, 7 *in fine*, 8 y 12 de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo.

²⁷ Artículo 3 quáter apdo. 1 y considerandos 8 y 9 de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo.

mente²⁸. Se busca, en definitiva, que los accionistas pasen de meros tenedores de acciones a decisores involucrados, reforzando el papel de la junta general.

El Proyecto de Ley recoge este derecho a la identificación del beneficiario último mediante el proyectado artículo 497 bis de la LSC. Asimismo, en los proyectados artículos 520 bis y ter de la LSC, se introduce la obligación de los intermediarios de facilitar la comunicación entre sociedad y el beneficiario último, no solo mediante el envío de información de la sociedad al beneficiario último, sino también de este a aquella. Con la modificación del artículo 524 y la introducción de un nuevo artículo 522 bis de la LSC, los intermediarios tendrán la obligación de facilitar a los beneficiarios últimos el ejercicio de los derechos de asistencia y voto derivados de sus acciones. Por último, se incorpora en el artículo 527 bis de la LSC, en idénticos términos que la directiva, el derecho del accionista a confirmar su voto.

2.3.2. Implicación de los accionistas en la política de remuneración de los administradores

En este intento de revitalización de la junta general, uno de los principales objetivos es el aumento del peso de este órgano en la supervisión de la gestión y remuneración de los administradores, reconociendo el principio *say on pay*²⁹. La directiva parte del reconocimiento de la contribución de los administradores al éxito a largo plazo de la sociedad³⁰, pero indica que, aunque unos honorarios elevados son necesarios para atraer talento, si son excesivos causarán una falta de estímulo y una pérdida de eficiencia en su gestión e independencia. Por ello, la transparencia de las cantidades retributivas de los administradores y el procedimiento para su determinación son necesarios para evitar incurrir en excesos³¹. Por un lado, con relación a la política de remuneraciones en sede de sociedades cotizadas, no se introduce nada nuevo. El modelo español ya establecía la obligación de configurar una remuneración que debía ser votada por la junta general cada tres años (más restrictivo que el art. 9 bis de la Directiva, que indica cada cuatro años)³². Ahora bien, la reforma del Proyecto de Ley de 2020 se hace notar, sin embargo, atendida la revisión del artículo 529 novodecies de la LSC, que concreta el contenido que debe contener la política de remuneraciones³³. En relación con el informe anual de remuneraciones (IAR) encontramos una situación similar a

²⁸ Artículo 3 quáter apdo. 2 y considerando 10 de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo.

²⁹ Derecho de los accionistas a pronunciarse sobre las remuneraciones de los administradores, tal como indica el expositivo IV del Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020.

³⁰ Considerando 28 de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo.

³¹ El libro verde de la UE, Bruselas, 5.4.2011 COM (2011) 164 final, sobre la normativa de gobierno corporativo de la UE indica: «Frenar planteamientos a corto plazo perjudiciales y la asunción de riesgos excesivos».

³² Artículo 529 novodecies de la LSC.

³³ Según el artículo 9 bis apartado 6 de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo.

la anterior, ya que el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020 matiza el contenido que debe tener el IAR: remuneración desglosada por componentes, proporción de elementos variables y fijos, variación anual, remuneración del grupo, etc³⁴.

2.3.3. La implicación y transparencia de los inversores institucionales y gestores de activos

La eficiente implicación de los accionistas en la sociedad pasa por la involucración de los inversores institucionales, los gestores de activos, y de las personas en cuyo nombre actúan, y por su incentivación por el largo plazo. Ambas medidas requieren de una mayor transparencia³⁵. Así, la Directiva 2017/828 establece la obligación de que tanto los inversores institucionales como los gestores de activos elaboren y publiquen una política de implicación que contenga dos partes diferenciadas. En la primera se ha de indicar cómo se integra a los accionistas en su política de inversión, explicando cómo se realiza el seguimiento y la comunicación con las sociedades en las que invierten, y cómo se gestionan los conflictos de intereses surgidos. En la segunda parte, debe indicarse cómo se ha aplicado esta política de implicación, incluyendo la explicación de su comportamiento de voto³⁶.

En el Proyecto de Ley, todo esto se articula mediante una serie de modificaciones en aquellas leyes en las que se regulan estos vehículos de inversión. En concreto, mediante la introducción de un proyectado artículo 47 quáter en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, en el que se replica la estructura y contenido establecido por la directiva.

2.3.4. Asesores de voto o *proxy advisors*

Por otro lado, la Directiva 2017/828 y el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020 establecen un marco jurídico para los «asesores de voto» o *proxy advisors*. A pesar de los beneficios que estos profesionales ofrecen, ya que son susceptibles de fomentar la implicación a largo plazo de los accionistas y de hacer recomendaciones a las sociedades en materia de gobierno corporativo, lo cierto es que la ausencia de un marco jurídico regulador de su actividad puede llegar a generar perjuicios para el mercado y sus partícipes. Algún ejemplo de los citados perjuicios son, entre otros, la existencia de conflictos de intereses,

³⁴ Según el artículo 9 ter apartado 1 de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo.

³⁵ Considerandos 15, 16, 17, 19 y 20 de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo.

³⁶ Artículo 3 octies de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo. De acuerdo con el artículo 3 nonies de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo para los inversores institucionales, y artículo 3 decies de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo para los gestores de activos, también habrán de desarrollar y publicar una estrategia de inversión.

la excesiva concentración del sector que se configura como un duopolio, la duda acerca la calidad de los servicios prestados, la ausencia de un régimen de responsabilidad de los asesores de voto y la dificultad en la medición de su influencia real en los accionistas y en las sociedades. Estos riesgos y conductas potencialmente perjudiciales deben ser corregidos.

De entre las opciones posibles, la Directiva 2017/828 y el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020 han optado por imponer a los asesores de voto dos deberes de transparencia y uno en materia de conflictos de interés. Así, los asesores deberán: a) publicar el código de conducta al que se adhieran y apliquen, indicando las situaciones en las que no se siguen sus recomendaciones, y las medidas adoptadas como contrapeso; b) publicar un informe sobre la preparación de sus investigaciones, asesoramientos y recomendaciones de voto; y c) comunicar a sus clientes, de forma inmediata, cualquier conflicto de interés susceptible de influir en los servicios prestados.

2.3.5. Operaciones con partes vinculadas

Dado el grave perjuicio que las operaciones con partes vinculadas pueden causar a las sociedades cotizadas y a sus accionistas, produciéndose una sustracción del valor de estas, la directiva establece un nuevo régimen que regula este tipo de operaciones, incrementando su transparencia y el control al que deben someterse³⁷. Pero este marco establecido por la directiva tiene un carácter flexible en cuanto a su adaptación por parte de los Estados miembros, que pueden trasponerlo libremente, y en el que van a quedar excluidas las operaciones ordinarias, tal como recoge el proyectado apartado 4 del artículo 529 duovicies de la LSC. En el régimen que ha sido incorporado por el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020³⁸, la modificación más relevante es la imposición del deber de comunicar la operación con una parte vinculada de forma anticipada o simultánea a su celebración, deber que se incorpora en el proyectado artículo 529 unvicies de la LSC, y que es distinto de la comunicación a posteriori que estaba vigente hasta la actualidad. Esta comunicación debe contener la identidad de la parte vinculada, el valor de la operación, su fecha, así como cualquier otra información útil para que la sociedad pueda valorar si las operaciones son justas y razonables, y para que la junta general pueda decidir sobre su aprobación, debiendo abstenerse el socio afectado en la votación³⁹.

2.3.6. Voto adicional por lealtad

Por último, el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020 ha incorporado una última modificación: una nueva subsección que recoge el régimen jurídico de las acciones con «voto

³⁷ Considerando 42 y artículo 9 quáter de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo.

³⁸ Nuevos artículos 529 vicies a 529 quaterVICIES de la LSC.

³⁹ Proyectados artículos 529 unVICIES y duovicies de la LSC.

por lealtad». En cambio, la directiva, en su versión definitiva, no incluye este régimen de voto adicional por lealtad⁴⁰. Esta figura, el voto doble por lealtad, será analizada detalladamente en los apartados siguientes.

3. Voto adicional por lealtad

Como indicaba, el Proyecto de Ley recoge un régimen jurídico de las acciones con «voto adicional de lealtad». Se analizará si este instrumento tiene cabida en nuestro derecho societario, su naturaleza, las opciones por las que podía haber optado el legislador, la regulación en derecho comparado y, finalmente, el régimen jurídico establecido en el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020.

3.1. Acciones con privilegios económicos y políticos

En el ordenamiento jurídico español, el artículo 93 de la LSC proclama, con carácter general, cuáles son los derechos del socio e, inmediatamente después, el artículo 94 de la LSC permite que este derecho pueda quedar configurado estatutariamente dentro de ciertos márgenes. Lo cierto es que, aunque se proclama el principio de igualdad de trato para los socios, esta igualdad no supone el trato idéntico a todos los socios, sino que se matiza y conforma en un tratamiento igualitario de los titulares de acciones de la misma clase y, por lo tanto, de los mismos derechos. Es por ello que el artículo 97 de la LSC dispone que: «La sociedad deberá dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas», y queda clara la admisión de acciones privilegiadas cuando el artículo 94 de la LSC permite la creación de distintas clases de acciones según los derechos que incorporen. Esta posibilidad se basa en el principio de autonomía de la voluntad (*ex arts. 1.255 CC y 28 LSC*), así como en la libertad de configuración de la organización en el marco de la legalidad (Villacorta, 2019, p. 4). La creación de clases de acciones que incorporen privilegios puede tener lugar en el momento constitutivo de la sociedad (*ex art. 23.d LSC*) o mediante la modificación posterior de los estatutos sociales (*ex arts. 292 y 293 LSC*). En cualquier caso, hay limitaciones en los privilegios que se permiten y, mientras que tanto para la SL como la SA se admiten los económicos⁴¹, los políticos solo se autorizan para la SL⁴², y nunca para la S. (*ex art. 96.2 LSC*).

⁴⁰ El artículo 3 sexies bis de la Propuesta de Directiva 2017/828 recogía esta posibilidad, pero fue eliminado de la versión definitiva al no ser incluido entre las enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 2015 sobre la propuesta de directiva.

⁴¹ Con excepción del derecho a un interés, *ex artículo 96.1 de la LSC*, y la prohibición de pactos leoninos del artículo 1.691 de la CC.

⁴² Aunque para la SL, también está prohibida la creación de «participaciones sociales que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de preferencia» *ex artículo 96.3 de la LSC*.

En este punto, es importante diferenciar entre acciones privilegiadas (en ellas, el privilegio está vinculado a la acción, con independencia de quién sea su titular) y accionistas privilegiados (en ellas, por el contrario, el privilegio está vinculado al accionista sujeto, y cuando cumpla una serie de requisitos adquirirá ese derecho adicional que no poseen los accionistas ordinarios). La distinción es importante puesto que, como se verá, el propuesto régimen español de las acciones con «voto adicional por lealtad» encaja dentro de la segunda categoría.

3.2. Derecho de voto y admisibilidad de su alteración

El voto es un derecho fundamental del socio, recogido en el artículo 93 c) de la LSC, y es el derecho político por excelencia. Esto se debe a que, mediante su ejercicio, el socio interviene e influye en la adopción de acuerdos sociales que conforman la voluntad de la sociedad⁴³. En las sociedades de capital, la regla general es el principio de proporcionalidad entre el valor nominal de la cuota social y el derecho de voto (Largo Gil 2017, pp. 138-147), siendo, por lo tanto, la participación en el capital la que determina el alcance del derecho de voto de un socio (*ex arts. 96.2, 188.1 y 188.2 LSC*)⁴⁴.

A pesar de esta regla general, en la SL se admite el voto plural, con lo que se rompe este principio de proporcionalidad entre valor nominal, participación en la cifra de capital y voto. Esto es así porque, no solo no se prohíbe la ruptura de la proporcionalidad en el artículo 96.3 de la LSC⁴⁵, sino que además se admite su alteración estatutaria en el artículo 188.1 de la LSC. En la SA, por el contrario, el voto plural no se admite de acuerdo con los arts. 96.2 y 188.2 de la LSC. De hecho, se prohíbe expresamente la ruptura de la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y los derechos políticos que incorpora⁴⁶. Sin embargo, la prohibición no proscribire que pueda modularse el derecho de voto, y el propio Tribunal Supremo, en relación con una SA, indica que: «El derecho de voto en la junta general es otro de los derechos que la LSC reconoce al socio en su artículo 93 c) con el carácter de "mínimo". Pero este carácter de derecho básico del socio no supone que no pueda ser objeto de restricción ni limitación alguna, o incluso de privación»⁴⁷.

Cabe afirmar, por todo ello, que la vinculación acción-derecho de voto no se configura como una regla absoluta, siendo las excepciones más relevantes:

⁴³ Sobre el derecho de voto en nuestro derecho societario sigo a Largo Gil (2017, pp. 138-147).

⁴⁴ SAP de Las Palmas (Sección 4.ª) núm. 7/2011, de 10 de enero [ECLI: ES:APGC:2011:558]. También las resoluciones de la DGRN de 14 de octubre de 1999, y de 2 de septiembre de 2016.

⁴⁵ Como sí que se prohíbe alterar la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de preferencia.

⁴⁶ Además, en el artículo 184 de la RRM se admite para las participaciones la creación de participaciones con más votos que otras, mientras que en el artículo 122 de la RRM, relativo a las acciones, nada se indica.

⁴⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 608/2014, de 12 de noviembre (NCJ059260).

1. La posibilidad de crear acciones (y participaciones) sin voto, se recoge en los artículos 98 y siguientes de la LSC. La finalidad de estas acciones es solventar el problema del absentismo que padecen aquellos socios que solo están interesados en la sociedad en términos de inversión, que cada vez son mayores en número (Largo Gil, 2017, pp. 144-146). El problema, el absentismo, es el mismo que el que se propone solucionar el voto adicional por lealtad (Villacorta, 2019, pp. 7-8). Pero, mientras que en las acciones sin voto se claudica ante el problema, con el reconocimiento del voto adicional por lealtad se trata de solucionarlo. Dada la existencia de una cierta similitud con relación a los problemas que suscitan unas y otras, el régimen de las acciones sin voto será muy tenido en cuenta en el estudio del voto adicional por lealtad.
2. La limitación de voto máximo por un mismo accionista de los artículos 188.3 y 527 del LSC. El fundamento esgrimido por la doctrina es que se trata de una limitación de carácter subjetivo, no se está rompiendo la proporcionalidad, dado que la limitación desaparece cuando el accionista afectado por ella vende una acción más que el límite (Largo Gil, 2017, pp. 144-146). Este mismo fundamento lo encontraremos en el voto adicional por lealtad.
3. Otros supuestos de suspensión del ejercicio del derecho de voto son: la suspensión de los derechos de voto del accionista que incurre en mora en el desembolso de su aportación, artículo 83.1 de la LSC; la suspensión del voto en la adquisición de una participación significativa de la sociedad cotizada sin ser una OPA, artículo 132 de la LMV; o la suspensión del voto de las acciones en autocartera (ex arts. 142.1 y 148.a LSC), y de la participación recíproca entre dos sociedades que supere el 10 % (ex art. 152.3 LSC) (Largo Gil, 2017, pp. 144-146).

En conclusión, la correspondencia entre participación en la cifra de capital y reconocimiento de derecho políticos en la sociedad se conforma como una regla que no tiene carácter absoluto. Se admiten, por tanto, excepciones, con lo que la eventual incorporación en la LSC de un régimen de voto adicional por lealtad, incluso para las SA, y a pesar de los artículos 96.2 y 188.2 de la LSC, pudiera justificarse atendiendo a la configuración del derecho de voto como derecho permeable cuyo reconocimiento y ejercicio puede verse afectado en atención a otros intereses de política legislativa.

3.3. Las acciones de lealtad, en sentido amplio

3.3.1. Introducción

En las últimas dos décadas, son numerosas las referencias que se han hecho a las «políticas de fidelización corporativa», entendidas como mecanismos que fomentan la efectiva implicación de los socios en la gestión a largo plazo de la sociedad. Con frecuencia estas

políticas, y su implementación, favorecen la atribución de ventajas en la posición jurídica del socio cuando se advierte la concurrencia de determinados presupuestos («prestación de fidelidad») (Fernández Torres, 2019, p. 3). De entre las alternativas que pretenden la eficacia de estas políticas de fidelización, las *loyalty shares* o «acciones de lealtad», tal y como la doctrina las ha denominado, adquieren un singular relieve. El requisito para que el socio pueda acceder a las ventajas que incorporan estas acciones es su tenencia ininterrumpida durante un periodo de tiempo predeterminado, el llamado «periodo de lealtad».

Definida la «prestación de fidelidad» de las «acciones de lealtad» como la tenencia de acciones de forma continuada durante cierto tiempo, paso a concretar cuál es el contenido de esa ventaja adquirida por el socio que cumple la prestación. En derecho comparado observamos como hay tres privilegios que pueden atribuirse a los socios «leales», y por cuya concesión puede optarse de manera separada o conjunta, estos son (Fernández del Pozo, 2018, p. 9): a) un dividendo privilegiado: ya sea reforzado o preferente; b) nuevas acciones (*loyalty shares*, en sentido estricto) u opciones sobre acciones (*loyalty options*); y c) un derecho adicional de voto: ya sea voto doble, o voto plural.

A este posible contenido hacía referencia el artículo 3 sexies bis de la Propuesta de Directiva 2017/828, artículo que fue eliminado de la versión definitiva de la directiva. Además, el artículo suprimido también incluía los incentivos fiscales como una cuarta opción de contenido del privilegio, pero el prelegislador español ha descartado esta posibilidad. Los incentivos fiscales son otra vía para promover el largoplacismo, no desde el punto de vista societario, sino fiscal (Fernández Torres, 2019, p. 2). Es decir, las *loyalty shares* pueden incluir, como privilegio, cualquiera de estas cuatro posibilidades para aquellos accionistas que sean leales. En este trabajo me centraré en el derecho adicional de voto, ya que es el único que ha recogido el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020.

Uno de los riesgos de estas políticas es la posibilidad de que su configuración fortalezca la posición de los socios mayoritarios en perjuicio del resto⁴⁸. Además, como consecuencia de que los beneficiarios puedan ser, o bien la totalidad de los socios, o exclusivamente aquellos que con mayor probabilidad pueden verse afectados por el cortoplacismo (es decir, los minoritarios), se produce una doble discriminación: a) hay una discriminación *ex ante*, ya que existe la posibilidad de que la ventaja solo se dirija a una parte de los socios (excluyendo a los mayoritarios)⁴⁹; b) y, en segundo lugar, hay una discriminación *ex post*, ya que el beneficio solo se materializará en los socios que cumplan con la prestación de lealtad (Fernández del Pozo, 2018, p. 15). Esta doble discriminación requiere de una legitimación, y el punto de partida es

⁴⁸ La CNMV señala en el Código de Buen Gobierno de 2015 (p. 24), en relación con las primas de asistencia (supuesto que guarda analogía con el nuestro), que «en el propósito de fomentar la participación de los accionistas [...] y mitigar el abstencionismo accionarial [...] puede darse el riesgo de uso de estas medidas de forma estratégica y selectiva».

⁴⁹ Lo veremos para el dividendo adicional en el derecho comparado italiano y francés, donde se establece una limitación máxima del 0,5 % del capital social.

el reconocimiento de que no todos los accionistas son iguales, sino que están movidos por intereses distintos. La doctrina mercantilista española (Fernández del Pozo, 2018, pp. 16-17, y Sánchez-Calero Guillarte, 2010, pp. 19 y ss.) indica que la discriminación está legitimada siempre que concurren tres requisitos: a) que exista idoneidad o adecuación entre la medida adoptada (las ventajas concedidas al socio leal) y el fin perseguido (el fomento de la implicación e incentivar el largoplacismo); b) que la medida sea necesaria para alcanzar el fin buscado, no existiendo otras medidas menos gravosas para los perjudicados (en sus derechos económicos o políticos); y c) que exista proporcionalidad entre la medida adoptada y el fin buscado.

El recurso a las «acciones de lealtad» no es algo novedoso. A nivel comunitario se viene haciendo referencia a las mismas en numerosos textos, como son el Plan de Acción de 2003 de la UE⁵⁰, el Libro Verde de la Comisión Europea de 25 de marzo de 2013 sobre la financiación a largo plazo de la economía europea⁵¹, o el *Report of the reflection group on the future of European Company Law* (2012) (Engrácia Antunes *et al.*, 2011, pp. 46 y ss.). Este último defiende que se debe involucrar en la toma de decisiones a aquellos accionistas comprometidos a largo plazo con la compañía, e indica como los países europeos han intentado fortalecer la posición de los accionistas activistas. Algunos intentos son más implícitos, como el *Stewardship Code* del Reino Unido⁵², pero otros son más explícitos, como en Francia, donde se regula el voto adicional por lealtad, o Italia y los Países Bajos, que permiten el dividendo reforzado. Al final recomienda que todos los países de la UE procedan a la inclusión, con la fijación de ciertos límites, de ambos mecanismos (voto adicional y dividendo reforzado) (Engrácia Antunes *et al.*, 2011, pp. 46-47). Y, como ya he indicado, hasta la Propuesta de Directiva 2017/828 recogía una referencia a las *acciones de lealtad*.

3.3.2. Dividendo de lealtad

Como ya he comentado, el primero de los posibles contenidos de la ventaja concedida al socio leal es el dividendo de lealtad (también, dividendo mejorado o reforzado). En este caso, aquel socio que disponga de sus acciones en el corto plazo verá diluidos sus derechos económicos en comparación con el socio largoplacista. Las modalidades más relevantes son: a) un dividendo privilegiado, que confiere derecho a un dividendo específico, sin tener derecho a participar en el ordinario, que será cuantitativamente inferior a aquel; b)

⁵⁰ CCE Bruselas, 21.5.2003. COM (2003) 284 final. «Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea - Un plan para avanzar», pp. 16 y 17: Indicaba que la permanencia de los accionistas podía conseguirse a través de acciones de voto plural, o de *loyalty shares*, en general.

⁵¹ COM/2013/0150 final. En sus pp. 17 y 18 indicaba que «la idea de fomentar una mayor implicación de los accionistas a largo plazo, la cual podría examinarse con más detenimiento, analizando, por ejemplo, la posibilidad de conceder más derechos de voto o dividendos a los inversores a largo plazo». Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0150:FIN:EN:PDF>

⁵² Que regula los principios y valores que deben inspirar a los inversores institucionales.

el «dividendo prioritario, mínimo o garantizado», en este caso el socio recibe el dividendo ordinario, pero se le garantiza un porcentaje o cuantía mínima computada en relación con su participación en el capital; y c) el «dividendo doble», «primer dividendo», o «dividendo mejorado». En el primer dividendo y el doble el socio percibe, además del dividendo ordinario, uno específico. En el «dividendo mejorado», un ejemplo sería recibir un 2 % adicional sobre el dividendo ordinario (Fernández del Pozo, 2018, p. 23).

Si acudimos al derecho comparado, se puede observar como en Francia y en Italia se admite, respectivamente, el *dividendo majoré* y el *dividendo maggiorato*. En Francia se regula en el artículo 232-14 del CCom. francés⁵³, y se permite una mejora del dividendo de hasta 10 % para el socio que acredite la titularidad de sus acciones durante, al menos, 2 años. Es relevante que el propio artículo establece un techo máximo de un 0,5 % de acciones de las que un mismo titular puede beneficiarse para no fortalecer en exceso a los mayoritarios (es decir, si el socio posee un 10 % del capital, 0,5 % de sus acciones recibiría dividendo mejorado, y el restante 9,5 % no) (Fernández del Pozo, 2018, p. 20)⁵⁴. En Italia, el dividendo reforzado se incorporó en 2010 al trasponer la Directiva 2007/36/CE⁵⁵ mediante la incorporación de un nuevo artículo 127 quáter TUF⁵⁶. Se permite una mejora del dividendo de hasta un 10 %, y se exige un periodo de lealtad de un año. Igual que en Francia, se fija un máximo de acciones de 0,5 % y, además, quedan excluidos los accionistas que ostenten una «influencia notable⁵⁷» en la sociedad. En España, nuestro ordenamiento no recoge expresamente la posibilidad del dividendo mejorado, y su admisibilidad en la LSC supondría una novedad toda vez que el artículo 275.2 de la LSC establece, para las SA, un régimen de reparto proporcional de dividendos para las acciones ordinarias.

3.3.3. *Loyalty shares* y *loyalty warrants*

El segundo de los posibles contenidos de la ventaja en las «acciones de lealtad», en sentido amplio, son las «acciones de lealtad» o *loyalty shares*, en sentido estricto, y las «opcio-

⁵³ Código de Comercio francés. *Code de commerce. Version consolidée au 25 mars 2020*. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>.

⁵⁴ Fernández del Pozo (2018, p. 20) indica que las sociedades que contienen esta posibilidad son pocas, pero importantes: L'Oreal, SERB, Air Liquide, Lafarge, EDF, Crédit Agricole, GDF Suez, etc.

⁵⁵ Nada se decía en esta directiva sobre la incorporación del dividendo de lealtad, pero el legislador italiano aprovechó la reforma para incorporarlas. De forma similar el legislador español incorpora ahora el voto adicional por lealtad sin que esté contemplado en la Directiva 2017/828, de 17 de mayo, pero lo hace con ocasión de su trasposición.

⁵⁶ *Testo delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF). Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, aggiornato al 09.01.2020*. Publicado por la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa. Disponible en: http://www.consob.it/documents/46180/46181/dlgs58_1998.pdf/e15d5dd6-7914-4e9f-959f-2f3b88400f88

⁵⁷ En el texto en su versión original en italiano: *influenza notevole*.

nes de lealtad» o *loyalty warrants*. No son figuras idénticas, pero guardan cierta similitud. Son menos comunes que el dividendo reforzado, pero hay sociedades cotizadas francesas que ya las han incorporado⁵⁸. En ambos casos, el socio cortoplacista verá diluidos sus derechos tanto económicos como políticos, referidos a su participación en la cifra de capital, en comparación con el socio largoplacista o leal.

Las «acciones de lealtad», o *loyalty shares* en sentido estricto, suponen la concesión de acciones a aquellos socios que cumplan el periodo de lealtad. Las acciones entregadas pueden ser de la propia sociedad o de otra tercera del grupo, y pueden provenir bien de autocartera, de acciones creadas mediante una ampliación de capital con cargo a reservas, o de la concesión de un derecho que atribuya al socio leal un derecho de suscripción preferente privilegiado en una próxima ampliación de capital.

Las opciones de lealtad o *loyalty warrants*, por su parte, constituyen, en realidad, un instrumento financiero que facilita al socio cumplidor de la prestación de lealtad la suscripción o adquisición de nuevas acciones de la propia sociedad o de otra sociedad del grupo. Dos de los elementos principales de toda opción⁵⁹ son su precio, que se fija en el momento de la emisión e indica la cuantía por la que puede ejercitarse la opción de compra, y su vencimiento⁶⁰.

A diferencia de las «acciones de lealtad» en sentido estricto y del dividendo de lealtad, cuyo reconocimiento se produce *ex post* (advertido el transcurso del periodo de lealtad), en este caso, los derechos de opción se reconocen a los socios en el momento inicial del periodo de lealtad de referencia. Ahora bien, el ejercicio de la opción, su vencimiento, estará condicionado a que el socio haya cumplido este periodo de lealtad. Una posibilidad bastante utilizada es la de separar temporalmente el momento en el que finaliza el periodo de lealtad y el vencimiento de la opción. Esta posibilidad permite al socio poder negociar el derecho de opción ya consolidado. De este modo, el socio leal no solo puede optar entre ejercitar la opción o, en su caso, no ejercitarla, sino que, además, podría especular con ella mediante su negociación como instrumento financiero, y lucrarse, aumentando así su incentivo a ser leal.

3.4.4. Voto adicional por lealtad

El último de los contenidos posibles de estas «acciones de lealtad» en sentido amplio es el voto adicional por lealtad. En esta tercera opción, la ventaja consiste en un incremento

⁵⁸ Según Fernández del Pozo (2018, p. 29), han sido usadas por SEB, Air Liquide, Dietrich y Siparex.

⁵⁹ En términos financieros, estas opciones se configuran como *call options*, es decir, «opciones de compra». Este tipo de opciones atribuye a su titular el derecho de adquirir el activo al que van asociadas, por un precio determinado y en una fecha futura determinada.

⁶⁰ Mientras que, en las llamadas opciones europeas, solo se puede ejercitar el derecho en el vencimiento, las opciones americanas permiten su ejecución en cualquier momento hasta la fecha del vencimiento.

del peso del voto del socio cumplidor del periodo de lealtad. Así, el socio que permanece en la sociedad verá incrementados su poder decisorio en la conformación de la voluntad social, mientras que el del cortoplacista se diluirá. El legislador puede, o establecer la correlación entre incremento del valor del voto y el periodo de lealtad, o dejar esta decisión a elección de la sociedad vía estatutos. El «voto adicional por lealtad» busca, por tanto, incentivar a los inversores para que mantengan su inversión en la sociedad en el largo plazo, superando así el comportamiento cortoplacista que, como ya indicaba, cada vez les caracteriza más. Si cumplen el periodo de lealtad, estos socios consiguen duplicar, o más, sus derechos políticos, adquiriendo mayor fuerza en la junta general y en el consejo de administración (al tener más votos, podrán influir en las políticas de nombramiento) logrando así una mayor influencia en las decisiones de gestión social.

No se debe confundir el voto adicional por lealtad con el voto plural, mientras que el primero depende de condiciones subjetivas del accionista, el segundo va vinculado a la acción con independencia de su titular (Gandía, 2016, pp. 6-7). La mejor manera de entender cómo funciona este mecanismo es acudir al derecho comparado, observando cómo lo han regulado los países de nuestro entorno.

3.3.4.1. Francia

En derecho francés, desde 2014⁶¹, coexisten dos regímenes de voto doble: a) el régimen general, recogido en el artículo L.225-123 pfo. primero del CCom. francés⁶², y configurado como modelo *opt-in*, es decir, aquellas sociedades de capital que quieran adoptar el régimen de voto adicional deberán modificar sus estatutos y preverlo expresamente; y b) el régimen especial para las sociedades cotizadas, recogido en el artículo L.225-123 pfo. tercero del CCom. francés⁶³, configurado como un modelo de *opt-out*, esto es, el régimen de voto doble aplica a todas las cotizadas, por defecto y de forma automática, pero puede excluirse este privilegio mediante previsión estatutaria en contra, que exigirá de un acuerdo de la junta general por mayoría de dos tercios. El periodo de lealtad en ambos casos es de dos años. Además, el ejercicio del derecho requiere que el título se inscriba en un registro nominativo⁶⁴, pero nada se indica en la ley de la configuración ni del contenido de este registro.

Por último, las acciones con voto adicional no se configuran como una clase de acciones autónoma distinta al resto, sino que, en realidad, cualifican el ejercicio de los derechos políticos de las acciones ordinarias sin alterar en nada sus derechos y obligaciones. Es

⁶¹ La última reforma relativa al voto adicional fue operada por la Loi Florange, L. núm. 2014-384, de 23 de marzo de 2014.

⁶² Código de Comercio francés. *Code de commerce. Version consolidée au 25 mars 2020*. Véase nota 53.

⁶³ Código de Comercio francés. *Code de commerce. Version consolidée au 25 mars 2020*. Véase nota 53.

⁶⁴ Ex artículo L.225-123 pfo. primero y tercero del Código de Comercio francés. Véase nota 53.

decir, todas las acciones incorporan para sus titulares el derecho a un voto doble, pero su ejercicio está condicionado al cumplimiento de un periodo de permanencia (Fernández Torres, 2019, p. 3). El derecho adicional de voto va vinculado al titular, y no al título, ya que su ejercicio depende de circunstancias subjetivas. La principal consecuencia de esto es que, como regla general, el derecho del titular de la acción se extingue con su transmisión, ex artículo L.225-124 del CCom francés⁶⁵. Aunque el mismo artículo recoge ciertas excepciones, así ni la transmisión *mortis causa*, ni la liquidación de la comunidad matrimonial, ni la donación *inter vivos* a favor de un cónyuge o de un pariente, ni la fusión o escisión dan lugar a la pérdida del derecho adquirido, ni tampoco a la pérdida del cumplimiento parcial de los plazos exigidos en el artículo L. 225-123 del CCom. francés para obtener el privilegio del voto adicional por lealtad. Asimismo, aquellas acciones que el accionista obtenga de forma gratuita de la sociedad⁶⁶ incorporarán el derecho adicional de voto desde su adquisición, siempre que estas le sean entregadas al socio como consecuencia de un derecho derivado de sus acciones con doble voto⁶⁷.

3.3.4.2. Italia

En el derecho italiano, también coexiste un doble régimen, mientras que a las sociedades cerradas se les permite la emisión de acciones de voto plural (entre uno y tres votos)⁶⁸, las sociedades cotizadas, por el contrario, lo tienen prohibido ex artículo 127 sexies del TUF⁶⁹. Ahora bien, en el caso de las sociedades cotizadas, aunque no se pueda incorporar el voto plural, sí que se puede recurrir, desde 2015, al llamado *voto maggiorato*, regulado en el artículo 127 quinquies del TUF, y que se configura como un auténtico derecho adicional de voto por lealtad. Será la sociedad la que deba prever estatutariamente esta posibilidad (*opt-in*) (Gandía, 2016, pp. 3-6)⁷⁰, estableciendo el voto adicional por lealtad para aquellos accionistas que hayan sido titulares durante, al menos, dos años desde el oportuno registro de sus acciones, y comenzando el cómputo del periodo de lealtad desde el citado registro. En Italia, al igual que en derecho francés, el reconocimiento del derecho al voto adicional por lealtad se configura como una consecuencia resultante de circunstancias objetivas en el ámbito de las relaciones entre el socio y la sociedad (los dos años de tenencia de las

⁶⁵ Código de Comercio francés. *Code de commerce. Version consolidée au 25 mars 2020*. Véase nota 53.

⁶⁶ Aumentos de capital con cargo a reserva, beneficio o prima de emisión, donaciones, dividendos en acciones, etc.

⁶⁷ Art. 225-123, pfo. segundo del Código de Comercio francés. Véase nota 53.

⁶⁸ En estas acciones de voto plural, el derecho adicional de voto sí que está vinculado al título, y no al accionista ni a su circunstancia personal de que haya permanecido durante un tiempo como accionista.

⁶⁹ *Testo delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria. Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, aggiornato al 09.01.2020*. Publicado por la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa. Véase nota 56.

⁷⁰ Artículo 127 quinquies TUF. Véase nota 56.

acciones). El hecho de que el nacimiento de este derecho no se constituya sobre circunstancias externas permite sortear, en el ordenamiento jurídico italiano para las sociedades cotizadas, la prohibición de emisión de acciones de voto plural.

No se configuran las acciones como una categoría especial de acciones, sino que todas las acciones acarrearán este privilegio, pero su ejercicio se encuentra condicionado a la tenencia de los títulos durante un periodo de tiempo de, al menos, dos años. Esto tiene como principal consecuencia que, al igual que en Francia, la transmisión de la acción (de forma directa o indirecta, a título oneroso o gratuito) dará lugar a la pérdida del derecho adicional del voto. Como excepción a esta regla general, se conserva el derecho si la transmisión es *mortis causa*, o en fusiones y adquisiciones. Además, se extiende el voto adicional por lealtad a las nuevas acciones adquiridas mediante aumento de capital (Fernández Torres, 2019, pp. 3-4).

Lo más interesante del régimen italiano es que su legislador, en aras de una mayor transparencia y seguridad, ha regulado detalladamente el registro específico en el que han de constar las acciones a efectos del cómputo de los plazos, atendida su eficacia en relación con el ejercicio del derecho de voto (Fernández Torres, 2019, p. 5). Así, se dispone que las entradas del registro deben relacionar: a) los datos identificativos de los accionistas inscritos; b) el número de acciones registradas; y c) la fecha de inscripción en el registro. Además, se crea una sección específica en el registro con la siguiente información: a) los datos identificativos de los accionistas que tengan derecho al voto doble; b) el número de acciones a las que corresponde el derecho; y c) la fecha a partir de la cual se haya atribuido el derecho. Estos datos deben estar a disposición del accionista que los solicite en formato electrónico⁷¹.

3.3.4.3. Bélgica

Bélgica ha sido el último país de nuestro entorno en incorporar el reconocimiento de derechos de voto orientados a fomentar la implicación a largo plazo de los accionistas. Lo hizo en 2019⁷². Esta reforma ha implicado la ruptura del principio de proporcionalidad, y la entrada en vigor de un doble régimen para sociedades no cotizadas y cotizadas. En relación con las primeras, sus estatutos pueden derogar la proporcionalidad, creando acciones de voto plural⁷³. Para las cotizadas, el artículo 7:53 §1 del *Code des sociétés et des associa-*

⁷¹ Artículo 143 *quartàuer* (*Contenuto dell'elenco*) del Reglamento de la CONSOB (de 19 de diciembre de 2014). *Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti* (reformado en 24 de junio de 2019). Disponible en: http://www.consob.it/documents/46180/46181/reg_consob_1999_11971.html/2f881567-6e9f-4eef-822a-e098360c6a56

⁷² Mediante la Ley de 23 de marzo de 2019 (que entró en vigor el 1 de mayo del mismo año).

⁷³ La regla de proporcionalidad la contempla el artículo 7:51 *Code des sociétés et des associations* (CSA), y la posibilidad de que las no cotizadas la rompan viene contemplada en el artículo 7:52 CSA (refor-

tions (CSA) recoge la posibilidad de que, mediante previsión estatutaria (*opt-in*) (Fernández Torres, 2019, pp. 4-5), se prevea la existencia de acciones con derechos de voto doble para aquellos accionistas que hayan sido sus titulares durante, al menos, dos años, debiendo acreditarse este hecho mediante inscripción en el registro de acciones nominativas de la sociedad. A diferencia de Francia e Italia, el derecho puede tener un efecto inmediato, puesto que el cómputo de los dos años se realiza desde la inscripción en el registro de acciones nominativas, que puede ser anterior a la reforma estatutaria⁷⁴.

Al igual que sucede en Francia e Italia, en el derecho belga la admisión de estas acciones con voto adicional no supone la creación de una clase distinta de acciones, sino que el derecho doble de voto es un derecho intrínseco a las acciones, pero condicionado al cumplimiento del periodo de lealtad y al registro, *ex* artículo 7:53 §3 del CSA. Como consecuencia de lo anterior, el derecho se extingue con la transmisión de las acciones, salvo excepciones recogidas en el artículo 7:53 §2 del CSA, como la transmisión *mortis causa*, la liquidación del régimen matrimonial y la fusión o escisión societaria.

3.3.5. Régimen jurídico propuesto en el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020

El régimen que el legislador español propone para estas *acciones de lealtad* en el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020 se refleja en una nueva subsección de la LSC bajo la rúbrica «Acciones con voto por lealtad» (que comprende los proyectados arts. 527 *ter* a 527 undecies LSC). En esta subsección se va a permitir que las sociedades cotizadas incluyan un régimen de voto adicional en sus estatutos (*opt-in*). El propio apartado VIII de la exposición de motivos del proyecto de ley adelanta que el régimen propuesto es similar al existente en Francia e Italia.

Tal y como se ha apuntado, el proyectado artículo 527 *ter* de la LSC opta por un sistema *opt-in*, requiriendo por tanto la modificación o, en su caso, la incorporación, como previsión estatutaria, del reconocimiento a los titulares de acciones del «voto de lealtad». El periodo que permite acceder a este privilegio se fija en dos años, que podrá ampliarse (así se contempla expresamente en la norma), pero no reducirse (expresamente prohibido)⁷⁵, y comenzará a contarse desde la inscripción en el libro registro especial que se contempla en el proyectado

mado a 23 de marzo de 2019). Disponible en (página web del «Moniteur belge. Service public federal Justice».): https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2019032309&table_name=loi

⁷⁴ *Ex* artículo 7:53 §1 CSA. Véase nota 73.

⁷⁵ El Anteproyecto de Ley de 24 de mayo de 2019 no recogía expresamente la prohibición de reducción del plazo de tenencia, aunque esta prohibición se entendía implícita. En el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020, el legislador ha optado por la claridad, y ha decidido indicarlo expresamente.

artículo 527 septies de la LSC⁷⁶. Este artículo zanja el debate sobre si este tipo de acciones que rompen con el principio de proporcionalidad de voto tienen cabida en el ordenamiento jurídico español, puesto que dispone, expresamente, que el reconocimiento del voto adicional por lealtad se conforma «como excepción a lo previsto en los artículos 96.2 y 188.2». Se admite así, manifiestamente, una nueva excepción legal a la regla general de proporcionalidad. Además, en este proyectado artículo 527 ter de la LSC se define «voto doble» como «el doble de votos que correspondan a cada una de las acciones en función de su valor nominal», y se indica que estas acciones con voto doble por lealtad no constituyen una clase separada de acciones.

La modificación estatutaria se encuentra regulada en los proyectados artículos 527 quáter y sexies del LSC. El primero regula las mayorías necesarias para que la junta general incluya esta figura en sus estatutos, y lo hace a través de una doble opción: a) con un quórum del 50 %, se requiere el voto favorable del 60 % del capital presente (o representado); o b) con un quórum del 25 %, se requiere el voto favorable del 75 % del capital presente (o representado)⁷⁷. Con todo, los propios estatutos pueden ampliar las mayorías y los quórums. El segundo artículo, artículo 527 sexies de la LSC, establece que la supresión de la previsión estatutaria de voto adicional por lealtad requiere de los requisitos de quórum y mayorías del artículo 201.2 del LSC. Los requisitos de supresión, por tanto, son sensiblemente inferiores a los requisitos de inclusión, puesto que para su eliminación se requiere de mayoría absoluta para un quórum del 50 % y, con un quórum del 25 %, se exige el voto favorable de dos tercios. Además, en esta votación de supresión, el propio artículo establece un límite temporal de 10 años desde la inclusión del voto adicional de manera que, si no ha transcurrido este periodo, se computan los votos adicionales por lealtad, pero si han transcurrido los 10 años, no se tienen en cuenta. Nos encontramos ante lo que la doctrina denomina «mecanismos de puesta de sol», figuras que tienen como finalidad que los instrumentos que refuerzan el control de ciertos accionistas, como es el voto adicional por lealtad, no se perpetúen en el tiempo, sino que tengan cierto carácter limitado (Gutiérrez Urtiaga y Sáez Lacave, 2020, pp. 103-105).

Al margen de la excepción en la supresión de la disposición estatutaria, la regla general de cómputo del voto adicional se contempla en el proyectado artículo 527 quinquies de la LSC. Este indica que se deben tener en cuenta estos votos adicionales, tanto para determinar el quórum (que se calculará sobre el número total de votos, incluyendo los dobles),

⁷⁶ El Anteproyecto de Ley de 2019 no dejaba claro si la medida tenía efectos retroactivos (como en el caso belga), pudiendo ejercer el derecho adicional desde la entrada en vigor de la ley y la modificación estatutaria (si se cumplía con la tenencia de 2 años) o si, por el contrario, se debía esperar 2 años adicionales desde la modificación estatutaria, comenzando el cómputo con la inscripción en el registro especial. El proyecto de ley resuelve este debate en favor de la segunda opción.

⁷⁷ Observamos como se han rebajado las mayorías respecto de las que se exigían en el anteproyecto de ley. Para este, se requería, con un quórum del 50 %, el voto favorable de dos tercios del capital presente, y con un quórum del 25 %, el voto favorable del 80 % del capital presente. El legislador parece querer así favorecer la aprobación de este mecanismo.

como para hacer el cómputo de las mayorías necesarias⁷⁸. En su segundo apartado, y de forma expresa, se remarca que deben incluirse los votos adicionales al comunicar las participaciones significativas en el informe anual de gobierno corporativo⁷⁹, así como a efectos de concretar la obligación de formular una OPA⁸⁰. Es interesante que este artículo zanja el debate surgido con el anteproyecto de ley relativo al alcance del límite estatutario que imponga un número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista. No quedaba claro en el anteproyecto si este límite estatutario abarcaba, o no, los votos dobles. El Proyecto de Ley de 2020 declara, de forma expresa, que estos votos dobles sí que quedan comprendidos dentro de la citada prohibición. No solo eso, sino que este proyectado artículo 527 quinquies de la LSC también introduce la obligación de reflejar en el acta de la reunión de la junta general el número de votos con el que concurre cada accionista⁸¹.

Lo que más se criticó del régimen establecido en el Anteproyecto de Ley de 24 de mayo de 2019 fue la ausencia absoluta de regulación relativa al registro especial en el que se debía acreditar el periodo de lealtad. Es por ello que el legislador ha incluido en el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020 el proyectado artículo 527 septies de la LSC. Este artículo regula el «libro registro especial de acciones con voto doble» que debe crear la sociedad emisora y a través del cual se va a dar cumplimiento a la obligación de los accionistas de acreditar este periodo de titularidad ininterrumpida. El accionista que pretenda la obtención del derecho doble deberá, primero, solicitar su inscripción en ese registro complementario, indicando el número de acciones respecto de las que se busca el reconocimiento del derecho de voto por lealtad⁸² y, segundo, mantener la titularidad de esas acciones durante un periodo de dos años desde la inscripción. Para fijar el contenido que debe incluir este registro, el artículo se remite a lo contemplado en el artículo 497 de la LSC, cuya redacción se modifica con el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020⁸³. Esta información, además, debe ser proporcionada por la sociedad a cualquier accionista que la solicite. En esta línea,

⁷⁸ A estos efectos, indica el proyectado apartado 2 del artículo 527 nonies de la LSC que el titular de la acción beneficiada por el doble voto debe acreditar su derecho durante el plazo de legitimación anticipada previo a cada reunión de la junta general. Esta acreditación se realizará mediante la aportación de un certificado expedido por la entidad encargada del libro registro de anotaciones en cuenta.

⁷⁹ Obligación establecida en el artículo 540 de la LSC.

⁸⁰ Obligación prevista en los artículos 128 y ss. de la LMV.

⁸¹ Obligación que, con carácter general, no aparecía recogida en el artículo 97.1.4.º del RRM, y que sí que aplicará a las sociedades cotizadas que hayan incluido el régimen de voto adicional por lealtad en sus estatutos.

⁸² Nos indica el proyectado apartado 1 del artículo 527 nonies de la LSC que la solicitud debe ir acompañada de un certificado en el que se acredite la titularidad de las acciones sobre las que se pretende obtener el derecho de voto doble. Este certificado será expedido por la entidad encargada del libro registro de anotaciones en cuenta.

⁸³ Contenido que establece la proyectada nueva redacción del artículo 497 de la LSC: a) nombre y datos de contacto (dirección y email para personas físicas, y LEI o NIF para personas jurídicas); b) número de acciones de las que es titular; y c) si la sociedad lo solicita, las clases de las acciones y la fecha desde la que es titular.

el proyectado apartado 3 del artículo 527 nonies de la LSC establece otro deber adicional de transparencia: la obligación de publicar, en la página web de la sociedad cotizada, información sobre el número de acciones con voto dobles existentes en cada momento, así como el número de acciones inscritas y pendientes de cumplir el periodo de lealtad.

Más aún, el proyectado artículo 527 septies de la LSC recoge, en su apartado quinto, la posibilidad de que el accionista renuncie, de forma total o parcial, al voto doble que le hubiese correspondido⁸⁴. Este artículo también confiere a los socios, en su apartado séptimo, la potestad de regular, vía estatutos sociales, la forma en que debe acreditarse la titularidad ininterrumpida de las acciones desde la inscripción, y el modo en el que se debe comunicar tanto la renuncia como la minoración del voto.

Por otro lado, en el proyectado apartado 1 del artículo 527 decies de la LSC se regula que, con la transmisión (o cesión) de las acciones a las que va asociado el privilegio, ya sea a título oneroso o gratuito, la regla general es que se produzca la extinción del derecho adicional de voto. Dicha extinción surgirá efectos desde la fecha de la transmisión. En esta norma es donde se observa que el privilegio se vincula al titular de la acción, y no a la acción en sí.

Frente a esta regla general de la extinción, y al igual que en derecho comparado, en el proyectado apartado 2 del artículo 527 decies de la LSC se disponen una serie de excepciones en las que la transmisión de las acciones, y el consecuente cambio de titularidad, no extingue el privilegio: a) la sucesión *mortis causa*; b) la liquidación de la sociedad de gananciales o comunidad de bienes; c) las donaciones entre cónyuges (o análoga relación), ascendientes y descendientes; d) la modificación estructural de la sociedad (de las previstas en la Ley 3/2009, de 3 de abril); y e) la transmisión entre sociedades del mismo grupo. Finalmente, debemos añadir que se contempla la concesión automática del derecho de voto adicional a las acciones asignadas gratuitamente en ampliaciones de capital sobre acciones ya poseídas con este derecho (en virtud del proyectado apartado 3 del artículo 527 ter LSC).

Por último, el proyectado artículo 527 undecies de la LSC establece que en el supuesto de titularidad indirecta, se debe acreditar únicamente la titularidad ininterrumpida del beneficiario último durante el periodo de lealtad, no siendo necesario el cumplimiento de este requisito por los intermediarios.

Expuesto el régimen, se echan en falta ciertas previsiones que, quizás, el prelegislador debería haber contemplado. En relación con la OPA, no se establece ningún periodo transitorio, como sí que se hace en el ordenamiento francés⁸⁵, en el que se suspende la obligación

⁸⁴ Esta cuestión no quedaba nada clara en la redacción del marco jurídico que hacía el Anteproyecto de Ley de 2019.

⁸⁵ La llamada cláusula *grand-père*, que otorga seis meses de suspensión de la obligación de formular la OPA si supera el 30 % (a partir del cual es obligatoria una OPA) y siempre que no supere un tercio de los derechos de voto (Fernández Torres, 2019, p. 10).

de formular la OPA cuando se han superado los umbrales como consecuencia de este voto adicional, dando así la posibilidad al accionista de deshacer su posición o de renunciar al derecho doble. Además, lanzada la OPA, si se refuerza el voto durante la operación, ¿podría impedirse esta? (Fernández del Pozo, 2018, p. 27). ¿Debemos dar por hecho que este derecho es compatible, y aplica, en el régimen de derechos de la minoría? ¿Podrían establecerse en los estatutos condiciones adicionales para adquirir el derecho adicional de voto⁸⁶?

El legislador español, sin embargo, sí que ha dado respuesta a problemas que se han planteado en otros ordenamientos jurídicos de derecho comparado, como el reconocimiento de la posibilidad de ampliar el periodo de lealtad (cuestión controvertida en Francia), o el cómputo, o no, del voto adicional en la obligación de hacer una OPA, que el artículo 527 quinquies apartado 2 de la LSC resuelve en sentido afirmativo.

4. Conclusiones

1. La excesiva asunción de riesgos a corto plazo por los inversores afecta de manera negativa a la gestión y al rendimiento empresarial, pudiendo generar una pérdida de competitividad, productividad e ir en detrimento del valor de la empresa. Además, la doctrina ha identificado la existencia de una crisis en el funcionamiento de la junta general de las sociedades cotizadas, y la necesidad de adoptar medidas que la revitalicen como órgano conformador de la voluntad social. El cortoplacismo que padecen algunos socios, e incluso los administradores, afecta a las decisiones que todos ellos han de adoptar. La obtención de beneficios a corto plazo, como objetivo empresarial, es susceptible de comprometer la sostenibilidad de la sociedad.
2. Durante las últimas décadas, el gobierno corporativo ha tratado de mejorar el funcionamiento interno de las sociedades a través del fomento de la implicación de los accionistas en el largo plazo, el aumento de la transparencia y la búsqueda del equilibrio entre los órganos sociales y las partes interesadas. En particular, a través del activismo accionario y el «largoplacismo», se pretende la implicación efectiva de los accionistas en la gestión a largo plazo de la sociedad y, frente a la «apatía racional del accionista», se opta por el refuerzo de sus derechos y la inclusión de mecanismos que faciliten el ejercicio de voto. En este contexto, y con esta finalidad, surge la Directiva (UE) 2017/828, de 17 de mayo de 2017.
3. La Directiva (UE) 2017/828 refuerza la posición del accionista en materia de comunicación y ejercicio de sus derechos, de decisión sobre la remuneración de los

⁸⁶ Sí que se permite esta posibilidad en el ordenamiento belga, aunque debe ser acotada en el tiempo, no puede ser contraria ni a la ley ni al interés societario y no puede constituir un sometimiento al ejercicio del derecho conforme a las instrucciones de la sociedad, ex artículo 7:56 §1 CSA. Véase nota 73.

administradores y de implicación y transparencia de los inversores institucionales. Por otra parte, el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020, por la que se modifica la LSC y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, recoge los postulados resultantes de la directiva y proyecta su trasposición a nuestro ordenamiento jurídico. En este contexto cabe destacar el proyectado régimen jurídico relativo a las acciones con voto adicional por lealtad.

4. El prelegislador español ha incorporado las *loyalty shares* o «acciones de lealtad», en su modalidad de voto adicional por lealtad. Este instrumento se enmarca en las denominadas «políticas de fidelización corporativa», entendidas como aquel mecanismo mediante el cual el socio que cumple con la prestación de fidelidad requerida obtiene una ventaja en su posición jurídica en la sociedad. Dentro de este amplio concepto, en concreto, en las «acciones de lealtad» la prestación de fidelidad se materializa en una obligación del socio de mantener sus acciones durante un periodo de tiempo predeterminado, y la ventaja obtenida por este puede ser de tres tipos: a) la obtención de un dividendo privilegiado; b) el incremento del número de acciones que el accionista posee (ya sea directamente, a través de la entrega de acciones, o indirectamente, mediante la entrega de opciones sobre acciones); y c) el incremento de su derecho político de voto. Siendo la tercera modalidad la elegida en el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020.
5. En Francia, Italia y Bélgica se ha admitido progresivamente el voto adicional por lealtad, y el marco jurídico de estos países ha sido tenido en cuenta a la hora de elaborar el régimen proyectado español. Lo más destacado de todos estos regímenes de derecho comparado es que el derecho adicional de voto se vincula al titular de la acción, y no al título en sí mismo considerado. Esto deriva de que el reconocimiento del derecho adicional y su ejercicio dependen de un requisito subjetivo: la tenencia de acciones durante un periodo de tiempo. Como consecuencia de lo anterior, el derecho adicional se extingue si se transmiten las acciones beneficiadas.
6. Aunque en un primer momento puede parecer que este régimen de derecho adicional por lealtad choca con el principio de proporcionalidad entre el valor nominal, cuota de participación en la cifra de capital, y el voto que se consagra para la SA en nuestro derecho societario, lo cierto es que la propia LSC recoge ciertos casos en los que se rompe esta regla (como, por ejemplo, la posibilidad de emitir acciones sin voto). Y así lo admite también el Tribunal Supremo. Por ello, la configuración del principio de proporcionalidad como una regla de carácter no absoluto, y que admite excepciones, y la ordenación del derecho de voto como derecho permeable cuyo reconocimiento y ejercicio puede verse afectado en atención a otros intereses de política legislativa, permiten la incorporación en la LSC de un régimen de voto adicional por lealtad.

7. Así, el Proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020 propone un sistema de voto adicional que requiere de concreción estatutaria, y fija en dos años el periodo de lealtad para acceder al privilegio. Además, se debe acreditar este periodo de titularidad ininterrumpida mediante la inscripción en un registro previsto por los estatutos. Es decir, modificados los estatutos, al accionista que cumpla con estos requisitos se le conferirá un voto adicional por cada acción de la que haya sido titular durante el periodo de lealtad de dos años.
8. En cualquier caso, no debemos olvidar que nos encontramos ante un proyecto de ley y que, aunque su contenido nos sirve para conjeturar sobre las intenciones del legislador, deberemos esperar a la modificación legislativa que sea definitivamente aprobada por las Cortes Generales para poder comprobar cuáles son las opciones legislativas por las que se ha decantado el legislador español.

Referencias bibliográficas

- Adenso Puente González, I. (2017). La influencia del activismo accionarial en el gobierno corporativo de las sociedades de capital. Régimen jurídico comparado: España, Estados Unidos y Reino Unido. *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, 5, 1-11.
- Allaire, Y. (2007). Hedge Funds as Activist Shareholders: Passing Phenomenon or Grave-Diggers of Public Corporations? *Social Science Research Network*, 3-5. <https://ssrn.com/abstract=961828> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.961828>
- Álvarez Martínez, G. (2019). Gobierno corporativo, activismo accionarial y proximidad a la insolvencia. *Revista de Derecho Concurusal y Paraconcurusal*, 31, 1-5.
- Dallas, L. (2012). Short-Termism, the Financial Crisis, and Corporate Governance. *Journal of Corporation Law*, 37(12-078), 293-300. <https://ssrn.com/abstract=2006556>
- Engracia Antunes *et al.* (2011). Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law (5 de abril de 2011). 46-50. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1851654
- Esteban, M. y Gil, G. (2019). Consideraciones sobre el último intento de aprobar las tasas Google y Tobin. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 949.
- Fernández del Pozo, L. (2018). La viabilidad de las «acciones de lealtad» en nuestro derecho de sociedades («loyalty shares»). *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 152, 9-29.
- Fernández del Pozo, L. (2019). Fidelización del socio mediante la concesión de ventajas corporativas. Dinámica de juegos y cortoplacismo. *La Ley Mercantil*, 54, 2-8.
- Fernández Torres, I. (2019). El voto adicional por lealtad: a propósito del Anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades de Capital. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 25, 1-10.
- Gandía, E. (2016). Reflexiones en torno al principio de proporcionalidad a propósito de la

- reciente introducción del voto privilegiado en Italia. *Revista de Derecho Mercantil*, 3-6.
- García Mandaloniz, M. (2018). Hacia un gobierno corporativo sostenible con implicación efectiva y sostenible de los accionistas para la mejora del rendimiento financiero y no financiero a largo plazo y con divulgación de la información no financiera. *Revista de Derecho de Sociedades*, 54, 1-6.
- Gutiérrez Urtiaga, M. y Sáez Lacave, M. (2020). Las acciones con derechos de voto adicionales por lealtad «acciones de lealtad» desde el análisis económico del derecho. *Revista de Economía ICE*, 915, 103-105.
- Largo Gil, R. (2017). *Derecho Mercantil I*. Vol. 2.: *El empresario. Empresario Individual y Derecho de Sociedades*. (3.ª ed.). Kronos.
- Martínez Echevarría, A. (2018). The Nature of Shareholding and Regulating Shareholders' Duties. *Nordic & European Company Law Working*, 18-08, 40-50.
- Mateu de Ros, R. (2017). Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación. *Revista de Derecho Mercantil*, 303, 2-6.
- Megías López, J. (2017). La creación del valor tolerante: un modelo de compatibilidad jurídica entre interés social y responsabilidad social corporativa. *Diario La Ley*, 9019, 1-9.
- Paz Ares, C. (2004). El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor. *Revista de Derecho Mercantil*, 251, 7-11.
- Pérez Moriones, A. (2017). Gobierno corporativo y junta general: del Código Olivencia al Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 147, 3-13.
- Sánchez-Calero Guillarte, F. (2006). El declinar de la Junta y el buen Gobierno Corporativo. *Revista de Derecho Bancario*, 104, 1-4.
- Sánchez-Calero Guillarte, F. (2010). La igualdad de trato de los accionistas ¿un principio general? *Revista de Derecho de Sociedades*.
- Rosenblum, S. A., Cain, K. L., Niles, S. V., Wachtell, Lipton, Rosen y Katz (2014). *NYSE: Corporate Governance Guide*. White Page, 296-309 https://www.nyse.com/publicdocs/nyse/listing/NYSE_Corporate_Governance_Guide.pdf
- Villacorta, M. A. (2019). Acciones privilegiadas en el derecho de voto: las acciones de lealtad. *Técnica Contable y Financiera*, 21, 4-10.

Demanda sobre reconocimiento de la nacionalidad de origen. Conflictos de competencia entre juzgados o tribunales de distinto orden jurisdiccional

Comentario al [ATS de 8 de octubre de 2020](#)

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Conflicto negativo de competencia que se suscita entre el Juzgado de Primera Instancia y la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional a instancias de esta última. El conflicto se plantea al declinar ambos órganos jurisdiccionales su competencia en un asunto de reconocimiento de nacionalidad española e inscripción de nacimiento.

Dos son los asuntos más destacados de este auto de la Sala de Conflictos: uno, el relativo a la procedencia o improcedencia de admitir el conflicto negativo que plantea la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; el otro se concreta en la competencia del orden jurisdiccional civil o contencioso-administrativo para conocer una demanda sobre reconocimiento de la nacionalidad de una persona de origen cubano, nieta de español y su posterior inscripción de nacimiento.

El artículo 87.1 de la Ley del Registro Civil no se encuentra en vigor debido a sucesivas prórrogas de la *vacatio legis* que han postergado la vigencia del precepto al 30 de abril de 2021, el cual señala que las resoluciones y actos de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrán ser impugnados ante el Juzgado de Primera Instancia de la capital de provincia del domicilio del recurrente pero ello no quiere decir que en defecto de dicho precepto la competencia corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa. El régimen aplicable hasta la entrada en vigor del referido precepto señala que no cabe recurso alguno, salvo cuando corresponda la vía judicial ordinaria y dicha atribución de los recursos que hubiere a la jurisdicción ordinaria supone atribuir el supuesto presente a la jurisdicción civil, habitualmente calificada como ordinaria y a la que le corresponde el conocimiento de todo aquello que no esté atribuido a los restantes órdenes.

Palabras clave: nacionalidad; reconocimiento de la nacionalidad de origen; conflicto negativo de competencia judicial.

Fecha de entrada: 12-11-2020 / Fecha de aceptación: 26-11-2020

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de noviembre de 2020).

Dos cuestiones relevantes plantea y desarrolla el auto de la Sala de Conflictos del TS, una viene determinada por la procedencia o improcedencia de admitir el conflicto negativo que plantea la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; otra se concreta en la competencia del orden jurisdiccional civil o contencioso administrativo para dilucidar una demanda sobre reconocimiento de la nacionalidad de una persona de origen cubano, nieta de español –por aplicación de la Ley de memoria histórica– y su posterior inscripción de nacimiento. Pues sucede que el Juzgado de Instancia civil ordinario y la Sala de lo Contencioso-Administrativo se autoexcluyen y no se consideran competentes para conocer del procedimiento ordinario que se abre tras la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado desestimando la petición de nacionalidad indicada.

Pero, para poder comprender mejor el comentario de este auto, conviene instruir acerca de la cuestión principal subyacente. Veamos:

El conflicto «negativo de competencia se suscita entre el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Madrid y la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a instancias de esta última». Es un asunto consistente en el reconocimiento de la nacionalidad y consiguiente inscripción del nacimiento de una mujer solicitado en el Registro Civil consular de España en La Habana (Cuba), al amparo de la Ley de memoria histórica (Ley 22/2007, de 26 de diciembre). El abuelo de la mujer era español de origen, y ya sabemos, por el artículo 15 del CC, que son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles. De ahí que pretenda el reconocimiento de su españolidad por *ius sanguinis*, por el mero hecho de ser hija de un español, independientemente de su lugar de nacimiento, es decir, del *ius soli*. Denegada la solicitud por el Registro Civil Consular, se recurre ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), que también resolvió negativamente. Se interpone demanda ordinaria civil ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Madrid –pues lo normal es considerar este tipo de procedimientos ante la jurisdicción ordinaria civil–; sin embargo, este juzgado se declara incompetente, indicando que la competencia es del orden contencioso-administrativo. Finalmente, la Sala 5.ª de la Audiencia Nacional declina la competencia y plantea el conflicto de oficio ante la Sala de Conflictos del TS. Y es aquí donde se trata la interesante cuestión de la facultad del tribunal para plantear de oficio el conflicto negativo de competencia, pues el fiscal considera que no procede admitir esta cuestión, con base en el artículo 43 de la LOPJ, según el cual: «Los conflictos de competencia, tanto positivos como negativos, podrán ser promovidos de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, mientras el proceso no haya concluido por sentencia firme, salvo que el conflicto se refiera a la ejecución del fallo». (Profundizaremos posteriormente en este precepto, que debe ser completado con el art. 50 del mismo texto legal).

Dicho lo anterior, centrado el tema a debatir, el auto resuelve los diferentes asuntos planteados. Previamente diremos que siempre ha parecido pacífico que la denegación de la concesión de nacionalidades y la demanda contra la resolución de la DGRN, confirmando la del Registro Consular o de cualquier juzgado de registro civil que previamente había resuelto sobre esta materia, se sustentara por la vía del procedimiento ordinario ante los juzgados de primera instancia civil, pues se partía de una jurisprudencia consolidada al respecto sobre la base del artículo 362 del Reglamento de la anterior Ley del Registro Civil (Ley de 8 de julio de 1957), aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958: «No cabe recurso alguno, salvo cuando corresponda la vía judicial ordinaria y sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo VII». Entendiéndose que al orden civil le corresponde todo aquello que no se haya atribuido expresamente a otros órdenes jurisdiccionales. Así, el artículo 9.2 de la LOPJ 6/1985 nos indica: «Los tribunales y juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional».

La significativa STS del Pleno de 6 de febrero de 2014 –sobre si procedía el reconocimiento por las autoridades del Registro Civil consular español de los Ángeles la inscripción del nacimiento de los menores realizada por las autoridades del estado norteamericano de California «mediante la aportación de las certificaciones de las inscripciones ya practicadas por el organismo de California equivalente al Registro Civil, en las que aparecían como padres los hoy recurrentes», padres por gestación por sustitución– es un precedente sobre la competencia del orden jurisdiccional en estos casos, asumiendo sin fisuras la competencia ordinaria civil tanto el Juzgado de Instancia –cuando admite la demanda del fiscal contra la resolución de la DGRN–, como la Audiencia Provincial –al desestimar la apelación contra la sentencia del juzgado–, como la Sala 1.ª del Supremo en la casación contra la resolución de la Audiencia, articulada en torno a un único motivo, la vulneración del artículo 14 de la CE. Y cuando decimos asumiendo sin fisuras es porque se entra a conocer este tipo de asuntos por la jurisdicción ordinaria sin el cuestionamiento de su competencia por ninguna de las partes procesales ni de oficio, como así se desprende de tantas otras sentencias de los tribunales de instancia y superiores. Por ello, hasta cierto punto sorprende que se plantee un conflicto de jurisdicción sobre esta materia. Es su desarrollo minucioso y sistemático lo que nos interesa, casi más que el resultado del conflicto, confiriendo de manera expresa la competencia del orden jurisdiccional civil.

El origen del error interpretativo parte del juzgado de instancia, pues sucede que no procede invocar como norma el artículo 87.1 de la Ley del Registro Civil, Ley 20/2011, de 21 julio, diciendo que no ha entrado en vigor aún. Este precepto expresamente contempla lo siguiente:

Las resoluciones y actos de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrán ser impugnados ante el Juzgado de Primera Instancia de la capital de provincia del domicilio del recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 781 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. En estos procesos será emplazada la citada Dirección General a través de su representación procesal.

Si el artículo estuviera en vigor, no se plantearía ningún problema interpretativo, el asunto de la señora sería visto en primera instancia y punto. Pero utilizar como argumento que no entra en vigor hasta el 30 de abril de 2021 es un razonamiento pobre, porque, como se ha dicho, hasta este momento los tribunales de instancia, y la Sala 1.^a del TS, vienen resolviendo pacíficamente estas cuestiones de reconocimiento de la nacionalidad española, para la posterior inscripción del nacimiento, por la vía del artículo 362 del Reglamento del Registro Civil actual. Por otro lado, el artículo 781 bis de la LEC, introducido por la disposición final 4.3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio nos dice:

La oposición a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Registro Civil, a excepción de las dictadas en materia de nacionalidad por residencia, podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación, sin que sea necesaria la formulación de reclamación administrativa previa.

Pero este precepto, en íntima conexión con el 87.1 de la Ley 20/2011, de 21 julio, del Registro Civil, carece de sentido porque no ha entrado en vigor. La relación entre ellos está pendiente de si hay o no una nueva prórroga cuando llegue la fecha del 30 de abril del 2021. Sucede también que el artículo más próximo a la tesis de la competencia de los tribunales contenciosos, el 22.15, relativo a la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia, tampoco puede ser invocado para eludir la competencia de los juzgados ordinarios, pues el caso se centra en el español/la de origen y no en la nacionalidad, debida o no, por residencia. El precepto contempla lo siguiente: «La concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa». Por tanto, en definitiva, la lectura reposada de la legislación al efecto no parece admitir una interpretación contraria, y el auto simplemente se ha limitado a poner orden donde nunca lo ha habido, aunque pueda parecer un contrasentido. La posición del juzgado de origen (Primera Instancia) no es sostenible.

Hasta la entrada en vigor del artículo 87 de la Ley del Registro Civil (20/2011, de 21 de julio) es el 362 del Reglamento (de Ley de 8 de julio de 1957), aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, el que se aplica y nos lleva al mismo resultado. Porque, además, y de conformidad con el artículo 9.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial, los tribunales y juzgados del orden civil «conocerán de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional». Precepto claro donde los haya, porque la normativa actual no permite colegir que el orden contencioso-administrativo sea el adecuado, en defecto de un artículo que claramente le otorgue la competencia, y que aún no es el 87 al no haber entrado en vigor. Aquí nos hallamos «ante una resolución de la citada Dirección General cuyo recurso jurisdiccional corresponde por tanto a la jurisdicción ordinaria».

Finalmente, resulta interesante desarrollar la siguiente cuestión que plantea el Ministerio Fiscal cuando se le da traslado para informar por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional: se opone al conflicto porque considera que ni siquiera debería ser admitido. Esa inadmisión nos plantea la conveniencia de explicar en qué consiste el recurso por defecto de jurisdicción que invoca el fiscal antes de seguir adelante:

La Sala Especial de Conflictos de Competencia (en ATS de 11 CN 8/10) ha señalado:

El denominado recurso por defecto de jurisdicción viene esencialmente regulado en el artículo 50 de la Ley orgánica del Poder Judicial, que forma parte del capítulo II del título III del libro I de la citada ley orgánica, que lleva por rúbrica «De los conflictos de competencia». Respecto de la tramitación de ese recurso por defecto de jurisdicción, los apartados 2 y 3 del artículo 50 de la LOPJ se limitan a indicar que se interpondrá ante el órgano judicial del orden jurisdiccional indicado en la resolución a que se refiere el artículo 9.6 de la LOPJ, que hubiere dictado la resolución firme declarando su falta de jurisdicción (el juzgado de instancia o el contencioso, según el caso), quien, tras oír a las partes personadas, si las hubiere, remitirá las actuaciones a la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, la cual reclamará del juzgado o tribunal que declaró en primer lugar su falta de jurisdicción que le remita las actuaciones y, oído el Ministerio Fiscal por plazo no superior a 10 días, dictará auto dentro de los 10 siguientes.

A su vez, los Autos de la Sala de Conflictos de Competencia de 28 de junio de 2010, núm. 17/2010 y 6 de abril de 2009, Conflicto de Competencia núm. 1/2009, nos ilustran sobre el contenido del recurso por defecto de jurisdicción: se interpone ante el órgano judicial que declara su falta de jurisdicción. Previo el traslado oportuno para oír a las partes, si las hay, se remiten las actuaciones. Conviene añadir también que haría inadmisibile el recurso por defecto de jurisdicción que sobre un mismo asunto los tribunales de dos órdenes diferentes declaren su falta de jurisdicción, «dejando al interesado sin ningún órgano judicial ante el que hacer valer su pretensión». En el presente caso, tanto la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y el Juzgado de Primera Instancia no se consideran competentes por razón de la materia, dejando a la persona sin otro órgano ante quien solicitar su pretensión de nacionalidad; lo cual afecta al derecho fundamental de acceso a los tribunales de justicia. Evidentemente, se generaría una indefensión, una vez agotadas la vía consular y la de la DGRN.

Pues bien, hechas las aclaraciones anteriores, el artículo 50 de la LOPJ que invoca el auto es el sustento principal, puesto en relación con el 43. El fiscal dice lo siguiente: considera que el conflicto debe ser inadmitido a trámite, en aplicación de la interpretación que esta sala ha efectuado del artículo 50 de la Ley orgánica del Poder Judicial, para los supuestos en que se formula de oficio o a instancia directa de otras partes sin que conste que se haya puesto en conocimiento de la parte la posibilidad de interponer recurso por defecto de jurisdicción. En el caso presente, el conflicto ha sido formulado de oficio directamente por el Auto de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de enero de 2019, sin que conste en cambio que tras el mismo la actora lo haya planteado. Se desprenden dos cosas: por un lado, no se ha puesto en conocimiento de la parte la posibilidad de recurrir por defectos de jurisdicción; por otro lado, según el precepto indicado, la Sala ha planteado el conflicto de jurisdicción directamente. Conviene recordar que la norma invocada dice expresamente:

Contra la resolución firme en que el órgano del orden jurisdiccional indicado en la resolución a que se refiere el apartado 6 del artículo 9 declare su falta de jurisdicción en un proceso cuyos sujetos y pretensiones fuesen los mismos, podrá interponerse en el plazo de 10 días recurso por defecto de jurisdicción.

Conviene recordar, asimismo, el artículo 43 –ya transcrito– de la Ley 20/2011, de 21 julio:

Los conflictos de competencia, tanto positivos como negativos, podrán ser promovidos de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, mientras el proceso no haya concluido por sentencia firme, salvo que el conflicto se refiera a la ejecución del fallo.

Pues bien, según el primero, la resolución ya es firme; según el segundo, la resolución no es firme. Esto es fácil de entender, pero ahí es donde radica el dato y la solución anudada al dato: la firmeza o no de la resolución. Por ello, en este caso, el planteamiento de oficio del conflicto de competencia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, pues, al declararse incompetente el Juzgado de Primera Instancia, la mujer interpuso recurso contencioso administrativo y la Sala 5.^a de la Audiencia Nacional, antes de que hubiera una resolución judicial firme, declinó su competencia. No era un asunto del artículo 50, sino del 43. La Sala, por consiguiente, tenía razón, y, si bien esta pretensión del fiscal se desestima, el Ministerio Público ya había advertido en su escrito que la competencia, en todo caso, era de la jurisdicción civil ordinaria.

De esta forma, la Sala Especial de Conflictos ha dejado definitivamente zanjada la cuestión, una materia respecto de la cual no parecía existir ninguna duda en la práctica y que ha conllevado un considerable retraso en la solución del problema, en la determinación de si esa persona tenía o no derecho a que se le reconociera la nacionalidad española de origen. Cuando entre en vigor la Ley del Registro Civil del año 2011, eternamente prorrogada, con algunos preceptos en vigor, la duda inexistente se habrá convertido en una inexistente duda, porque la interpretación del precepto que se espera, el 87.1, es clara, es palmaria, tanto como la interpretación de los aquí analizados por la Sala. Sin embargo, el tribunal ha razonado constatando la decisión lógica tras el estudio de los preceptos 50 y 43 de la LOPJ, con ayuda del más contundente de todos, el 9.2 de la Ley 6/1985. Solo queda decir que hay muchos ejemplos de ello; a título meramente enunciativo transcribimos los siguientes: el artículo 86 ter: «Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de...». Más allá de esos puntos suspensivos, la norma aclara las materias, exclusivas y excluyentes, sin que se pueda interpretar que las no atribuidas expresamente le corresponden, en este caso, a los juzgados de lo mercantil. O, por ejemplo, el artículo 85 de la misma ley que nos dice que los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil –y la materia de nacionalidad es del orden civil– de los juicios que no vengán atribuidos a otros juzgados o tribunales. Y, finalmente, el 45 de la LEC, en la misma línea del anterior: «Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales».

Concreción de los hechos jurídicamente relevantes en las demandas contra el honor

Comentario a la [STS de 23 de septiembre de 2020](#)

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Es necesario y relevante concretar los hechos jurídicamente relevantes por atentar a su derecho al honor y esa especificación es esencial y relevante, porque con ella se concreta la *causa petendi*, de forma que la parte demandada toma conocimiento preciso de lo que debe defenderse. Si en una materia como la que se enjuicia se demorase esa concreción a la audiencia previa, se alteraría sustancialmente la demanda, pues se haría aflorar la relevancia jurídica de ciertos hechos de forma sorpresiva, privando a la contraparte de alegaciones y proposición de pruebas tendentes a desmontar la relevancia jurídica de tales hechos. No basta con una remisión genérica al contenido del artículo, sino que deben concretarse aquellas informaciones contenidas en él que tienen relevancia jurídica para atentar al derecho al honor del personaje sobre el que se informa. Si se admitiese el argumento de que la fijación expresa se lleve a cabo en la audiencia previa, cumpliéndose así el fin de ella, es patente que la contraparte llegaría tarde a la defensa de sus intereses, por la ambigüedad de la demanda en el ejercicio de una acción tan singular. Distinto sería que se concretase la relevancia jurídica de un hecho y el tribunal, en su labor de ponderación, precise si tiene más preponderancia en él el derecho de información o el de libertad de expresión.

Palabras clave: derecho al honor; demanda; alegaciones complementarias; *mutatio libelli*.

Fecha de entrada: 10-11-2020 / Fecha de aceptación: 25-11-2020

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de noviembre de 2020).

En todo procedimiento judicial, el inicio se produce mediante una demanda a través de la que el actor realiza la concreción de aquellos hechos relevantes para la decisión estimatoria de la demanda y el demandado, en la contestación a la demanda, responde a pretensión del demandante oponiéndose total o parcialmente, allanándose o incluso formulando demanda reconvenzional.

La plasmación de hechos en la demanda, y el cumplimiento de todos los elementos relevantes, como la jurisdicción y la competencia, supondrá que desde que la demanda se admita, se produzca la litispendencia, que produce efectos materiales y procesales, entre los que se encuentra la prohibición de cambio de demanda o de contestación como uno de los efectos de la litispendencia en sentido amplio, como estado procesal.

Los datos de la sentencia que se comenta son los siguientes:

A. Una persona física considera que ha existido una infracción en su derecho al honor considerando que se la ha injuriado, vejado y difamado y para ello recoge de forma literal el artículo que un periódico digital publica, vinculándola a un partido neonazi. No realiza una determinación concreta. La sentencia de primera instancia fue estimatoria de la demanda de manera parcial ya que, si bien es cierto que no se comprenden en esa publicación expresiones o calificativos especialmente gratuitos, ofensivos, vejatorios o innecesarios, sí lo es la ausencia de contrastación de ciertos hechos.

B. En la segunda instancia, la parte demandada alegó que se permitió al actor introducir de manera extemporánea hechos que fundamentaban su reclamación, con infracción

de las normas y garantías procesales. La Audiencia desestima la infracción alegada y dice que la demanda interpuesta resulta imprecisa a la hora de determinar los hechos en los que basa su pretensión, pero también lo es que la demanda contiene en su totalidad el artículo en cuestión publicado, y de manera también expresa se hace mención a que la lesión del honor de la actora se produce por las declaraciones que se refieren en la presente demanda, conteniendo por tanto una remisión genérica al contenido del artículo, siendo ese extremo precisamente el que es objeto de fijación expresa en el acto de la audiencia previa, cumpliéndose así la finalidad de dicho trámite, y especificándose entonces por el actor los puntos concretos que se entendían como controvertidos y que son los que analiza la sentencia dictada. Y, finalmente, entrando al fondo, dice que la demandada no contrastó la veracidad de lo publicado.

C. La parte demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en la infracción procesal mencionada, y recuso de casación.

1. La parte demandante en cualquier procedimiento está obligada a concretar los hechos de la demanda que presenta, y en un procedimiento donde se defiende el derecho fundamental al honor debe alegar aquellos hechos concretos y relevantes que considera se encuentran en el fundamento de la pretensión que ejercita, y no de manera genérica con remisión al artículo que reproduce, sino extrayendo de este las consideraciones relevantes que consideran base de la vulneración que mantiene.

Piénsese que, a partir de la admisión de la demanda, se produce la llamada litispendencia, que, entre otros efectos, impide una modificación sustancial de la demanda, e impide introducir hechos nuevos, pues ello vulneraría el derecho del demandado a conocer los hechos de la demanda para poder defenderse de los mismos a través de la contestación que presente.

En el trámite de la audiencia previa se permite rectificar extremos secundarios, realizar aclaraciones o alegaciones complementarias, pero no la introducción de hechos nuevos o la modificación de la pretensión inicial con base en las nuevas alegaciones de hechos realizadas, y solo se permitirá alguna petición complementaria o accesoria si la parte contraria se muestra conforme (arts. 412.1 y 426 LEC).

Ello es así porque los hechos constitutivos con relevancia jurídica que constituyen condiciones específicas de la acción ejercitada, o bien los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal, y que deben expresarse ya en la demanda, porque delimitan las facultades del juez, ya que como se expresa en el artículo 218 de la LEC, el tribunal deberá resolver conforme a las normas aplicables al caso, pero sin acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, pues, en otro caso, alterados los términos de la demanda, se genera en el demandado el riesgo de indefensión, al

haber contestado a la demanda adoptando una defensa concreta que deviene inoperante si se altera la pretensión.

Estaríamos en presencia de supuestos en los que, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución, se generaría indefensión, pues si se permitiera al actor variar algún aspecto esencial de la pretensión se limitarían las posibilidades de defensa de la parte demandada.

En la presente sentencia se comprueba la existencia de una remisión genérica al artículo publicado, sin concretar cuáles tienen relevancia jurídica para atentar contra el derecho al honor, y esa fijación no puede realizarse en la audiencia previa, porque la parte demandada no podría articular la defensa de sus intereses, dada la falta de concreción y ambigüedad de la demanda, lo que la colocaría en situación de indefensión, que es lo que se pretende con la prohibición de modificar los términos de la demanda y, por tanto, los del debate.

2. En este sentido, debe tenerse en consideración la doctrina reiterada que ha fijado el Tribunal Supremo de las que son ejemplo las sentencias que a continuación se recogen. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2016 de 8 de junio, determina que:

Conforme al artículo 412.1 de la LEC, una vez se haya establecido lo que sea objeto del procedimiento en la demanda y contestación, las partes no podrán alterarlo posteriormente; prohibición de la mutación de la pretensión (*mutatio libelli*) que tiene como fundamento histórico la proscripción de la indefensión (Sentencias de esta Sala de 26 de diciembre de 1997 y de 12 de marzo de 2008). El demandado solo puede defenderse, al contestar a la demanda, de las alegaciones que aquella contiene, que no pueden modificarse a lo largo del proceso, salvo que existan hechos nuevos o de nueva noticia (art. 286 de la propia LEC), las precisiones en la audiencia previa del artículo 426 en relación, precisamente, con el artículo 412.2, y la reconvencción (art. 406). Solo conociendo los términos de la pretensión, que pueden precisarse en la forma citada, pero no modificarse, podrán ser discutidos por el demandado, articulando medios de prueba dirigidos a tal fin. El artículo 426.4 de la LEC permite al demandante efectuar peticiones complementarias en la audiencia previa y al juez admitirlas siempre que no se impida a la demandada el derecho de defensa en condiciones de igualdad. Y la parte recurrente no ha justificado la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante porque se haya visto privada de forma efectiva o material de medios de defensa (SSTC 85/2003, de 8 de mayo, y 145/2003, de 14 de julio).

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo 347/2018 de 7 de junio establece que:

La prohibición de cambio de demanda o de contestación es uno de los efectos de la litispendencia en sentido amplio, como estado procesal; y la apreciación

de que se vulnera este principio de la interdicción de la *mutatio libelli* supone que no puede tacharse de incongruente la sentencia que no resuelve sobre los hechos o pretensiones nuevos indebidamente introducidos en el proceso en momento extemporáneo (SSTS 930/2002, de 15 de octubre; 495/2003, de 22 de mayo; 24/2004, de 3 de febrero; 750/2005, de 21 de octubre; y 1058/2006, de 23 de octubre; y SSTC 182/2000 y 187/2000, ambas de 10 de julio). Al contrario, lo que sería incongruente es atender a las alegaciones efectuadas con infracción de la prohibición contenida en el artículo 412.1 de la LEC. Según dijimos en la Sentencia 389/2016, de 8 de junio: «El demandado solo puede defenderse, al contestar a la demanda, de las alegaciones que aquella contiene, que no pueden modificarse a lo largo del proceso, salvo que existan hechos nuevos o de nueva noticia (art. 286 de la propia LEC), las precisiones en la audiencia previa del artículo 426 en relación, precisamente, con el artículo 412.2, y la reconvencción (art. 406). Solo conociendo los términos de la pretensión, que pueden precisarse en la forma citada, pero no modificarse, podrán ser discutidos por el demandado, articulando medios de prueba dirigidos a tal fin».

La causa de pedir no está integrada única y exclusivamente por hechos puros, despojados de cualquier consideración jurídica. Muy al contrario, como recuerda la Sentencia 361/2012, de 18 de junio:

Por causa de pedir debe entenderse el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión, los hechos constitutivos con relevancia jurídica que constituyen condiciones específicas de la acción ejercitada, o bien los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal.

Por ello, la causa de pedir tiene un componente jurídico que limita las facultades del juez para aplicar libremente a los hechos el derecho que considere más procedente o, dicho de otra forma, que limita el principio *iura novit curia*, descartando que pueda tener un carácter absoluto, como por lo demás resulta del artículo 218 de la LEC, al disponer que el tribunal deberá resolver conforme a las normas aplicables al caso, pero sin acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.

Como resalta la Sentencia 359/2001, de 3 de abril, el método más seguro para comprobar si se ha producido un cambio indebido de demanda, con correlativa incongruencia de la sentencia, consistirá, dada la dimensión constitucional de la congruencia como inherente a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión (art. 24 CE), en determinar si ese cambio ha alterado los términos del debate, generando en el demandado riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de defensa que deviene inane si se altera la pretensión.

3. En conclusión, la sentencia del Tribunal Supremo que se comenta, no toma en consideración la doctrina reiterada, por lo que procede estimar el recurso por infracción procesal y de casación interpuestos, anulando la sentencia dictada en apelación y estimando el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.



Incentivos y recortes a las energías renovables: transitando por un conflicto normativo global

José Damián Iranzo Cerezo

*Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

El conflicto normativo que en este trabajo se aborda representa un claro exponente de la imposibilidad de cumplir de forma simultánea dos normas que arrastran a resultados antagónicos. De una parte, el régimen de ayudas de Estado de la Unión Europea en tanto que opuesto al otorgamiento de ventajas económicas selectivas e imputables a los Estados miembros, al ser incompatibles con el mercado interior. De otra, la obligación de ejecutar los laudos producto de los mecanismos de solución de controversias dispuestos en acuerdos internacionales y, en particular, en el Tratado de la Carta de la Energía. Se trata de una cuestión de la mayor actualidad y relevancia económica para España, al seguirse sucediendo laudos condenatorios multimillonarios por la supresión de incentivos a las energías renovables en el marco de una batalla judicial y arbitral que aún se libra y que presenta multitud de frentes abiertos a lo largo de todo el planeta. La exposición parte de la desigual forma en la que se han protegido las legítimas expectativas de los inversores ante los órganos judiciales nacionales y los arbitrales, discurre por el decisivo precedente que el asunto Micula puede representar y culmina concluyendo en la improcedencia de que tales laudos sean satisfechos por España en los casos en que el inversor sea nacional de un Estado miembro, atendiendo a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Achmea.

Palabras clave: legítima expectativa; riesgo regulatorio; ayuda de Estado; arbitraje de inversión; derecho de la Unión Europea; derecho internacional; reconocimiento y ejecución de laudos.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Iranzo Cerezo, J. D. (2020). Incentivos y recortes a las energías renovables: transitando por un conflicto normativo global. *Revista CEFLegal*, 239, 87-122.



Incentives and cuts to renewable energy: moving through a global regulatory conflict

José Damián Iranzo Cerezo

Abstract

The normative conflict addressed in this paper is a clear example of the impossibility of simultaneously complying with two standards that lead to antagonistic results. On the one hand, the European Union's State aid regime as opposed to the granting of selective economic advantages attributable to the member states because they are incompatible with the internal market. On the other hand, the obligation to enforce awards resulting from dispute settlement mechanisms provided for in international agreements and, in particular, the Energy Charter Treaty. This is a highly topical and economically significant issue for Spain, as multi-million dollar awards for the suppression of incentives for renewable energies continue to be handed down in a judicial and arbitration battle which is still being fought and which has many fronts open throughout the planet. The article starts from the unequal way in which investors' legitimate expectations have been protected before national courts and arbitrators, goes through the decisive precedent that the Micula case may represent and ends by concluding that it is not appropriate for such awards to be satisfied by Spain in cases where the investor is a national of a member state, in accordance with the decision of the European Court of Justice in the Achmea case.

Keywords: legitimate expectations; regulatory risk; state aid; investment arbitration; European Union law; international law; recognition and enforcement of awards.

Citation: Iranzo Cerezo, J. D. (2020). Incentivos y recortes a las energías renovables: transitando por un conflicto normativo global. *Revista CEFLegal*, 239, 87-122.

Sumario

1. Introducción
2. Auge y ocaso de los incentivos a las energías renovables
 - 2.1. Objetivo y contexto del marco regulatorio y su reforma
 - 2.2. La supresión de incentivos ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional
 - 2.3. Renovables y arbitraje de inversiones
 - 2.4. La ejecución de los laudos. Una persecución global
 - 2.5. Ayudas de Estado. La posible vía para la evasión
 - 2.6. Las legítimas expectativas de los inversores
3. El precedente Micula
 - 3.1. Contexto fáctico: la reconversión de la industria minera en la Europa del este
 - 3.2. La eliminación de los incentivos a la inversión ante el arbitraje
 - 3.3. La ejecución del laudo Micula. Una batalla con multitud de frentes
 - 3.4. El pago del laudo como ayuda de Estado. El escudo protector de Rumanía
 - 3.5. El Tribunal General no despeja la incógnita pero aún pende la casación
4. El conflicto entre el derecho de la Unión Europea y el arbitraje de inversiones
 - 4.1. Derecho de la Unión y derecho internacional
 - 4.2. La competencia en materia de inversión extranjera directa
 - 4.3. Compatibilidad con el derecho de la Unión de los órganos que se instituyen para interpretar las disposiciones de los tratados suscritos por la Unión
 - 4.4. El asunto Achmea. El final de los TBI intra-UE
 - 4.5. La proyección de la doctrina Achmea al TCE
5. Ejecución de laudos y ayudas de estado
 - 5.1. Del convenio CIADI a la Convención de Nueva York
 - 5.2. El papel del régimen de ayudas de Estado en la ejecución de laudos
 - 5.3. Inejecución de laudos y afectación de la CDFUE y del CEDH
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas



1. Introducción

El Estado de Georgia aprobó en 1830 una ley que obligaba a los blancos a contar con una licencia para vivir en tierras indias. Samuel Austin Worcester, misionero en el territorio de los cheroquis, contravino aquella norma y resultó encarcelado. Consiguió no obstante llevar el asunto al Tribunal Supremo, postulando que tal exigencia era inconstitucional porque implicaba desconocer la soberanía de la nación cheroqui para administrar su propio territorio. En el fallo del asunto *Worcester v. Georgia* (1832), el Tribunal Supremo estadounidense dictaminó que la nación cheroqui constituía una comunidad política distinta e independiente, con su propio territorio y conservando sus derechos naturales originales. Las leyes de Georgia no tenían fuerza alguna en el territorio indio y la relación se articulaba exclusivamente con el Gobierno de la Unión en el marco de la Constitución, los tratados y las leyes de los Estados Unidos.

Al conocer la decisión, el presidente norteamericano Andrew Jackson, quien dos años antes había promovido la aprobación de la *Indian Removal Act* (o del traslado forzoso de los indios), mostró su indignación con el presidente del Tribunal y su fallo en estos términos: «John Marshall has made his decision; now let him enforce it!». Con ello anticipaba su escaso interés en la ejecución de la sentencia y una nula disposición a hacerla efectiva.

Traer a colación el asunto *Worcester v. Georgia* resulta de interés en un doble sentido. De un lado, por cuanto tiene de enseñanza sobre cómo enfrentar los problemas que genera la interacción de comunidades diferenciadas, entre las que hasta ese momento ninguna relación se había precisado disciplinar, y que aparecen dotadas de sus respectivos sistemas jurídicos (es el caso del arbitraje de inversión y cómo se comporta hacia el derecho de la Unión Europea y el de los Estados miembros). De otro, porque muestra que sentencias y laudos no serían más que pedazos de papel si no existe una voluntad de que sean reconocidos y aplicados o se dispone de mecanismos para garantizar su efectividad.

El conflicto normativo que en este trabajo se aborda representa un claro exponente de la imposibilidad de cumplir de forma simultánea dos normas que arrastran a resultados ra-

dicalmente opuestos. Se está aludiendo con ello al régimen comunitario de las ayudas de Estado y a la ejecución de laudos fruto de los mecanismos de solución de controversias dispuestos en acuerdos internacionales. Es una cuestión de la mayor actualidad y relevancia económica para España en tanto que se siguen sucediendo laudos condenatorios multimillonarios por la supresión de incentivos a las energías renovables, dentro de una batalla judicial que aún se libra y con multitud de frentes abiertos por todo el planeta. Constituye en definitiva un debate jurídico apasionante, al integrar conceptos de la más variada naturaleza y tratar de componer las relaciones entre mundos jurídicos diversos.

2. Auge y ocaso de los incentivos a las energías renovables

2.1. Objetivo y contexto del marco regulatorio y su reforma

La constatación de un notorio incremento del consumo de energía y de la intensidad energética llevó a incluir al Ejecutivo del momento, dentro del Plan de Energías Renovables en España para el período 2005-2010, una serie de incentivos con el objetivo de mantener el compromiso de cubrir con fuentes renovables al menos el 12 % del consumo total. Para ello –y en esencia– se posibilitaba que el titular de la instalación de energía renovable, co-generación o residuos pudiese vender la energía producida a una tarifa regulada o directamente en el mercado, percibiendo no solo el precio negociado en el mercado, sino también una prima que otorgase una «rentabilidad razonable» que se situaba en torno al 7 %¹.

La grave crisis económica y financiera, el desmesurado crecimiento del número de instalaciones de tecnología solar fotovoltaica y el cada vez más acuciante déficit tarifario del sistema eléctrico abocaron, ya a partir del año 2010, a una serie de modificaciones legislativas tendentes a la disminución de la rentabilidad en cuestión². Se trataba así de neutralizar el «efecto llamada» provocado por unas expectativas de rendimientos que, lejos de atender a una causa primordialmente ecológica, acabó atrayendo inversiones no solo de pequeños ahorradores o empresas nacionales, sino también de grandes fondos de todo el mundo.

¹ El sistema se implementa básicamente a través de las modificaciones operadas en la entonces Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE1997) y los Reales Decretos 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica.

² Ello se inicia con el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, y se desarrolla esencialmente –entre otras normas de diverso rango– con los Reales Decretos-leyes 14/2010, de 23 de diciembre; 1/2012, de 27 de enero, y 9/2013, de 12 de julio. Se consagra en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE) y en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

2.2. La supresión de incentivos ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional

Los inversores nacionales comenzaron entonces una batalla judicial que ofreció dos frentes sucesivos: de una parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, encargada de conocer de los recursos contra los distintos reales decretos y órdenes ministeriales en los que el cambio normativo se concretaba y, de otra, el Tribunal Constitucional, que tuvo la posibilidad de enfrentar la cuestión relativa al riesgo regulatorio con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre y el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio.

En lo que hace a la Sala Tercera, la sistematización de los pronunciamientos requiere distinguir el conjunto de la reforma alumbrada en 2010 de la desarrollada en 2013. Respecto de la primera, se concluyó que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no empecían a que el titular de la potestad reglamentaria (con el límite de la «rentabilidad razonable» fijado por la LSE) introdujera modificaciones en el régimen retributivo, llegándose a advertir de la previsibilidad del cambio e incluso de que este había sido asumido por el conjunto de los productores de energía eólica, termosolar y de cogeneración³.

La reforma de 2013, de un mayor calado e intensidad⁴, no obtuvo sin embargo el aval unánime del Tribunal Supremo en tanto que, si bien desestimó igualmente todos los recursos, lo hizo con unos significativos votos particulares que apreciaban ya una clara afectación de los principios de irretroactividad y confianza legítima⁵. Así las cosas, mientras que por la mayoría de la sala se descartó la vulneración de los de seguridad jurídica y de confianza legítima (al no colegir «ningún tipo de compromiso o de signo externo, dirigido por la Administración a los recurrentes, en relación con la inalterabilidad del marco regulatorio vigente en el momento de inicio de su actividad de generación de energía procedente de fuentes renovables»), en las opiniones disidentes se aseveró que no cabía «abocar a un sector económico tan altamente regulado» a adoptar decisiones relevantes «sin conocer el régimen jurídico y económico que les va a ser de aplicación». Más aún cuando –se añadía por los discrepantes– la norma incurre en retroactividad prohibida al proyectar su eficacia hacia atrás, extremo este que rechaza la sentencia, pues se trataría de evitar la petrificación del régimen retributivo existente al socaire de un pretendido derecho consolidado.

³ Contra el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, se promovieron –y fueron desestimados– más de cuarenta recursos (por todas, STS [Sección 3.ª] de 12 de abril de 2012 [rec. núm. 40/2011]).

⁴ La rentabilidad razonable se veía sustancialmente reducida al girar ahora «antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado» (art. 1.dos del Real Decreto-ley 9/2013). Además, la configuración reglamentaria del cálculo de la retribución específica atendía a parámetros estándar en relación con una «instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada».

⁵ Por todas, cabe citar la STS (Sección 3.ª) de 10 de junio de 2016 (rec. núm. 554/2014).

El análisis sobre el fondo del Tribunal Constitucional hubo de esperar a que se abordasen los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio. Y es que los dirigidos contra el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, bien fueron desestimados⁶, bien declarados extinguidos por pérdida de objeto⁷, dado que en el momento de resolver ya no se encontraba la norma en vigor.

El Tribunal Constitucional descarta la inconstitucionalidad de la reforma de 2013 y lo hace de forma unánime en su decisión, si bien no en la fundamentación⁸. Se afirma para ello que el principio de confianza legítima «no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes». Tal planteamiento aparece potenciado por las dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico, de forma tal que solo quepa exigir que los cambios legislativos «sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general» (FD 7.º a). Y para verificar tal previsibilidad recurre al concepto jurídico indeterminado del «operador económico prudente y diligente», observando las circunstancias concurrentes como plenamente justificativas de la reforma.

El voto particular centra su discrepancia en la forma en la que se dispensa el razonamiento jurídico relativo a la alegada vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Considera insuficientes los argumentos que se ofrecen habida cuenta de la trascendencia del cambio de regulación y de las que reputa como expectativas de los operadores jurídicos y económicos acerca de «una sólida respuesta constitucional a esta cuestión». Y enfatiza tal necesidad advirtiendo de la existencia de «numerosos litigios multimillonarios contra el Reino de España planteados por inversores extranjeros contra estos cambios normativos ante cortes internacionales de arbitraje por la infracción, precisamente, del principio de confianza legítima, en relación con el cual una resolución más extensamente fundada por parte de este Tribunal Constitucional parece especialmente necesaria».

Así pues, los operadores nacionales que acudieron al mercado de las renovables al albur de una atractiva rentabilidad obtuvieron, ante los continuos y notables vaivenes normativos, de una parte, una tutela judicial en única instancia que despachó sus pretensiones sin someter a una especial exigencia a los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima. De otra, una respuesta constitucional que *grosso modo* avalaba «la necesidad de satisfacer un interés público superior», cuya concreción y cumplimentación cabe colegir que quedaría siempre en manos ya del Ejecutivo, ya del Legislativo. Conceptos jurídicos indeterminados como los de operador económico prudente y diligente, rentabilidad razonable, empresa eficiente o bien gestionada, o valoraciones estrictamente subjetivas como la previsibilidad del

⁶ Es el caso de las SSTC 96/2014, de 12 de junio y 109/2014, de 26 de junio, referentes, respectivamente, a los recursos formulados por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y la Generalitat Valenciana.

⁷ ATC 200/2014, de 22 de julio, relativo al recurso de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁸ Tras la STC 2015, de 17 de diciembre, se reproducen los argumentos en las SSTC 19/2016, de 4 de febrero; 29/2016, de 18 de febrero; 30/2016, de 18 de febrero, y 61/2016, de 17 de marzo.

cambio de normas se acababan así erigiendo en piedras angulares de la decisión a adoptar. Fácilmente se colige que tan pronto podían inclinar la balanza en favor de una posición beligerante con la inestabilidad jurídica como mostrar condescendencia hacia el riesgo regulatorio⁹.

2.3 Renovables y arbitraje de inversiones

Distinta y dispar suerte han venido corriendo los operadores internacionales (fundamentalmente, fondos de inversión) que, en lugar de demandar a España en cuanto Estado anfitrión ante los órganos judiciales nacionales y por mor de cambios normativos inopinados, han tenido la posibilidad de acudir al arbitraje de inversión. Esta figura favorece la resolución de disputas entre inversores extranjeros y los Estados, donde tal inversión tiene lugar de acuerdo con lo pactado en acuerdos internacionales de inversión, bien de carácter multilateral¹⁰, bien tratados bilaterales de inversión (TBI) o acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI)¹¹. Además, tras la asunción por la Unión Europea de la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directas¹², se han implementado mecanismos arbitrales para la solución de controversias entre inversores y Estados en distintos acuerdos internacionales, cuya compatibilidad con el Derecho Comunitario en algunos casos ya ha sido respaldada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹³.

Quizás solo los recelos hacia la independencia de los órganos judiciales nacionales puedan justificar esa predilección hacia el sistema arbitral. Acaso las dudas sobre su imparcialidad son las que impulsen a tan pujantes demandantes a una resolución de la disputa –y, en su caso, ejecución del laudo– lejos del territorio donde la inversión fue efectuada.

Las reformas en el régimen de incentivos a las renovables llevaron a grandes fondos de inversión domiciliados a lo largo de todo el planeta (si bien con una mayoritaria presencia

⁹ Sobre tal concepto, véase Rodríguez Bajón (2012).

¹⁰ Se incluyen en los mismos los que se insertan en el marco de tratados de libre comercio y resulta de singular trascendencia por la materia que nos ocupa el Tratado de la Carta de la Energía (TCE), hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994.

¹¹ Hasta 72 APPRI suscritos entre España y otros países se encuentran actualmente en vigor (<http://www.comercio.es/acuerdos>). Respecto de aquellos que vinculan con Estados miembros de la Unión Europea existe el compromiso de finalización plasmado en la Declaración plurilateral de 15 de enero de 2019, sobre las consecuencias de la Sentencia del TJUE en el asunto Achmea (C-284/16).

¹² Artículos 64, 206 y 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

¹³ Tras el frustrado Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones entre la Unión Europea y Estados Unidos, se han suscrito el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (avalado por el TJUE en el Dictamen 1/17, de 30 de abril de 2019), el Acuerdo de Libre Comercio UE-Singapur (respecto del que el Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, afirmó su carácter de «mixto» y, por tanto, la necesidad de ser celebrado conjuntamente por la Unión y los Estados miembros), el Acuerdo de Libre Comercio UE-Vietnam y el Acuerdo de Paternariado Económico con Japón.

en países de la Unión Europea) a reclamar de España en torno a 10.000 millones de euros al amparo del artículo 26.6 del TCE, por no haber dispensado «un trato justo y equitativo» a tales inversiones conforme al artículo 10.1 del TCE. Estas disputas se han venido desarrollando –y lo siguen haciendo– principalmente ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)¹⁴, pero también ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo¹⁵ y la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya¹⁶.

La incertidumbre que parece generar las jurisdiccionales locales se despejaría así mediante el establecimiento de tribunales arbitrales compuestos generalmente por tres miembros, dos de ellos designados a propuesta de cada una de las partes, mientras que el tercero bien puede ser nombrado de común acuerdo entre ambas (en defecto de este, se prevé que se designe por el presidente del Consejo Administrativo del CIADI)¹⁷ o directamente por el presidente del Consejo Directivo de la Cámara de Comercio de Estocolmo¹⁸.

Hasta ahora se han iniciado 47 arbitrajes, 20 de los cuales ya han sido resueltos. El bagaje que arroja para los intereses de España no resulta muy satisfactorio desde el momento en que solo tres de las reclamaciones han sido íntegramente desestimadas¹⁹. Es cierto que de los aproximadamente 10.000 millones reclamados, solo se han concedido en torno una décima parte. Pero al mismo tiempo se observa una nada desdeñable tendencia a apreciar la vulneración del principio del trato justo y equitativo cuando se entienden frustradas las legítimas expectativas esgrimidas por los inversores.

De los laudos que han resultado favorables al Estado español (Charanne e Isolux, del Instituto de Arbitraje sueco, Stadtwerke, dictado por el CIADI)²⁰ cabe concluir que, en lugar de atenderse a expectativas estrictamente subjetivas de los demandantes, se objetivan las mismas y, teniendo presentes los parámetros considerados por el Tribunal Supremo, se

¹⁴ Con sede en Washington, se trata de una institución del Banco Mundial establecida por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, ratificado por 154 Estados y en vigor desde el 14 de octubre de 1966 (convenio CIADI).

¹⁵ Se aplica el propio Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje (RA-IACCE), organismo fundado en 1917.

¹⁶ Organización intergubernamental permanente establecida en 1899. Ha regido el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (RA-CNUDMI).

¹⁷ Artículos 37.2 a) del convenio CIADI y 9 del RA-CNUDMI.

¹⁸ Artículo 17.2 del RA-IACCE.

¹⁹ Un «listado de procedimientos arbitrales energéticos, con las cuantías reclamadas» fue proporcionado el 6 de noviembre de 2017 al Congreso de los Diputados por el Gobierno, a través de la Abogacía del Estado, con ocasión de la pregunta formulada por el Grupo Parlamentario GCUP-ECP-EM.

²⁰ Charanne and Construction Investments v. Kingdom of Spain, SCC Case n.º V 062/2012; Isolux Infrastructure Netherlands BV v. Spain, SCC case V2013/153; y Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain, ICSID case n.º ARB/15/1.

rechaza tanto la tesis de que haya de mantenerse un marco regulatorio constante a lo largo de toda la vida útil de las instalaciones como la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de la tarifa.

Frente a tales pronunciamientos, los planteamientos de los 17 laudos condenatorios²¹ pueden sistematizarse en tres grupos en atención a los argumentos, que devienen decisivos:

- En primer lugar, los que se fundamentan en una infracción de las expectativas de estabilidad del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se reguló la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.
- En segundo término, los que se basan ya en el efecto retroactivo del modelo retributivo, ya en la falta de garantía de una rentabilidad razonable o, incluso, en ambas cuestiones a la vez. Ejemplo de ello es el laudo dictado en *The PV Investors v. Spain*²², uno de los más recientes y también el que suponía la reclamación de mayor importe (está fechado en febrero de 2020, se solicitaban 1.900 millones de euros y se salda con una indemnización de en torno a 90). Aunque la mayoría del tribunal arbitral rechaza el carácter irrazonable, arbitrario, desproporcionado o no transparente de las medidas introducidas con la reforma, también concluye que se frustraron las expectativas legítimas en una «tasa razonable de rendimiento» de las inversiones efectuadas, circunstancia que reputa vulnera el trato justo y equitativo del artículo 10.1 del TCE.
- Finalmente, se ha atendido también en alguna ocasión a la rentabilidad de las plantas como el elemento determinante de proporcionalidad para decidir si se respetó o no el estándar de trato justo y equitativo del artículo 10.1 del TCE. Es el caso del asunto *RWE v. Spain*²³, hecho público en diciembre de 2019 y cuya indemnización se encuentra aún pendiente de concretar, en relación con las siete plantas del inversor respecto de las que, aun cuando se admita que no existían compromisos específicos, se afirma que no habrían alcanzado una rentabilidad razonable.

²¹ Entre ellos, *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º ARB/13/36; *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º ARB/15/38; *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º ARB/14/11; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º ARB/13/31; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º ARB/14/1; *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC case n.º 2015/063; *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º ARB/15/15; y *Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.À.R.L., Greentech Energy System A/S, GWM Renewable Energy I S.P.A. and GWM Renewable Energy II S.P.A. v. Kingdom of Spain*, SCC case n.º 2015/150.

²² *The PV Investors v. Kingdom of Spain*, PCA case n.º. 2012-14.

²³ *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º. ARB/14/34.

Los laudos CIADI son definitivos y obligatorios para las partes. Cualquiera de las partes puede no obstante solicitar la anulación del laudo por las causas que aparecen previstas en el artículo 52.1 del convenio CIADI, correspondiendo el conocimiento de tal anulación a una comisión *ad hoc* integrada por tres árbitros. En el caso de los laudos del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, es la Svea Court of Appeal la que conoce de los recursos de nulidad contra los mismos²⁴.

Pese a que solo pueden invocarse causas tasadas que además suelen interpretarse de forma restrictiva, España tiene planteados hasta 10 recursos de anulación ante el CIADI respecto de otros tantos laudos condenatorios. La entidad Stadtwerke München, la hasta ahora única demandante que ha visto como el CIADI desestimaba su reclamación, ha hecho lo propio.

Por lo que respecta a los laudos dictados en Suecia, han sido recurridos, por parte de España ante la Corte de Apelación de Svea, los de Novenergia II y Foresight Luxembourg y Greentech Energy System. En ambos casos, lo que la corte ha dispuesto es la suspensión de la ejecución en tanto los recursos de nulidad se resuelven. Sin embargo, no se ha accedido en el primero de los asuntos –en el segundo aún está pendiente de pronunciamiento– a plantear la cuestión prejudicial instada por España ex artículo 267 del TFUE a propósito del encaje del TCE tras la sentencia del TJUE en el asunto Achmea (C-284/16)²⁵.

Para cerrar este recorrido por lo que viene deparando el panorama arbitral relativo a las reformas al régimen de las renovables de los años 2010 y 2013, no está de más llamar la atención sobre el reciente Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre²⁶. Este se atribuye el propósito de estabilizar la retribución de las instalaciones con derecho a la percepción de régimen económico primado²⁷. Sin embargo, lo condiciona precisamente a que no se inicie o haya iniciado previamente un procedimiento arbitral o judicial fundado en la modificación del régimen retributivo especial operado con posterioridad al Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo. En caso de que se hubiere iniciado, se podrán acoger al mecanismo las instalaciones que justifiquen la terminación anticipada del procedimiento arbitral o judicial, su renuncia al inicio o continuación futura o a la percepción de la indemnización obtenida.

²⁴ Contra su decisión no cabe en principio apelación ante el Tribunal Supremo sueco aunque la corte puede conceder autorización para recurrir por la relevancia como precedente de la cuestión (art. 43.2 Swedish Arbitration Act -SAA).

²⁵ Sin perjuicio de que será objeto de estudio posterior, la sentencia Achmea no se ocupa del TCE, sino de los APPRI intra-UE, de forma tal que los proscribire en pos de la autonomía del derecho comunitario desde el momento en que a través de los mecanismos de resolución de litigios que prevén puede aplicarse o interpretarse el derecho de la Unión Europea sin que se garantice su plena eficacia.

²⁶ Convalidado en fecha 27 de noviembre de 2019 por la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86,2 de la Constitución.

²⁷ Permite obtener una rentabilidad razonable del 7,398% durante el período 2020-2031, superior al 7,09% establecido durante el período 2020-2025, y evitando la incertidumbre del período 2026-2031.

Aun cuando es difícil de pronosticar el éxito de esta iniciativa legislativa, enmarcada sin duda en la voluntad de poner fin al aluvión de reclamaciones, se trataría no solo de evitar el registro de nuevos arbitrajes, sino también de reducir los que estén en curso. Lo que ya no está tan claro es si ello no podría generar efectos discriminatorios entre inversores o incluso resultar incoherente con los planteamientos que se vienen haciendo ante los órganos arbitrales para justificar la justicia y equidad del trato dispensado.

2.4. La ejecución de los laudos. Una persecución global

El carácter obligatorio del laudo se traduce en la posibilidad, para la parte a quien favorece, de instar su reconocimiento y ejecución caso de no darse cumplimiento voluntario al mismo. Cuando de laudos CIADI se trata, el artículo 54,1 del convenio CIADI señala que todo Estado contratante «reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado». En lo que hace a los laudos del Instituto de Arbitraje sueco, su ejecución se podrá interesar ante los tribunales de aquel país y estarse a la SAA, si bien también puede promoverse en cualquiera de los países signatarios de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convención Nueva York), igualmente de aplicación a los arbitrajes CNUDMI.

Los inversores que han obtenido laudos condenatorios CIADI se han venido decantando mayoritariamente por tratar de forzar su ejecución en los Estados Unidos. La formulación de los recursos de anulación ha permitido que el Tribunal de Distrito de Columbia suspenda hasta el momento 10 de estos laudos²⁸ en tanto que los mismos sean resueltos²⁹. Otro tanto de lo mismo ha sucedido con la ejecución pretendida del laudo de Novenergia II dictado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y que ha sido suspendida tanto por la corte de apelación de Svea como por el citado tribunal de distrito estadounidense.

Sin embargo, lejos de allí, en Australia, algunos fondos de inversión sí han conseguido recientemente el despacho de ejecución de laudos CIADI, pese a la suspensión decretada en el distrito de Columbia. Se trata de los luxemburgueses Eiser Infrastructure Limited y Antin Infrastructure Services, en favor de los cuales se habían fijado indemnizaciones de 128 y 101 millones de euros, respectivamente.

²⁸ Sobre las facultades suspensivas de una ejecución pendiente de anulación CIADI, véase Kotick y Dahlquist Cullborg (2018).

²⁹ La decisión sobre la anulación instada por España del laudo Eiser se antoja inminente según se desprende de la Orden del Tribunal de Distrito de Columbia de 13 de febrero de 2020, en la que se plasma lo a tal efecto participado por las partes.

La Federal Court of Australia ha resuelto autorizar mediante sendas órdenes de 24 de febrero de 2020 la ejecución de tales laudos del CIADI³⁰. Centrando buena parte de la decisión en la distinción conceptual entre «enforcement» y «execution» de los mismos³¹, rechaza la cuestión referente a la inmunidad invocada al considerar que España, al convertirse en signatario tanto del convenio CIADI como del TCE, renunció implícitamente a tal inmunidad como Estado y se sometió a, entre otras, la jurisdicción australiana (también país parte del convenio CIADI y, por tanto, vinculado a su artículo 54). Adviértase que lo que se había solicitado por los inversores era la ejecución de los laudos, pero no aún la materialización de la misma sobre propiedades del Estado. Si cabe confiar finalmente en la inmunidad de ejecución para excluir de una eventual persecución por parte de los acreedores a los bienes de los que sea titular España en territorio australiano, es algo que está por ver.

2.5. Ayudas de Estado. La posible vía para la evasión

A través de la Decisión C(2017) 7384, de 10 de noviembre de 2017, la Comisión Europea resolvió la compatibilidad con el mercado interior ex artículo 107.3 c) del TFUE del «régimen retributivo específico» para el apoyo a la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovable, la cogeneración y los residuos³². Este había reemplazado al implementado por los Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008, configurándose a través del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, la LSE y el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

Interesa destacar del pronunciamiento de la Comisión el que, tras advertir que la mayoría de los inversores que habían demandado a España con base en el TCE tenían su sede en otros Estados miembros de la Unión, toda disposición que prevé un arbitraje inversor-Estado entre dos Estados miembros resulta contrario al derecho comunitario (§ 160). Anticipando lo que el TJUE expresará más tarde en *Achmea*, sitúa la solución al conflicto en el principio de primacía y en el papel que al propio TJUE corresponde de acuerdo con el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea (TUE). Y como quiera que el órgano arbitral creado sobre la base del TCE está llamado a aplicar el derecho de la Unión (tanto como derecho internacional que rige entre las partes como, cuando proceda, interno del Estado anfitrión de la inversión) y este no constituye un órgano judicial de un Estado miembro, el TCE no se aplicaría a los inversores intra-UE (§ 162 y 163).

La consecuencia de todo ello es que cualquier compensación que un órgano arbitral concediera a un inversor por mor de la modificación del régimen económico primado cons-

³⁰ Lo hace aplicando la International Arbitration Act 1974 (arts. 31, 32, 34 y 35). Tales preceptos de la norma australiana se ocupan específicamente de la aplicación del convenio CIADI.

³¹ Considerando para ello los trabajos preparatorios del convenio CIADI.

³² Advierte y lamenta no obstante la implementación del esquema retributivo con anterioridad a su notificación a la Comisión, con la consiguiente violación del artículo 108.3 del TFUE.

tituiría en sí misma una ayuda de Estado, notificable conforme al artículo 108.3 del TFUE y sujeta a la obligación de *standstill* en aras de evitar la efectividad de la ventaja, en tanto se dilucida sobre su compatibilidad.

En el mismo sentido, la Declaración de las representaciones de los Estados miembros de 15 de enero de 2019, sobre las consecuencias de la sentencia del TJUE en el asunto Achmea (C-284/16), conviene que no se impugnarian aquellos laudos arbitrales que no pudieran anularse o que se hubieran voluntariamente cumplido o estuvieran ya ejecutados. Sin embargo, también se asume el pacto de desarrollar acciones, en el contexto del tratado plurilateral (en clara referencia al TCE) o de los bilaterales existentes, para evitar que se utilicen como base para los arbitrajes entre inversores de Estados miembros y otros Estados miembros³³.

Siendo la mayor parte de los arbitrajes que afectan a España a raíz de la reforma de los incentivos a las renovables promovidos por entidades radicadas en Estados miembros, el régimen de ayudas de Estado se presenta así como la vía a través de la cual escapar de los laudos que vienen fijando indemnizaciones cuantiosas, el escudo jurídico que facultaría para no asumir su ejecución en tanto que la misma sería contraria al derecho de la Unión. La estrategia de España se sitúa entonces en obtener de la Comisión un pronunciamiento específico sobre la incompatibilidad de los laudos con el mercado interior³⁴. Y tal y como se verá en el siguiente epígrafe, esta senda para la evasión ni es inédita ni está inexplorada.

2.6. Las legítimas expectativas de los inversores

De lo hasta ahora expuesto bien cabe colegir que no coinciden los parámetros que se utilizan por los tribunales nacionales y arbitrales a la hora de dilucidar si se ha producido una frustración de las legítimas expectativas y, por ende, si se ha afectado la seguridad jurídica por el proceder del Estado anfitrión de la inversión. La lógica consecuencia de todo ello es la disparidad de las decisiones y la protección dispensada. De una parte, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional efectúan una interpretación estricta de los principios constitucionales de irretroactividad y seguridad jurídica, haciendo prevalecer el interés público frente a una pretendida inalterabilidad del marco regulatorio, sobre la que se habría depositado una confianza legítima³⁵. De otra, los órganos arbitrales descansan la responsabilidad en el artículo 10.1 del TCE en tanto que supone disponer por los Estados unas «condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes

³³ Así se expresa el apartado 7.º de la declaración.

³⁴ De hecho, la Comisión Europea viene avalando la posición española al actuar como *amicus curiae* ante el CIADI cuando de ejecuciones de laudo se trata.

³⁵ Artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; hoy artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Contratantes realicen inversiones en su territorio». Entre estas se incluye el compromiso de conceder a tales inversiones «un trato justo y equitativo» y nunca «menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados».

Más allá de la subjetividad que pueden llevar implícitas, las legítimas expectativas sirven de concepto flexible que permite a los órganos arbitrales equilibrar los intereses de los inversores y el derecho del Estado a regular, en consonancia con la idea más general del trato justo y equitativo. Estas pueden responder a un compromiso contractual por parte del Estado anfitrión (lo que representaría su más fuerte expresión)³⁶, a ciertas declaraciones o promesas de carácter oficioso que habrían determinado la materialización de la inversión³⁷ o a la perspectiva de que se mantenga un marco normativo estable³⁸. Este último supuesto, el más habitual y que ha sido asumido en algunos de los arbitrajes sobre renovables contra España, requeriría a su vez para su análisis de circunstancias tales como lo radical o drástico del cambio, la conducta del inversor (su mayor o menor diligencia como operador), el carácter razonable de sus expectativas o el nivel de desarrollo del Estado receptor.

La jurisprudencia del TJUE deja claro que los operadores económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente, sino que esta puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias³⁹.

Ahora bien, entre tan lógica afirmación y su aplicación a cada caso concreto puede observarse una gran variedad de supuestos con infinitos matices. El hacer frente al déficit tarifario o a la sobredimensión del sistema podría requerir de una modificación de la normativa y esta habría de ser razonable, proporcionada y ajustada al interés público perseguido. El riesgo regulatorio existe, pero también los principios de seguridad jurídica y confianza legítima (Amérigo Alonso, 2012)⁴⁰, por un lado, o el compromiso internacional de conceder un

³⁶ Ejemplo de ello se encuentra en *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID case n.º ARB/01/7. El proyecto de desarrollo urbano que había justificado el contrato de inversión se vio frustrado porque las normas de planificación no lo permitían. El CIADI resolvió que el Estado anfitrión, al celebrar el contrato de inversión y luego denegar los permisos pertinentes, había frustrado las expectativas del inversor, actuando de manera injusta o no equitativa.

³⁷ En *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL Case, de 26 de enero de 2006, se rechaza la violación del «nivel mínimo de trato» por parte de México. Thunderbird se basó en un dictamen jurídico («oficio») que le dieron las autoridades sobre la legalidad de sus operaciones de juego propuestas sin que llegase siquiera a informar acerca de la naturaleza de las máquinas. Efectuada la inversión, las autoridades cerraron las instalaciones, interpretándose por los árbitros que el simple «oficio» no podía generar una expectativa legítima en la que el inversor pudiera confiar razonablemente.

³⁸ Para un análisis detallado sobre la interpretación arbitral de las legítimas expectativas en tal ámbito, véanse Potestá (2013), Mutis Téllez (2012) y Kalicki y Medeiros (2007).

³⁹ En tal sentido, la Sentencia del TPI (Sala Cuarta) *Kyowa Hakko (T-223/00)* (§ 39), que cita, a su vez, las sentencias *Delacre* y otros/Comisión (C-350/88) (§ 33) y *British Steel/Comisión (C-1/98 P)* (§ 52).

⁴⁰ La relación entre ambos principios se explica «en términos de "género-especie", partiendo de la mayor amplitud del primero para concebir el segundo como una manifestación de aquel».

trato justo y equitativo, por otro. Lo que desde luego no parece coherente es una protección que difiera decisivamente en función de la nacionalidad del inversor. Tal consecuencia, discriminatoria y contraria al artículo 18 del TFUE⁴¹, es a la que abocan los diferentes parámetros que conforme a lo expuesto son empleados.

Cierto es en todo caso que las instituciones que entran en juego son distintas como también lo son los fundamentos en que las mismas se sustentan. De una parte, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador que, en tanto variante de la responsabilidad patrimonial, requiere de un daño antijurídico que el interesado no tiene el deber soportar. Sucede no obstante que si no se ha lesionado la confianza legítima y la seguridad jurídica, el daño no podrá reputarse como antijurídico. Y es que el daño irrogado a los titulares de las instalaciones solo podrá calificarse como tal y, consiguientemente, indemnizable, si la modificación operada implica que las instalaciones no sean razonablemente rentables⁴². Está en la lógica de las cosas que la forma en la que se dilucide este último aspecto determinará una mayor o menor prosperabilidad de las pretensiones indemnizatorias.

De otra, el estándar del trato justo y equitativo que no solo se articula de forma diferente en los tratados de inversión (singularmente, en el artículo 10.1 TCE), sino que, además, está abierto a una amplísima casuística en su interpretación por los órganos arbitrales. En su raíz se encuentra precisamente la búsqueda de una protección frente a los abusos o arbitrariedades de los Estados anfitriones, tratando de propiciar un tratamiento privilegiado y al margen del que reciben otros inversores extranjeros u operadores domésticos (Selivanova, 2018). Paradójicamente, la deseable equiparación de los regímenes laminaría la finalidad a la que se adscriben los instrumentos internacionales que buscan reforzar la confianza inversora.

3. El precedente Micula

3.1. Contexto fáctico: la reconversión de la industria minera en la Europa del este

A comienzos de los años 90 del siglo pasado las regiones mineras de Europa oriental tuvieron que enfrentar los problemas derivados de los cierres industriales masivos, con el consiguiente incremento exponencial del desempleo y una drástica disminución del nivel de vida. Ello se hizo especialmente acuciante en países como Rumanía, al coincidir con la transición desde una economía centralizada a otra de mercado. El cierre de buena parte de las unidades de minería intensiva causó un caos financiero de forma especial a partir de

⁴¹ Conforme al cual se proscribe la discriminación por razón de la nacionalidad.

⁴² A este respecto, entre otras, STS (Sección 5.ª) N1 817/2019, de 13 de junio (rec. núm. 681/2017) (FD 4.º y 6.º).

1997, debido a la presión de los organismos internacionales y a la disminución de la demanda de productos mineros en el mercado interno⁴³.

Con el fin de incentivar la inversión en regiones desfavorecidas se dictó por las autoridades rumanas el Decreto de Urgencia n.º 24/1998, de 2 de octubre, que establecía la exención del pago de los derechos de aduana y del impuesto sobre el valor añadido. El 25 de marzo de 1999, con efectos desde el 1 de abril de 1999, el Gobierno designó a la cuenca minera de Ştei-Nucet (departamento de Bihor) región desfavorecida durante 10 años.

Los hermanos Ioan y Viorel Micula, ciudadanos suecos con residencia en Rumanía, participando a través de una serie de empresas resultaron beneficiarios de tales incentivos por inversiones realizadas en materia de producción de alimentos y bebidas en la citada región⁴⁴.

Sin embargo, paralelamente, Rumanía se encontraba inmersa en el proceso de adhesión a la Unión Europea⁴⁵. Algunos de los citados incentivos fueron declarados ayudas de Estado por el Consejo de Competencia en el año 2000, siendo suprimidos el 22 de febrero de 2005. El 1 de enero de 2007 se produjo la adhesión de Rumanía a la Unión.

3.2. La eliminación de los incentivos a la inversión ante el arbitraje

La legalidad de la retirada de los beneficios fiscales no fue examinada por los tribunales rumanos, sino que sus consecuencias jurídicas se ventilaron en sede arbitral⁴⁶. La razón es que estaba vigente el TBI celebrado el 29 de febrero 2002 entre Suecia y Rumanía, y con él el compromiso de cada parte contratante de garantizar «en todo momento un trato justo y

⁴³ Sobre tal particular, véase Morar (2011).

⁴⁴ Satisficían para ello el requisito de la previa obtención de un certificado de inversor permanente exigido por el Decreto de Urgencia n.º 24/1998, de 2 de octubre.

⁴⁵ En el Acuerdo Europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembro, por una parte, y Rumanía, por otra, en vigor desde el 1 de febrero de 1995, se declaraban incompatibles con su buen funcionamiento las «ayudas públicas que falsearan o amenazaran con falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o determinados productos» (art. 64.1.iii). Para hacerlo efectivo, se aprobó la Ley n.º 143/1999, en materia de ayudas estatales, y se designaba al Consejo y a la Oficina de Competencia como autoridades nacionales de control de tales ayudas estatales.

⁴⁶ El único recorrido judicial en Rumanía vino dado por la confirmación por el Tribunal Supremo el 19 de febrero de 2002 de la decisión de la Corte de Apelaciones de Bucarest de considerar el carácter legislativo y no administrativo del Decreto de Urgencia n.º 75/2000, cuya modificación del Decreto n.º 24/1998, de 2 de octubre, había determinado, a juicio del Consejo de Competencia, la imposibilidad de ejecutar su decisión sobre la incompatibilidad de las ayudas. Así las cosas, este no aparecía legitimado para impugnar su legalidad.

equitativo a las inversiones realizadas» por operadores de cada Estado⁴⁷. Las controversias que pudieran suscitarse entre inversores y los Estados anfitriones se habrían de someter a un tribunal arbitral bajo los auspicios del CIADI⁴⁸.

Ello fue lo que propiciaron Ioan y Viorel Micula, European Food, Starmil y Multipack, quienes, instando la constitución de un tribunal arbitral conforme al TBI, obtuvieron una indemnización por daños y perjuicios fijada en 178 millones de euros⁴⁹. Sostuvo el órgano arbitral que, al derogarse los incentivos en cuestión, Rumanía no actuó «de manera irrazonable o de mala fe (exceptuado el hecho de que [...] actuó de manera irrazonable al mantener las obligaciones de los inversores tras suprimir los incentivos)». Sin embargo, sí que apunta a una violación de la confianza legítima de los inversores (en el sentido de que tales incentivos no estuvieran disponibles y en la misma forma hasta el 1 de abril de 2009) y a una ausencia de transparencia en la actuación (al no informar oportunamente de que el régimen de ayudas sería suprimido antes de la fecha de expiración prevista). Consiguientemente, se entendió incumplida la obligación de «garantizar un trato justo y equitativo de las inversiones».

Adviértase que la retirada de los beneficios fiscales no vino precedida de una decisión de la Comisión que evaluara una posible incompatibilidad de las ayudas, sino que fue el propio Estado rumano el que así lo dispuso en el marco de las negociaciones de adhesión. Y es que, aunque Rumanía venía obligada a aplicar en lo sustancial las normas sobre ayudas de Estado antes de su adhesión, no se habían implementado aún procedimientos equivalentes a tal fin.

3.3. La ejecución del laudo Micula. Una batalla con multitud de frentes

Desde su dictado el 11 de diciembre de 2013 el laudo no ha podido ser ejecutado⁵⁰. Ello pese a que los hermanos Micula emprendieron una desenfrenada búsqueda de tribunales donde hacer efectivo el mandato del artículo 54.1 del convenio CIADI⁵¹. En efecto, además de intentarlo en Rumanía y Suecia, se ha hecho lo propio en los Estados Unidos, el Reino Unido,

⁴⁷ El artículo 2.3 del TBI disponía que las partes «no obstaculizarán, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la administración, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute o la cesión de dichas inversiones por parte de dichos inversores».

⁴⁸ Artículo 7 del TBI.

⁴⁹ ICSID case n.º ARB/05/20.

⁵⁰ La anulación fue rechazada el 26 de febrero de 2016.

⁵¹ De acuerdo con el cual existe la obligación para Estado contratante de reconocer el laudo y hacerlo ejecutar en lo que respecta a sus obligaciones pecuniarias dentro de su territorio. Se equipara, en definitiva, al tratamiento que se dispensa a las sentencias de los órganos judiciales nacionales.

Bélgica, Luxemburgo⁵² y Francia, países todos ellos que han ratificado el citado convenio y en los que Rumanía podría poseer bienes susceptibles de ser bloqueados por la ejecución.

La ejecución instada en Rumanía dio lugar a la autorización otorgada por el Tribunal de Bucarest el 24 de marzo de 2014, con el consiguiente mandamiento al Ministerio de Hacienda rumano para el pago del 80 % de la indemnización fijada en el laudo más intereses. Ello llegó a traducirse en la incautación de fondos y su puesta a disposición de los inversores en cuenta bloqueada. Sin embargo, como veremos a continuación, tal posibilidad se vio truncada por la Comisión Europea, al emitir el 26 de mayo de 2014 un requerimiento de suspensión⁵³ en tanto se resolviese sobre la compatibilidad de la ayuda conforme al artículo 108.2 del TFUE, resolución que se produjo finalmente a través de la Decisión 2015/1470, de 30 de marzo de 2015.

En lo que hace a Suecia, la Corte de Distrito de Nacka, en fecha 23 de enero de 2019, rechazó la ejecución instada. Lo hizo con base en el principio de cooperación leal⁵⁴ y en el entendimiento de que la citada decisión de la Comisión no solo impide la ejecución del laudo, sino que obliga a la recuperación de las cantidades ya incautadas. Enfatiza que no cabe que un juez nacional adopte decisiones incompatibles con lo resuelto por la Comisión. De forma categórica, aun cuando admite la vinculación al artículo 54 del convenio CIADI, concluye que el derecho de la Unión Europea impide la aplicación del principio de *res iudicata* si esta supone desconocer las normas en materia de ayudas de Estado⁵⁵.

Una visión muy distinta es la que se expresa en el Memorándum de la Corte de Distrito de Columbia de 11 de septiembre de 2019. Este da vía libre a los inversores para hacer efectiva la cantidad indemnizatoria fijada en el laudo, rechazando las alegaciones tanto de Rumanía como de la Comisión Europea (que actúa como *amicus curiae*). Destaca el que, a diferencia de lo que sucedía en el caso de la sentencia Achmea (C-284-/16) –cuyo examen se abordará en el siguiente capítulo–, Rumanía no era aún miembro de la Unión Europea cuando decidió la retirada de los incentivos fiscales, siendo así que no aplicaría la invalidez de la cláusula de arbitraje intra-UE. Quedaría en todo caso por dilucidar qué cantidades todavía se adeudan.

Otro tanto cabe predicar del Reino Unido, donde la Corte Suprema, en el *Judgment* de 19 de febrero de 2020⁵⁶, resuelve que las obligaciones de ejecución asumidas en vir-

⁵² El embargo decretado a instancia del Sr. Viorel Micula en 61 entidades bancarias luxemburguesas se dejó sin efecto por la Corte Superior de Justicia del Gran Ducado de Luxemburgo en el *Judgment* n.º 71-18-VII-REF tras la audiencia pública celebrada el 21 de marzo de 2018.

⁵³ Ex artículo 11.1 del Reglamento (CE) n.º 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE.

⁵⁴ Artículo 4.3 del TUE.

⁵⁵ Cita al efecto las sentencias recaídas en los asuntos Lucchini (C-119/05), Klausner (C-505/14) y Achmea (C-284/16).

⁵⁶ Responde a la apelación formulada contra el *Judgment* de la High Court of England and Wales de 20 de enero de 2017 en el que la cuestión clave que se dilucidaba era si cabía ejecutar el laudo en un

tud del convenio CIADI⁵⁷ no pueden verse afectadas por el deber de cooperación leal con la Unión Europea, toda vez que la ratificación de aquel fue previa a su adhesión a esta. Llega incluso a aseverar que si la Comisión se plantease un procedimiento de infracción por la ejecución del laudo, su prosperabilidad sería remota y, además, el principio de cooperación legal, de carácter bidireccional, habría de llevar al TJUE a dejar la interpretación del convenio CIADI a los tribunales del Reino Unido, en tanto que Estado contratante (la Unión no lo es) (§ 116).

Igualmente, en fecha reciente, el 12 de marzo de 2020, la Corte de Apelación de Bruselas decidió plantear cuestión prejudicial para aclarar si la calificación de la Comisión como ayuda de Estado ilegal también abarca el pago recuperado mediante procedimientos de ejecución, pidiendo asimismo un pronunciamiento sobre si cabe que los Estados miembros no atiendan a las obligaciones que les incumben en virtud del convenio del CIADI y sobre la base de una decisión no definitiva de la Comisión⁵⁸. La Corte concluye que, si bien no estaba estrictamente obligada a suspender la ejecución del laudo arbitral, los principios generales de la Unión Europea se lo exigían en espera de un fallo definitivo del TJUE. El pronunciamiento que en su momento recaiga se antoja de sumo interés.

3.4. El pago del laudo como ayuda de Estado. El escudo protector de Rumanía

La Decisión 2015/1470, de 30 de marzo, de la Comisión, relativa a la «ayuda estatal SA.38517 ejecutada por Rumanía en el laudo arbitral Micula/Rumanía de 11 de diciembre de 2013», ha servido hasta ahora para no hacer frente al pago del mismo. Se dispone, en virtud de la misma, no solo que Rumanía «no abonará ninguna ayuda incompatible», sino que también «recuperará cualquier ayuda incompatible que ya haya sido abonada».

El decisivo punto de partida para entender el alcance de la decisión es que la medida que se evalúa es el pago de la indemnización concedida en virtud del laudo, con sus correspondientes intereses (§ 39). A partir de ahí se examina –y aprecia– la concurrencia de las condiciones acumulativas que el artículo 107.1 del TFUE establece:

Estado miembro no destinatario de la obligación que se imponía. Se concluyó que el laudo constituía *res iudicata* y que no había sido satisfecho, pero no dispuso su ejecución por estar pendiente el pronunciamiento del TJUE contra la Decisión de la Comisión 2015/1470, de 30 de marzo. Ello con el fin de evitar decisiones contradictorias o incoherentes.

⁵⁷ Artículos 54 y 69 del convenio CIADI.

⁵⁸ El pronunciamiento responde a la apelación planteada contra el levantamiento de la incautación de hasta 85 millones de euros decretado por un Tribunal de Instancia belga en ejecución del laudo y en el entendimiento de que este no podía servir de base para la incautación, habida cuenta de la decisión de la Comisión de recuperar el pago.

- En primer lugar, que la medida confiere una ventaja económica selectiva a una empresa. Aplicando el test de las «condiciones normales de mercado», colige que el laudo se traduce en un beneficio que de otra forma no podría ser obtenido. Trae además causa del TBI entre Suecia y Rumanía y, por tanto, concerniría solo a determinadas empresas y dentro de un limitado ámbito regional. Añade que la base de los daños viene representada por la prematura revocación de los incentivos fiscales y advierte de la equivalencia entre la compensación que se fija y lo dejado de percibir por un régimen fiscal contrario al acervo comunitario.
- En segundo término, que la medida es imputable al Estado y financiada mediante recursos estatales. Cabe destacar que la Comisión rechaza el argumento de que el laudo responda a las obligaciones de derecho internacional y enfatiza que fue al ratificar voluntariamente el TBI cuando se crearon las condiciones para el establecimiento de la ayuda, destinando para ello fondos estatales y atribuyéndole al Estado rumano incluso las decisiones de los tribunales de ese país y de los ejecutores del laudo. Se afirma que solo cabría excepcionar tal imputabilidad de estarse cumpliendo una obligación derivada del derecho de la Unión.
- Finalmente, que la medida falsea o amenaza con falsear la competencia y tiene potencialidad suficiente como para afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Se razona para ello que los productos en cuestión se vendían en un mercado liberalizado y eran objeto de comercio entre los distintos Estados de la Unión.

Resulta de sumo interés el paralelismo que cabe trazar entre la decisión de la Comisión en el caso *Micula* y el pronunciamiento que pueda esta en su momento realizar a propósito de la obligación de satisfacer por parte de España las sumas impuestas en los diversos laudos dictados por la supresión de incentivos a las renovables. Los laudos atienden a la vulneración del trato justo y equitativo previsto en el artículo 10.1 del TCE. Sin embargo, la Comisión no estaría llamada a verificar la legalidad del esquema de incentivos, sino a dilucidar si el pago de las indemnizaciones constituye o no ayuda de Estado. Se antoja así como muy probable que la conclusión alcanzada en *Micula* se reproduzca en el caso de España.

Ahora bien, adviértase también la disfunción que se vislumbra. Así como los órganos arbitrales «sancionan» la inobservancia de una suerte de principio de confianza legítima en el trato dispensado a los inversores, la concepción de la expectativa legítima en el ámbito de las ayudas de Estado resulta incompatible con aquel. Y es que la protección de las legítimas expectativas de los destinatarios de la ayuda depende –tal y como tiene establecido el TJUE⁵⁹ del cumplimiento por parte de los Estados de la obligación de notificación de la misma. Sin notificación de la ayuda esta es ilegal y no cabe invocación de expectati-

⁵⁹ *Commission v. Federal Republic of Germany* (C-5/89).

vas legítimas⁶⁰. De esta forma, puede resultar que la retirada de una ayuda –piénsese, por ejemplo, en un esquema de incentivos fiscales– ilegal (en tanto que no notificada), e incluso incompatible con el mercado interior (si así lo ha resuelto previo el pertinente procedimiento la Comisión), no obste a una obligación de indemnizar a los destinatarios de la misma si un órgano arbitral entiende que tal retirada ha quebrado el trato justo y equitativo. Aún más. Ello puede darse en la práctica –de hecho, es el caso de las renovables– no solo entre un Estado miembro anfitrión de la inversión y un tercer Estado no comunitario, sino también intra-UE por mor ya no de los TBI en extinción sino por la condición de signatarios del TCE.

3.5. El Tribunal General no despeja la incógnita pero aún pende la casación

La decisión de la Comisión por la que se declara el carácter de ayuda de Estado, incompatible con el mercado interior, del pago del laudo en favor de los Sres. Micula fue objeto de recurso de anulación ex artículo 263 del TFUE por parte de estos y de las diversas entidades que participan⁶¹. El Tribunal General (TG) ha resuelto anular tal decisión en sentencia (Sala Segunda ampliada) de 18 de junio de 2019 (asuntos acumulados T-624/15, T-694/15 y T-704/15). Sin embargo, aun cuando se esperaba que el fallo aclarara la cuestión de cuándo un laudo arbitral que fija una indemnización puede considerarse ayuda estatal, ello no se ha producido. Y es que no se ha enfrentado el tema de fondo por el aspecto *ratione temporis*, que representa el que los artículos 107 y 108 del TFUE no resultaban de aplicación a Rumanía antes de que tuviera lugar su adhesión a la Unión Europea.

Se concluye por ello que la Comisión no podía ejercer las competencias que le confería el artículo 108 del TFUE y, en particular, no podía sancionar los incentivos establecidos para el período anterior a la adhesión. Al hacerlo, aplicó retroactivamente y, por tanto, de forma indebida, las competencias que este último precepto le otorga. Por otra parte, se advierte de la importante circunstancia de que, a diferencia de lo que cabe predicar del asunto Achmea, el órgano arbitral no estaba obligado a aplicar el derecho de la Unión a unos hechos acaecidos con anterioridad a la adhesión.

La Comisión Europea ha interpuesto el 27 de agosto de 2019 recurso de casación contra la citada sentencia y, por tanto, no puede descartarse un abordaje de la cuestión de fondo por parte del TJUE. De hecho, el propio TG deja abierta la posibilidad a que por la Comisión se evalúe la compatibilidad de las ayudas concedidas en el período posterior a la adhesión de Rumanía a la Unión (el comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 1 de abril de 2009). Ello al expresar que «aun suponiendo que el pago de la indemnización por

⁶⁰ En tal sentido, artículos 1 y 16.1 del Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del TFUE.

⁶¹ En el procedimiento España participó apoyando la posición de la Comisión Europea.

daños y perjuicios correspondiente a dicho período pueda calificarse de ayuda incompatible» (§ 91), lo que parece avalar la tesis de un posible control por parte de la Comisión respecto de tal lapso temporal⁶².

Al margen de lo anterior, resulta interesante reseñar dos aspectos en los que el TG se distancia de los planteamientos efectuados por la Comisión:

- De una parte, en cuanto a qué se entiende por «medida en cuestión» (objeto del procedimiento de ayuda del Estado), considera el TG que esta vendría dada por el pago de la compensación fijada en el laudo. Razona que el esquema fiscal se aplicó antes de la adhesión y, por lo tanto, el laudo solo constituía el reconocimiento del derecho a recibir una compensación nacida en 2005 a raíz de la violación del TIB por la supresión de los incentivos. El hecho de que el pago se produjese en el año 2014 devendría así irrelevante. El laudo no constituiría nueva ayuda, dado que no confiere a los demandantes un derecho incondicional a recibir la misma (§ 78- 85).
- De otra, el laudo no concedería una ventaja económica. Sostiene el TG que el examen del método de cálculo efectuado por la Comisión estaba fuera de su competencia y apunta a que en todo caso el órgano arbitral se limitó a calcular los daños sufridos por la infracción de los derechos de los inversores. Asimismo, aunque TG y Comisión coinciden en que la indemnización de los daños constituiría ayuda de Estado si compensara la retirada de una ayuda ilegal o incompatible (§ 103), el TG, a diferencia de la Comisión, no llega a valorar si el esquema fiscal representaba una ayuda de tal naturaleza.

4. El conflicto entre el derecho de la Unión Europea y el arbitraje de inversiones

4.1. Derecho de la Unión y derecho internacional

La Unión Europea cuenta con personalidad jurídica⁶³ y en torno a la misma se instituye un ordenamiento jurídico propio y autónomo. De ello se deriva la posibilidad de celebrar acuerdos internacionales en la esfera de las competencias que le son propias⁶⁴, adherirse

⁶² En todo caso, se permite prescindir de tal examen, dado que la Comisión «no ha establecido una distinción entre los períodos de indemnización del perjuicio sufrido por los demandantes antes o después de la adhesión», si bien reseña que «en cualquier caso, se excedió en sus competencias en materia de control de las ayudas de Estado» (§ 91).

⁶³ Artículo 47 del TUE.

⁶⁴ Artículo 216.1 del TFUE.

a convenios ya existentes⁶⁵ o incluso convertirse en miembro de organizaciones internacionales. El ordenamiento comunitario no solo traba relación con los de los distintos Estados miembros (rigiéndose por los principios de primacía y efecto directo), sino también con el derecho internacional. En tal sentido, y en una forma muy similar a lo que se señaló por el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, relativa a la existencia o no de contradicción entre la Constitución y determinados preceptos del malogrado tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, se ha afirmado que el modelo por el que se decanta la Unión es el de «monista moderado o atenuado» (Gordillo Pérez, 2017). Ello se traduciría en un monismo condicionado a la no violación del «estándar mínimo de derechos garantizados en el marco de los Tratados (incluyendo la Carta)» y cuya salvaguardia correspondería al TJUE.

También de forma análoga a lo que sucede con nuestro ordenamiento constitucional, en el que los tratados internacionales se insertan en el sistema de fuentes entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico⁶⁶, los tratados que celebre la Unión se supeditan al derecho originario⁶⁷ y se antepondrían al derecho derivado y al de los Estados miembros, al vincular tanto a las instituciones comunitarias como a estos últimos⁶⁸.

4.2. La competencia en materia de inversión extranjera directa

Tras el Tratado de Lisboa, los actos de la Unión en materia de «inversiones extranjeras directas» aparecen incluidos dentro del ámbito de la política comercial común⁶⁹. De ello se colige la competencia exclusiva de la Unión para aprobar compromisos con un tercer Estado relativo a las inversiones realizadas por personas físicas o jurídicas de ese tercer Estado en la Unión (y a la inversa) que permitan participar de manera efectiva en la gestión o el control de una sociedad que ejerza una actividad económica.

Como ha señalado el TJUE⁷⁰, constituyen inversiones extranjeras directas aquellas que consisten en cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas o jurídicas que sirva

⁶⁵ En el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), el Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 18 de diciembre de 2014, concluyó su incompatibilidad con el artículo 6.2 del TUE y con el protocolo n.º 8 sobre el citado precepto, relativo a la adhesión de la Unión al CEDH.

⁶⁶ Artículos 96 de la Constitución y 1.5 del Código Civil.

⁶⁷ No en vano el artículo 281.11 del TFUE prevé que en caso de dictamen negativo del TJUE sobre la compatibilidad de un acuerdo con los tratados, éste no podrá entrar en vigor, salvo modificación de este o revisión de tales tratados.

⁶⁸ Artículo 216.2 del TFUE.

⁶⁹ Artículo 207.1 del TFUE.

⁷⁰ En otras, sentencia Comisión / Italia (C-326/07) (§ 35).

para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de una actividad económica. Igualmente, se ha advertido que el hecho de que se utilice la mentada expresión manifiesta sin ambigüedad la voluntad de no incluir otras inversiones extranjeras en la política comercial común, resultando por ello ajenas a la competencia exclusiva en cuestión⁷¹.

Ahora bien, lo que también ha sentado el TJUE en el Dictamen 2/15, con ocasión del Acuerdo de Libre Comercio con Singapur, es que escapan a esa competencia exclusiva de la Unión, además de las inversiones distintas de las directas («en cartera»), las disposiciones referentes al arreglo de diferencias entre un inversor y un Estado. De ello resulta el carácter «mixto» del acuerdo en cuestión –predicable también de los que en la misma línea le han seguido–, de forma tal que no solo requieren de la aprobación por el Parlamento Europeo, sino también habrán de ser firmados y ratificados por todos los Estados miembros de conformidad con sus normas constitucionales internas⁷².

Estos acuerdos de «nueva generación», en virtud de los cuales se instituyen órganos arbitrales permanentes, están llamados a suplir a los tradicionales TBI que a partir de la década de 1990 se generalizaron entre Estados miembros y entre éstos y terceros Estados, abocando a los conflictos que se vienen examinando y cuya solución aún está por ver.

4.3. Compatibilidad con el derecho de la Unión de los órganos que se instituyen para interpretar las disposiciones de los tratados suscritos por la Unión

Examinada la forma en la que se desenvuelve la relación entre el derecho comunitario y el derecho internacional, así como la competencia para suscribir acuerdos con terceros en materia de inversiones extranjeras, se hace preciso verificar la compatibilidad con el derecho de la Unión de la creación de órganos que con carácter jurisdiccional interpreten las disposiciones de tales tratados y resuelvan las controversias que se susciten entre las partes.

Tal posibilidad aparecía ya admitida en el Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, emitido a propósito del proyecto de Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio⁷³. Se ha señalado al efecto que la ca-

⁷¹ Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017.

⁷² Díez-Hochleitner (2017) propone que tal «mixicidad» requeriría para evitar el bloqueo por un solo Estado del desgajamiento de «los compromisos en materia de protección de inversiones de los ALC y llevarlos a acuerdos mixtos que complementen a unos ALC "puramente comunitarios"».

⁷³ El TJUE ha reiterado tal posibilidad con ocasión del Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, relativo al proyecto de Acuerdo para la creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes, y del Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, referente a la adhesión de la Unión al CEDH.

pacidad para celebrar acuerdos internacionales comporta la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos en todo lo concerniente a la aplicación e interpretación de sus disposiciones. Asimismo, se ha aceptado que un acuerdo de estas características puede incidir en las competencias de las instituciones comunitarias siempre que se cumplan los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de esas competencias y, por tanto, no se vulnere la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión⁷⁴.

Esa autonomía, en la que el TJUE viene enfáticamente insistiendo, lo es tanto respecto de los Estados miembros como en lo que hace al derecho internacional, y se funda en un marco constitucional propio en el que se incluyen los valores del artículo 2 del TUE, los principios generales del derecho de la Unión, la Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE) y las disposiciones del TUE y del TFUE. Para hacer efectivo todo ello se establece el sistema jurisdiccional de la Unión que, conforme al artículo 19 del TUE, «garantizará el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los tratados» y en el que se desempeñan tanto el TJUE y el TG como los órganos jurisdiccionales nacionales.

Los árbitros de inversión no se integran en el engranaje jurisdiccional comunitario (tampoco del de los otros Estados contratantes). Al mismo tiempo, los órganos jurisdiccionales de la Unión no tienen primacía respecto de lo que aquellos resuelvan (o puedan resolver los órganos jurisdiccionales de esos otros Estados). Los acuerdos internacionales suscritos por la Unión forman parte del Derecho de la Unión y pueden ser objeto de cuestión prejudicial⁷⁵, pero afectan del mismo modo a esos terceros Estados y, por ende, también pueden ser interpretados por sus órganos jurisdiccionales.

En consecuencia, para determinar si resulta compatible un mecanismo arbitral con la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario se hace preciso examinar⁷⁶:

- De una parte, el que no se atribuya a los órganos creados competencias de interpretación o aplicación del Derecho de la Unión distintas de las de interpretar y aplicar las disposiciones del acuerdo que los instituye a la luz de las normas y principios del derecho internacional aplicables entre las partes.
- De otra, que no configure las competencias de dichos tribunales de modo que estos, aun sin llevar a cabo una interpretación o aplicación de las normas del derecho de la Unión que no sean las de dicho acuerdo, puedan dictar laudos que tengan como efecto impedir que las instituciones de la Unión actúen conforme al marco constitucional de esta.

⁷⁴ Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, a propósito del Acuerdo de creación del Espacio Europeo Común entre la Comunidad Europea y países terceros.

⁷⁵ Por todas, Sentencia Aebtri (C-224/16) (§ 50).

⁷⁶ Dictamen 1/17, de 30 de abril de 2019 (§ 119).

4.4. El asunto Achmea⁷⁷. El final de los TBI intra-UE

Los parámetros expuestos y la defensa a ultranza de la autonomía del derecho comunitario se escenifican en la sentencia Achmea, al declarar que las cláusulas arbitrales incluidas en un TBI intra-UE no resultan compatibles con el derecho de la Unión⁷⁸. En concreto, veda la posibilidad de que los inversores de un Estado miembro sometan a controversia ante un tribunal arbitral cuestiones derivadas de inversiones realizadas en otro Estado miembro⁷⁹.

El planteamiento es simple. Los órganos arbitrales constituidos para garantizar el trato justo y equitativo de las inversiones deben «tener en cuenta en particular [...] el Derecho vigente en la Parte contratante afectada y cualquier otro tratado pertinente entre las Partes contratantes» (§ 40). Consiguientemente, «podrá[n] verse obligado[s], en su caso, a interpretar o aplicar el Derecho de la Unión, en particular las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales» (§ 42). Sin embargo y al mismo tiempo, tales órganos arbitrales –por el carácter excepcional de su jurisdicción– no se integran en los sistemas judiciales de los Estados parte en el TBI (§ 45) y, por tanto, no pueden ser calificados como órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros en el sentido del artículo 267 del TFUE⁸⁰ (§ 46). Aún más. Sus decisiones son definitivas y solo cabe control judicial jurisdiccional nacional respecto de las mismas en la medida en que lo permita el derecho nacional (lo que en el asunto en concreto no estaba contemplado) (§ 51 a 53). La consecuencia de todo ello es que, a diferencia de lo que sucedería con el arbitraje comercial⁸¹, tanto el principio de confianza

⁷⁷ Sentencia Achmea (C-284/16).

⁷⁸ Se da respuesta en la misma a tres cuestiones prejudiciales de interpretación de los artículos 18, 267 y 344 del TFUE planteadas por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán.

⁷⁹ El supuesto fáctico que se analiza trae causa de la liberalización del mercado de los seguros de enfermedad privados, dejada parcialmente sin efecto por la República Eslovaca en 2006 y que supuso la imposibilidad de distribuir beneficios derivados de tales actividades. Dos años antes, Achmea, empresa perteneciente a un grupo asegurador neerlandés, había constituido en Eslovaquia una filial a la que dotó de capital y a través de la cual ofrecía prestaciones de seguro de enfermedad privado en el mercado eslovaco. Los perjuicios irrogados fueron analizados por un órgano arbitral constituido conforme al artículo 8 del TBI suscrito en 1991 entre la República Federal Checa y Eslovaca y el Reino de los Países Bajos, y que aseguraba un trato justo y equitativo a las inversiones. Establecido Fráncfort del Meno (Alemania) como lugar del arbitraje y el derecho alemán como aplicable al procedimiento arbitral, los árbitros fijaron una indemnización de 22,1 millones de euros.

⁸⁰ No pueden así plantear cuestiones prejudiciales por más que cierta doctrina les haya tratado de atribuir tal facultad. Al respecto, Paschalidis (2016).

⁸¹ Matiz que introduce para advertir de su origen en la autonomía de la voluntad de las partes y respecto del que el TJUE ha avalado un control de sus laudos de «carácter limitado, siempre que las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión puedan ser examinadas en el marco de dicho control y, en su caso, puedan ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia» (por todas, Sentencia Eco Swiss, C-126/97).

mutua como «la preservación del carácter propio del derecho establecido por los tratados» se oponen a un mecanismo de resolución de controversias que no se haya de ventilar ante un órgano jurisdiccional perteneciente al sistema judicial de la Unión.

La actitud del TJUE se endereza a preservar su monopolio jurisdiccional en la aplicación e interpretación del derecho comunitario, apartando a incómodos operadores, como pueden ser los órganos arbitrales. Se ha hablado así de autismo jurídico (Martín y Pérez de Nanclares, 2015) o del «diálogo de sordos» entre el TJUE y los tribunales de inversión, con negativa repercusión en la aplicación armoniosa de los distintos ordenamientos jurídicos e intereses en presencia (Iruretagoiena Aguirrezabalaga, 2018).

La consecuencia inmediata de Achmea ha sido el compromiso explícitamente asumido por los Estados miembros de rescindir los TBI intra-UE y que se materializó en la antes citada declaración efectuada el 15 de enero de 2019. También en aquella se deja patente una clara intención de evitar la utilización del «tratado plurilateral» (en referencia al TCE) como base para arbitrajes entre inversores de Estados miembros y otros Estados miembros.

4.5. La proyección de la doctrina Achmea al TCE

El TCE no es un simple acuerdo para la protección de inversiones, sino que constituye un marco normativo multilateral para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía⁸² (señaladamente, en inversiones, comercio, tránsito de materias y productos energéticos y protección del medio ambiente). Todos los Estados miembros fueron también signatarios del TCE si bien este no se circunscribe a los mismos, sino que incluye a terceros Estados⁸³. Asimismo, se trata de un «acuerdo mixto» en tanto que suscrito como organizaciones regionales de integración económica⁸⁴ por las Comunidades Europeas⁸⁵. Las partes

⁸² Artículo 1 del TCE.

⁸³ Interesa, ello no obstante, destacar que Italia notificó la denuncia del tratado ex artículo 47 del TCE en diciembre de 2014, surtiendo la misma efectos a partir del 1 de enero de 2016 y pasando a tener estatus de país «observador».

⁸⁴ En el sentido así definido por el TCE (art. 1.3).

⁸⁵ Lo que tuvo lugar a través de la Decisión 98/181/CE, CECA, Euratom, de 23 de septiembre de 1997, relativa a la conclusión del TCE y el Protocolo sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados. La declaración presentada a la secretaría del TCE con arreglo al artículo 26.3 b), inciso ii) del TCE, que sustituye a la formulada el 17 de noviembre de 1997 en nombre de las Comunidades Europeas, señala que la UE y Euratom son «responsables internacionalmente del cumplimiento de las obligaciones» del TCE y remite al Reglamento (UE) n.º 912/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por el que se dispone un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte. Precisa, en lo que hace al arbitraje internacional, que al no poder la UE ni Euratom ser parte del convenio CIADI, cualquier laudo arbitral en contra de las mismas será ejecutado por las instituciones de la Unión conforme al artículo 26.8 del TCE.

actúan en el tratado en pie de igualdad y, a diferencia de lo sucedido con los TBI intra-UE en los términos que ya se han reseñado, su legalidad aún no ha sido puesta en tela de juicio ni por las instituciones comunitarias ni por los Estados miembros⁸⁶.

Ahora bien, no debe desconocerse la subordinación del TCE al TUE o al TFUE (no solo a través del mecanismo del artículo 218.11 del TFUE, sino también por mor del principio de cooperación leal del artículo 4.3 del TUE). De ello se deriva que si se viera afectada la autonomía del derecho de la Unión, sus disposiciones solo se aplicarían en la medida en que resultaran compatibles con el derecho comunitario⁸⁷. Además, tampoco podrían operar en las relaciones entre Estados miembros e inversores de tales Estados⁸⁸.

Para verificar si esa afectación de la autonomía se produce, ha de decidirse si el derecho de la Unión constituye, ya derecho aplicable a resolver las disputas entre inversores y partes contratantes conforme al mecanismo de solución de controversias⁸⁹, ya solo contribuye a la determinación de los hechos. Pues bien, señala el apartado 6.º del artículo 26 del TCE que el tribunal arbitral «decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente tratado y a las normas del derecho internacional aplicables». Resulta claro que dentro de tales normas de derecho internacional se incluye el derecho de la Unión y, por tanto, conforme a la doctrina Achmea, un órgano arbitral, ajeno al sistema jurisdiccional de la Unión, estaría aplicando e interpretando el derecho comunitario de forma tal que no podría ser fiscalizado. Por otra parte, aun cuando se aceptase que el derecho de la Unión solo contribuye a determinar los hechos, en la decisión sobre si se vulnera el trato justo y equitativo mediante la comparación entre el régimen precedente y el que resulta más gravoso, siempre se producirá una valoración de esas normas internas que irá más allá de un carácter estrictamente fáctico. Ello se muestra de forma aún más nítida cuando se acude al convenio CIADI en tanto que prevé, entre otras, la aplicación de la «legislación del Estado que sea parte en la diferencia»⁹⁰.

A cuanto antecede cabría añadir la vulneración del principio de discriminación por razón de la nacionalidad en la que se incurre con la aplicación intra-UE del TCE conforme al artículo 18 del TFUE. Nótese que uno de los Estados miembros, Italia, ya no es parte del TCE (más allá de la condición de *observador*). Téngase en cuenta que el TJUE exige la perfecta igualdad de trato de las personas que se encuentren en una situación regida por el dere-

⁸⁶ Más allá de las dudas que se deslizan acerca de su compatibilidad con el TUE y el TFUE en las conclusiones del abogado general Sr. Wathelet en el asunto Achmea, este destaca precisamente la ausencia de dictamen acerca de tal compatibilidad porque «no existía la menor sospecha» al respecto (§ 43).

⁸⁷ Artículo 30.3 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado el 23 de mayo de 1969 (CV).

⁸⁸ Artículo 30.2 del CV.

⁸⁹ Artículo 26 del TCE.

⁹⁰ Artículo 42.1 del convenio CIADI.

cho comunitario con los nacionales del Estado miembro⁹¹. Y recuérdese que aun cuando el derecho de la Unión reconoce el principio de trato nacional, no recoge una cláusula de «nación más favorecida» que posibilite extender un trato idénticamente favorable a los inversores de un Estado ajeno al TCE.

En consecuencia, tomando en consideración tanto la doctrina Achmea como la jurisprudencia del TJUE relativa a los acuerdos internacionales que prevén la creación de mecanismos arbitrales, cabe concluir que el TCE no ha de operar intra-UE. Ello por cuanto la solución de controversias a la que remite implica interpretar y aplicar el derecho de la Unión, pudiendo con ello comprometer también el que las instituciones comunitarias actúen dentro del marco constitucional que les es propio. Todo ello no es baladí desde el momento en que todos los arbitrajes promovidos contra España por la supresión de incentivos a las renovables se amparan en el artículo 10.1 del TCE y buena parte de ellos se formula por inversores comunitarios.

5. Ejecución de laudos y ayudas de estado

5.1. Del convenio CIADI a la Convención de Nueva York

Cuando de laudos arbitrales se trata, su ejecución podrá materializarse bien a través del convenio CIADI (señaladamente, en lo que hace a sus artículos 53 y 54), bien por el cauce de la Convención de Nueva York. Si el primero constituye la herramienta del que se sirve el CIADI, con la segunda se hacen efectivos los laudos CNUDMI o del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Las diferencias entre una y otra vía son en todo caso notables.

En el caso del convenio CIADI, cada Estado contratante ha de reconocer el laudo y hacer ejecutar en su territorio las obligaciones impuestas «como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado»⁹². Ninguna capacidad de escrutinio cabría entonces predicar de los órganos judiciales de los Estados signatarios.

La Convención de Nueva York por su parte sí que admite la denegación del reconocimiento o ejecución de laudos en determinados supuestos y, en particular, en tanto que los mismos sean «contrarios al orden público» del país en el que se haya instado⁹³. A tal efecto, el TJUE ha recalcado la obligación de los Estados de aplicar consistentemente las normas de orden público⁹⁴, dentro de las que se han de incluir las ayudas de Estado del artículo 107 del TFUE.

⁹¹ Sentencia Cowan (C-186/87) (§ 10).

⁹² Artículo 54.1 del convenio CIADI.

⁹³ Artículo 5.2 b) de la Convención de Nueva York.

⁹⁴ En tal sentido, la sentencia Eco Swiss, C-126/97 (§31 a 41), a propósito de las normas básicas sobre el derecho de la competencia de la Unión Europea.

Cuestión más compleja es si tal excepción puede ser esgrimida siempre que la medida cuya revocación determina la brecha del trato justo y equitativo resulte contraria a la legislación en materia de ayudas de Estado o, si por el contrario, requiere de un específico pronunciamiento de la Comisión sobre tal incompatibilidad a través del procedimiento del artículo 108 del TFUE. Esta segunda opción parece la más prudente por cuanto su naturaleza de excepción requeriría de una aplicación restrictiva⁹⁵ y, además, dilucidar la incompatibilidad escaparía de la esfera de facultades o atribuciones de los órganos judiciales nacionales ante los que se instara la ejecución. Por el contrario, cuando la incompatibilidad ha sido ya declarada por la Comisión, nada habría de obstar a que entrara en juego la excepción de orden público.

5.2. El papel del régimen de ayudas de Estado en la ejecución de laudos

Se ha señalado con anterioridad que la estrategia española para eludir el pago de los laudos condenatorios por la revocación de incentivos a las renovables pasa en buena medida por invocar que su ejecución contraviene el artículo 107 del TFUE. También se ha destacado que la postura vendría avalada por el proceder de la Comisión en el asunto *Micula* y que tal planteamiento no ha sido descartado por el TG (al menos totalmente y más allá de la falta de firmeza de la sentencia). Para la ejecución de la mayor parte de los laudos dictados contra España ha de estarse al convenio CIADI que, como acaba de exponerse y a diferencia de la Convención de Nueva York, no admitiría excepciones. Sin embargo, hay importantes matices.

El requisito de la imputabilidad en las ayudas de Estado demanda de entrada que el otorgamiento de la ventaja económica sea voluntario. El TJUE aprecia obligatoriedad –y, por ende, no se estaría en presencia de una ayuda de Estado– cuando, de conformidad con el derecho interno, el Estado miembro viene obligado a reembolsar cargos indebidamente cobrados⁹⁶, a pagar por daños causados⁹⁷ o indemnizar por una expropiación⁹⁸.

En efecto, en el primer caso, sentencia *Denkavit Italiana*, excluye la incompatibilidad con el mercado común de la «obligación de pagar o de devolver sumas resultantes de la circunstancia de que quien pagó esas sumas no las debía» (§ 31). En el segundo, asunto *Asteris*, se deslindan del concepto de ayudas, por revestir una «naturaleza jurídica fundamentalmente diferente», a «las indemnizaciones que las autoridades nacionales pudieran, eventualmente, ser condenadas a pagar a los particulares como reparación de un perjuicio

⁹⁵ No en vano, la Convención de Nueva York se inspira en el reconocimiento general y recíproco de las «sentencias arbitrales extranjeras» (arts. 1 y 3).

⁹⁶ Sentencia *Denkavit Italiana* (61/79).

⁹⁷ Sentencia *Asteris* (asuntos acumulados C-106 a 120/87).

⁹⁸ Sentencia *ThyssenKrupp* (T-62/08).

que ellas les hubieren causado» (§ 23). Y en el último, sentencia ThyssenKrupp, se avala que la indemnización concedida por el Estado por la expropiación de bienes de una empresa no constituye, por lo general, una ayuda estatal.

Así las cosas, si se admite que el pago conforme a las normas de derecho interno que generan la obligación de efectuarlo no integra una ayuda de Estado, no debe plantear problemas extender tal consecuencia a los supuestos en que la obligación surge de compromisos internacionales (lo que, en el caso de España y la supresión de incentivos a las renovables, lleva al artículo 10.1 TCE y a no dispensar un trato justo y equitativo).

Para reforzar tal tesis en el caso de los laudos CIADI (y su consiguiente imposibilidad de ser fiscalizados por los órganos judiciales ejecutantes), ha de significarse que tampoco sería imputable la ayuda cuando el Estado miembro no dispone de margen de maniobra al adoptarla o no contaba con autonomía en su actuación. Así lo ha declarado el TJUE con ocasión de la adaptación del derecho interno a una determinada exención tributaria⁹⁹, de forma tal que en aquel caso este se limitaba a «ejecutar disposiciones comunitarias conforme a las obligaciones que en virtud del tratado les incumbe» y, por tanto, la disposición controvertida no era imputable sino al legislador comunitario.

Si bien hasta ahora el razonamiento ha girado en torno a la regla general de que la ejecución de laudos arbitrales no constituye una quiebra del artículo 107 del TFUE, ello admite su excepción en el caso de que el laudo implique el restablecimiento de una medida declarada por la Comisión incompatible con el régimen de ayudas de Estado. La razón parece evidente: si el arbitraje da la posibilidad de recuperar beneficios que constituían ayudas ilegales, incompatibles (o ambas cosas), la ejecución del laudo implicará desconocer la decisión de la Comisión y hacer indirectamente efectiva una medida contraria al mercado interior.

En tal sentido son relevantes las conclusiones del abogado general Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto Francesco Atzori y otros v. Regione Autonoma della Sardegna¹⁰⁰. Se advertía en ellas que aun «si se reconoce el derecho a una indemnización, no resulta equiparable el perjuicio con el importe de las sumas que se han de reintegrar, puesto que supondría una concesión indirecta de las ayudas ilegales e incompatibles con el mercado común» (§ 198). Este planteamiento se efectuó con ocasión de unas ayudas ilegales –no notificadas– concedidas por el Gobierno regional de Cerdeña y que, por tanto, habían de ser devueltas, con la consiguiente acción de indemnización por las empresas afectadas conforme a la doctrina del TJUE en Brasserie du pêcheur y Factortame¹⁰¹. En todo caso, su razón de ser resulta perfectamente extrapolable al ámbito de los arbitrajes de inversión.

⁹⁹ Sentencia *Deutsche Bahn v. Commission* (T-351/02) (§ 102).

¹⁰⁰ Asuntos acumulados C-347/03 y C-529/03.

¹⁰¹ Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 (§ 51).

Se sigue sin dificultad que esto es lo que se produce tanto en el asunto Micula como lo que parece proyectarse en la problemática de incentivos a las energías renovables en la que España se encuentra inmersa. En el primer caso, el esquema parte de la implementación de un tratamiento fiscal favorable que se suprime por mor de las exigencias derivadas de la adhesión a la Unión y sin que hubiera intervenido hasta ese momento la Comisión. Es precisamente con ocasión del laudo condenatorio contra Rumanía por la violación del trato justo y equitativo previsto en el TBI cuando la Comisión se opone a su cumplimiento por contravenir el régimen de ayudas de Estado.

Por lo que respecta España, la garantía de una determinada «rentabilidad razonable» se ve sustancialmente afectada por unas modificaciones normativas que en una serie de laudos arbitrales se vienen reputando contrarias al tratamiento justo y equitativo del artículo 10.1 del TCE. Tampoco aquí intervino la Comisión «antes» (al no producirse notificación de la ayuda) y se espera que lo haga a través del procedimiento del artículo 108 del TFUE de cara a declarar su incompatibilidad. Sería entonces cuando la ejecución de los laudos –de materializarse– abocaría a una concesión indirecta de la ayuda, ya incompatible con el orden público comunitario (en el decir de artículo 5.2.b de la Convención de Nueva York), ya incardinable en la excepción a enfrentar a los categóricos términos de los artículos 53 y 54 del convenio CIADI.

En la forma precedente podrían sistematizarse las pautas que disciplinan las relaciones entre el régimen regulatorio global y el orden jurídico europeo referente a las ayudas de Estado. Ello por cuanto lo que es necesario para uno, es ilícito para el otro; lo que el derecho internacional impone, el derecho de la Unión lo sanciona¹⁰². Y es que aun en las tesis menos proclives a asumir la existencia de conflicto se admite que este subyace al fijar el laudo el restablecimiento de una ayuda estatal incompatible o una indemnización por su supresión¹⁰³.

5.3. Inejecución de laudos y afectación de la CDFUE y del CEDH

Aun cabría –en una vuelta de tuerca más– una observación final acerca de la contradicción que puede generar la inejecución de laudos por mor de las exigencias del propio derecho de la Unión. Recuérdese que el artículo 52.3 de la CDFUE incorpora un estándar de protección mínimo para los derechos garantizados en el CEDH, reconociendo respectivamente en sus artículos 17 y 47 los derechos a la propiedad y a la tutela judicial efectiva (a interpretar conforme a los artículos 1 del Protocolo N.º 1 a la CEDH y el artículo 6.1 de la misma). No puede así descartarse que los inversores cuyos laudos no resultaren finalmente ejecutados pudieran postular ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una vulneración de los citados preceptos y de la protección que los mismos han de dispensar¹⁰⁴.

¹⁰² En tales términos se expresa Battini (2017).

¹⁰³ Véase Struckmann, Forwood y Kadri (2016).

¹⁰⁴ Sobre esta hipótesis, véase Cabrera Rodríguez (2016).

6. Conclusiones

Más allá de la complejidad que el conflicto normativo expuesto presenta, el recorrido efectuado en los apartados precedentes ha tratado de ofrecer una visión de conjunto del problema, de los escenarios en los que se desenvuelve y de las múltiples normas en juego. Al mismo tiempo, fácilmente se colige que la cuestión jurídica a ventilar pasa por resolver de la forma más satisfactoria la encrucijada en la que España se encuentra. Esto es, elegir entre dar cumplimiento a los principios fundamentales del derecho de la Unión, jurídicamente vinculantes, o a la ejecución derivada de los laudos que condenan a nuestro país por no haber dispensado un trato justo y equitativo a aquellos inversores en energías renovables que vieron frustradas sus expectativas a raíz de un determinado cambio normativo.

Se trata de un debate no solo abierto, sino que se sigue intensamente ventilando con la intervención de órganos judiciales de todo el planeta, de árbitros de distintas cortes y con la decisiva participación de la Comisión. Aun cuando queda lejos cualquier ánimo predictivo, no puede evitarse lanzar como tesis la improcedencia de que por parte de España se satisfagan los multimillonarios importes a los que tales laudos ascienden cuando se trate de asuntos intra-UE. Las razones estrictamente jurídicas que a tal posición abocan son las que siguen:

- En primer lugar, se evitaría incurrir en la discriminación por razón de la nacionalidad que proscriben los artículos 14 de la Constitución o 18 del TFUE. Tal tratamiento desigual opera de entrada entre nacionales y extranjeros a raíz de la distinta concepción de las legítimas expectativas sostenida por los tribunales Supremo y Constitucional, por un lado, y los distintos órganos arbitrales, por otro. También se habría de hacer extensivo al enfoque diverso al que se someten inversores intra-UE y extra-UE. Se estaría en definitiva quebrando la perfecta igualdad de trato de quienes se encuentren en una situación regida por el derecho comunitario con respecto a los nacionales de un Estado miembro, haciendo que una misma inversión disfrute de una mayor o menor protección en función de la nacionalidad de quien la haga.
- En segundo término, cabe inferir que el criterio seguido por la Comisión en el asunto Micula es trasladable a la supresión de incentivos a las renovables y, por lo tanto, la ejecución de los laudos implicaría el otorgamiento de ventajas económicas selectivas, imputables al Estado y financiadas con recursos estatales que falsean o amenazan con falsear la competencia y con potencial para afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros. Sin embargo, el esquema favorable a las renovables, pese a constituir *a priori* ayuda de Estado, no fue objeto de notificación a la Comisión conforme al artículo 108.3 del TFUE y, por tanto, al tratarse de ayudas ilegales, con arreglo a la doctrina del TJUE, no podían generar expectativas legítimas.
- En tercer lugar, porque el conflicto entre el artículo 26 del TCE, por una parte, y los TUE y TFUE, por otra, debe ventilarse con arreglo al principio de primacía del

derecho de la Unión, norma especial de conflicto en el campo del derecho internacional y aplicable a los derechos internos de los Estados miembros y a los tratados internacionales en los que estos sean partes. No debe obstar a lo anterior el que la Unión Europea y Euratom sean también signatarios del TCE. Y es que en el asunto Achmea el TJUE establece categóricamente que cualquier disposición de un tratado internacional que permita el arbitraje de inversiones intra-UE resulta incompatible con el TFUE, resultando claro que el artículo 26 del TCE integra una disposición de tal naturaleza. Cierto es que cabría la denuncia del TCE por parte de España, circunstancia que ya se ha producido en el caso de Italia, pero también lo es que los efectos de tal decisión (de un gran significado político) solo habrían de producir efectos a futuro y no retroactivamente.

- Finalmente, aun cuando está pendiente de substanciarse, en su caso, el procedimiento del artículo 108 del TFUE a través del cual la Comisión determine si el régimen dispuesto por España para el fomento de las energías renovables constituía una ayuda de Estado incompatible, también cabe concluir la inejecutabilidad de los laudos, ya al amparo de la Convención de Nueva York, ya de acuerdo con el convenio CIADI. En lo que hace a la primera, en atención a la excepción de resultar contrarios al orden público que prevé el artículo 5.2 b) de la misma (y es que el régimen de ayudas de Estado del artículo 107 TFUE integra desde luego tales normas de orden público). Por lo que respecta al convenio CIADI, por cuanto si a la declaración de incompatibilidad de la ayuda sigue el restablecimiento de la misma al albur de la ejecución del laudo, se estaría tratando de recuperar beneficios ilegales e incompatibles, desconociendo la decisión de la Comisión y contraviniendo de forma frontal el artículo 107 del TFUE.

La totalidad de los laudos dictados contra España se fundan en la vulneración del principio de trato justo y equitativo del artículo 10.1 del TCE. Lo hacen, además, en procedimientos arbitrales iniciados en su gran mayoría por inversores de otros Estados miembros. Así las cosas, en estos casos intra-UE su ejecución ha de resultar inviable para España. Ello al no poder entrar en juego el artículo 26 del TCE y comportar la misma el restablecimiento de un régimen de ayudas ilegales y, además, si así se declara por la Comisión, incompatibles con el mercado interior.

Sin embargo, no puede ignorarse que este razonamiento, seguido desde la perspectiva del derecho de la Unión, puede resultar desconocido por los órganos judiciales de terceros Estados (véanse los Estados Unidos o Australia, por citar solo unos ejemplos). Y estos países, vinculados a su vez por los compromisos que asumieron en cuanto signatarios del TCE, podrían desarrollar una eventual persecución de bienes del Reino de España en sus territorios. Pero ello, dotado sin duda de un gran simbolismo y quizá de otras implicaciones que van más allá de lo exclusivamente jurídico, sería otra historia.

Referencias bibliográficas

- Amérigo Alonso, J. (2012). Procedimiento administrativo europeo. En J. E. Eugenio Soriano García (Dir.), *Principio de confianza legítima* (pp. 91-121). Thomson-Civitas.
- Battini, S. (2017). Il «caso Micula». Diritto amministrativo e entanglement globale. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, 325-341.
- Cabrera Rodríguez, J. (2016). From Washington to Luxembourg... stopping over at Strasbourg? Enforcement of ICSID awards under EU Law. *Spanish Yearbook of International Law*, 20, 49-69.
- Díez-Hochleitner, J. (2017). La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 403-429.
- Gordillo Pérez, L. I. (2017). El TJUE y el Derecho Internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9(2), 330-354.
- Iruretagoiena Aguirrezabalaga, I. (2018). Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ¿una ecuación (im) posible? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 59, 219-262.
- Kalicki, J. y Medeiros, S. (2007). Fair, Equitable and Ambiguous: What is fair and equitable treatment in International Investment Law? *ICSID Review*, 22(1), 24-54.
- Kotick, B. y Dahlquist Cullborg, J. (2018). A (counter) balancing act: the express power to order a security on a stay of enforcement pending annulment. *ICSID Review*, 32(1), 260-279.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (2015). El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52, 825-869.
- Morar, C. (2011). Several social impacts of mine closures in the disadvantaged areas of Bihor County, Romania. *Forum Geografic. Studii și Cercetări de Geografie și Protecția Mediului*, 10(2), 303-311.
- Mutis Téllez, F. (2012). Conditions and criteria for the protection of legitimate expectations under International Investment Law. *ICSID Review*, 27(2), 432-442.
- Paschalidis, P. (2016). Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice. *Arbitration Internacional*, 0, 1-23
- Potestá, M. (2013). Legitimate expectations in investment Treaty Law: understanding the roots and the limits of a controversial concept. *ICSID Review*, 28(1), 88-122.
- Rodríguez Bajón, S. (2012). El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites. *Revista de Administración Pública*, 188, 189-205.
- Selivanova, Y. S. (2018). Changes in renewables support policy and investment protection under the Energy Charter Treaty: analysis of jurisprudence and outlook for the current arbitration cases. *ICSID Review*, 33(2), 433-445.
- Struckmann, K., Forwood, G. y Kadri, A. (2016). Investor-State Arbitrations and EU State Aid Rules: Conflict or Co-existence? *European State Aid Law Quarterly*, 2, 258-269.



El derecho de los animales en España: regulación normativa, problemática y solución constitucional

Elena Criado Martos

*Graduada en Derecho y Ciencia Política y de la Administración Pública por la UAM
Máster en Abogacía por URJC-ICAM
Becaria del Ministerio de Educación y FP*

Extracto

El presente artículo es la elaboración de un estudio jurídico cuyo objeto es conocer el debate sobre la titularidad de derechos o no de los animales y cómo se articula el derecho de los animales en España. Este tema suscita cada vez más interés en la sociedad y en la política y, sin embargo, la normativa tiene mucho que avanzar todavía para cumplir con las exigencias europeas y sociales. Se analizarán cuestiones en relación con la titularidad de derechos, la normativa estatal, autonómica y local que configura el derecho de los animales, sus deficiencias y una posible propuesta de mejora que pasa por su inclusión constitucional. Como conclusión, observaremos lo atrasada que se encuentra la regulación nacional al respecto.

Palabras clave: derecho de los animales; regulación; problemas; configuración constitucional.

Fecha de entrada: 27-08-2020 / Fecha de aceptación: 28-09-2020

Cómo citar: Criado Martos, E. (2020). El derecho de los animales en España: regulación normativa, problemática y solución constitucional. *Revista CEFLegal*, 239, 123-148.



Animal law in Spain: regulation, problematic, and constitutional solution

Elena Criado Martos

Abstract

This article is the elaboration of a legal study whose object is to know the debate on the ownership of animal rights or not and how animal law is articulated in Spain. This topic arouses more and more interest in society and in politics, however the regulation still has a long way to go to meet European and social demands. Questions will be analyzed in relation to the ownership of rights, the state, regional and local regulations that configure animal law, its deficiencies and a possible proposal for improvement that goes through its constitutional inclusion. In conclusion, we will observe how backward the national regulation is in this regard.

Keywords: Animal law; regulation; problems; constitutional configuration.

Citation: Criado Martos, E. (2020). El derecho de los animales en España: regulación normativa, problemática y solución constitucional. *Revista CEFLegal*, 239, 123-148.





Sumario

1. Introducción
 2. Una primera aproximación
 3. Sujetos de derecho
 - 3.1. Titularidad de derechos
 - 3.2. Ejercicio de los derechos
 4. Regulación nacional y comparada
 - 4.1. Código Penal
 - 4.2. Código Civil
 - 4.3. Ámbito autonómico y local
 5. Protección constitucional
 - 5.1. Introducción
 - 5.2. La protección constitucional de los animales en Alemania, Austria y Suiza
 - 5.3. El derecho de los animales en la Constitución española
 - 5.4. Contenido del derecho animal
 - 5.5. Reforma constitucional
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Teniendo en cuenta que en los últimos años ha crecido el interés y la preocupación desde algunos sectores de la sociedad por el tema del derecho animal y debido a la dificultad de encontrar investigaciones y discusiones similares en el ámbito español he decidido realizar en el presente artículo un análisis sobre dos cuestiones importantes al respecto: la discusión respecto a la titularidad o no de derechos de los animales y la regulación normativa actual en España, señalando los problemas que derivan de esta y su posible solución constitucional.

2. Una primera aproximación

A fin de poder comprender mejor la cuestión, se ha de realizar un breve de la evolución del tratamiento de los animales a lo largo de los siglos y de los hitos internacionales y nacionales en materia de derecho de los animales.

A lo largo del tiempo, el trato que se ha dispensado a los animales y su relación con ellos ha sido diferente. Las culturas primitivas temían y adoraban a los animales, en culturas como la maya o azteca los dioses venían simbolizados por ciertos caracteres animales. En el mundo egipcio los animales eran expresión de divinidad. El budismo y el jainismo defienden el respeto a los animales, una de las exigencias morales del jainismo es la de no matar a ningún ser vivo. En la Biblia se puede encontrar el valor de los animales y de la naturaleza. No obstante, no será hasta el siglo XVIII cuando aparezca el movimiento animalista con la obra de Jeremy Bentham. Bentham (1789) defiende la idea de que los seres con capacidad de sufrir tienen intereses y, por lo tanto, las leyes de un Estado serán justas cuando atiendan a los intereses de todos ellos.

Peter Singer (1975), siguiendo la estela de Bentham, va a ser pionero en introducir la discusión sobre la consideración moral de los animales. La tesis principal que sostiene es que es equivocado afirmar que todos los humanos tenemos un estatus moral superior al de los no humanos. Singer popularizará el término «especismo», dando cuenta de una situación de discriminación de otros seres por el mero hecho de su no pertenencia a un grupo, el grupo de seres humanos. Este autor condena la aplicación de estándares diferentes referidos al sufrimiento de los humanos y a los no humanos y aboga por llevar la ética más allá de los límites

de la especie humana. Por ello, recomienda que «debiéramos considerar el sufrimiento ajeno y el de los animales como propio de nuestros congéneres» (citado en Mosterín, 2015, p. 53).

A partir de las ideas de este autor se han generado diferentes cuestiones en torno al problema del derecho de los animales. ¿Los animales tienen derechos?, ¿qué consideración deben tener los mismos? Veremos la discusión que se produce al respecto a lo largo de la exposición.

En el plano internacional, algunos de los hitos conseguidos en esta materia a lo largo de los años son la Declaración Universal de los Derechos del Animal, el Proyecto Gran Simio y la Declaración Universal sobre el Bienestar Animal.

La Declaración Universal de los Derechos del Animal fue adoptada en 1977 por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y proclamada en 1978 en la sede de la UNESCO en París. Su artículo primero señala que «todos los animales nacen iguales y tienen el mismo derecho a la existencia». Como indica Mosterín (2015) esta declaración se quedó en simples intenciones pues, «¿qué significa que todos los animales nacen iguales?, no todos los animales nacen iguales. Una araña no nace igual que un elefante» (p. 61). Esta declaración no tuvo seguimiento o respuesta legislativa alguna.

Años después, en 1993, la primatóloga Jane Goodall con la colaboración de otros autores, lanzó el Proyecto Gran Simio. Este documento pretende que se trate a los chimpancés, gorilas y orangutanes como homínidos, reconociéndoles los derechos que se les hubiesen otorgado a otros homínidos como los neandertales, *homo habilis*... si no se hubieran extinguido. Los derechos que exigen son tres: a la vida, protección de la libertad individual y prohibición de la tortura.

A principios de los años 2000 tiene lugar la iniciativa de Declaración Universal sobre el Bienestar Animal (DUBA), que recoge la preocupación expresada anteriormente. La DUBA, de momento, solo es una proposición de acuerdo entre Gobiernos para reconocer, entre otras cosas, que los animales tienen unas necesidades de bienestar que debemos respetar, que los animales son seres con capacidad de sufrir y que no se les debe dar un trato cruel.

En este mismo ámbito también hay propuestas para la elaboración de un acuerdo internacional de derechos de los animales –impulsado y coordinado por la Sociedad Mundial de Protección de los Animales–. El objeto del acuerdo es la defensa del derecho a vivir de los animales y el derecho a su integridad física.

En el plano nacional, España se caracteriza por tener un sistema jurídico basado en la prohibición del maltrato y abandono de los animales de forma administrativa y penal.

Por otra parte, las comunidades autónomas han introducido leyes administrativas de protección animal, regulando con más detalle y precisión conductas relacionadas con ello. Hay, por lo tanto, legislaciones distintas en cada comunidad autónoma y se dan diferentes matices de protección.

3. Sujetos de derecho

3.1. Titularidad de derechos

El concepto de titularidad de derechos alude a aquellos sujetos que poseen derechos y que pueden hacerlos valer ante terceros. Es decir, es la aptitud necesaria para gozar de las facultades que confiere un determinado derecho. De esta forma nos encontramos con que son titulares de derechos las personas físicas y las jurídicas. Las primeras son los sujetos básicos e imprescindibles del catálogo constitucional de derechos. Por el hecho de ser personas estamos dotados de unos derechos amparados por las leyes y otras figuras del ordenamiento jurídico. Las personas jurídicas son aquellas que, aun sin ser físicas, tienen reconocidos ciertos derechos por el ordenamiento jurídico. Este reconocimiento de derechos nace de la necesidad y del desarrollo de la sociedad en la que vivimos, determinados entes exigen el reconocimiento de derechos que les pueden ser propios¹. Sin embargo, no puede afirmarse que las personas jurídicas gocen de los mismos derechos que las personas físicas, a las primeras se le van a aplicar aquellos derechos cuya naturaleza resulte aplicable (Molas, 2008).

Con el tema de los animales la cuestión no es clara (Lora, 2003) puesto que a lo largo del tiempo han surgido distintas corrientes sobre si los animales se pueden configurar como sujetos de derecho o no. La clasificación de Cortina (2009) incluye las siguientes teorías al respecto:

- La teoría del deber indirecto, según la cual tratar bien a los animales es un deber moral. Este tratamiento no deriva de la idea de que se conciba a los animales como titulares de derechos sino de la idea de que de forma indirecta los necesitamos.
- El racionalismo-contractualismo, cuya principal idea radica en que los sujetos de los pactos –a través de los cuales se organiza una sociedad– son los seres humanos y solo ellos tienen derechos, ya que son capaces de reconocer y asumir deberes. Estos firmantes del pacto social pueden contraer obligaciones con los animales, pero no se conciben como sujetos de derechos.
- El utilitarismo, que busca maximizar el bienestar o la felicidad de la sociedad, defiende que los animales tienen derechos, es decir, son titulares y que, por lo tanto, es de justicia tener en cuenta sus intereses.
- El enfoque de las capacidades, cuya idea clave reside en el descubrimiento de que los animales tienen capacidades que les permiten llevar una vida buena. Por ello, hay que empoderarlos y no frustrar sus metas.

¹ Como los partidos políticos o determinadas asociaciones.

- La teoría del valor inherente, por su parte, defenderá que los animales tienen derechos anteriores a la formación de la comunidad política porque tienen valor por sí mismos.
- Finalmente, la teoría del reconocimiento recíproco va a tener por base el reconocimiento de la dignidad mutua en el medio comunicativo humano. Solo se reconoce derechos a los humanos, que se ven en la tesitura de si incluir o no a los animales entre los deberes de justicia.

A partir de esta clasificación se pueden encontrar dos posturas diferenciadas en cuanto a la titularidad o no de derechos de los animales; aquellas que toman una concepción rígida o estricta de los sujetos de derechos y aquellas que defienden una concepción amplia de titularidad, llegando a incluir a los animales en ella.

Los primeros enfoques entienden que el derecho produce relaciones entre sujetos privados, de manera que la esfera jurídica está basada en los bienes y se deja de lado el enfoque moral y ético. Albadalejo (1997) así lo afirma. Para este autor, el derecho subjetivo «es un poder respecto a un determinado bien concedido inicialmente por el ordenamiento jurídico a la persona para la satisfacción de sus intereses dignos de protección» (p. 308). Para esta primera postura lo verdaderamente importante es la reciprocidad entre obligaciones y derechos. Por ello, no cabe que los animales sean titulares de derechos, pues no son seres racionales ni con autonomía propia. Dentro de esta concepción estricta se encontrarían la teoría del deber indirecto, la racionalista-contractualista (en la cual se inspira este trabajo) y la del reconocimiento recíproco.

Por otro lado, nos encontramos a autores como los ya mencionados Bentham (1789) y Singer (1975), que abogan por una consideración igualitaria que incluya a todos los seres con capacidad de sufrir. Partiendo de estos autores y las teorías y conceptos que desarrollan, se podrían incluir en este punto la teoría del utilitarismo, el enfoque de las capacidades, y la teoría del valor inherente, que defienden que los animales son sujetos de derechos.

Los seres humanos somos seres pensantes, con voluntad, raciocinio, tenemos capacidad de elección y autonomía, como apunta Rovira (2013, p. 86): «La acción, la decisión no es solo una capacidad singular de los humanos sino una necesidad esencial». Sin embargo, los animales se guían por sus instintos, pueden tomar decisiones también pero no de forma voluntaria y, por supuesto, no son seres pensantes. Es la persona el sujeto de derecho y sobre quien gira el mismo y no los animales. Somos nosotros, los seres humanos, los que por nuestra propia dignidad –y no porque ellos tengan derechos– tenemos obligaciones con ellos. Obligaciones que se tornan necesarias puesto que convivimos con ellos y debemos procurar nuestra propia supervivencia. Los animales sienten y son capaces de diferenciar entre bienestar y sufrimiento, lo cual nos debe mover a respetar y permitirles, entre otras cosas, vivir sin ser perturbados, desarrollarse libremente en su ambiente y desarrollar sus hábitos naturales. Por ello, el ser humano –como ser racional e inteligente– debe marcar una línea de respeto hacia ellos.

Como señala Lora (2003), «podemos admitir que los seres humanos tenemos una obligación de no ser crueles con los animales, pero dicho deber no les otorga necesariamente un derecho» (p. 2). Los derechos humanos son, esencialmente, expresión de nuestra libertad frente al dominio arbitrario de otros.

¿Cuál es la postura que recoge el ordenamiento jurídico español? Está claro que ninguna norma otorga a los animales la condición de sujetos de derecho, lo cual no implica que el sistema normativo los ignore o desproteja.

3.2. Ejercicio de los derechos

Antes de abordar la regulación española al respecto, es importante hacer un comentario sucinto sobre el ejercicio de los derechos –cuestión que no causa ningún problema cuando se refiere a los animales a diferencia de lo que ocurre con la titularidad–. Este concepto puede definirse como el uso efectivo del contenido de un derecho.

Sobre la titularidad ya hemos hablado y aunque en la mayoría de los casos poseer esta implica ejercitar los derechos que se nos confieren, no siempre es así. Ese es el caso de los animales (Rovira, 2013):

A los animales no se les puede reconocer la posibilidad de ejercitar derechos [...] no tienen voluntad, no pueden decidir. El ejercicio [...] supone la exigencia de unas mínimas cualidades de conciencia, raciocinio y comprensión que permitan poder evaluar las consecuencias de una elección en un determinado momento. (p. 103)

En definitiva, dependiendo de la teoría en la que nos amparemos, los animales van a concebirse o no como titulares de derechos, pero lo que no se puede defender es el ejercicio de estos por ellos. Ninguna teoría de las que se han expuesto por las diferentes corrientes sobre los derechos de los animales defiende el ejercicio de derecho pues estos no tienen la voluntad necesaria para ello.

4. Regulación nacional y comparada

Durante este epígrafe se analiza la regulación que está en vigor en España con alcance nacional con el fin de poder observar que, aunque de forma insuficiente, la idea expuesta anteriormente de tener obligaciones –por parte de las personas– hacia los animales ya está presente en nuestro ordenamiento. También se analizará cómo se articula la regulación a nivel autonómico y local, descubriéndose uno de los principales problemas en esta cuestión. Cabe señalar que, actualmente, la Constitución española (CE) no hace ninguna referencia al bienestar de los animales, en palabras de Recarte y Alonso (2006, p. 82), «se

ha ignorado tanto a los movimientos sociales en defensa de los animales como a sus beneficiarios, los animales».

4.1. Código Penal

En el capítulo IV del título XVI del Código Penal (CP) los artículos 332 a 336 son los encargados de recoger figuras delictivas cuyo trasfondo de protección es el bien jurídico del medioambiente, en especial, la flora y la fauna. Los artículos 337 y 337 bis, por su parte, configuran los delitos relativos al maltrato y abandono de animales domésticos. Durante todo el articulado encontramos normas penales en blanco y apenas delitos de peligro, incriminándose la realización de determinadas conductas que implican ya un resultado lesivo.

En primer lugar, el artículo 334 condena una acción típica que se estructura en torno a los siguientes comportamientos (Muñoz, 2015): caza, pesca y destrucción de especies protegidas, realización de actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, o destrucción o alteración grave de su hábitat y, finalmente, el tráfico ilegal de las especies, sus partes o derivados, o adquisición o posesión de especies protegidas. El castigo para quien realice estas acciones es de pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 8 a 24 meses, con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a pescar o cazar durante 4 años.

Tras la reforma del Código Penal de 2015, se ha aumentado la protección en este ámbito pues se ha cambiado el término de especie «amenazada» por el de «protegida», de forma que se amplía el ámbito de tipificación, incluyendo a más especies.

En segundo lugar, el artículo 335 contiene una prohibición sobre la pesca incontrolada, así como sobre la caza furtiva. En este caso, la norma se refiere a especies no protegidas y se aplica cuando no hay concesión o autorización administrativa oportuna. Las penas serán de multa e inhabilitación especial.

En tercer lugar, el artículo 336 detalla la punición de la caza o pesca con medios peligrosos. Aquella persona que no esté legalmente autorizada para utilizar medios como son los explosivos o el veneno será castigada con pena de prisión de 4 meses a 2 años o multa, unidos a la pena de inhabilitación. Lo que se protege en este caso es la biodiversidad y se quiere evitar la destrucción de esta.

Por otro lado, tras la reforma llevada a cabo por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los malos tratos y el abandono animal se regulan en los artículos 337 y 337 bis respectivamente.

El artículo 337 expone que para incurrir en el delito de maltrato se precisa que este sea injustificado y que dé lugar a la causación de unas lesiones que menoscaben gravemente la salud del animal. Se cualifica el tipo en el apartado segundo si se causa la pérdida o inutilidad de un sentido, miembro principal u órgano al animal. En cuanto a la explotación sexual,



solo se castiga si supone un maltrato injustificado no suponiendo delito el bestialismo o la zoofilia. Que el maltrato sea injustificado significa que puede haber actos evidentes de maltrato, pero pueden estar justificados por su fin. Por ejemplo, en la investigación médica o en la estabulación de animales destinados al consumo humano (Muñoz, 2015).

Además, la pena no tiene por qué alcanzar el año de privación de libertad y en ningún caso se pena con sanción pecuniaria. El propio artículo continúa determinando los tipos de animales sobre los que puede recaer el maltrato, que son: doméstico o amansado, un animal de los que habitualmente están domesticados, un animal que temporal o permanentemente vive bajo control humano, o cualquier animal que no viva en estado salvaje.

Muñoz (2015) explica que es difícil determinar cuál es el bien jurídico protegido en este delito ni siquiera la doctrina se pone de acuerdo, lo es «¿la propia sensibilidad del animal?, ¿los buenos sentimientos de la mayor parte de la población hacia ellos?, ¿la vida y la salud del animal?» (p. 493).

Antes de la reforma de 2015, el tipo se configuraba de forma que solo protegía a los animales domésticos. Actualmente queda incluido cualquier animal que no viva en estado salvaje, como pueden serlo las mascotas exóticas.

Se castiga con una pena menor los casos no incluidos en el tipo donde se lleva a cabo maltrato cruel sobre animal doméstico o cualquier otro en espectáculos que no estén autorizados legalmente.

Finalmente, el artículo 337 bis castiga con pena de multa de 1 a 6 meses y, potestativamente, con pena de inhabilitación especial a la persona que «abandone a un animal [...] en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad». Se requiere dolo y no se castiga la imprudencia.

Con este breve repaso termina la regulación sobre la cuestión animal del CP español. La mayoría de los preceptos contenidos se refieren en exclusiva al ámbito doméstico o a contextos en los que quien realiza el acto punible no estaba autorizado a ello. Además, los artículos se configuran como normas penales en blanco, lo que nos remite a otras partes del ordenamiento para ver el desarrollo de estas, especialmente a normas administrativas, lo que produce una proliferación y dispersión normativa. Por otro lado, las penas no parecen contundentes para evitar los comportamientos que se proscriben, por ejemplo, en 2018 hubo un total de más de 138.000 perros y gatos abandonados.

4.2. Código Civil

El artículo 333 del Código Civil (CC) establece que aquellas cosas que pueden ser o son objeto de apropiación se conciben como bienes muebles o inmuebles. Los animales pertenecen a la primera categoría de bienes, es decir, se conciben como cosas semovientes. Por

otra parte, en el artículo 334.6 (RD, de 24 de julio de 1889) se declaran bienes inmuebles: «Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente». En ambos casos los animales se configuran como cosas, pudiendo ser objeto de apropiación. Ello otorga un derecho a los propietarios de gozar y disponer de ellos con las limitaciones que establecen las leyes.

En el CC, por lo tanto, también se puede observar la idea de que se establecen obligaciones a las personas propietarias para con ellos. No obstante, no parece que un animal sea equivalente a un coche, un edificio o una silla ya que los primeros sienten y padecen. En la actualidad, y en el contexto de una sociedad avanzada como la nuestra en la que cada día se puede percibir mayor sensibilidad hacia el asunto animal y cada vez surgen más reivindicaciones al respecto, no se debe seguir concibiendo a los animales como cosas. También desde el ámbito europeo se exige una mejor valoración hacia estos.

De alguna forma puede decirse que se están intentando dar pasos al respecto. El 7 de febrero de 2017, el Congreso de los Diputados debatió una proposición no de ley –presentada por Ciudadanos– referida a la configuración de los animales como cosas. Esta propuesta nació de una iniciativa legislativa popular avalada por más de 200.000 firmas e impulsada por el Observatorio de Justicia y Defensa Animal. Con ella se buscaba la reforma del Código Civil respecto a la calificación de los animales. En concreto, se defendía que los animales domésticos dejen de ser considerados bienes muebles, es decir, cosas. Tres años después, en 2020, sabemos que la proposición no consiguió su objetivo y la consideración legal hacia los animales domésticos es la misma que en el pasado. Por el momento, en nuestro país no se concibe a los animales como «seres sintientes», tal y como se recoge en el ámbito europeo (art. 13 TFUE).

Más recientemente, se han dejado en el aire la aprobación de leyes que modificarían el Código Civil, la Ley de enjuiciamiento civil y la Ley hipotecaria. Con ellas se quería conseguir que los animales de compañía fueran inembargables, que no puedan recaer hipotecas en ellos o regular la custodia de las mascotas en caso de divorcio de los dueños. La voluntad política en este tema brilla por su ausencia una vez más.

Donde sí se ha alcanzado una mayor exigencia regulatoria cercana a lo que exige el nivel europeo es en el Código Civil de Cataluña² que, haciéndose eco de distintas demandas sociales y adaptándose a los tiempos, desde 2006 no incluye a los animales dentro de las cosas.

El título I está configurado por algunos artículos [...] cuyo concepto se toma en un sentido amplio, de modo que incluye los derechos y, de acuerdo con la tradición

² Cataluña. Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

jurídica catalana más reciente, establece que los animales no tienen la consideración de cosas y están bajo la protección de las leyes (Preámbulo III, Ley 5/2006, de 10 de mayo).

Más adelante, el articulado refleja la misma idea, de forma clara se expone que: «Los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes» (art. 511-1, Ley 5/2006, de 10 de mayo).

Otros países europeos van un paso por delante de España al respecto. En el Código Civil austriaco (ABGB) desde 1988 se excluye a los animales como cosas en propiedad (art. 285a). Dos años después, el Código Civil alemán (BGB) recogió la misma idea (art. 90a) y amplió la legislación sobre derechos y deberes de los propietarios de animales, el ámbito de la indemnización y los procesos de ejecución forzosa y el embargo. También Portugal ha decidido incluir en su Código Civil a los animales como «seres sintientes». El pasado mes de diciembre se aprobó la modificación, impulsada principalmente por el partido PAN (Personas, Animales, Naturaleza). Con ello se consigue el objetivo de reconocer la naturaleza de los animales, diferenciar el concepto animal del de cosa y un estatus legal más adecuado.

4.3. Ámbito autonómico y local

A nivel autonómico, el artículo 149.3 de la CE indica que las materias que no se atribuyan por parte de la Constitución española al Estado pueden corresponder a las comunidades autónomas «en virtud de sus respectivos Estatutos». Todas las comunidades, así como Ceuta y Melilla, han legislado sobre el asunto animal, aunque solo dos de ellas, Andalucía y Cataluña, tienen atribuidas en sus Estatutos la competencia expresa sobre protección animal. Cataluña fue pionera en desarrollar una ley al respecto de ámbito autonómico, la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de protección de los animales. Las demás comunidades –siguiendo su estela– fueron promulgando leyes que difieren entre sí en cuanto a contenido y alcance. Estas leyes autonómicas regulan requisitos para la tenencia de animales, obligaciones de los propietarios, requisitos de protección y bienestar, así como relativos a la salud pública, seguridad e higiene. De esta forma, se regula el modo en que los humanos pueden disfrutar del uso animal desde un punto de vista antropocéntrico (Mulà, 2016).

En ocasiones, se producen conflictos competenciales entre Estado y comunidades autónomas al respecto de la materia. La STC 177/2016, de 20 de octubre, así lo refleja. Esta recoge la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del artículo 6 de la Ley de protección de los animales, que prohibía la fiesta de los toros. Para solucionar la controversia, el TC se ampara en un mero conflicto competencial. Declara nulo el precepto catalán esgrimiendo que el artículo 149.2 de la CE otorga al Estado la competencia esencial sobre defensa del patrimonio cultural español, de forma que las competencias autonómicas serían de mera policía de espectáculos culturales. Por ello, la medida prohibitiva de

las fiestas de toros menoscaba las competencias estatales en materia de cultura pues hace imposible la acción estatal de preservar la tradición³.

En el ámbito local, las competencias en la materia se regulan en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. Los municipios pueden ejercer competencias en los términos de la legislación de las comunidades autónomas y del Estado, dentro del listado de materias que exhibe el artículo. A lo largo del listado no se hace mención a la materia de los animales. No obstante, los municipios –amparándose en el art. 25.2 b), i) y j) (Ley 7/1985, de 2 de abril), que les atribuye competencias sobre el medioambiente, salubridad pública, seguridad y ferias– han regulado sobre el asunto. Es más, en muchas ocasiones, las funciones han sido otorgadas por las propias leyes protectoras de las comunidades autónomas, recayendo gran peso sobre esta materia en las entidades locales.

Uno de los problemas más relevantes en cuanto a la regulación radica en una falta de homogeneización de esta, lo que produce dispersión normativa. Ello da lugar a que las medidas e, incluso, los conceptos utilizados en distintas leyes autonómicas y regulaciones locales sean diferentes, y doten de distinta protección a los animales según donde se encuentren. Por ejemplo, en Aragón, las multas derivadas del maltrato animal pueden alcanzar los 150.253 euros⁴ mientras que en Extremadura el límite de multa por la misma infracción es de 15.025 euros⁵, en la Región de Murcia, por su lado, las leyes al respecto datan de 1990 y aún se refieren a las sanciones en términos de pesetas⁶.

Junto a esta problemática, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (noviembre de 2018) señala otros problemas de carácter informacional. No hay una base de datos a nivel nacional de identificación animal y los propietarios, en muchos casos, desconocen sus obligaciones para con los animales debido a la falta de programas de información.

Por todo ello, se observa que, aunque el ordenamiento jurídico español contemple un nivel de respeto hacia los animales y obligaciones de los individuos hacia ellos, lo cierto es

³ Es importante remarcar que esta sentencia podría haber sido utilizada por el TC para pronunciarse sobre el debate que subyace en la cuestión que origina el recurso. Un debate entre la cultura tradicional, defensora de la tauromaquia, y una cultura emergente de protección de los animales. No obstante, El TC deja de lado la posibilidad que se había abierto para poder aportar luz al respecto de esta cuestión sobre los derechos o no de los animales y sobre la naturaleza de estos y resuelve el recurso como un conflicto meramente competencial. Como señala Juan Antonio Xiol Ríos en un voto particular, la tauromaquia no es un tema neutral desde un punto de vista de valores, sin embargo, parece que el TC, en su pronunciamiento, ignora el conflicto y se ampara en la cuestión de competencias.

⁴ Véase el art. 71 de la Ley 11/2003, de 19 de marzo, de protección animal. BO Aragón, de 26 de marzo de 2003, núm. 35.

⁵ Véase el art. 33 de la Ley 5/2002, de 23 de mayo, de protección de los animales. BO Extremadura, de 18 de julio de 2002, núm. 83.

⁶ Ley 10/1990, de 27 de agosto, de protección y defensa de los animales de compañía. BO Región de Murcia, de 29 de septiembre de 1990, núm. 225.

que hoy en día esto no parece ser suficiente. Tras el examen de la normativa nacional y de ámbito territorial inferior, la conclusión que se puede extraer es que esta es insuficiente, problemática y atrasada con respecto a Europa. Por ello, y por las razones que se comentarán a continuación, desde este artículo se aboga por el amparo constitucional de los animales. La idea principal es la de concebir a los animales no como titulares de derechos sino como bienes constitucionalmente protegidos (partiendo de la idea de que los animales no son meras cosas como el Código Civil expone), al igual que, por ejemplo, lo es el *nasciturus*, que está protegido por la importancia que representa. Los animales precisan de una protección alta por el valor que comportan tanto para la supervivencia de las personas como por la relación que tenemos con ellos –diferente a la que se podría tener con un objeto–, como por nuestra propia dignidad.

Con la inclusión en el texto constitucional de la protección animal, todos los poderes públicos se verían obligados a actuar respetándola. Además, ello daría pie al desarrollo de una base común a todas las comunidades autónomas, a partir de la cual, se podrían adherir especificidades propias conforme a la fauna local y su uso. De esta forma, la Constitución española dotaría de un estándar de protección mayor a los animales, estándar que, por otra parte, parece necesario tras haber comprobado las penas poco disuasorias que contempla el ordenamiento. Finalmente, se conseguiría evitar la dispersión y complejidad normativa con un marco regulatorio común a todas las comunidades autónomas que propiciara un trato menos desigual que el actual.

5. Protección constitucional

Este epígrafe incluye qué se entiende por bienes constitucionalmente protegidos, una comparativa con otros países europeos, las razones por las que la protección animal debe incluirse en la Constitución, el emplazamiento constitucional, el contenido del derecho animal y el proceso de reforma constitucional que posibilitaría la inclusión.

5.1. Introducción

Un bien jurídico es aquella realidad valorada socialmente debido a su vinculación con el individuo, sus intereses y su desarrollo, tal y como lo define Figueroa (1995, p. 2), es «una situación material o ideal a la cual se atribuye un valor». Podemos encontrar ejemplos tradicionales de ellos como la vida, la libertad o el patrimonio, los hay más recientes y adaptados a una sociedad más moderna como serían el medioambiente o el patrimonio cultural.

Sus rasgos esenciales son la existencia de un interés vital, la exigencia en la sociedad de señalar determinado interés como importante y un determinado contexto histórico. La rama del ordenamiento que reconoce y crea estos bienes jurídicos es el derecho constitucional y

el internacional (Kierszenbaum, 2009). Como expone Figueroa (1995, p. 3) la decisión de qué es un bien jurídico protegido y qué no lo es responde a un proceso que no es neutral «sino que depende de un juicio de valor por parte del legislador determinando este la calidad del bien como la necesidad y el alcance de su protección». Debemos diferenciar este concepto del derecho objetivo y de los derechos subjetivos.

La idea es que el bien jurídico protege el interés que subyace bajo la ley o reglamento y otorga sentido a la misma. El derecho objetivo, por su lado, sería la manifestación formal en la que se recoge ese bien como puede ser un tratado. El derecho subjetivo se entendería como «la facultad jurídicamente reconocida que tiene una persona de comportarse de tal o cual forma o de exigir de una, de varias o de todas las personas un comportamiento (sea activo u omisivo)» (Kierszenbaum, 2009, p. 190).

En el sistema español, la Constitución está en la cima de la pirámide normativa, como indica Ripollés (2016) es la «ley prioritaria y fundante del ordenamiento jurídico» (p. 17). La Constitución contiene normas jurídicas de diverso alcance –regula los derechos y deberes de los ciudadanos, la organización de los poderes del Estado, garantías...– y cumple dos objetivos; constitucionaliza el derecho y convierte las decisiones políticas relevantes en normas. La consecuencia de esa superioridad estriba en que las demás leyes deben ajustarse a la Constitución.

Por la importancia de la CE, los bienes o valores en ella recogidos van a guiar el comportamiento y las acciones de todas las instituciones públicas. Se puede definir un bien constitucionalmente protegido, entonces, como aquella realidad con valor para la sociedad protegida y amparada por la CE. En palabras de Rovira (2013, p. 95), sería «un conjunto de reglas consensuadas que representan la conciencia social de un deber». Kierszenbaum (2009) señala que la noción de bien constitucionalmente protegido puede confundirnos y llevarnos a pensar que si es un interés con reconocimiento jurídico, entonces el bien jurídico es un derecho, o que el derecho es un bien jurídico. Pero esto no tiene por qué ser así, un bien jurídico con protección constitucional no tiene que dotar a dicho bien de derechos. De esta forma, la inclusión de los animales en la Constitución no comporta concebir a estos como sujetos de derecho.

Como destaca Figueroa (1995), se debe revisar periódicamente el catálogo de bienes jurídicos garantizados por la Constitución adaptándose a nuevas realidades sociales.

5.2. La protección constitucional de los animales en Alemania, Austria y Suiza

En países europeos ya se ha hecho efectiva la protección constitucional del derecho de los animales. El análisis constitucional comenzará con el caso de Alemania pues se trata de un modelo paradigmático, después el caso austriaco y, finalmente, el suizo.

El 17 de mayo de 2002 se aprobó en Alemania –por 543 votos a favor, 19 en contra y 15 abstenciones en el Parlamento– que la protección de los animales fuera dotada de rango constitucional. De este modo, se convirtió en el primer país en incluir el asunto en su Constitución. Aunque desde años ya había presiones para reformar la Constitución en este sentido, los partidos conservadores –CDU y CSU– se negaban a ello y fueron retrasando la decisión. Esta inclusión en su norma fundamental supuso la respuesta a la necesidad de tener en cuenta los intereses de los animales por parte de los poderes públicos.

Todo ello se tradujo de forma escrita en el artículo 20 a) de la Constitución alemana (Grundgesetz), que dice así:

El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.

Analizando el artículo, podemos realizar algunas observaciones (Giménez-Candela, 2015). En primer lugar, obliga al Estado, entendiendo como tal a toda la República Federal Alemana, tanto en su plano ejecutivo como legislativo y judicial. En segundo lugar, y al hilo de lo anterior, el artículo debe entenderse como un compromiso respecto a la regulación en el nivel nacional e internacional, con el fin de conseguir un refuerzo de la protección animal. En tercer lugar, hay que hacer notar que se configura de forma diferente respecto a la protección del medioambiente: mientras que esta última se configura como un compromiso de cooperación entre el Estado y la sociedad, el artículo referido a la protección animal no se refiere a individuos concretos sino al Estado, que será el encargado de articular la participación de los particulares como crea conveniente.

Teniendo en cuenta que el fin de la norma es evitar dolor, sufrimiento o daño a los animales, se ha concluido que protege –solo– a los animales con estructura nerviosa pues de otra manera se estaría protegiendo a animales que no serían susceptibles de sentir dolor y la norma sería inútil. Por ello, los insectos y otros animales unicelulares quedan fuera de la protección.

Como apunta Giménez-Candela (2015), el artículo 20 a) de la Constitución alemana «comporta una grave carga de imprecisión y de dificultad de protección efectiva de los animales» (p. 178). Ello supone otro problema. Es difícil saber a qué tipo de animales se refiere, si a los usados en experimentación, si a los domésticos o si incluye a la fauna silvestre.

Lo que parece claro es que con la inclusión de la protección animal en la Constitución alemana este país se configura como uno de los más avanzados en este aspecto jurídico, sin que ello haya creado una hipertrofia legislativa.

El caso austriaco, por su lado, se caracteriza por incorporar la protección animal en el artículo 11.1 de su texto constitucional. De acuerdo con esta disposición, el Estado debe

proteger la vida y el bienestar de los animales. El fundamento se encuentra en la especial responsabilidad que deben tener los seres humanos hacia seres prójimos (Franciskovic, 2013).

Finalmente, en Suiza, la protección incluye a todas las criaturas vivientes. En la norma constitucional del país, en el artículo 80, se prevé la protección de los animales, incluyendo su mantenimiento, cuidado y experimentación, entre otros. Esta declaración ha sido refrendada por la legislación cantonal y federal por lo que su importancia es de primer orden (idem).

5.3. El derecho de los animales en la Constitución española

La inclusión del derecho de los animales en la CE, aparte de solucionar los problemas que actualmente presenta la regulación al respecto, se justifica por razones de diversa índole. Para ordenarlas, utilizaré una clasificación basada en consideraciones democráticas, sociales, éticas, normativas y de responsabilidad con las generaciones futuras.

En primer lugar, hay un principio democrático justificador. Una de las funciones más importantes encomendada a la CE es la de integrar diferentes aspiraciones, conductas e intereses patentes en la comunidad política, es decir, el texto fundamental debe adaptarse al principio democrático «habida cuenta de que el legislador representa a la mayoría de los ciudadanos» (Doménech, 2015, p. 113). A este propósito, señala Juan Antonio Xiol Ríos la existencia de una cultura emergente ambientalista y protectora de animales que intenta cambiar el paradigma tradicional de las relaciones humanas y su entorno⁷. La Constitución tiene que configurarse como «un instrumento normativo dinámico y abierto al progreso del conocimiento empírico» (Figueroa, 1995, p. 4) para que la persona sea proveída de medios que le permitan desarrollar su autonomía y libertad. Teniendo esto en cuenta, no cabe duda de que la petrificación de esta conlleva una inadaptación a nuevas realidades sociales. Admitir nuevos valores o principios rectores que tengan en consideración la protección animal supondría responder a los desafíos sociales y normativos actuales así como al interés de parte de la población –como veremos a continuación–.

En relación con ello, y si se mantiene la posición del derecho de los animales tal y como se configura en la actualidad, encontramos un problema importante derivado del principio de superioridad jerárquica de la CE sobre la ley. Se crea un conflicto a la hora de resolver las controversias por el TC respecto del asunto, puesto que los derechos fundamentales solo pueden ser limitados cuando ello tenga por objeto la defensa de otros bienes constitucionalmente protegidos (STC 11/1981, de 25 de abril). Doménech (2015) señala que la interpretación seguida por el TC referida a las controversias en las que están involucrados los animales:

⁷ Véase el voto particular referido a la STC 177/2016, de 20 octubre.

Genera marginados, proscritos, que pueden propiciar un aumento de la tensión social y acabar poniendo en peligro la convivencia pacífica. Se corre el riesgo de que algunos de los muchos ciudadanos [...] no se resignen y decidan seguir otros caminos. (p. 115)

La realidad española muestra que el principal mecanismo de protesta o de concienciación utilizado por los movimientos animalistas es el de la desobediencia civil pacífica, centrada en escenificar públicamente la crueldad animal o en acciones callejeras. No obstante, en los últimos años aparecen –cada vez con más frecuencia– titulares en los medios de comunicación mostrando graves tensiones sociales a propósito de la actual configuración del derecho animal⁸.

En este sentido, la Constitución alemana salvó el problema referido a la jurisprudencia constitucional tras su reforma.

Por otro lado, nos encontramos con razones de carácter social. En los últimos tiempos hay una amplia y extensa parte de la sociedad española que «cree en la existencia de un imperativo moral que obliga a ahorrar sufrimiento a determinados animales» (idem). Algunos datos así lo respaldan, en nuestro país, el 67 % de las personas de entre 16 y 65 años afirmaron no estar orgullosos de estar viviendo en un país donde la tauromaquia es una tradición cultural. Por otro lado, el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)⁹ muestra que, ya en 2010, alrededor del 60 % de los españoles mostraba una simpatía alta o muy alta hacia organizaciones de protección animal así como que, en 2006, el 69 % de la población creía que la desaparición de especies animales es un problema inmediato. Teniendo en cuenta esto, resulta lógico que se pueda incluir en ella la protección animal haciendo frente a los intereses de la comunidad.

En tercer lugar, hay que considerar razones de índole ética. Aunque, por sí solas, pueden no justificar que el bienestar animal sea un bien constitucionalmente protegido (Giménez-Candela, 2015) sí que pueden ser la causa de que hoy día el asunto animal sea un tema sensible en nuestra sociedad. En España, los espectáculos como las corridas de toros, en las que se hiere a un animal hasta su muerte o las fiestas tradicionales de los pueblos en las que se acaba con la vida de los animales como la del «Salto de la Pava» de Cazalillas están a la orden del día. En ellos se hace visible la muerte y el sufrimiento del animal, lo que parece generar gran sensibilidad en cada vez una mayor parte de la población. Como afirman los filósofos Lara y Campos (2015), los animales sufren y es por ello por lo que importa reflexionar éticamente sobre su maltrato. Estos autores subrayan la importancia del sufrimiento

⁸ Por ejemplo: <http://www.abc.es/espana/madrid/abci-cinco-animalistas-detenido-asaltar-circo-plena-funcion-y-dejar-domador-inconsciente-201701160148_noticia.html> y <<http://www.publico.es/sociedad/grupo-animalista-denuncia-agresiones-al.html>>.

⁹ Véase: Estudio 2831 y Estudio 2209. <http://www.cis.es/cis/open/cm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=10282> y <http://www.cis.es/open/cms/-Archivos/Boletines/06/BDO_6_medioambiente.html>.

causado, pues un dolor continuado puede causarles estados de ansiedad o estrés, aparte de daños físicos. De igual forma, Cisneros (2015) defiende que el verdadero problema radica en la cultura, por lo que se debe pasar por una transformación de la misma hasta llegar a tener una mayor sensibilidad ante la crueldad, a través de estrategias educativas. El trato digno para los animales, expone, tiene que ser un deber ciudadano.

En cuarto lugar, hay razones normativas que sirven para apoyar la introducción de la protección animal en la Constitución. España pertenece a la Unión Europea y ello significa, entre otras cosas, que debe adaptar y cumplir la normativa europea. La normativa europea es más amplia y protectora que la nacional. El Consejo de Estado ha llegado a proclamar que la protección del bienestar animal constituye en el ordenamiento comunitario un principio de rango «cuasiconstitucional»¹⁰. El propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece el respeto y la necesidad de tomar en cuenta el bienestar animal en las distintas políticas interdisciplinarias que tomen los Estados, reflejando lo siguiente (art. 13 TFUE):

Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional.

Además, existe un protocolo europeo sobre la protección y el bienestar de los animales que recupera las mismas exigencias del TFUE. Debido a esto, la inclusión en la CE otorgará una protección acorde con los postulados comunitarios.

En quinto y último lugar, nos encontramos con razones de responsabilidad (Giménez-Candela, 2015). Si la CE, además de proteger los recursos naturales y la flora, protege el bienestar animal, se estará garantizando la asunción de un compromiso de responsabilidad respecto a generaciones futuras. El «desarrollo sostenible»¹¹ se define como la posibilidad de satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones del futuro para atender sus propias necesidades. En 2012 –en el contexto de la celebración de la Conferencia sobre Desarrollo Sostenible, Río+20– se abordó por primera vez a nivel de discusiones globales el tema de la protección animal en relación con garantizar la sostenibilidad futura. En concreto, se trataron medidas tendentes a una mayor consideración con el bienestar animal en cuanto a prácticas de producción para alimento, transporte y caza abusiva en relación con las especies en peligro de extinción. Si a nivel global ya se aprecia la necesidad de mejorar los niveles de protección animal, a nivel nacional se tiene que ir más allá y lograr incluir en la norma fundamental el derecho animal.

¹⁰ Dictamen, núm. 1160/2012.

¹¹ Asamblea de las Naciones Unidas de 1983, Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

Tras esta exposición de razones, no parece injustificado que el bienestar animal pueda configurarse como un bien constitucionalmente protegido, es más, parece necesario para cumplir con la normativa europea y el sentir de la comunidad. Pero ¿de qué forma se puede llegar a configurar? Para averiguarlo se analizará su posible emplazamiento constitucional.

En la Constitución española encontramos una variedad de preceptos que contienen y regulan valores y principios¹². La protección animal parece encajar en el título I, capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», junto a la configuración de la protección del medioambiente.

El derecho del medioambiente en España tiene su primera mención importante en la Ley de protección del ambiente atmosférico de 22 de diciembre de 1972, cuyo fin era iniciar una protección del medioambiente adecuada frente a la cada vez mayor industrialización del país (Exposición de motivos, Ley 38/1972, de 22 de diciembre). Más tarde, proliferaron las regulaciones sectoriales traducidas en leyes como la Ley de espacios naturales protegidos de 1975, la Ley de residuos sólidos urbanos de 1975, la Ley de minas de 1973... Tiempo después, durante la elaboración de la CE, se tuvo en cuenta este asunto y la protección del medioambiente se configuró como un principio rector. De esta forma el artículo 45 CE expone:

Todos tienen el derecho a disfrutar de un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Parece conveniente haber expuesto la situación que ocupa la protección del medioambiente en nuestra Constitución, ya que se puede realizar un paralelismo con la propuesta sobre el bienestar animal. Así como en su momento se vio la necesidad de protección del medioambiente debido a las preocupaciones crecientes de la población, de la industrialización cada vez más masiva y a la presión de países de nuestro entorno que incluyeron este valor en su norma máxima (Portugal en 1976 o Grecia en 1975), en la actualidad lo mismo parece estar ocurriendo con el asunto animal.

La protección de los animales se situaría en el mismo capítulo, compartiendo, por tanto, efectos parecidos.

Los principios rectores contenidos en el capítulo III del título I se conforman como auténticos pilares de nuestro Estado social. Se puede encontrar la regulación sobre el

¹² Entre otros muchos, el derecho a la vida se regula en el art. 15, dentro del capítulo II del título I, la Seguridad Social se reconoce en el art. 41, del capítulo III, título I.

sistema de Seguridad Social, la protección de la salud, el acceso a la cultura o el derecho a vivienda, entre otros. Como señala Satrústegui (2016), en este espacio constitucional están contenidas normas relativas a la protección de bienes materiales que tienen una función de interés general, «sin perjuicio de su interés y utilidad para los particulares» (p. 369). Para defender el cumplimiento efectivo de los principios que guían este título, se pueden establecer por parte de los poderes públicos límites sobre el uso o disposición de los bienes que incorporan dichos valores. Además, se pueden fijar controles y prohibiciones sobre actividades que podrían evitar o perjudicar el desarrollo de estos.

5.4. Contenido del derecho animal

Los animales protegidos por la CE serían aquellos con estructura neurológica –siguiendo el ejemplo alemán–. No obstante, para evitar la imprecisión de la Constitución alemana, se plantea necesario ir un paso más allá.

Hay que ser consciente de que no tendríamos las mismas obligaciones con todos los animales, por lo que estas pueden diferir en amplitud e importancia. La siguiente clasificación, inspirada en las ideas de Salt (1999) y Capó (2002), tiene en cuenta el nivel de desarrollo intelectual de los animales, así como su vinculación con las personas, incluyendo situaciones habituales de uso animal.

Los animales domésticos son aquellos con los que las personas tienen una especial vinculación. Por ello, y por los lazos que se crean con los amos, las obligaciones para con ellos incluyen el alimento y el buen trato. Dentro de este grupo se encuentran los caballos, asnos y mulas, bueyes, ovejas, cabras y cerdos y los perros y gatos. Estos últimos conviven en el hogar de los amos, por ello, Salt (1999) defiende que hay unas obligaciones que van más allá de las genéricas para con ellos, las obligaciones de cortesía.

Los animales salvajes, por su lado, son aquellos que no tienen dueño. Las obligaciones que tendríamos con ellos se refieren a la no tortura ni a la cautividad innecesaria. Puede haber situaciones en las que sea necesaria una purga animal, como en casos de superpoblación o peligro para las personas, pero lo que las obligaciones hacia ellos nos exigen es que esto se produzca en casos necesarios y, en todo caso, se les dé una muerte rápida.

También tenemos obligaciones con los animales utilizados como alimento. Partiendo de la base de que es necesario para el ser humano alimentarse y una alta proporción de alimento es de origen animal, la prohibición de alimentarse de animales no se contempla. No obstante, se deben respetar unos mínimos para garantizar la existencia de alimento animal para la actualidad y para las generaciones futuras, así como para evitar el sufrimiento innecesario de los animales usados para tal fin. En cuanto a la pesca, la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de pesca marítima del Estado, regula cuestiones clave en este asunto como la limitación de las capturas, la talla de las capturas o extracción de flora, entre otras. A ella

se unen otras leyes autonómicas –como la Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de pesca de Galicia– que incluyen mayor detalle, en especial, respecto a lo relacionado con la responsabilidad y las infracciones.

Por otra parte, nos encontramos con las granjas de animales. Claro está que, para poder alimentarnos los humanos, deben ser sacrificados animales como vacas, cerdos, pollos... lo que no está claro es que se tengan que permitir ciertas situaciones para conseguirlo. Tenemos obligaciones para evitar el máximo dolor posible y que durante la vida del animal se les dé un trato tortuoso.

En la caza deportiva se acaba con la vida de animales por placer y diversión. Si en otro tiempo la caza era vital para el alimento de las familias, hoy día esta situación es distinta. En todo caso, tenemos una obligación consistente en procurar la vida de los animales, más cuando el fin de la muerte no parece justificado.

La peletería comprende la utilización de pieles animales para confeccionar ropa, vestido humano y ornamentación. Como en el caso anterior, la muerte de los animales no tiene un fin necesario o imprescindible para los humanos como sería la alimentación. De hecho, las vestimentas procedentes de los animales pueden sustituirse por tejidos procedentes del mundo mineral o vegetal. Además, esta industria pone en riesgo de extinción a múltiples especies animales como los linces, los ocelotes, las nutrias o los visones. Por ello, las obligaciones que tenemos dentro de este grupo son las de evitar la muerte de especies con este objeto.

Finalmente, debemos tratar las obligaciones que surgirían en relación con los animales de experimentación. Este punto puede resultar más difícil de abordar ya que se produce un enfrentamiento entre bienestar animal y desarrollo del bienestar humano. Como señalan Bandrés y Campos (1987), y en contra de lo que algunas organizaciones animalistas propugnan, la experimentación animal ha tenido un efecto positivo en los avances médicos y biológicos como el descubrimiento de nuevas enfermedades y las curas de estas. Además, hay áreas en las cuales no se dispone de alternativas a la experimentación animal como en determinadas patologías correspondientes al cerebro. Por ello, parece justificada la experimentación animal en estos casos. Sin embargo, ello no nos exime de buscar alternativas cuando sea posible y en las áreas que así lo permitan a través de la experimentación con programas informáticos o plantas, y en cualquier caso intentar buscar el menor nivel de sufrimiento o molestia animal y limitar el número de animales utilizados en la experimentación al mínimo posible. El objetivo que debemos perseguir sería lo que Russel y Burch (1959) denominaron las «tres erres»: reemplazo, reducción y refinamiento. La primera hace referencia a la sustitución de animales por otros métodos, como los modelos informáticos o animales con menor capacidad de sufrimiento. La segunda tiene que ver con utilizar un número de animales bajo en experimentación. La tercera se refiere a la utilización de procedimientos que minimicen el dolor animal.

Partiendo del principio constitucional que incluye el derecho de los animales, cabe regulación de desarrollo comprendiendo los distintos sectores animales. Los poderes fácticos,

por lo tanto, se encargarían de decidir la regulación específica teniendo en cuenta los distintos ámbitos animales y las peculiaridades territoriales.

Finalmente, tras justificar la inclusión constitucional del derecho animal, exponer su configuración y dividir las diferentes obligaciones que comporta solo faltaría la efectiva reforma de la CE para poder alcanzar la propuesta de este trabajo.

5.5. Reforma constitucional

En el título X de la CE, se incluyen dos vías de reforma distintas. Por una parte, un procedimiento extraordinario y muy rígido (art. 168) pensado para los supuestos de «revisión total» de la Constitución o de revisión parcial que afecte al título preliminar, a la sección primera del capítulo II del título I (acerca de los derechos fundamentales) y al título II (sobre la Corona). Por otra parte, se contempla un procedimiento ordinario para reformar las materias no incluidas en el anterior. Por lo tanto, el procedimiento a seguir para la reforma del capítulo III del título I sería el ordinario del artículo 167.

El proyecto de reforma ha de ser aprobado en Senado y Congreso por una mayoría de tres quintos de los miembros de pleno derecho. Además, se prevé la posibilidad de celebración de un referéndum si dentro de los 15 días siguientes a la aprobación del proyecto de reforma así lo solicita una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras. Como señalan Bilbao *et al.* (2014) el referéndum es facultativo, pero si se llega a celebrar es decisivo.

El proceso ordinario –aun no siendo tan rígido como el del art. 168– exige mayorías importantes con el fin de conseguir garantizar la superioridad de la norma fundamental «frente a los poderes constituidos o mayorías parlamentarias coyunturales» (*idem*, p. 455). La Constitución española solo ha sufrido dos reformas.

La primera reforma introducida en la CE –la de 1992– se llevó a efecto a través del procedimiento ordinario. Se realizó con el fin de compatibilizar el Tratado de Maastricht con la propia Constitución. Trató de conciliar el derecho de sufragio pasivo exigido desde la Unión con el anterior artículo 13 de la CE.

La segunda y última reforma se produjo en 2011. Tuvo por objeto la modificación del artículo 135 consagrando el principio de estabilidad presupuestaria. La reforma se produjo, también, mediante el proceso ordinario.

Aun referidas a asuntos diferentes, se pueden señalar algunas similitudes entre ambas reformas. Se tramitaron rápidamente, en menos de un mes. Hubo un gran consenso de partida para la reforma. Además, ambas tienen su razón de ser en la vinculación a la UE, la de 1992 para desarrollar el derecho propiamente dicho de la Unión y, la de 2011, para hacer frente a los objetivos económicos de esta (Laborda, 2016).

La Constitución española –junto con la alemana y portuguesa, entre otras– se comprende dentro de las «rígidas» debido a que el procedimiento de reforma que contiene es complejo o, al menos, más complejo que los que incluyen las constituciones llamadas «flexibles» (Ferrerres, 2000). Ello se puede notar en el proceso que ya hemos comentado arriba y en las apenas dos reformas que se han llevado a cabo en casi 40 años de vida constitucional.

A pesar de ello, he realizado esta investigación porque considero necesario abordar esta parte del derecho –tan poco estudiada– desde un punto de vista constitucional y porque defiendo la necesidad de dar un paso adelante en ese sentido. La propia UE (como en el caso de las reformas anteriores) exige elevar los estándares de protección respecto del derecho de los animales por lo que, tras el estudio llevado a cabo a lo largo del trabajo, considero que sería bueno y recomendable para hacer frente a los problemas del derecho de los animales la comisión de mi propuesta.

6. Conclusiones

A través del presente trabajo podemos alcanzar conclusiones respecto al debate de los derechos animales, así como sobre la configuración del derecho de los animales en España.

Los animales no son titulares de derechos, no poseen racionalidad ni voluntad o autonomía. Los titulares de derechos son las personas –tanto físicas como jurídicas–. No obstante, afirmar esto no equivale a defender que deban quedar desprotegidos o ignorados por la legislación nacional. Las personas tenemos obligaciones con ellos, debemos marcar una línea de respeto hacia ellos.

Por otro lado, se ha comprobado que la actual regulación española ha tenido en cuenta la idea de las obligaciones. Sin embargo, la configuración normativa genera varios problemas en perjuicio de la protección animal. Son problemas referidos a las penas, que se configuran como poco persuasivas para evitar hechos delictivos, a la obsoleta forma de concebir a los animales como cosas y a la proliferación y dispersión normativa autonómica y local que trae consigo una protección desigual.

La propuesta del trabajo para acabar o disminuir los efectos de estos problemas es la de incluir el derecho animal en la Constitución. Una idea que ya han llevado a cabo otros países de Europa como Alemania, Austria y Suiza. Las razones que lo justifican son de índole democrática, social, ética, normativa y de responsabilidad con las generaciones futuras. Incluyéndose el asunto en el título I, capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», se incluiría el derecho animal en la norma suprema del ordenamiento de forma que garantizaría un avance al respecto del asunto y una protección mayor. Se favorecería una base de protección igualitaria con unas obligaciones de diferente intensidad y alcance teniendo en cuenta la vinculación del animal con el hombre y situaciones cotidianas de uso animal, así como la capacidad de sentir dolor. A partir de este punto, los poderes

fácticos se encargarían de decidir la regulación específica teniendo en cuenta los distintos ámbitos animales y las peculiaridades territoriales.

Tras la realización de la investigación presente, considero que sería necesario para avanzar en protección la inclusión constitucional del derecho de los animales. Por ello, defiendo una mayor investigación al respecto y la posibilidad de dar un paso en este sentido constitucional.

Referencias bibliográficas

- Albadalejo García, M. (2011). *Compendio de Derecho Civil* (14.ª ed.). Edisofer, SL.
- Bandrés, F. J., y Campos, J. J. (1987). Experimentación animal en psicología y ética. *Papeles del psicólogo*, 32.
- Bentham, J. (1945). *A fragment on government and an introduction to the principles of morals and legislation* [1789]. Blackwell.
- Bilbao, J. M., Rey, F. y Vidal, J. M. (2014). La constitución como fuente del derecho. Su posición en el ordenamiento jurídico. En *Lecciones de Derecho Constitucional I* (lección 11). Lex Nova, Thomson Reuters.
- Capó, M.A. (2002). El uso y abuso de los animales. En J.R. Lacadena (Ed.). *Los derechos de los animales* (pp.162 y ss.). Desclée de Brouwer.
- Cisneros, I. (26 de junio de 2015). Maltrato animal: un problema ético. *Crónica*. <http://www.cronica.com.mx/notas/2015/906494.html>.
- Cortina Orts, A. (2009a). El movimiento animalista. En A. Cortina. *Las fronteras de las personas, el valor de los animales, la dignidad de los humanos* (pp. 41-57). Taurus.
- Cortina Orts, A. (2009b). Las razones del contractualismo. En A. Cortina. *Las fronteras de las personas, el valor de los animales, la dignidad de los humanos*. (pp. 85-107). Taurus.
- Doménech Pascual, G. (2015). Colisiones entre bienestar animal y derechos fundamentales. En B. Baltasar (Coord.). *El derecho de los animales* (pp. 89-124). Marcial Pons.
- Ferreres Comella, V. (2000). Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa*, 23, 29-48.
- Figueroa Navarro, A. (1995). El ambiente como bien jurídico protegido. *Anuario de Derecho Penal* (33), 1-18.
- Franciskovic Ingunza, B. (2013). Protección jurídica y respeto al animal: Una perspectiva a nivel de las constituciones de Europa y Latinoamérica. *Sapere*. http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/sumario/primer_bimestre/articulos/Proteccion_juridica_respeto_al_animal.pdf.
- Giménez-Candela, T. (2015). Estatuto jurídico de los animales: aspectos comparados. En B. Baltasar (Coord.). *El derecho de los animales* (pp.149-180). Marcial Pons.
- Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Lecturas y ensayos* (86), 187-211.
- Laborda, J. J. (15 de diciembre de 2016). ¿La reforma de la Constitución es necesaria pero imposible? *El Imparcial*. <http://www.elimparcial.es/noticia/172711/opinion/la-reforma-de-la-constitucion-es-necesaria-pero-imposible.html>.



- Lora Deltoro, P. de (2003). *Justicia para los animales: la ética más allá de la humanidad*. Alianza.
- Molas, I. (2008). *Derecho constitucional* (4.ª ed.). Tecnos.
- Mosterín, J. (2015). Los derechos de los animales. En B. Baltasar (Coord.). *El derecho de los animales* (pp. 47-65). Marcial Pons.
- Mulà Arribas, A. (26 de septiembre 2016). *La necesaria legislación estatal sobre protección de los animales y lucha contra el maltrato animal*. Abogacía española. http://www.abogacia.es/2016/09/26/la-necesaria-legislacion-estatal-sobre-proteccion-de-los-animales-y-lucha-contra-el-maltrato-animal/#_ftn5.
- Muñoz Conde, F. (2015). La protección penal del medio ambiente. En F. Muñoz Conde. *Derecho Penal. Parte Especial* (pp. 472-495). Tirant lo Blanch.
- Proyecto Gran Simio. (s. f.). <http://proyecto-gransimio.org>.
- Recarte Vicente-Arche, A. y Alonso García, E. (2006). Animales, teoría general y, en especial, régimen de los domésticos. En E. Alonso y B. Lozano (Dir.). *Diccionario de Derecho ambiental*. Iustel.
- Ripollés Serrano, M.R. (2016). Teoría general del sistema normativo. En M.I. Álvarez Vélez (Coord.). *Lecciones de Derecho Constitucional* (pp. 11-48). 5.ª ed. Tirant lo Blanch.
- Rovira Viñas, A. (2013). El Derecho. En A. Rovira. *¡No es justo! Lo que es y no debería ser un Estado arbitrario* (pp. 86-131). Los Libros de la Catarata.
- Russel, W. y Burch, R. (1959). *The Principle of Humane Experimental Technique*. Methuen & Co. Ltd.
- Salt, H.S. (1999). *Los derechos de los animales*. Los Libros de la Catarata.
- Satrústegui Gil-Delgado, M. (2016). Derechos de ámbito económico y social. En L. López Guerra et al. *Derecho Constitucional Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos* (pp. 364-370). 10.ª ed. Tirant lo Blanch.
- Singer, P. (1975). *Animal liberation*. Avon Books. En español, 1999. *Liberación animal*. 2.ª ed. Trotta.
- World Animal Protection. (s. f). Declaración universal sobre el bienestar animal. <https://www.worldanimalprotection.cr/actue-ahora-0/declaracion-universal-sobre-bienestar-animal>.

Transmisión de la propiedad en subasta judicial. Gastos de comunidad en propiedad horizontal

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Extracto

En este caso, la cuestión jurídica que se trae a colación guarda relación con la delimitación del momento en que se ha de entender transmitida la propiedad de un inmueble al adjudicatario del mismo en una subasta judicial, pero en relación con los efectos que ello causa en las obligaciones de pago de las cuotas de comunidad que pudieran estar pendientes de abono del citado inmueble. Es preciso delimitar si tiene lugar al dictarse el decreto de adjudicación o cuando se expide el testimonio de dicho decreto y se entrega al adjudicatario. Ahora bien, todo ello ha de ponerse en relación con las conductas del adjudicatario que pongan de manifiesto que exterioriza su condición de propietario, incluso explotando lo adquirido y obteniendo beneficios de tal condición, en la medida en que ello puede entrar a constituir un supuesto de abuso de derecho generador de obligaciones de pago para el adjudicatario aunque no le haya sido transmitida la propiedad conforme a la teoría del título y el modo.

Palabras clave: propiedad horizontal; cuotas de comunidad; transmisión de la propiedad; título y modo; abuso de derecho; buena fe.

Fecha de entrada: 16-11-2020 / Fecha de aceptación: 30-11-2020

Enunciado

La comunidad de propietarios de la calle AAA se plantea reclamar al banco BBB, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.1 e), 9.5, 14, 18.4 y 21 de la Ley de Propiedad Horizontal y 392, 396, 1.088 y siguientes, 1.100, 1.101, 1.108 y 1.124 del Código Civil, el abono a la comunidad de propietarios de la cantidad fijada en concepto de cuotas comunitarias devengadas desde enero de 2016 hasta agosto de 2019. Señala la comunidad que el banco BBB es propietario de la vivienda sita en el piso derecha de la planta segunda del n.º 67 de la calle AAA, en virtud de decreto de adjudicación de fecha 7 de junio de 2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 100 de Madrid en el procedimiento de ejecución hipotecaria 1333/2013.

En junta de propietarios celebrada el 3 de junio de 2019 se aprobó la liquidación de la deuda correspondiente al referido piso segundo A, por importe de 3.295,47 euros. En fecha 18 de julio de 2019 se dirigió burofax a la entidad demandada, que fue notificado a esta el día 19 de junio del mismo año, reclamando el abono de la deuda, requerimiento que no recibió respuesta. El importe reclamado se eleva a la suma de 2.114,93 euros, que corresponde a las cuotas ordinarias, derramas extraordinarias y recibos de consumo de agua desde el mes de enero de 2016 hasta agosto de 2019.

La entidad bancaria se opone a las pretensiones deducidas de contrario, alegando que ella no ha adquirido todavía la propiedad de la vivienda, no siendo titular de la misma a plenos efectos. El banco BBB reconoce que en el procedimiento de ejecución hipotecaria n.º 1333/13 se dictó resolución por el Juzgado de Primera Instancia n.º 100 de Madrid (Decreto de 7 de junio de 2019) por la que se adjudicó judicialmente la vivienda a ella, sin embargo, en la medida en que todavía no ha sido expedido por el letrado de la Administración de Justicia el testimonio de dicha resolución, a tenor de lo previsto en el artículo 674 de la LEC, el banco aún no podría ser considerado como propietario del inmueble, al no haberse perfeccionado con plenos efectos la transmisión de la propiedad, por lo que la entidad bancaria no está obligada a pagar ninguna cuota o gasto de la comunidad de propietarios. Dicha entidad lleva, desde el decreto de adjudicación, arrendando el inmueble a diferentes inquilinos.

Finalmente el banco señala que una vez que adquiera la propiedad de la vivienda, no resultará obligada por afección real a pagar todas las cuotas y gastos generales que hasta ese momento estuvieran pendientes de pago a la comunidad de propietarios, sino únicamente aquellos que se hubieran devengado dentro de la anualidad en la que adquiere la titularidad del inmueble y de las tres anualidades anteriores.

Cuestiones planteadas:

- La teoría del título y el modo de transmisión de la propiedad inmueble, en la adquisición de vivienda en subasta judicial.
- Sus efectos en el pago de las cuotas de comunidad pendientes.
- Planteamiento jurídico y argumentos en la jurisprudencia.

Solución

La entidad bancaria plantea que la misma carece de la condición de propietaria del inmueble a que van referidas las cuotas comunitarias, derramas y consumos de agua reclamados, por cuanto dicha condición no se adquiere con el decreto de adjudicación del bien subastado dictado a su favor en el seno del procedimiento hipotecario, sino con la entrega del testimonio de dicho decreto de adjudicación, que equivale a la *traditio*, pues solo con dicha entrega instrumental cabe entender operada la transmisión del dominio.

Pues bien, en efecto, y siguiendo las más recientes resoluciones dictadas por nuestros tribunales, la consumación de la venta de un inmueble se produce, de acuerdo con la teoría del título y el modo que rige en nuestro ordenamiento jurídico, con la entrega del testimonio de la resolución que aprueba el remate en favor del adjudicatario, lo que equivale a la *traditio* o entrega simbólica y sustituye al otorgamiento de la escritura pública que antes era exigida, incluso, en los casos de adquisición mediante subasta judicial.

En este sentido se pronuncia la STS 414/2015, de 14 de julio, al declarar:

También resulta así de una aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 1095 del Código Civil, cuando establece que «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada». En este caso cabía entender, además, que la entrega de la cosa al nuevo propietario se había producido en virtud del auto de adjudicación, pues a estos efectos se equipara a la escritura pública (artículo 1462 del Código Civil), que aquí resulta innecesaria. En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 diciembre 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil. De ahí que el demandante no puede ser considerado propietario-arrendador del inmueble en el momento en que se devengaron las rentas cuyo pago reclama.

De igual modo, la SAP de Madrid (Sección Decimoctava) 297/2013, de 17 de junio, dispone:

CUARTO.- El segundo fundamento al alegato del recurso de apelación hace referencia a una supuesta infracción de los artículos 670 y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se aduce en la alzada, como ya se adujo en primera instancia, que

no existiendo testimonio del decreto de adjudicación de la subasta no se ha producido la consumación de la compraventa y que por lo tanto la entidad y apelante no tiene la condición de propietaria. La sentencia de instancia solventa el alegato en cuestión en el apartado de derecho tercero, *in fine*, de su resolución cuando establece que no empece a la atribución al rematante de la titularidad del inmueble objeto del remate en la pertinente subasta judicial desde la fecha del mismo, pues de otro modo, dice la sentencia, el inmueble se convertiría en una *res nullius* estableciendo que el rematante podría realizar toda clase de actos de disposición del inmueble sin obligación de contribuir a los gastos de sostenimiento del mismo.

Los argumentos vertidos en la sentencia y que de alguna manera se hacen eco de los argumentos vertidos en la demanda no pueden ser admitidos. Sobre la cuestión, atribución de la propiedad en los casos de venta judicial en subasta de los inmuebles, existe una abundante doctrina jurisprudencial que, por cierto, no es desconocida por la parte demandante, que se hace eco de ella en algunos pasajes de su escrito de demanda. Así, entre otras, la STS de 4 de octubre de 2006 establece que: «Y así es, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial establecida en torno a los efectos del Auto aprobatorio del remate y de adjudicación del bien subastado en los procedimientos de ejecución y respecto de cuál es el momento en que se produce la adquisición del dominio, y después, por examinar los efectos de la caducidad de la anotación del embargo sobre la finca respecto de los adquirentes a resultas de la efectividad de un embargo anotado con posterioridad».

Como se precisa en la Sentencia de 29 de julio de 1999, que recoge la doctrina establecida en las de fecha de 30 de junio de 1986, 11 de abril y 17 de noviembre de 1992, 8 de marzo de 1993, 25 de marzo de 1994 y 1 de septiembre de 1997, en el sistema jurídico patrio el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición, y en el supuesto de subasta de bienes inmuebles la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura pública otorgada según lo previsto en el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y después de la reforma operada por la Ley 10/1992, el testimonio del auto de aprobación del remate, conforman la operación de consumación del acto procesal enajenatorio.

Dice a este respecto la Sentencia de 29 de julio de 1999: «En la actualidad, después de la Ley 10/1992, la modificación introducida que elimina la "escritura" y revaloriza el auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo, con las circunstancias que expresa, en "título bastante" para la inscripción registral, no significa que se trastoquen los conceptos legales a que responde el sistema; pues sigue siendo el momento en el que el adquirente entra en posesión civilísima del inmueble el que hace claudicar la oportunidad de la tercería de dominio.

Así pues, promulgada la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1.514, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos (artículo 1.515).

La doctrina científica actual, al comentar el nuevo artículo 1.514 de la LEC y sus diferencias en el artículo 131-17 de la Ley Hipotecaria, mantiene que "salvando

las distancias que impone el ámbito procesal en que se desarrolla la subasta judicial, hay que entender que la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462-2 del CC análogamente a como sucedía anteriormente cuando se documentaba mediante escritura pública. Los cambios introducidos por la reforma no han alterado el momento de perfeccionamiento y tradición. La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario. Así pues, tanto antes de la reforma como actualmente, la venta se producía con la aprobación del remate plasmándose en el documento público una compraventa ya perfeccionada con anterioridad".

Y el mismo criterio se sigue en la Sentencia de 4 de abril de 2002 –que a su vez recoge el mantenido en las de fecha 1 de septiembre de 1997 y 29 de julio de 1999–, que señala que la subasta supone una oferta en "venta" de la finca embargada que se perfecciona por la aprobación del remate, operando la escritura pública –en el sistema procesal anterior a la reforma operada por la Ley 10/1992–, y ahora el testimonio del auto, como *traditio* instrumental para producir la adquisición del dominio».

Y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 2 diciembre 2009, dictada más en un recurso de casación promovido por interés casacional, en donde se afirma que: «La jurisprudencia de esta Sala mantiene toda la virtualidad del art. 609 CC exigiendo algo más que la mera aprobación del remate para la adquisición de la propiedad de la finca subastada por el rematante o el cesionario del remate. Así, la sentencia de 29 de julio de 1999 (rec. 156/95), citando extensamente la de 1 de septiembre de 1997 y también las de 16 de julio de 1982 y 10 de diciembre de 1991, declara que "la consumación venía amparada por el otorgamiento de la escritura pública" y que tras la reforma de la LEC de 1881 por la Ley 10/92 "la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1514, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos (artículo 1515)"; la sentencia de 4 de abril de 2002 (rec. 3228/96) puntualiza que la subasta supone una oferta de "venta" (de la finca embargada) que se perfecciona por la aprobación del remate, operando la escritura pública (en el sistema procesal entonces vigente) como *traditio* instrumental para producir la adquisición del dominio; y en fin, la de 4 de octubre de 2006 (rec. 3905/99) reproduce la anterior, añadiendo que "después de la reforma operada por la Ley 10/1992 el testimonio del auto de aprobación del remate" conforma la operación del acto procesal enajenatorio.

En la misma línea se mantuvo incluso en una tercería de dominio por la sentencia de 1 de septiembre de 1997 (rec. 2423/93) y, años más tarde, en un caso de nulidad de un procedimiento administrativo de apremio solicitada por quien fue propietario de la finca embargada, por la sentencia de 11 de febrero de 2003 (rec. 1835/97), que reprodujo lo ya declarado por la de 4 de abril de 2002».

Pues bien, a la vista de las consideraciones vertidas en el párrafo que antecede es evidente que en el caso no ha existido una transmisión del dominio y tan solo existe lo que podríamos denominar la perfección de la compraventa, con la aprobación

del remate en favor de la entidad en cuestión, pero no existiendo el testimonio de dicho artículo 674, no puede decirse que exista tradición ficta o simbólica que permita acreditar la entrega de la cosa. En este sentido, el mero hecho de que no se haya producido todavía dicha situación no supone que la cosa sea una cosa *res nullius*, pues registralmente, y desde el punto de vista del derecho civil, artículo 609, sigue siendo propiedad de la persona a cuyo nombre está inscrita en el registro de la propiedad, como ocurre en todos aquellos casos en los cuales se ha producido una compraventa y no se ha producido la tradición de la cosa ni real ni simbólica, y por lo tanto no se ha consumado la transmisión de la propiedad, y la cosa, hasta tanto no se consume, sigue siendo propiedad del cedente, sin perjuicio de las acciones que competan a la parte compradora.

Otra cuestión podía ser la apuntada posibilidad de que existiera una situación de abuso de derecho, en la medida en que la parte demandada y ejecutante en el anterior procedimiento de ejecución hipotecaria, concedora de las cargas que pesaban sobre la finca por impago de gastos comunes, no solicitara del secretario la expedición del testimonio y pudiera mantener *sine die* dicha situación; sin embargo, lo cierto y verdad es que en el caso no aparece acreditada dicha circunstancia, pues la parte ni siquiera se tomó la molestia de traer un testimonio del juzgado hipotecario correspondiente, sin que estemos ante una situación de inacción o pasividad de la parte demandada que pueda inducir a pensar que está actuando de una manera objetivamente contraria a las prescripciones de la buena fe que debe presidir las relaciones entre los litigantes.

Por otra parte, tampoco se acredita que la demandada se esté lucrando con esta situación, pues no consta que la demandada haya tomado posesión efectiva del mismo, siendo al parecer todavía usado y poseído por la anterior titular, por lo que resulta que la entidad demandada, aun cuando se haya adjudicado un bien inmueble, no puede hacer uso del mismo, y difícilmente podrá ceder la posesión a un tercero hasta tanto en cuanto no se haya producido el desalojo efectivo de bien, por lo que, lógicamente, el interés de que este se produzca corresponderá de manera primordial a la demandada, por lo que no parece razonable que las demoras que se han podido producir en la expedición del referido testimonio sean fruto de una voluntad de la demandante tendente a realizar una práctica abusiva de derecho, pero todo ello sin perjuicio de que, como se dice, no existe la más mínima prueba de comportamiento renuente o pasivo de la entidad. Por ello debe estimarse el recurso y revocarse la sentencia.

Así las cosas, en las subastas judiciales, el testimonio de la resolución aprobando el remate equivale a la entrega material y determina la adquisición del dominio.

Ahora bien, tal y como precisa la SAP de Madrid, Sección Decimioctava, de 17 de junio de 2013, cabe la apreciación de una situación de abuso de derecho por parte de la entidad adjudicataria de la finca, que es precisamente lo que se alega por la comunidad de propietarios en el presente caso, situación que autorizaría a condenar, no obstante no haberse emitido aun el testimonio del decreto de remate, al abono de las rentas devengadas.

Pues bien, volviendo a nuestro caso, se aprecia la concurrencia de una situación de abuso de derecho en la actuación de la entidad bancaria, pues a pesar de haber solicitado el 14 de julio de 2019 la expedición del correspondiente testimonio del decreto de adjudicación y de la falta de emisión de este, pues nada consta que autorice a llegar a otra conclusión, lo cierto es que la misma ha actuado públicamente como tal propietaria, beneficiándose de tal condición y explotando la misma, a pesar de esa falta de entrega, no obstante negar ahora, interesadamente, su condición de titular del inmueble.

En efecto, se ha reconocido que la misma ha arrendado el inmueble objeto de debate, presentándose y actuando como tal propietaria y obteniendo unos rendimientos derivados de tal condición, como son las rentas que necesariamente está percibiendo del inquilino, y ello a pesar de no haber obtenido el debatido testimonio, que es el que debe atribuirle la condición de propietaria, y sin haber reiterado la petición de entrega del mismo, no obstante el tiempo transcurrido desde que formuló tal solicitud (el 14 de julio de 2019), observando así una conducta absolutamente pasiva e inaceptable cuando al mismo tiempo se está beneficiando, como se ha señalado, de esta pretendida condición de propietaria que, frente a la comunidad de propietarios, ahora niega.

Por lo señalado, procede declarar que ha existido una actuación por parte de la entidad bancaria en claro abuso de derecho y contraria a la buena fe que le es exigible, lo que conduce a la condena de la misma al abono de las cuotas comunitarias que le incumbirían como tal propietaria.

En este sentido, el artículo 9.1 e) de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que el adquirente de la vivienda responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares, hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la que tenga lugar la adquisición y a los tres años naturales anteriores.

En consecuencia, la entidad bancaria queda obligada a abonar las cuotas y demás gastos devengados durante el año 2019, que es cuando se le adjudica el inmueble, y las de los tres años naturales inmediatamente anteriores, esto es, 2018, 2017 y 2016, y cuyo importe se eleva a la suma de 2.114,93 euros.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1462.
- Ley 49/1960 (Propiedad Horizontal), art. 9.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 674.
- STS de 14 de julio de 2015 (NCJ060226) y SSAP de Madrid de 17 de junio de 2013 y 14 de julio de 2019.

Estado de alarma, *rebus sic stantibus* y medidas cautelares

José Ignacio Atienza López

*Letrado de la Administración de Justicia.
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

Extracto

El presente caso práctico trata de poner de manifiesto una realidad que diariamente se produce en nuestros juzgados de primera instancia como consecuencia de la declaración del estado de alarma, derivado de la situación de pandemia; nos referimos a la adopción de medidas cautelares encaminadas a proteger a los arrendatarios que han permanecido con los negocios cerrados por causa de fuerza mayor. Resulta esencial la virtualidad y eficacia práctica de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, que da plena cobertura a la posibilidad de adoptar medidas impeditivas del ejercicio por el arrendador de las acciones inmediatas tendentes a la recuperación de la finca arrendada. El sinalagma propio del contrato se ve afectado por la situación de estado de alarma, afectando a la causa del propio contrato.

Palabras clave: arrendamientos urbanos; estado de alarma; medidas cautelares; *rebus sic stantibus*.

Fecha de entrada: 15-11-2020 / Fecha de aceptación: 27-11-2020

Enunciado

Juan es el inquilino de un local de negocio en Madrid, situado en un centro comercial, que se ha visto obligado a suspender su actividad comercial como consecuencia del decreto del estado de alarma y las sucesivas prórrogas que el Gobierno fue acordando del mismo.

Durante esos meses, y por causa de fuerza mayor, ni el arrendador ha podido cumplir con sus obligaciones ni el arrendatario ha pagado renta alguna de tal periodo; ahora bien, en garantía del cobro de las rentas, se constituyó un aval que el propietario del local pretende ahora ejecutar en relación con los meses de renta que le son debidos.

En este contexto, Juan acude a nuestro despacho de abogados al objeto de tratar de evitar que se lleve a cabo la ejecución del aval por parte de su arrendador, al margen de la posibilidad de reclamar judicialmente la condonación de las rentas no abonadas correspondientes a ese periodo.

¿Qué podemos hacer con carácter inmediato?

Cuestiones planteadas:

- Efectos del estado de alarma sobre los contratos de arrendamiento urbano.
- Virtualidad práctica de la cláusula *rebus sic stantibus* en relación con el incumplimiento por las partes de sus obligaciones contractuales.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Lo que Juan nos plantea pasa necesariamente por la solicitud de adopción de medidas cautelares previas a la propia interposición de la demanda para impedir la ejecución del aval, pero es necesario delimitar claramente el contexto en el que se desenvuelve el caso, pues es el mismo que miles de arrendatarios han padecido con ocasión de la situación que el estado de alarma les ha creado en su relación arrendaticia.

Nuestra petición de medidas cautelares inmediatas ha de sostener que, tras la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y las sucesivas prórrogas, motivadas por la situación de pandemia generada por la covid-19, los inquilinos se han visto obligados, en virtud de las normas citadas, a cerrar temporalmente los establecimientos comerciales. Ello habría implicado una «ruptura del sinalagma funcional de la relación contractual entre las partes, haciendo desaparecer –durante el periodo de cierre y posterior de limitación– la causa del contrato», colocando a la contraparte en una situación de incumplimiento (por

causa de fuerza mayor) de su obligación de mantener al arrendatario en el uso pacífico de la cosa para el fin pactado. Por ello, debemos entender que durante este periodo tampoco puede devengarse renta alguna, al no ser exigible la obligación de retribución de un uso que se ha visto imposibilitado primero y luego limitado, aunque por causas no imputables a las partes. Es por ello que la acción principal a interponer será una demanda, para que se declare la inexigibilidad de la obligación del pago durante el periodo de vigencia de la orden que obligaba al cierre de establecimientos comerciales y a la apertura limitada posterior, en aplicación de la doctrina de la *rebus sic stantibus*, y por medio de la medida cautelar solicitada, se ha de entender que la arrendadora no ejecute la garantía que se constituyó para el pago de las rentas.

Por ello, nuestra solicitud de medidas cautelares previas a la interposición de la demanda, habrá de solicitar el acuerdo de:

- a) La prohibición o suspensión temporal de la facultad de la parte solicitada de reclamar, en vía extrajudicial o judicial, la ejecución de la garantía, y la notificación de dicha resolución a la entidad garante.
- b) Subsidiariamente a la anterior, el embargo preventivo del crédito que la parte solicitada ostenta frente a la entidad bancaria garante por mor de la garantía y, en su caso, de los importes ya entregados, que deberán ser consignados en la cuenta del juzgado, notificando dicha resolución a la entidad garante.
- c) Subsidiariamente a la anterior, ordenar la entrega preventiva y desposesión de la garantía, cuyo original deberá ser entregado por la parte solicitada al juzgado, donde se conservará en custodia durante la duración del procedimiento principal y mientras se mantenga la medida cautelar.

Resulta esencial que solicitemos la adopción de las medidas cautelares inaudita parte a fin de evitar perjuicios irreparables conforme al artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

El artículo 728 de la LEC regula los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, que son la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), el peligro derivado de la mora procesal (*periculum in mora*) y el ofrecimiento de caución para responder de los daños y perjuicios que pudiera comportar la adopción de la medida.

- a) La apariencia de buen derecho implica un juicio de probabilidad anticipado sobre el fundamento de la pretensión ejercitada en la demanda, o, en términos del artículo 728 de la LEC, la presentación de «datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión».
- b) En segundo lugar, debe acreditarse la existencia de un peligro derivado de la mora procesal, esto es, la justificación de que «podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria».

- c) Por último, el solicitante debe prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

Las medidas cautelares a adoptar se contemplan en el artículo 727 de la LEC, siendo el listado meramente ejemplificativo, como lo demuestra la expresión «entre otras» al inicio del precepto y la cláusula de cierre prevista en el apartado undécimo.

La regla general es que las medidas cautelares se adopten previa audiencia del afectado (art. 733.1 LEC). No obstante, en apartado 2 del artículo 733 LEC prevé como excepción la adopción de estas medidas «inaudita parte», cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar. En este caso, la medida se acordará mediante auto en el plazo de cinco días, en el que se razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

En el presente caso entendemos que cabe apreciar las razones de urgencia para adoptar la medida cautelar sin la previa audiencia de la demandada, propietaria del local. Efectivamente, la que será futura demandante acredita que, al firmar el contrato de arrendamiento, se entregó un aval solidario a primer requerimiento otorgado por un banco, y que la propietaria va a pedir al banco el pago de la cantidad avalada a través de burofax.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la medida cautelar principal interesada (suspensión temporal de la facultad de la parte solicitada de reclamar, judicial o extrajudicialmente, la ejecución del aval) supondría escaso perjuicio a la arrendadora, pues, en cualquier caso, tras la audiencia posterior a la demandada, es posible que se ratifique o se alce la presente medida cautelar y, en este último caso, solo se habría producido un retraso en el cobro de dicha cantidad.

En cuanto a la concurrencia de los restantes requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar, debe indicarse lo siguiente:

La medida cautelar habrá de ser solicitada como instrumental respecto del procedimiento que en el futuro se pretenda iniciar, que será un proceso declarativo que declare la inexigibilidad de las rentas derivadas del contrato de arrendamiento durante la vigencia del estado de alarma por la imposibilidad de abrir al público el establecimiento arrendado, conforme a la cláusula *rebus sic stantibus*.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, la situación generada por la pandemia por la covid-19, que dio lugar a la declaración del estado de alarma, es una situación completamente novedosa que ha generado en la doctrina numerosas reflexiones sobre la eventual aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Esta cláusula es de creación jurisprudencial (que se aplicó especialmente tras la guerra civil y que volvió a resurgir especialmente en la jurisprudencia de la Sala Primera en diversas sentencias de 2014 referidas a cambios producidos por la crisis económica de 2008); se considera

una consecuencia de los contratos sinalagmáticos que establecen prestaciones recíprocas o equivalentes entre las partes, en particular en los contratos de tracto sucesivo. Se parte de la premisa de que las partes firman un contrato en el que se obligan a prestaciones recíprocas para el caso de que las circunstancias se mantengan como están, y que una alteración extraordinaria de tales circunstancias que provoque una ruptura del equilibrio de las partes del contrato, de tal modo que sea excesivamente gravoso y desproporcionado el cumplimiento íntegro de la prestación por una de las partes, pueda dar lugar a la modificación de dicho contrato (o incluso a hacer inexigibles algunas de las obligaciones dimanantes del mismo).

Se trata de una cláusula de aplicación muy restrictiva, con la salvedad de las sentencias de la Sala Primera de 30 de junio y de 15 de octubre de 2014, en las que la sala fue más flexible en su aplicación y admitió que la crisis económica de 2008 había supuesto una alteración sustancial y extraordinaria de las circunstancias del contrato, que convertía en especialmente oneroso el cumplimiento de la prestación para una de las partes, valorando a su vez otras circunstancias. En concreto, la Sentencia de 15 de octubre de 2014 admitió la moderación de la renta pactada mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a un contrato de arrendamiento de un negocio hotelero, en el que se apreció un cambio imprevisible de circunstancias, que comportó la ruptura de la equivalencia de las prestaciones.

Es cierto que las sentencias posteriores de la Sala Primera que se han referido a esta cláusula han descartado su aplicación. No obstante, cada resolución hace referencia a supuestos muy específicos y, en muchas de ellas, la alegación de la cláusula *rebus sic stantibus* se realizaba por la parte interesada de forma subsidiaria, o bien no era posible apreciar una auténtica imprevisibilidad en el cambio de circunstancias.

Ante la novedosa situación generada por la pandemia de la covid-19 y las restricciones a la movilidad y a la libertad de empresa, con el consiguiente cierre de comercios y de centros comerciales, es perfectamente comprensible lo que Juan pretende, y por ello debería prosperar, por lo cual tampoco sería exigible la garantía vinculada al fondo del asunto.

En cuanto al peligro derivado de la mora procesal, si se permite la ejecución del aval, se coloca al arrendatario en una situación todavía más precaria desde el punto de vista patrimonial, que obligaría a la reclamación posterior de tales cantidades y a una sobrecarga económica, afectando a la imagen de la sociedad como incumplidora de sus obligaciones.

La inmediata ejecución del aval perjudicaría a la demandada, al pasar a ser deudora de la avalista, que le reclamaría los pagos con intereses y gastos.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000 (LEC), arts. 728 y 733.
- SSTS de 30 de junio de 2014 (NCJ058627) y 15 de octubre de 2014 (NCJ058985).

Contrato administrativo de servicios y su tramitación hasta la adjudicación

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF-*

Extracto

El relato de hechos nos plantea diversas vicisitudes jurídicas sobre un contrato de servicios consistente en varios cometidos en relación con el mantenimiento, conservación, reparación y renovación del alumbrado público de varios edificios municipales. Esas cuestiones son, entre otras: naturaleza y régimen jurídico del contrato, órgano de contratación competente, procedimiento de adjudicación que se puede utilizar, publicidad del contrato, formalización y efectos de la subrogación de los trabajadores en su caso, si se llevara a cabo.

Palabras clave: contrato administrativo de servicios; órgano de contratación; valor estimado; publicidad; procedimiento de adjudicación; formalización; modificación del contrato.

Fecha de entrada: 02-11-2020 / Fecha de aceptación: 23-11-2020

Enunciado

Este supuesto práctico fue planteado como ejercicio en la oposición para Técnico de la Administración General del Ayuntamiento de Leganés (Madrid) en el mes de julio del 2020.

Un ayuntamiento, con régimen jurídico de gran población, tiene suscrito con una empresa adjudicataria un contrato de mantenimiento y conservación del alumbrado público, que finaliza en unos meses. A tal efecto, se ha iniciado la licitación de un nuevo contrato y se están redactando los correspondientes pliegos de condiciones administrativas y técnicas.

Teniendo en cuenta los datos que se indican a continuación, responda las siguientes preguntas, razonando las respuestas:

DATOS A TENER EN CUENTA

- Objeto del contrato: «Mantenimiento, conservación, reparación y renovación luminarias LED del alumbrado público y de las instalaciones eléctricas de los edificios municipales del ayuntamiento».
- Licitación electrónica.
- Importe de una anualidad completa: 100.000 euros sin IVA.
- Plazo de ejecución: 2 años con posibilidad de prórroga por un año más.
- Se prevé la posible modificación al alza hasta el 15 % del presupuesto base de licitación.

Cuestiones planteadas:

1. Califique el contrato y régimen jurídico del mismo.
2. Calcule e indique el valor estimado y el precio base de licitación.
3. Señale el tipo de procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato.
4. Indique el órgano de contratación.
5. ¿Dónde debe publicarse la licitación y cuál sería el plazo de presentación de ofertas?
6. Una empresa está disconforme con el conocimiento que han tenido de los pliegos reguladores del procedimiento de licitación, por no prever un acto público para la apertura de las ofertas económicas. Indique qué recurso(s) podría interponer.

7. La empresa que obtuvo el primer puesto en la clasificación justifica su solvencia técnica aportando certificado vigente de clasificación en el grupo P, subgrupo 1, categoría 3. Indique si sería correcto admitirla. Si no fuera correcto, ¿qué consecuencias se producirían si se le hubiera adjudicado el contrato?
8. Indique el plazo de formalización del contrato.
8. ¿Cuándo procedería la subrogación de trabajadores? En el caso de que procediese, ¿qué requisitos debe cumplir el órgano de contratación en la redacción de los pliegos de condiciones?
10. ¿Podría un concejal del equipo de Gobierno, con dedicación exclusiva, formar parte de la mesa de contratación y cobrar por la asistencia a cada sesión?

Solución

1. Califique el contrato y régimen jurídico del mismo

Se trata de un contrato administrativo típico de servicios, al amparo del artículo 25.1 a) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), y definido en el artículo 17 como aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

El régimen jurídico aplicable serán las normas de derecho administrativo a tenor del artículo 24 de la LCSP, y solo en último lugar podría acudir al derecho privado.

Su régimen jurídico concreto lo encontramos en los artículos 308 y siguientes del referido texto legal.

En cuanto a la jurisdicción competente, respecto a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos, será la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como veremos a continuación, a tenor del artículo 22.1 b) de la LCSP, es un contrato sujeto a regulación armonizada, toda vez que su valor estimado es superior a 214.000 euros.

Dado las diversas finalidades que se pretenden con este contrato, nada impediría que el órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 99.3 de la LCSP (siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta), fraccionara el objeto siempre que no tuviera por finalidad, como señala el párrafo 1.º de dicho artículo, disminuir su cuantía para evitar reglas de publicidad o de procedimiento.

2. Calcule e indique el valor estimado y el precio base de licitación

A tenor del artículo 101 de la LCSP, el valor estimado en contratos de servicios será el pagadero, incluidas las prórrogas y el máximo de las modificaciones, sin IVA, es decir: $100.000 \times 3 = 300.000 \times 1,15 = 345.000$ euros.

Con respecto al presupuesto base de licitación, a tenor del artículo 100 de la LCSP será el gasto máximo que se puede comprometer, incluido el IVA, es decir, 115.000 euros/año $\times 1,21 = 139.150$ euros/año.

3. Señale el tipo de procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato

No procede utilizar el procedimiento de adjudicación directa, previsto para los contratos menores, y por tanto, teniendo en cuenta el valor estimado del contrato, que se eleva la cantidad de 345.000 euros, sería posible utilizar:

- El procedimiento abierto en el que, conforme al artículo 156, podrían tomar parte todos los empresarios que cumplan los requisitos exigidos, y que está contemplado en el artículo 158 (no sería posible por razón del valor estimado la utilización de la modalidad de simplificado o supersimplificado),
- El procedimiento restringido contemplado en el artículo 160. En el procedimiento restringido cualquier empresa interesada podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación. Solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán contemplar primas o compensaciones por los gastos en que incurran los licitadores al presentar su oferta en contratos de servicios en los casos en los que su presentación implique la realización de determinados desarrollos.
- El procedimiento con negociación sin o con publicidad contemplado en los artículos 167 (con publicidad) y 168 (sin publicidad), siempre que fuese posible encuadrar el presente contrato en algunas de las modalidades que allí se contemplan, porque este es un procedimiento que solo puede utilizarse en los casos tasados expresamente en la ley.

Debemos añadir que, teniendo en cuenta el artículo 123, es posible la aplicación de la subasta electrónica articulada como un proceso electrónico repetitivo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automatizados, debiendo velarse por que el mismo se permita un acceso no discriminatorio y disponible de forma general, así como el registro inalterable de todas las participaciones en el proceso de subasta.

El apartado 2 de dicho artículo permite el empleo de la subasta electrónica en los procedimientos abiertos, en los restringidos y en las licitaciones con negociación, siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa en los pliegos que rigen la licitación y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual, como los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura. No podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato.

4. Indique el órgano de contratación

Al tratarse de un municipio de gran población, a tenor de la disposición adicional segunda, número 11, de la Ley 9/2017, es competente la junta de gobierno para celebrar el contrato, aunque se trata de una materia delegable, al no venir prohibida dicha delegación ni en la propia Ley 9/2017 ni en el artículo 9 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

5. ¿Dónde debe publicarse la licitación y cuál sería el plazo de presentación de ofertas?

a) Publicación de la licitación

A tenor de lo dispuesto en el artículo 135, el anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará en el perfil de contratante. En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el Boletín Oficial del Estado. Como no es el caso, puesto que se trata de la Administración local, deberá publicarse en el boletín oficial de la provincia o boletín oficial de la comunidad autónoma correspondiente.

Como el contrato está sujeto a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea, debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación.

La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea confirmará al poder adjudicador la recepción del anuncio y la publicación de la información enviada, indicando la fecha de dicha publicación. Esta confirmación constituirá prueba de la publicación.

b) Plazo para presentación de las ofertas

Conforme al artículo 136 de la LCSP, los órganos de contratación fijarán los plazos de presentación de las ofertas y solicitudes de participación teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquellas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en esta ley.

Los órganos de contratación deberán ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, de forma que todos los posibles interesados en la licitación puedan tener acceso a toda la información necesaria para elaborar estas cuando, por cualquier razón, los servicios dependientes del órgano de contratación no hubieran atendido el requerimiento de información que el interesado hubiera formulado con la debida antelación, en los términos señalados en el apartado 3 del artículo 138.

El artículo 137 permite la reducción de plazos si el expediente se hubiera tramitado como de urgencia.

Los plazos para la presentación de las ofertas dependen de los procedimientos de adjudicación utilizados. Así:

En procedimiento abierto, conforme al artículo 156.1, de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a 35 días para los contratos, entre otros, de servicios. Estos plazos podrán reducirse en los siguientes casos:

- a) Si el órgano de contratación hubiese enviado un anuncio de información previa, el plazo general de presentación de proposiciones podrá reducirse a 15 días. Esta reducción del plazo solo será admisible cuando el anuncio voluntario de información previa se hubiese enviado para su publicación con una antelación máxima de 12 meses y mínima de 35 días antes de la fecha de envío del anuncio de licitación, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información exigida para este.
- b) Cuando el plazo general de presentación de proposiciones sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos descritos en el artículo 119, el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a 15 días contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación.
- c) Si el órgano de contratación aceptara la presentación de ofertas por medios electrónicos, podrá reducirse el plazo general de presentación de proposiciones en 5 días.

En procedimiento restringido, conforme al artículo 161.1 y 2, en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada el plazo de presentación de las solicitudes de participación deberá ser el suficiente para el adecuado examen de los pliegos y de las circunstancias y condiciones relevantes para la ejecución del contrato, todo ello en atención al alcance y complejidad del contrato. En cualquier caso, no podrá ser inferior a 30 días, contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

Cuando el plazo general de presentación de solicitudes sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos descritos en el artículo 119, el órgano de con-

tratación para los contratos de obras, suministros y servicios podrá fijar otro plazo que no será inferior a 15 días contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación.

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 135 respecto de la obligación de publicar en primer lugar en el Diario Oficial de la Unión Europea, en los procedimientos restringidos la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante deberá hacerse con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de las solicitudes de participación en el apartado siguiente.

Luego, seleccionados los candidatos, conforme al artículo 164, el plazo general de presentación de proposiciones en los procedimientos restringidos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada será el suficiente para la adecuada elaboración de las proposiciones en función del alcance y complejidad del contrato. En cualquier caso, no será inferior a 30 días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita.

El plazo general previsto en el párrafo anterior podrá reducirse en los siguientes casos:

- a) Si se hubiese enviado el anuncio de información previa, el plazo general podrá reducirse a 10 días. Esta reducción del plazo solo será admisible cuando el anuncio de información previa se hubiese enviado cumpliéndose los requisitos que establece la letra a) del apartado 3 del artículo 156.
- b) Cuando el plazo general de presentación de proposiciones sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos descritos en el artículo 119, el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a 10 días contados desde la fecha del envío de la invitación escrita.
- c) Si el órgano de contratación aceptara la presentación de ofertas por medios electrónicos, podrá reducirse el plazo general de presentación de proposiciones en 5 días.

Finalmente, **respecto al procedimiento con negociación**, conforme al artículo 66.1, la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos y, salvo que se dieran las circunstancias excepcionales que recoge el artículo 168 (sin publicidad), los órganos de contratación deberán publicar un anuncio de licitación. Conforme al artículo 169.2, serán de aplicación a la tramitación del procedimiento de licitación con negociación las normas contenidas en el apartado 1 del artículo 160, y en los artículos 161, 162, 163 y 164.1 relativos al procedimiento restringido. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitara a negociar, el órgano de contratación y los servicios dependientes de él, en todo caso, deberán asegurarse de que el número mínimo de candidatos invitados será de tres. Cuando el número de candidatos que cumplan con los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnan las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones.

6. Una empresa está disconforme con el conocimiento que han tenido de los pliegos reguladores del procedimiento de licitación por no prever un acto público para la apertura de las ofertas económicas. Indique qué recurso(s) podría interponer

En primer lugar, debemos señalar que el artículo 157.4 de la LCSP, referido al procedimiento abierto, señala que «en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos». Este precepto, según los artículos 165 y 169, se aplicará también en caso de procedimiento restringido.

En segundo lugar, la aprobación de los pliegos del contrato, recogido en los artículos 121 y siguientes de la LCSP, tiene lugar, a tenor de lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la referida LCSP, con anterioridad a la aprobación del expediente de contratación, al que se unirán aquellos. Y estos pliegos, obviamente, se publicarán en el perfil del contratante con independencia de otros medios de publicación.

En tercer lugar, como el contrato está sujeto a regulación armonizada y, además, tiene un valor estimado superior a los 100.000 euros, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44.1 a), el único recurso administrativo que cabe contra sus distintos actos y resoluciones es el recurso especial en materia de contratación recogido en ese precepto.

En virtud del artículo 50.1, el plazo para interponer el recurso es de 15 días hábiles, que se computará, según el artículo 50.1 b), cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales. El cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación, el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.

Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

Por tanto, ignoramos, porque el supuesto de hecho no lo especifica, si esa empresa había presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, en cuyo caso no se admitirá el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 50.1 b) y, también ignora-

mos, si el recurso se interpuso en el plazo previsto en ese precepto, por lo que no sabemos si fue extemporáneo o no y, por lo tanto, si estamos en presencia de un acto consentido por la propia empresa, en cuyo caso, no podrá recurrirlo con posterioridad.

Si no estamos en presencia de las excepciones comentadas en el párrafo anterior, el recurso será admitido y estimado, puesto que como hemos significado, la apertura de las ofertas económicas se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación se pueden emplear medios electrónicos, encontrándonos ante un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común.

Con posterioridad a este recurso, en el caso de que fuese desestimatorio, tan solo cabría plantear recurso contencioso-administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 59.1 de la LCSP. El órgano competente para conocer de este recurso contencioso-administrativo dependerá de quien haya actuado resolviendo el recurso especial en materia de contratación; el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, si en la comunidad autónoma correspondiente existiera tribunal especial para resolver el referido recurso, y la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, si lo hubiera resuelto el Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales (art. 45 LCSP).

7. La empresa que obtuvo el primer puesto en la clasificación justifica su solvencia técnica aportando certificado vigente de clasificación en el grupo P, subgrupo 1, categoría 3. Indique si sería correcto admitirla. Si no fuera correcto, ¿qué consecuencias se producirían? Si no fuera correcto, ¿qué consecuencias se producirían si se le hubiera adjudicado el contrato?

Es el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 37, el que se refiere a la clasificación de empresas contratistas de servicios.

El grupo P, subgrupo 1, se refiere a mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones eléctricas y electrónicas.

El artículo 38 de ese real decreto se refiere a las categorías de clasificación en los contratos de servicios. Los contratos de servicios se clasifican en categorías según su cuantía. La expresión de la cuantía se efectuará por referencia al valor estimado del contrato, cuando la duración de este sea igual o inferior a un año, y por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior.

Las categorías de los contratos de servicios serán las siguientes: - Categoría 3, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 300.000 euros e inferior a 600.000 euros.

Como en este caso el valor estimado del contrato es de 345.000 euros, justificó su solvencia con arreglo a derecho.

Lo primero que debemos señalar es que, de acuerdo con el artículo 77.1 a), en este caso no era precisa la clasificación del contratista, porque el valor estimado no asciende al mínimo de 500.000 euros, sin embargo, esto no impide que pueda estar clasificado. En el caso de estar clasificado, no es preciso acreditar la solvencia técnica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 92 de la LCSP:

En todo caso, la clasificación del empresario en un determinado grupo o subgrupo se tendrá por prueba bastante de su solvencia para los contratos cuyo objeto esté incluido o se corresponda con el ámbito de actividades o trabajos de dicho grupo o subgrupo, y cuyo importe anual medio sea igual o inferior al correspondiente a su categoría de clasificación en el grupo o subgrupo. A tal efecto, en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos deberá indicarse el código o códigos del Vocabulario «Común de los Contratos Públicos» (CPV) correspondientes al objeto del contrato, los cuales determinarán el grupo o subgrupo de clasificación, si lo hubiera, en que se considera incluido el contrato.

Si no fuera correcta la clasificación de la contratista y, por tanto, no pudiera esta sustituir a la solvencia, debería acreditarse la misma por los medios que establece el artículo 90 de la LCSP.

Los efectos que se producirían sobre la adjudicación del contrato a una empresa que no acreditó su solvencia y con una clasificación que no era suficiente para la realización del contrato serían la nulidad absoluta de dicha adjudicación, a tenor de lo establecido en el artículo 39.2 a) de la LCSP. Esto debía provocar la revisión del acto administrativo de la adjudicación por el órgano de contratación, a tenor del artículo 41 de la LCSP produciéndose los efectos previstos en el artículo 42, que son, en concreto:

- La declaración de nulidad de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.
- Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

8. Indique el plazo de formalización del contrato

Este problema lo resuelve el artículo 153 de la LCSP que señala:

1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún

caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

En los contratos basados en un acuerdo marco o en los contratos específicos dentro de un sistema dinámico de adquisición, no resultará necesaria la formalización del contrato.

2. En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 118 se acreditará su existencia con los documentos a los que se refiere dicho artículo.

3. Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Las Comunidades Autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes. [Este es el supuesto que nosotros contemplamos puesto que el contrato estaba sujeto a regulación armonizada].

Los servicios dependientes del órgano de contratación requerirán al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización del contrato. De igual forma procederá cuando el órgano competente para la resolución del recurso hubiera levantado la suspensión.

9. ¿Cuándo procedería la subrogación de trabajadores? En el caso de que procediese, ¿qué requisitos debe cumplir el órgano de contratación en la redacción de los pliegos de condiciones?

La subrogación de trabajadores, a tenor de lo dispuesto en el artículo 130.1 de la LCSP, procedería cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales.

Por ello, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada.

Con respecto a los requisitos que debe cumplir el órgano de contratación en la relación de los pliegos de condiciones, a tenor del artículo 130.4, el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.

Según el artículo 130.5, en el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

Finalmente, teniendo en cuenta el artículo 130.6, asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre –se refiere a la sucesión de la empresa–, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de estos.

Para acabar, hacemos referencia a algunas cuestiones interesantes a tener en cuenta a tenor del Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra:

1. La omisión en el PCAP de la información relativa al personal a subrogar constituye una vulneración de los principios rectores en materia de contratación pública, concretamente de los principios de transparencia y de igualdad de trato; no cabe sino concluir que dicho defecto vicia el pliego objeto de impugnación de nulidad de pleno derecho.
2. El órgano de contratación de contratación debe responder de que la información facilitada por los licitadores sea toda la necesaria, pero ni puede ni debe asumir su veracidad, porque ello supondría trasladarle la responsabilidad que los licitadores tienen, conforme a su deber de diligencia, de contrastar la información que reciben para preparar sus ofertas. No obstante, en la reciente Sentencia 91/2019 de 25 de abril del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Zaragoza, se reconoce el derecho a la indemnización del contratista por el ayuntamiento cuando por su actuación deficiente se han inducido los cálculos erróneos del licitador:

Se produce un enriquecimiento del Ayuntamiento de Tarazona, ya que EBONE licitó por debajo del coste, de tal forma que el ayuntamiento no ha pagado realmente lo que cuesta el servicio, sino una cantidad muy inferior. No existe

causa para este desplazamiento patrimonial, ya que esta cantidad no queda cubierta por el principio del riesgo y ventura del contrato, en la medida en que el desfase no se debe simplemente al riesgo que asume todo contratista de la Administración cuando concierta un contrato, sino que se trata de un desfase de costes de personal motivado por una información inadecuada, de la que objetivamente se ha visto beneficiado el Ayuntamiento de Tarazona, que, en última instancia, ha pagado por un contrato de servicios una cifra muy inferior a la que se deriva de los verdaderos costes del personal que EBONE hubo de subrogarse en aplicación del art. 120 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

3. En relación con la determinación del presupuesto del contrato, los convenios colectivos no vinculan a la Administración a estos efectos, si bien constituyen una fuente de conocimiento, aunque no la única, a efectos de determinar el valor de mercado.
 4. La información que ha de facilitarse será toda la necesaria para hacer un cálculo correcto de los costes laborales que habrán de asumirse como consecuencia de la subrogación y para identificar los riesgos laborales que asume el adjudicatario y evaluar el coste de las eventualidades que con ocasión de los mismos puedan acaecer.
 5. El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de lo establecido en los convenios colectivos en vigor durante la ejecución del contrato, es causa de resolución del contrato. Aunque la resolución del contrato se producirá normalmente por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista, en estos supuestos, solo se acordará con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista, excepto cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación, de acuerdo con el artículo 130, y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 % del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio (arts. 212 y 221 LCSP).
10. ¿Podría un concejal del equipo de Gobierno, con dedicación exclusiva, formar parte de la mesa de contratación y cobrar por la asistencia a cada sesión?

Según la disposición adicional segunda de la Ley 9/2017,

la Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal

laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.

Por lo tanto, en principio no hay problema alguno, cumpliéndose los requisitos que hemos vistos en la referida disposición adicional segunda, en que un concejal del equipo de gobierno pueda formar parte de la mesa de contratación.

El hecho de que tenga dedicación exclusiva supone, según el 75.1, que percibirá retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, asumiendo las corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Según el artículo 75.3, solo los miembros de la corporación que no tengan dedicación exclusiva ni dedicación parcial percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la corporación de que formen parte, en la cuantía señalada por el pleno de la misma.

Por tanto, no tenía derecho por la asistencia a la mesa de contratación en el caso de que fuese nombrado vocal de la misma por el órgano de contratación.

No hay que confundir lo anterior con lo dispuesto en el artículo 75.4, que señala que los miembros de las corporaciones locales percibirán indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el pleno corporativo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 53/1984 (de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas), art. 75.
- Ley 9/2017 (de Contratos del Sector Público), arts. 17, 22, 24, 25, 41, 44, 45, 99, 101, 123, 130, 135, 136, 138, 153, 156, 158, 160, 167 y disp. adic. segunda.
- Real Decreto 1098/2001 (Reglamento de la Ley de Contratos), arts. 37 y 38.
- Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1699-129X (en versión impresa) e ISSN-e 2531-2146 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.

CEF.-

Que nada te impida seguir formándote

+30 Másteres

+200 Cursos

ÁREAS

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Sanidad • Tributación

[Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es]



TELEPRESENCIAL | ONLINE

Tu currículum no dice que

DESPUÉS DEL TRABAJO SEGUÍAS TRABAJANDO EN TU FUTURO.

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA