

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núms. 283-284 | Agosto-Septiembre 2024

ISSN: 2697-1631

Mejoras legislativas de las acciones de lealtad

Miguel Ángel Villacorta Hernández

Los nuevos sujetos del mercado financiero como consecuencia de la digitalización

Susana Aragón Tardón

Tendencias del derecho societario actual con base en las nuevas reformas legislativas

Linda Navarro Matamoros y Alejandro Soriano Corbalán



MÁSTERES Y CURSOS



Potenciamos el talento
que **transforma** empresas

FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

Asesoría de Empresas • Contabilidad y
Finanzas • Dirección y Administración de
Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y
Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente
• Recursos Humanos • Tributación

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núms. 283-284 | Agosto-Septiembre 2024

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 de redacción

Enrique Arnaldo Alcubilla. Catedrático de Derecho Constitucional. URJ y magistrado del Tribunal Constitucional

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Lucía Casado Casado. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad Rovira i Virgili

Ana Cremades Leguina. Socia de Pérez Llorca Abogados

Silvia Díaz Sastre. Profesora titular de Derecho Administrativo, acreditada a catedrática. UAM

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

Marlen Estévez Sanz. Socia en Roca Junyent. Área procesal, litigación y arbitraje

Esther de Félix Parrondo. Socia de Cuatrecasas Abogados

Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría. Socio en Ramón y Cajal Abogados

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

Rafael Fernández Valverde. Magistrado emérito del Tribunal Supremo y consejero de Montero-Aramburu Abogados

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado de la Sala Contencioso-Administrativa. TSJ de Madrid

Pilar Gutiérrez Santiago. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León

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

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

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

Esther Muñiz Espada. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

José Ramón Navarro Miranda. Presidente de la Audiencia Nacional

Luis Pérez de Ayala Becerril. Socio de Derecho Público en Cuatrecasas y abogado del Estado excedente

Pedro Portellano Díez. Catedrático de Derecho Mercantil. UAM y Of Counsel en Garrigues

Antonio Ortí Vallejo. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Granada

Ángel José Sánchez Navarro. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM y letrado del Tribunal Constitucional

Edita

Centro de Estudios Financieros

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

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid
Tel. 914 444 920
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2024) (11 números) 192 € en papel / 100 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 25 €

No suscriptores 30 €

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: revistaceflegal@udima.es
Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/index>
Depósito legal: M-8500-2001
ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:

Imprime

Artes Gráficas Coyve
C/ Destreza, 7
Polígono industrial Los Olivos
28906 Getafe (Madrid)



Indexación y calidad



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

CEFLegal. Revista práctica de derecho

ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Estudios doctrinales

Civil-mercantil

- | | |
|--|--------|
| Mejoras legislativas de las acciones de lealtad
<i>Legislative improvements of loyalty actions</i>
Miguel Ángel Villacorta Hernández | 5-46 |
| Los nuevos sujetos del mercado financiero como consecuencia de la digitalización
<i>New actors of financial market as a result of digitalisation</i>
Susana Aragón Tardón | 47-72 |
| Tendencias del derecho societario actual con base en las nuevas reformas legislativas
<i>Current trends in corporate law based on new legislative reforms</i>
Linda Navarro Matamoros y Alejandro Soriano Corbalán | 73-102 |

Casos prácticos

Civil

- | | |
|---|---------|
| Derecho a la intimidad y a la propia imagen
Casto Páramo de Santiago | 103-110 |
|---|---------|

Incapacidad y medidas de apoyo. Prueba y motivación

111-118

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Administrativo

Proyecto de obras en un contrato menor administrativo. Compatibilidad de concejales

119-152

Julio Galán Cáceres

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 <https://www.civil-mercantil.com>



Mejoras legislativas de las acciones de lealtad

Miguel Ángel Villacorta Hernández

Profesor de la Universidad Complutense de Madrid
Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (España)
mianvi@ucm.es | <https://orcid.org/0000-0003-2515-2126>

Este trabajo ha sido **finalista** del **Premio Estudios Financieros 2023** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don José Ramón Navarro Miranda, doña Marlen Estévez Sanz, doña Esther de Félix Parrondo, don Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, doña Esther Muñiz Espada y don Pedro Portellano Díez.

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

Extracto

La Ley 5/2021, de 12 de abril de 2021, reguló por primera vez en España las acciones de lealtad. Tras el primer apartado, que analiza la incorporación de la figura, en el segundo y tercer apartados se realiza el análisis del tratamiento mercantil realizado anteriormente en Francia e Italia, mientras que el cuarto se centra en el establecido en España. El apartado quinto desarrolla las motivaciones expresadas por las tres legislaciones para introducir esta figura. El sexto y séptimo apartados analizan, respectivamente, las ventajas y desventajas de la figura para emisores, inversores y sociedad en general. El apartado octavo incluye propuestas de mejora legislativa de la figura consecuencia del estudio realizado a lo largo del trabajo.

Palabras clave: acciones de lealtad; voto doble; dividendo de lealtad.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado (en avance *online*): 18-07-2024

Cómo citar: Villacorta Hernández, M. Á. (2024). Mejoras legislativas de las acciones de lealtad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 283-284, 5-46. <https://doi.org/10.51302/cefflegal.2024.19017>



Legislative improvements of loyalty actions

Miguel Ángel Villacorta Hernández

This paper has won **finalist prize Financial Studies 2023 Award** in the category of **Civil and Commercial Law**.

The jury members were: Mr. José Ramón Navarro Miranda, Mrs. Marlen Estévez Sanz, Mrs. Esther de Félix Parrondo, Mr. Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, Mrs. Esther Muñoz Espada and Mr. Pedro Portellano Díez.

The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity of the authors.

Abstract

Law 5/2021, of April 12, 2021, regulated loyalty shares for the first time in Spain. After the first section that analyzes the incorporation of the figure, the second and third sections analyze the treatment previously carried out in France and Italy, while the fourth focuses on that established in Spain. The fifth section develops the motivations expressed by the three legislations to introduce this figure. The sixth and seventh sections respectively analyze the advantages and disadvantages of the figure for issuers, investors and society in general. The eighth section includes proposals for legislative improvement of the figure as a result of the study carried out throughout the work.

Keywords: loyalty shares; double vote; loyalty dividend.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published (online preview): 18-07-2024

Citation: Villacorta Hernández, M. Á. (2024). Mejoras legislativas de las acciones de lealtad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 283-284, 5-46. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19017>

Sumario

1. Incorporación de las acciones de lealtad al ordenamiento español
2. Regulación de las acciones de lealtad en Italia
 - 2.1. Multiplicidad de voto de las sociedades no cotizadas
 - 2.2. Regulación de las acciones con diferenciación en el derecho de voto en Italia
3. Regulación de las acciones de lealtad en Francia
 - 3.1. Dividendo de lealtad
 - 3.2. Regulación de las acciones con diferenciación en el derecho de voto en Francia
4. Regulación de las acciones de lealtad en España
 - 4.1. Naturaleza de las acciones
 - 4.2. Requisitos para la emisión
 - 4.3. Previsión estatutaria
 - 4.4. Procedimiento para su aprobación
 - 4.5. Renovación o extinción
 - 4.6. Procedimiento para su eliminación
 - 4.7. Computo del voto doble por lealtad
 - 4.8. Libro registro especial de acciones con voto doble
 - 4.9. Voto doble por lealtad en sociedades que soliciten la admisión a negociación en un mercado regulado
 - 4.10. Cómputo y acreditación del periodo de lealtad
 - 4.11. Transmisiones de las acciones por el accionista con voto doble
5. Motivaciones de cada una de las legislaciones
 - 5.1. Motivaciones de la regulación italiana
 - 5.2. Motivaciones de la regulación francesa
 - 5.3. Motivación de la regulación española
6. Ventajas de las acciones de lealtad
7. Desventajas de las acciones de lealtad
 - 7.1. Inexistente problema de cortoplacismo
 - 7.2. No es necesariamente positivo dar más poder a los accionistas de control
 - 7.3. Falta de efectividad de las acciones de lealtad para involucrar más a los accionistas
 - 7.4. Existen medidas alternativas más eficaces para involucrar más a los accionistas



8. Conclusiones: propuestas de mejora legislativa

- 8.1. Necesidad de realizar estudios previos a la legislación
- 8.2. Ampliar la posibilidad de emitir acciones de lealtad a las empresas no cotizadas basado en la finalidad financiera
- 8.3. Incorporación legislativa de acciones con voto plural basado en un cambio de paradigma
- 8.4. Establecimiento de medidas alternativas para intentar evitar el cortoplacismo de los inversores
- 8.5. Posibilidad de emitir acciones de lealtad privilegiadas basadas en los condicionantes para que las empresas españolas las emitan masivamente
- 8.6. Mejora en la redacción del procedimiento para su aprobación

Referencias bibliográficas

1. Incorporación de las acciones de lealtad al ordenamiento español

La Ley 5/2021, de 12 de abril (basada en el Anteproyecto de ley de 24 de mayo de 2019), modifica el texto refundido de Ley de sociedades de capital (LSC) y otras normas financieras, para adaptarlas a la normativa europea en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las cotizadas. En concreto, tiene por objeto transponer parcialmente al ordenamiento jurídico español 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/CE¹.

Entre otros aspectos, la Ley 5/2021 incorpora por primera vez² una nueva figura: las acciones de lealtad³, similares a las *loyalty shares*, *time-phased voting rights*, *tenured voting rights*, *droits de vote doublé* o *maggiorazione del voto* utilizadas en la práctica internacional.

Desde que entró en vigor, el 13 de abril de 2021, las sociedades cotizadas pueden incluir en sus estatutos sociales la emisión de acciones de lealtad con voto doble; el voto doble será asignado a todas las acciones que haya mantenido su titular ininterrumpidamente durante el plazo legalmente establecido (un periodo de tiempo mínimo de dos años, aunque se permite que estatutariamente se aumenten ese plazo, pero no que se disminuya).

Las acciones de lealtad atribuyen el doble de votos que las acciones que no cumplan que un mismo accionista haya sido titular ininterrumpidamente durante el plazo legalmente establecido. Este hecho rompe el «principio de proporcionalidad», «de igualdad entre acción y voto» o de «una acción un voto», que consiste en que a una misma participación en el capital de una compañía se le debe atribuir los mismos derechos de voto.

¹ Dicha directiva fijó como fecha límite para su transposición el 10 de junio de 2019, lo que, en el caso de España, se incumplió en casi dos años.

² Las acciones de lealtad se intentaron introducir tímidamente con ocasión de la revisión de la directiva sobre derechos de los accionistas, a través de una enmienda a la Propuesta de 2015. Cuando el texto fue finalmente aprobado, no fue recogido.

³ La Ley 5/2021 optó por introducirlas aunque no era obligatoria la introducción de la figura al transponer la directiva.

Todas las legislaciones mercantiles, incluida la española, tienen previsto desde el inicio de su regulación el «principio de proporcionalidad», de forma que el capital suscrito por cada accionista da la medida de sus derechos en la gestión de la sociedad, en el reparto de los dividendos y finalmente en la cuota de liquidación. No obstante, la admisión de emisiones de acciones que rompan la regla de «una acción, un voto» está admitida en estos momentos internacionalmente: en el derecho anglosajón su emisión es permitida sin restricciones conforme el enfoque contractualista del derecho societario, mientras que las legislaciones del derecho continental han ido incorporando progresivamente clases de acciones con diferenciación en el derecho de voto (sobre todo las acciones sin voto).

El legislador español expresamente establece, en el apartado VIII del preámbulo de la Ley 5/2021, que el régimen es similar al que tenían establecido desde hace años dos países: Francia e Italia⁴. Por esta razón, en los dos apartados siguientes se analizan ambas legislaciones.

2. Regulación de las acciones de lealtad en Italia

A través del *Decreto-Legge* núm. 91, de 24 de junio de 2014, *Capo III: disposizioni urgenti per le imprese*, artículo 20 (conocido como *Decreto Competitività*) se modificaron los artículos 2351 *Codice Civile* y 127 *Testo Unico della Finanza*. Con esta reforma se dispuso un régimen legal para la emisión de acciones de lealtad en las sociedades cotizadas.

Aunque los códigos de 1865 y 1882 nunca limitaron este tipo de fórmulas, su prohibición expresa en 1942 había eliminado la posibilidad de implantarlas⁵. Con la reforma del año 2014, el artículo 127 *Testo Unico della Finanza* configuró un tipo de acciones ordinarias que conceden un derecho de voto adicional a su titular tras haber sido poseídas y registradas durante un plazo mínimo de dos años.

El artículo 127 *quinquies.5 Testo Unico della Finanza* establece que no constituyen una categoría especial, por lo que los acuerdos que les afecten no requieren su aprobación en una junta separada.

La ventaja que confieren es subjetiva, es decir, unido al socio, por lo que la cesión del título supone la desaparición del privilegio⁶. No obstante, la pérdida del derecho solamen-

⁴ Aunque la Ley 5/2021 no lo toma como referencia, también existe regulación de la figura en los Países Bajos y Bélgica, menos flexibles que italiana y francesa. La legislación neerlandesa, además de prever la posibilidad de emitir acciones de lealtad, permite a las compañías emitir «acciones prioritarias». Este tipo de títulos otorga facultades especiales de todo tipo a los socios, lo que les permite vetar modificaciones estatutarias, nombrar varios consejeros ejecutivos en el órgano de administración o tener derechos de voto múltiples. Ello «convierte a estas acciones en una buena medida anti-OPA». *Vid.* Alfaro Águila-Real (2010, p. 483). Para analizar la legislación belga de 2019 consultar Peñas Moyano (2022, p. 4).

⁵ *Vid.* Ventrucchio (2015, p. 7).

⁶ *Vid.* Gandía Pérez (2016a, p. 189).

te tendrá lugar en los casos de transmisión, pero no en los de sucesión, fusión o escisión del socio que ostenta la titularidad de las acciones. Por ejemplo, el derecho prevalece en aquellos casos en que un accionista que goza del doble voto se fusiona con otra compañía; si los estatutos de la entidad emisora no han dispuesto otra cosa, la sociedad resultante de la fusión poseerá las acciones de lealtad⁷. Lo mismo ocurre si se trata de una sucesión *mortis causa*⁸. Cuestión distinta será si la compañía emisora de las acciones de lealtad –no uno de sus socios– forma parte de un proceso de fusión o absorción; para este supuesto, la ley prevé la extinción del privilegio de los accionistas de las sociedades participantes al incorporarse a la entidad de nueva creación, salvo que se hubiese dispuesto lo contrario en el proyecto de fusión⁹.

El acuerdo que introduzca en los estatutos las acciones de lealtad debe ser aprobado en una junta extraordinaria por al menos dos tercios del capital representado, tanto en primera como en segunda convocatoria¹⁰.

Los socios no beneficiados por el voto doble no tienen un derecho de separación¹¹, siendo esta previsión objeto de discusión entre los académicos. El principal argumento en contra se basa en que supone una alteración del régimen general establecido en el *Codice*, en virtud del cual se reconoce el derecho de separación en caso de modificaciones del derecho de voto¹². Sin embargo, la previsión también ha sido justificada, alegándose que la alteración de los derechos políticos no es tal, puesto que para obtener el voto privilegiado simplemente deberán poseerse las acciones durante el plazo establecido¹³.

Por último, existe la obligación de formular una oferta pública de adquisición si como resultado del incremento de los derechos de voto pasa a ostentarse un porcentaje superior al 30 % de los mismos¹⁴. No obstante, cabe la renuncia a los votos concedidos por las acciones de lealtad, renuncia que en todo caso tendrá la cualidad de irrevocable¹⁵.

Cuando se realizó la reforma fue considerada por el legislador y la doctrina como una manera de hacer más atractiva la legislación, en un contexto de progresión de los sistemas jurídicos europeos hacia una mayor libertad contractual y de incremento de los mecanis-

⁷ Vid. Ventruruzzo (2015, p. 14).

⁸ Vid. art. 127 quinquies.3 a) *Testo Unico della Finanza*.

⁹ Vid. art. 127 quinquies.4 *Testo Unico della Finanza*.

¹⁰ Vid. arts. 2368 y 2369 *Codice Civile*.

¹¹ Vid. art. 127 quinquies.6 *Testo Unico della Finanza*.

¹² Vid. Guizzi (2015), Giampaolino (2015) y Gandía Pérez (2016b, p. 190).

¹³ Vid. Marchetti (2014) y Ventruruzzo (2015, p. 14).

¹⁴ Vid. artículo 107 *Testo Unico della Finanza*.

¹⁵ Vid. artículo 127 quinquies.1 *Testo Unico della Finanza*.

mos de control a disposición de los accionistas¹⁶. Sin embargo, parte de la doctrina criticó fuertemente la reforma de 2014, llegando a calificarla como «inofensiva aunque discutible»¹⁷.

Los intentos de mejora posteriores fueron decepcionantes, teniendo que volver a la reforma de 2014 por ser más adecuada. La principal fue la realizada mediante la modificación del artículo 20.1 bis del *Decreto Competitività*. En ella, la mayoría requerida para la aprobación de la modificación estatutaria pasó de ser cualificada de dos tercios a simple, con lo que el peso de los accionistas minoritarios en la votación del acuerdo menguaba considerablemente. La escasa protección proporcionada a las minorías quedó patente en el Informe «Eumedion»¹⁸ elaborado por académicos, inversores institucionales y empresas de asesoramiento financiero, en total 144 personas físicas y jurídicas. Los firmantes de este informe solicitaron a las autoridades la restitución de la mayoría cualificada¹⁹. Finalmente, el régimen previsto para la deliberación de acuerdos en junta extraordinaria fue repuesto, permaneciendo la mayoría cualificada de dos tercios como requisito para la implantación de las acciones de lealtad.

2.1. Multiplicidad de voto de las sociedades no cotizadas

A continuación se analizan dos medidas alternativas establecidas en diferentes momentos del tiempo por el legislador italiano para complementar a las acciones de lealtad, que suponen alteraciones de la regla «una acción, un voto».

En Italia, las acciones de lealtad están referidas exclusivamente a sociedades cotizadas, existiendo dos tipos de figuras distintas, ajenas a ellas: la multiplicidad de votos de las empresas no cotizadas y las clases de acciones.

Las acciones de lealtad solamente están permitidas en las sociedades cotizadas. En Italia también está regulada una figura similar para las sociedades no cotizadas. La Ley n.º 216, de 11 de agosto, reconoce a las sociedades no cotizadas la posibilidad de emitir acciones con voto múltiple, entre más de un voto y menos de tres votos (art. 2351 *Codice Civile*). Esta ley insta para las sociedades no cotizadas un régimen de voto múltiple muy potente (susceptible de otorgar el triple de votos por título), permitiendo configurar un título «con características muy similares al de las acciones de lealtad» (Gandía Pérez, 2016b, p. 188).

¹⁶ Vid. Ventoruzzo (2015, p. 4).

¹⁷ Vid. Enriques (26 de diciembre de 2014).

¹⁸ <https://www.eumedion.nl/en/public/knowledgenetwork/letters/2015-02-statement-on-italian-multiple-voting-rights.pdf>

¹⁹ En el informe, los ponentes hacen referencia a las barreras administrativas que dificultan a los accionistas minoritarios la obtención del voto doble, a la necesidad de atraer capitales extranjeros para la recuperación de la economía, y solicitan una vuelta a la protección de las minorías establecida en el *Testo Unico della Finanza*.

2.2. Regulación de las acciones con diferenciación en el derecho de voto en Italia

Las acciones con privilegios en el voto fueron emitidas por empresas italianas antes del 1942, aunque no existía regulación expresa al respecto²⁰.

El *Codice Civile* de 1942 permite crear clases de acciones con un contenido diverso, no solo en el ámbito de los derechos patrimoniales del accionista, sino también, aunque con muchas más cautelas, en el plano de los derechos administrativos²¹. El texto opta por prohibir la emisión de nuevas²² acciones de voto plural, sin embargo, introduce las acciones de voto limitado (*Codice Civile*, art. 2351.2). Esta particular clase de acciones, privilegiadas en derechos patrimoniales pero con un derecho de voto limitado²³, se considera un medio de financiación contrapuesto a las acciones ordinarias con características de instrumento de control.

El debate sobre la reforma de la sociedad anónima en Italia en la década de 1970, respecto a la introducción de las acciones sin voto, dio lugar a prolongadas discusiones doctrinales²⁴. Al final triunfa la opinión mayoritaria, que considera a la emisión de acciones sin voto como una solución al absentismo accionarial, lo cual culmina con la introducción, en 1974, de las *azioni di risparmio*: acciones sin voto pero con un dividendo mayor que las ordinarias. Estas acciones fueron reformadas en 1998, obteniendo un estatuto jurídico más flexible cuando la sociedad emisora tiene la condición de cotizada²⁵ (el mismo año y la misma regulación que la española).

El Dlgs 24-2-2003, aprobado el 10 de enero de 2003 (derivado de la Comisión Mirone), permite a la sociedad anónima recurrir a una tipología amplia de instrumentos financieros, ya no restringidos al binomio acciones-obligaciones, sino extendida a acciones sin voto, acciones sin voto limitado a asuntos determinados y acciones con derecho de voto subor-

²⁰ Las primeras emisiones de acciones privilegiadas, realizadas por empresas italianas, fueron realizadas en el año 1884. *Vid.* Gasperoni (1950, p. 162).

²¹ *Vid.* Mossa (1948, p. 161).

²² Exclusivamente pueden conservarse las existentes antes del 27 de febrero de 1942 o las emitidas con ocasión de un aumento de capital acordado con anterioridad a la entrada en vigor del libro V, el 21 de abril de 1942 (*Codice Civile*, art. 212).

²³ Las acciones no pueden denominarse «sin voto» porque sí tienen voto en la adopción de las decisiones más importantes en la asamblea extraordinaria. Por ello, es más adecuado denominarlas con voto limitado.

²⁴ Estas discusiones doctrinales están «recogidas en los trabajos parlamentarios y en los diferentes proyectos presentados: Proyecto Villabruna, La Malfa e Lombardi, Alpino, Ferioli e Trombetta». *Vid.* Scotti (1966, p. 275).

²⁵ *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, al sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996* (Decreto Legislativo [Dlgs] de 24 febrero de 1998, n.º 58) arts. 145-147, art. 2346.6, art. 2349.2, art. 2351.

dinado²⁶. A pesar de que permite cualquiera de las limitaciones de voto, prohíbe las acciones de voto plural (art. 2351 *Codice Civile*).

Los artículos 145 *Testo Unico della Finanza* y 2351.2.º *Codice Civile* configuran el tratamiento vigente en la actualidad, donde se permite la emisión de acciones sin voto por un importe inferior a la mitad del capital social, tanto en sociedades cotizadas como en no cotizadas (al igual que las acciones de lealtad), sin permitir la emisión de acciones con privilegios en el derecho de voto.

3. Regulación de las acciones de lealtad en Francia

Desde 1933, la *Loi du 13 novembre, réglementant le droit de vote dans les assemblées d'actionnaires des sociétés par actions* (art. 1.1.º) dispone que, mediante la previsión estatutaria correspondiente, se atribuya un derecho de voto doble a aquellas acciones inscritas a nombre de un mismo socio durante al menos dos años. Esta misma línea se mantuvo en la Ley de sociedades mercantiles de 1966 y en la reforma del *Code de commerce* de 2000.

La legislación vigente, Ley 2014-384 de 29 de marzo, conocida como *Loi Florange*, modifica la L225-123 *Code de commerce*. El artículo 7 de la *Loi Florange* confiere, de manera automática, doble voto a todas las acciones que han sido poseídas y registradas (Delvoie y Clottens, 2015, p. 21) ininterrumpidamente durante al menos dos años²⁷ por un mismo socio, salvo cláusula estatutaria en contrario establecida a partir de la entrada en vigor de la ley²⁸ (2 de abril de 2014). Únicamente es de aplicación en aquellas compañías cuyos valores se encuentren admitidos a negociación en un mercado secundario.

La ley obliga a los socios a lanzar una oferta pública de adquisición, pero introduce un supuesto de exención. La dispensa es de aplicación a todo socio que detente un porcentaje superior al 30 % de los derechos de voto como resultado de la concesión automática de las acciones de lealtad.

El *Code de commerce* no prevé supuestos de ejercicio del derecho de separación de los socios en la sociedad anónima. Eso sí, la empresa puede configurar estatutariamente

²⁶ Vid. Mattei (2023 p. 616). Con esta reforma se ha pasado de un sistema cerrado de clases de acciones a uno abierto. Vid. Pisano Massamormile (2003) y Notari (2003).

²⁷ Se ha debatido si establecer un periodo superior a dos años para conceder el voto doble es contrario al propósito de la norma. Pese a que el *Conseil Constitutionnel* se ha pronunciado sobre algunos aspectos de la ley, no ha hecho ninguna mención relativa a esta cuestión. Parece que, del sentido literal del precepto, se desprende que el periodo de duración puede ser «al menos» dos años (art. L. 225-213 *Code de Commerce*, párr. 1.º). Vid. ANSA (2014, p. 2).

²⁸ Autorité des Marchés Financiers (AMF): Rapport de l'Etat actionnaire, 2022, p. 181.

causas de separación de los socios²⁹, para lo cual deberá constituirse como una sociedad de capital variable (arts. L231-1 a 231-8 *Code de commerce*).

Al igual que ocurre en Italia, el privilegio del doble voto se extingue con la transmisión de los títulos, a excepción de los casos de sucesión por causa de muerte y de modificaciones estructurales –salvo previsión estatutaria en contrario– (art. L. 225-124 *Code de commerce*).

La diferencia con el régimen italiano estriba en que el sistema se ha diseñado para que la adhesión al régimen de concesión de acciones de doble voto sea automática.

A la luz de esta normativa, muchas compañías han optado por prever las acciones de lealtad en sus estatutos³⁰, pero debe tenerse en cuenta que muchas compañías ya contenían la previsión en sus estatutos. En 2013 –el año previo a la reforma– más de la mitad de las sociedades cotizadas en Francia otorgaban derechos de voto doble³¹.

El régimen francés ha sido objeto de numerosas críticas, pues ha sido considerado como excesivamente proteccionista (Conac, 2014, p. 265)³². Igualmente, se sostiene que realmente no constituye un beneficio para los socios minoritarios, ya que los trámites derivados del registro de las acciones son un obstáculo que dificulta la obtención del privilegio³³.

3.1. Dividendo de lealtad

Entre las medidas complementarias a las acciones de lealtad destaca, por un lado, el dividendo de lealtad y, por el otro, la utilización de clases de acciones con diferenciación en el derecho de voto que suponen alteraciones de la regla «una acción, un voto».

La legislación francesa dispone de otro instrumento para incentivar la fidelidad de los inversores: el dividendo de lealtad –*dividende majoré* o *prime de fidélité*–, regulado en el artículo L. 232-14 *Code de commerce*.

²⁹ Ello ha sido objeto de crítica por la doctrina. Cf. Georges (2005).

³⁰ Vid. APE (2022, p. 20).

³¹ Ernst & Young, *Panorama des pratiques de gouvernance des sociétés cotées françaises*, 2013. [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Panorama-des-pratiques-de-gouvernance-des-societes-cotees-francaises-2013/\\$FILE/EY-Panorama-des-pratiques-de-gouvernance-des-societes-cotees-francaises-2013.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Panorama-des-pratiques-de-gouvernance-des-societes-cotees-francaises-2013/$FILE/EY-Panorama-des-pratiques-de-gouvernance-des-societes-cotees-francaises-2013.pdf)

³² También los organismos oficiales se han posicionado a favor del principio «una acción-un voto»: Chambre de Commerce et D'industrie de Paris, «Une action = une voix – Faut-il imposer une égalité entre participation au capital et détention du pouvoir?», *Norguet Report*, 2007. <http://www.etudes.ccip.fr/rapport/53-une-action-une-voix>

³³ Vid. Blackrock, «Key Considerations in the Debate on Differentiated Voting Rights», *Corporate Governance and Responsible Investment*, 2015. <https://www.blackrock.com/corporate/en-za/literature/white-paper/blackrock-the-debate-on-differentiated-voting-rights.pdf>

Si la sociedad lo prevé en sus estatutos –para cuya modificación se requiere también mayoría cualificada de dos tercios–, podrá otorgarse un dividendo adicional a aquellas acciones registradas a nombre de un mismo socio durante al menos dos años, cuyo importe deberá ser inferior al 10 % del dividendo ordinario. Los accionistas de las sociedades cotizadas podrán poseer un número de acciones con dividendo de lealtad que no supere el 0,5 % del capital social.

La regulación de este instrumento surgió en 1994 como respuesta a las previsiones que algunas compañías habían introducido en sus estatutos³⁴, pues hasta entonces el legislador no se había pronunciado al respecto³⁵. Pese a que no alcanza la difusión de la que gozan las acciones de lealtad, varias sociedades cotizadas han incorporado estatutariamente el dividendo de lealtad, entre ellas, Air Liquide, Crédit Agricole, GDF Suez, Lafarge y L'Oréal³⁶.

3.2. Regulación de las acciones con diferenciación en el derecho de voto en Francia

La Ley francesa de 9 de julio de 1902 autorizó la emisión de acciones que confirieran privilegios a sus titulares, salvo que los estatutos lo prohibieran directa y expresamente³⁷. Así aparecen reguladas por primera vez las *actions de priorité* o *actions privilégiées*, acciones que disfrutaban de ventajas sobre el resto de acciones: ya sea porque confieren derechos de preferencia sobre los beneficios o el activo social, o bien porque establecen privilegios sobre el voto. Las Leyes de 16 de noviembre de 1903 y 22 de noviembre de 1913 también autorizaron la emisión de acciones que confirieran privilegios económicos o sobre el derecho a voto a sus titulares, salvo que los estatutos lo prohibieran³⁸.

³⁴ Una de las primeras fue Michelin, en 1991, que buscaba premiar la lealtad de sus accionistas tras una época de resultados negativos recurrentes. *Vid.* Bolton y Samama (2013, p. 43).

³⁵ Pese a su falta de regulación, muchos consideraron los dividendos de lealtad legales. *Cf.* Peltier, (1993, pp. 551-553). En la misma línea, el jurista Canard defendía que no se trataba de una clase separada de acciones, puesto que todos los accionistas podían acceder al privilegio, y que por lo tanto no se alteraba el principio de igualdad de trato. Además, explicaba que no tendría que haber obstáculos de carácter técnico distintos de los planteados por las acciones de voto doble, reguladas en Francia con anterioridad. *Vid.* Canard (3 de mayo de 1993).

³⁶ Belinfanti (2014, p. 860) muestra como la compañía Air Liquide –que implantó el dividendo de lealtad en 1993– mantuvo entre 2004-2014 en torno al 40 % del capital social de accionistas minoritarios.

³⁷ La Ley francesa de 9 de julio de 1902 modificó el Código de Comercio, estableciendo que «salvo disposición contraria de los estatutos, la sociedad puede crear acciones privilegiadas, investidas del derecho de participar antes que las otras acciones en la repartición de los beneficios, o en la distribución del activo social».

³⁸ *Vid.* Danos (1922, p. 19) y Cordonnier (1924, p. 5).

Como no existe impedimento legal, durante los años 1925 y 1926, con la caída del franco, se produce una avalancha de acciones de voto plural³⁹; ante esta situación, comienza una continua y acusada censura doctrinal a las acciones de voto plural⁴⁰. A estas críticas responde la Ley de 26 de abril de 1930 que, basándose en el principio de proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto, prohíbe por primera vez la emisión de nuevas acciones de voto plural.

La Ley de 13 de noviembre de 1933 hace extensiva la prohibición a las acciones ya existentes, pues fija un plazo de dos años para la adaptación de aquellas acciones de voto plural que, creadas con anterioridad a 1930, sobrevivían aún en la práctica. La Ley de 13 de noviembre de 1933 prohíbe la existencia de cualquier clase de acciones que implique una desproporción entre el poder de voto y el valor nominal. La única excepción contemplada expresamente es la referida a la posible concesión de un voto doble a los titulares de acciones nominativas de lealtad, siempre y cuando se hubieran realizado dos años antes⁴¹. La Ley 66-537, de 24 de julio de 1966, de sociedades comerciales mantiene la situación anterior⁴².

Las acciones sin voto (*actions a dividende prioritaire sans droit de vote*) no se admiten con carácter general en el derecho francés hasta la Ley de 13 de julio de 1978 relativa a la «orientación al ahorro a la financiación de empresas» (*Loi Monroy*), cuyo régimen fue flexibilizado en 1983 por la Ley de 3 de enero de desarrollo de inversiones y protección del ahorro (arts. 269.1-269.9 *Loi sur les Sociétés Commerciales*).

La situación actual es la misma desde la *Ordonnance n.º 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières*: sí se admite la emisión de acciones sin voto⁴³ pero no las acciones con voto plural.

4. Regulación de las acciones de lealtad en España

La Ley 5/2021 añade al título XIV, capítulo VI, sección 3.ª del Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de sociedades de capital, una nueva subsección 4.ª: Acciones con voto por lealtad.

³⁹ Vid. Hamel *et al.* (1980, p. 242).

⁴⁰ Vid. Danos (1922, pp. 26-27, 31-34), Thaller (1930, p. 380) y Hamel *et al.* (1980, p. 242).

⁴¹ Vid. Pottier (1934, pp. 30 y 172) y Gaillard (1938, p. 5).

⁴² Artículos 174-176 *Loi sur les Sociétés Commerciales*.

⁴³ El artículo L. 288-11 del *Code de Commerce* francés establece que no se pueden poseer acciones sin voto por encima del 50 % del capital social en sociedades no cotizadas y al 25 % en empresas cotizadas.

4.1. Naturaleza de las acciones

Las acciones de lealtad podrán conferir un voto doble⁴⁴ (ni más ni menos que dos votos por acción, al igual que en Francia, por el contrario no está permitida la alternativa italiana de elegir una capacidad de voto por acción de entre uno o dos votos) siempre que haya sido titular un mismo accionista durante dos años consecutivos ininterrumpidos desde la fecha de inscripción en el libro registro especial de acciones con voto doble, establecido en el artículo 527 septies de la LSC. A estos efectos, por voto doble se entiende el doble de los votos que correspondan a cada una de las acciones en función de su valor nominal. Este plazo de dos años⁴⁵ podrá ser ampliado estatutariamente, aunque nunca disminuido⁴⁶. Quizás, el legislador debería haber establecido un límite máximo, porque la figura se podría desnaturalizar si el plazo de lealtad requerido resultase demasiado largo⁴⁷.

Las acciones asignadas gratuitamente por un incremento de capital liberado tendrán la misma antigüedad que las que han dado derecho a dicha asignación (apartado 3 art. 527, ter LSC y apartado tercero art. 527 decies).

El apartado 4 del artículo 527 ter. de la LSC establece que las acciones de lealtad no son una clase de acciones⁴⁸. La inclusión de este apartado es muy acertada porque la peculiaridad no la posee el título (como en las clases de acciones), sino la condición del accionista por ser titular durante más del plazo establecido.

4.2. Requisitos para la emisión

La reforma únicamente afecta a las sociedades anónimas cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado que esté domiciliado u opere en un Estado

⁴⁴ La Ley 5/2021 denomina voto doble a lo que el anteproyecto denominaba voto adicional.

⁴⁵ La Ley 5/2021 no recogió la enmienda propuesta por el Grupo de Ciudadanos para establecer un periodo de carencia de cinco años para los títulos que comenzaran a cotizar.

⁴⁶ El artículo 527 ter regula la atribución de voto doble por lealtad. Como excepción a lo previsto en los artículos 96.2 y 188.2, los estatutos de la sociedad anónima cotizada podrán modificar la proporción entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto para conferir un voto doble a cada acción de la que haya sido titular un mismo accionista durante dos años consecutivos ininterrumpidos. Los estatutos podrán ampliar pero no disminuir el periodo mínimo de titularidad ininterrumpida.

⁴⁷ Esta idea es compartida por Peñas Moyano (2022, p. 9). También de acuerdo Arroyo Vendrell (2022, pp. 173-174), que recuerda que durante la tramitación legislativa se destacó la necesidad de establecer un plazo máximo, de lo que el legislador ha hecho caso omiso, a pesar de que otras jurisdicciones de nuestro entorno sí lo dispone.

⁴⁸ La mayoría de la doctrina francesa, y española previa a la entrada en vigor de la Ley 5/2021, participan de la idea de que no son clases de acciones. *Vid.* Valuet (2014) y Fernández Torres (2017, p. 76).

miembro de la Unión Europea (art. 527 ter LSC). Por lo tanto, las acciones de lealtad no pueden emitirse por sociedades anónimas no cotizadas, por sociedades de responsabilidad limitada o por cualquier otra tipología jurídica societaria.

4.3. Previsión estatutaria

El legislador español establece que la sociedad anónima cotizada podrá modificar la proporción entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto si establece en los estatutos la posibilidad de emitir acciones con voto privilegiado (no es automático, como en Francia). En España se requiere siempre una decisión expresa de la compañía introduciendo la figura en los estatutos sociales –sistema *opt in*– (como requiere el legislador italiano, al contrario que el francés, que si no establece nada al contrario, es posible emitirla –sistema *opt out*–). Parece un acierto que un mecanismo de control como las acciones de lealtad sea introducido con carácter dispositivo, en vez de obligatorio, puesto que cada compañía posee unas características específicas, y la facultad de decidir la organización de su estructura que más convenga a su modelo de negocio es fundamental para su óptimo desarrollo⁴⁹.

4.4. Procedimiento para su aprobación

La incorporación estatutaria de los deberes de lealtad deberá aprobarse con requisitos de *quorum* y mayoría de votos especialmente exigentes –con la finalidad de proteger al accionista minoritario–, por el contrario, se facilita su supresión, que se podrá acordar con *quorum* y mayorías menos exigentes.

Para que la junta general de accionistas pueda acordar válidamente la inclusión de la previsión estatutaria de voto doble por lealtad será necesario el voto favorable de, al menos, el 60 % del capital presente o representado en la junta si asisten accionistas que representen el 50 % o más del capital total suscrito con derecho a voto, y el voto favorable del 75 % del capital presente o representado si concurren accionistas que representen el 25 % o más del capital, lo que será en todo caso necesario, sin alcanzar el 50 %⁵⁰. Los estatutos sociales podrán elevar estas mayorías y *quorum* previstos (art. 527 quáter LSC), pero nunca disminuirlos.

⁴⁹ Sáez Lacave (2011, p. 11): «La libertad contractual debería amparar la decisión de los socios de elegir la estructura de propiedad y los ajustes de capital que mejor se avengan a sus intereses».

⁵⁰ En el anteproyecto el límite del artículo 527 quater era diferente. Para su aprobación era necesario el voto favorable de al menos dos tercios del capital presente o representado en la junta si asisten accionistas que representen el 50 % o más del capital total suscrito con derecho a voto, y el voto favorable del 80 % del capital presente o representado si concurren accionistas que representen el 25 % o más del capital, lo que será en todo caso necesario, sin alcanzar el 50 %.

Establecer una mayoría reforzada parece una medida adecuada porque los mecanismos de control que depositan gran parte del poder de decisión en manos de un grupo reducido de socios pueden derivar en excesos que dejen a un lado los intereses de los accionistas minoritarios⁵¹. A pesar de que parece una medida pertinente, la forma de materializarla es mejorable.

La redacción de la ley es confusa, pues no distingue entre primera y segunda convocatoria de la junta general. Relacionándolo con el artículo 194 de la LSC, que regula los quorum de asistencia para la constitución de la junta, se infiere que el primer quorum de asistencia se refiere a la primera convocatoria (50 %) y el segundo (25 %) a la segunda. Interpretado esto, se observa que el reforzamiento no se produce en el quorum de asistencia sino en el quorum de votación. Si en los supuestos ordinarios una vez constituida válidamente la junta basta la mayoría simple o absoluta, según los casos, para tomar acuerdo (salvo el caso del art. 201.1 LSC, que exige el 66,66 %), aquí será necesario en primera convocatoria el 60 % de los votos y en segunda convocatoria el 75 % de esos mismos votos.

La propuesta, tal y como está formulada, es equivocada. Si lo que se pretende reforzando el quorum de votación es proteger al minoritario, evitando que la mayoría adopte el acuerdo en contra de la minoría, no parece que se consiga, pues el quorum de asistencia es el mismo que para la modificación de estatutos u otras temas trascendentales de la sociedad (aumento, reducción capital, transformación, fusión, etc.); la experiencia muestra que las cotizadas alcanzan ese quorum de asistencia en segunda convocatoria con relativa facilidad y, por tanto, una vez conseguida la válida constitución de la junta, no le será excesivamente difícil a la mayoría convencer al accionariado de la conveniencia de la medida como forma de atraer nuevos accionistas o como forma de que los actuales permanezcan en la sociedad⁵². Si de verdad lo que se quería era dificultar la creación de las acciones de lealtad, se debería haber reforzado el quorum de asistencia, aunque el de votación hubiera sido el ordinario. En las sociedades cotizadas donde el capital está muy atomizado hubiera sido difícil conseguir esa asistencia, y en las ya dominadas por un grupo o una familia o núcleo duro de accionistas, si no llegan a esas cifras, también se dificulta la adopción del acuerdo. Tal y como está definido es una medida aparentemente severa sin influencia real; el reforzamiento del artículo no es tal, parece una medida de apariencia para poner un límite sin querer limitar.

Otro tema es intentar atisbar la motivación del legislador para poner dificultades a la emisión de una figura por parte de las empresas del mercado, cuando ha introducido el legislador voluntariamente la figura sin estar obligado a incorporarla.

En nuestra opinión, la legislación, aunque mal redactada, tiene los resultados deseados, porque se debe facilitar la utilización de esta figura, y cada empresa debe decidir emitir las o no según su estrategia corporativa futura.

⁵¹ Vid. Bebchuk (1999).

⁵² Vid. García Valdecasas (2019).

4.5. Renovación o extinción

La empresa, imperativamente, debe proceder a la renovación de la previsión estatutaria del voto doble de las acciones de lealtad a los cinco años desde su aprobación por la junta general de accionistas, y con los mismos requisitos para su creación, establecidos en el artículo 527 quater de la LSC⁵³. De no lograrse tales quorum, o las mayorías reforzadas exigidas, se extinguirán (art. 527 sexies LSC).

4.6. Procedimiento para su eliminación

Las mayorías necesarias para establecer la eliminación de la previsión estatutaria de la figura es mucho más laxa. La eliminación de la previsión estatutaria de voto doble por lealtad podrá acordarse en cualquier momento por la junta general con los quorum y mayorías no reforzados previstos en el artículo 201.2 de la LSC. En el caso de que hubieran transcurrido más de 10 años desde la fecha de aprobación de la previsión estatutaria por la junta general de las acciones con voto doble por lealtad, para su eliminación no se tendrán en cuenta, en el cómputo de quorum y mayorías necesarios, los derechos de voto dobles (art. 527 sexies LSC).

4.7. Computo del voto doble por lealtad

Salvo disposición estatutaria en contrario, los votos dobles por lealtad se tendrán en cuenta a efectos de determinar el quorum de las juntas de accionistas y del cómputo de las mayorías de voto necesarias para la adopción de acuerdos. Según lo establecido en el artículo 527 quinquies de la LSC, el voto doble de lealtad es doblemente privilegiado, pues se tiene en cuenta tanto para fijar los quorum de asistencia como para fijar los quorum de votación. No solo atribuyen un voto doble, que es lo aparentemente pretendía la ley y la directiva, sino que adicionalmente atribuyen un privilegio en cuanto al capital de la sociedad; si se tiene en cuenta para determinar el capital asistente, no solo se le atribuye una ventaja de voto, sino también una ventaja en cuanto al capital, que será el valor nominal de la acción. Esta disposición puede ser modificada en estatutos, aunque es la redacción legal establecida por defecto.

Quizás lo más adecuado es que el voto adicional que se atribuye a la acción de lealtad se limite al acto de votar, pero no se compute para determinar el capital asistente a la junta, pues ello puede desvirtuar la forma de computar el capital social asistente a la junta para la adopción de toda clase de acuerdos. Incluso puede provocar que los accionistas que no dispongan de ese voto de lealtad tengan un mayor desapego de la sociedad, al saber que

⁵³ Este primer párrafo no estaba recogido en el anteproyecto. Se incluye en el informe de la ponencia (Congreso de los Diputados. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 3 de marzo de 2021, p. 23).

ni su capital nominal, ni su derecho de voto podrá influir en las votaciones de las juntas generales de las sociedades cotizadas que incorporen este tipo de acciones.

4.8. Libro registro especial de acciones con voto doble

La legislación obliga a la sociedad emisora a crear un libro registro especial de acciones con voto doble por lealtad⁵⁴. Para obtener la atribución del derecho de voto doble, el accionista deberá solicitar su inscripción en el libro registro especial, indicando el número de acciones respecto de las que pretende el reconocimiento del derecho de voto doble, y mantener la titularidad de ese número de acciones ininterrumpidamente durante un periodo mínimo de dos años desde la fecha de inscripción.

El socio que alcance las condiciones para obtener un voto doble en la junta de accionistas deberá comunicar y justificar ante la sociedad, para su debida constancia en el libro registro, cualquier transmisión de acciones que minore el número de votos por lealtad inscritos a su nombre. La sociedad deberá facilitar la información que conste en este libro registro a cualquier accionista que lo solicite. El accionista inscrito en el libro registro especial podrá comunicar a la sociedad en cualquier momento su renuncia total o parcial al voto doble que pueda corresponderle.

El libro registro especial de acciones de voto doble, como los demás obligatorios, deberá ser electrónico, de necesaria legalización en el Registro Mercantil y de carácter público, lo que permitirá conocer tanto los derechos de voto existentes en cada momento como los cambios que puedan sufrir esos derechos⁵⁵.

El artículo 527 septies.3 de la LSC califica a los accionistas que poseen el voto doble como «accionistas privilegiados», denominación errónea que debería ser evitada por dos razones: porque da a entender que es una clase de acciones, cuando no es, y porque se asemeja a la terminología de las emisiones con privilegios en el derecho económicos.

4.9. Voto doble por lealtad en sociedades que soliciten la admisión a negociación en un mercado regulado

Las sociedades que soliciten la admisión a negociación de sus acciones en un mercado regulado podrán incluir en sus estatutos sociales, con efectos desde la fecha de admi-

⁵⁴ La creación del mencionado libro debería disponerse en la misma previsión estatutaria de generación de las acciones de voto doble. *Vid.* Fernández Torres (2021).

⁵⁵ *Vid.* Peñas Moyano (2022, p. 13).

sión a cotización de sus acciones, la atribución de voto doble por lealtad mediante acuerdo adoptado con las mayorías de constitución y votación, creando asimismo el libro registro especial de acciones con voto doble.

Los accionistas que acrediten la titularidad ininterrumpida de acciones durante el periodo mínimo de dos años podrán inscribirse en el libro registro especial con anterioridad a la fecha de admisión a cotización (art. 527 octies LSC). En tal caso, los accionistas que aparezcan inscritos en el libro registro especial tendrán atribuido el doble voto respecto de las acciones a que se refiera la inscripción y desde la fecha misma de admisión a negociación de las acciones.

4.10. Cómputo y acreditación del periodo de lealtad

La solicitud de inscripción en el libro registro especial deberá ir acompañada de un certificado que acredite la titularidad de las acciones expedido por la entidad encargada del registro de anotaciones en cuenta (art. 527 nonies LSC).

Con anterioridad a la finalización del plazo de legitimación anticipada previo a una reunión de la junta general, el accionista inscrito en el registro especial de acciones con voto doble deberá acreditar la titularidad del número de las acciones con doble voto durante un periodo mínimo ininterrumpido de dos años computados desde la fecha de su inscripción. La acreditación se llevará a cabo mediante la aportación de un certificado expedido a tal efecto por la entidad encargada del libro registro de anotaciones en cuenta.

Las sociedades cotizadas cuyos estatutos contemplen la atribución de voto doble deberán incorporar a su página web información permanentemente actualizada sobre el número de acciones con voto doble existentes en cada momento y aquellas acciones inscritas pendientes de que se cumpla el periodo de lealtad fijado estatutariamente. Igualmente, las sociedades cotizadas cuyos estatutos contemplen la atribución de voto doble deberán notificar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la misma información.

4.11. Transmisiones de las acciones por el accionista con voto doble

El voto doble por lealtad se extinguirá como consecuencia de la cesión o transmisión, directa e indirecta, por el accionista del número de acciones, o parte de ellas, al que está asociado el voto doble, incluso a título gratuito, y desde la fecha de la cesión o transmisión.

No obstante, y salvo disposición estatutaria en contrario, el voto doble por lealtad beneficiará también al adquirente del número de acciones al que esté asociado el voto doble

si la transmisión de las acciones se produce por cualquiera de las siguientes causas, siempre y cuando ello se acredite ante la sociedad una de las tres condiciones establecidas en artículo 527 decies de la LSC:

- a) Sucesión *mortis causa*, atribución de acciones al cónyuge en caso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, disolución de comunidad de bienes u otras formas de comunidad conyugal, como la donación entre cónyuges, personas ligadas por análoga relación de afectividad o entre ascendientes y descendientes, excepto cuando se trate de accionistas de control, en cuyo caso se someterá a votación la condición de accionista con voto doble en los términos que se determinen estatutariamente.
- b) Cualquier modificación estructural, ya se refiera a la sociedad accionista titular de acciones con voto doble, ya se refiera a la sociedad emisora de las acciones de lealtad siempre que, en este último caso, la sociedad resultante de la modificación estructural contemple en sus estatutos las acciones con voto doble.
- c) Transmisión entre sociedades del mismo grupo.

El voto adicional por lealtad beneficiará automáticamente a las acciones asignadas gratuitamente con ocasión de ampliaciones de capital en relación con acciones con voto de lealtad que ya se posean.

5. Motivaciones de cada una de las legislaciones

5.1. Motivaciones de la regulación italiana

La regulación de la figura en Italia intenta satisfacer tres tipos de intereses económico-financieros del gobierno que en ese momento emitió la norma. El primero es el intento del Estado de reducir su participación económica en empresas importantes sin perder el control, como ocurrió en los casos de Enel, Eni y Finmeccanica⁵⁶.

El segundo es el intento del legislador italiano de evitar la huida de grandes grupos empresariales para que no cayeran en manos de inversores extranjeros, como sucedió en el caso de Chrysler-Fiat, cuando su sede se trasladó en 2014 a los Países Bajos, perdiendo la familia Agnelli el control de la sociedad. La compañía italiana Chrysler-Fiat era propiedad de la familia Agnelli, y a través de la sociedad *holding* Exor controlaba muchas otras compañías, entre ellas Ferrari, el grupo The Economist y el club de fútbol Juventus. La familia

⁵⁶ Vid. Gandía Pérez (2016a, nota 32).

Agnelli es un claro exponente del nivel de concentración que presenta el control de las empresas en el mercado italiano⁵⁷. Las voces más críticas con las acciones de lealtad sostienen que el riesgo de fuga de los capitales extranjeros aumenta con el excesivo fortalecimiento de la posición de control de los grupos familiares⁵⁸.

El tercer motivo que parece haber movido al legislador italiano es un afán proteccionista, como puede observarse en el caso MFE (resultado de la fusión de Mediaset Italia y Mediaset España). Las acciones de lealtad en la sociedad MFE permiten, a los actuales accionistas de ambas sociedades, ejercer un poder reforzado por el hecho de haber permanecido durante varios años en su estructura accionarial. Este blindaje beneficiaba notablemente al principal accionista de la compañía, la familia Berlusconi. De acuerdo con los acuerdos de fusión, la familia Berlusconi pasaba a controlar el 35 % del capital de MFE, pero con el doble de derechos de voto: a los cinco años se hacía con más del 50 % de los derechos de voto de la compañía⁵⁹.

⁵⁷ El traslado de la compañía italiana Chrysler-Fiat a Países Bajos en 2014 ha sido calificado como una de las razones de fondo de la enmienda legislativa italiana por Ventoruzzo (2015, p. 3).

⁵⁸ *Vid.* Cariello (2015) y Gandía Pérez (2016, p. 177).

⁵⁹ Vivendi, SA –socio minoritario de Mediaset España, SA– interpuso demanda de impugnación de acuerdos sociales en la que solicitaba la nulidad de todos los acuerdos adoptados en la junta extraordinaria de Mediaset de 4 de septiembre de 2019 relativos a la fusión tripartita transfronteriza entre la sociedad española, Mediaset Italia y la matriz holandesa, solicitando la suspensión cautelar de los referidos acuerdos. El Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid, de 10 de octubre de 2019 estimó parcialmente la demanda y acordó la suspensión cautelar de estos acuerdos. Presentado por Mediaset España recurso de apelación contra este auto, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) dictó Auto de 14 de febrero de 2020 por el que confirmaba el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid. El 6 de febrero de 2020, Mediaset solicita de este juzgado que declare el sobreseimiento parcial de las acciones ejercidas por el socio minoritario relativas al carácter abusivo de los acuerdos relativos a la fusión, debiendo continuarse el procedimiento únicamente respecto de la infracciones de ley invocadas por este socio en su escrito de demanda. Pues bien, en el Auto de 28 de julio de 2020, el magistrado recoge la estructura que se hubiera puesto en funcionamiento de prosperar la fusión; existirán tres clases de acciones especiales de voto múltiple. Las acciones especiales de voto A, con tres derechos de voto, bien por asignación inicial tras la fusión o bien por el transcurso de tres años de permanencia en el accionariado. Las acciones especiales de voto B, con cinco derechos de voto, bien por el transcurso de dos años de permanencia en el accionariado tras la asignación inicial tras la fusión o cinco años de permanencia para nuevos accionistas. Las acciones especiales de voto C, con 10 derechos de voto, bien por el transcurso de cinco años de permanencia en el accionariado tras la asignación inicial tras la fusión u ocho años de permanencia para nuevos accionistas. Si se hubiera ejecutado la fusión, de forma consecutiva, transcurridos dos años desde la tenencia ininterrumpida de las acciones de la clase A, el socio podría acceder a las acciones de la clase B y, tras otros tres años, a las de la clase C. Como se indica en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 32/2020, de 14 de febrero, de haberse ejecutado la fusión, la evolución de la estimación del voto a 2 años y 30 días y de 5 años y 30 días, esto es, teniendo en cuenta las acciones especiales de voto B y C, es la siguiente: con las acciones especiales de voto B, Fininvest (sociedad familiar que controla el grupo Mediaset) pasaría a tener el 53,2 %, y con la acciones especiales de voto C, el 56,35 %, frente al 34,56 % y al 36,85 %, respectivamente, de Vivendi. Lo que supondría tener la mayoría absoluta de los votos.

5.2. Motivaciones de la regulación francesa

La regulación llevada a cabo en Francia tiene una doble motivación. La primera es el intento del Estado de reducir su participación económica en empresas relevantes sin perder el control, como ocurrió con Renault⁶⁰. La proteccionista regulación de las acciones de lealtad ha servido al Estado francés para controlar un porcentaje elevado de los derechos de voto de varias compañías en las que participa⁶¹.

En segundo lugar, el legislador francés intenta incrementar la influencia de los accionistas antiguos, frente al poder de los inversores –y fondos– centrados en favorecer políticas cortoplacistas⁶².

5.3. Motivación de la regulación española

Las acciones de lealtad son una fórmula pensada para premiar la permanencia de los accionistas en las empresas⁶³.

El preámbulo de la Ley 5/2021 (apartado I) parte del axioma de que las estrategias de inversión cortoplacistas tienden a afectar negativamente al potencial desarrollo sostenible de las sociedades cotizadas. Por un lado, la presión por generar y distribuir beneficios financieros en el corto plazo presiona a las direcciones de las empresas cotizadas a centrarse excesivamente en los resultados financieros trimestrales. Al centrarse fundamentalmente en maximizar los resultados financieros en el corto o muy corto plazo, las sociedades cotizadas adoptan en numerosas ocasiones estrategias corporativas que solo persiguen revalorizar sus acciones lo antes posible. «Este tipo de estrategias y medidas genera beneficios financieros efímeros, que sin embargo pueden perjudicar la sostenibilidad futura de la sociedad cotizada y de sus accionistas, trabajadores, acreedores y clientes». En el mismo apartado I del preámbulo se establece otro problema, pero siempre desde la motivación de la eliminación del cortoplacis-

⁶⁰ Vid. The Economist: «Shareholders rights in Europe short-term or short-changed?», 2 de mayo de 2015.

⁶¹ A finales de junio de 2015, 28 compañías del CAC 40 poseían derechos de voto doble. La actuación del estado de promocionarlas se encuadra en una política destinada a «promover el crecimiento a largo plazo de compañías en sectores estratégicos para Francia». Vid. APE (2015, p. 20).

⁶² Vid. Rontchevsky y Torck (2014, p. 363).

⁶³ En España, hasta la inclusión de las acciones de lealtad, solo está vigente una emisión de acciones con voto plural, la de Amadeus, con domicilio social fuera de España, aunque con actividad empresarial en nuestro país. La sociedad Amadeus posee 598.000.000 acciones privilegiadas, de un céntimo de euro de valor nominal (clase A), y por 171.443.700 acciones ordinarias, de diez céntimos de euro de valor nominal (clase B). Cada acción confiere a su titular el derecho a un número de votos proporcional a su valor nominal; en consecuencia, cada acción de la clase A dará derecho a un voto, mientras que cada acción de la clase B dará derecho a diez votos (Vid. Amadeus Global Travel Distribution, SA: Estatutos, art. 6).

mo: otro potencial efecto adverso de las estrategias de inversión cortoplacistas radica en que influyen en la sociedad cotizada para que se centre esencialmente en el rendimiento financiero en beneficio exclusivo de sus accionistas. Los demás objetivos no financieros de la sociedad cotizada y los intereses de trabajadores y otros grupos de interés pasan así a un segundo plano de la estrategia corporativa. «Por el contrario, las estrategias de inversión a largo plazo integran de forma natural otros objetivos no financieros, como el bienestar de los trabajadores y la protección del medio ambiente, garantizando la sostenibilidad de las empresas en el largo plazo. Y es que aquellas empresas viables en la sociedad y en el medio ambiente son también más sostenibles económicamente en el medio y largo plazo»⁶⁴.

En consonancia con todo lo anterior, en el apartado VIII del preámbulo se afirma que, al introducir en nuestro derecho societario las acciones de lealtad, el legislador establece «un mecanismo que puede ser utilizado para incentivar a los accionistas a mantener su inversión en la sociedad en el largo plazo y reducir presiones cortoplacistas sobre la gestión de las empresas».

Por tanto, la motivación del legislador al permitir su emisión es única. A través de esta medida, el legislador pretende fomentar la implicación de los accionistas en el gobierno corporativo de las empresas, así como contribuir a la generación de valor a largo plazo, protegiendo a los administradores de posibles presiones de inversores cortoplacistas.

De esta forma, al contrario que los gobiernos italianos y franceses, la regulación de 2021 no tiene ninguna motivación proteccionista de mantener control de empresas antes públicas, ni de proteger la deslocalización de empresas españolas⁶⁵. Existen muchas empresas antes públicas en las que el Estado no ha mantenido el control y otras que han dejado la domiciliación española, e incluso varias como Iberia, que han pasado por los dos estadios, primero pública, luego privada y por último deslocalizada. Las acciones de lealtad podrían haber sido una buena medida para frenar ambas situaciones.

Esta motivación es la que han seguido las dos únicas empresas españolas que han adoptado los acuerdos de emitir acciones de lealtad. Tras dos años de su entrada en vigor, únicamente una empresa cotizada del mercado español ha incorporado la posibilidad de emitir acciones de lealtad en sus estatutos: Grenergy Renovables y Audax Renovables.

Tanto Grenergy como Audax son sociedades anónimas, que cotizan en el Mercado Continuo de la Bolsa de Madrid, y están controladas por un accionista: en la primera David Ruiz

⁶⁴ Igualmente, se afirma que este «capitalismo trimestral» (en referencia a la presión por maximizar los resultados financieros en cada uno de los informes financieros trimestrales) tiene efectos sobre el crecimiento económico, el empleo y la productividad del capital: «La crisis financiera de 2008 es, entre otros factores, el resultado de una visión excesivamente cortoplacista de la economía».

⁶⁵ El legislador español no está pensando en garantizarse una parte de control público en privatizaciones ni en deslocalización, pero tampoco en fusiones como la de CaixaBank-Bankia.

de Andrés, que posee el 53 % del capital, mientras que en la segunda José Elías Navarro, el 75%. Las acciones de lealtad permiten a ambos accionistas lanzar ampliaciones de capital o colocaciones en Bolsa sin perder sus poder.

En el informe que formuló el consejo de administración de Grenergy, justificativo de la modificación de estatutos sociales a que se refería el punto quinto del orden del día de la junta general ordinaria de accionistas, convocada para el día 29 de junio de 2021, en primera convocatoria, se decía:

Las razones principales que apoyan la propuesta parten del estado en que se encuentra la compañía y la estructura de su capital. Grenergy es una sociedad en pleno crecimiento, con aumentos muy relevantes cada año del importe neto de la cifra de negocios, del Ebtida y de los beneficios. Estos crecimientos se basan en una estrategia de la compañía que se viene dando desde su fundación, estrategia diseñada y apoyada por su accionista mayoritario. Además, el negocio que desarrolla es muy exigente en los requerimientos de capital, pues la Sociedad debe acompañar el crecimiento con importantes inversiones. Esto aconseja tener la compañía en disposición de realizar operaciones de ampliación de capital u otras operaciones corporativas que le ayuden al crecimiento, manteniendo los elementos que hasta el momento han contribuido a ese crecimiento. El Consejo de Administración considera, en consecuencia, que la adopción de las acciones de lealtad favorecerá esas operaciones corporativas y contribuirá a una mayor predisposición del accionista mayoritario a su dilución en el capital, y al mismo tiempo asegurará la línea de crecimiento que ha seguido hasta el momento.

En cuanto a Audax Renovables, de acuerdo al texto aprobado por la junta de accionistas, otorga dos derechos de voto por cada acción. Y justifica la introducción de esta figura para «fomentar la implicación a largo plazo de los accionistas». En la convocatoria de la junta aparece que

es un mecanismo con el que se busca proteger a las sociedades cotizadas e impulsar la consecución de objetivos a largo plazo a la vez que desincentiva las inversiones a corto plazo que condicionan la estrategia de crecimiento sostenible y rentabilidad de las sociedades cotizadas a largo plazo. En este sentido, se pretende con su introducción reforzar el peso de los accionistas estables e incentivar su permanencia en la sociedad con la idea de que la sociedad sea gestionada con la vista puesta en el largo plazo y que mantenga un negocio sostenible en el tiempo.

6. Ventajas de las acciones de lealtad

Es posible identificar siete ventajas teóricas de la utilización de las acciones de lealtad: una para atenuar el cortoplacismo, dos de tipo proteccionista y cuatro más de tipo financiero.

La primera ventaja es la pretendida por el legislador español (también por las legislaciones francesa e italiana), pues promueve la estabilidad del accionariado, con el control de grupos de capital consolidados, así como la implantación de políticas más sólidas a largo plazo. El objetivo explicitado por el legislador español (apartado VIII del preámbulo de la Ley 5/2021) es paliar los efectos negativos que en la gestión de las empresas está teniendo la cada vez menor permanencia de los accionistas en el capital. La sensibilidad hacia el tema tiene su origen en la preocupación de las autoridades comunitarias (Introducción Directiva 2017/828, L 132: 3) por el aumento de la gestión de las compañías basada en el corto plazo, provocada por los intereses de determinados grupos inversores que influyen sobre los gestores de las sociedades para obtener beneficios inmediatos a costa de sacrificar el interés a largo plazo del accionariado más tradicional. Con esta medida legislativa se puede incentivar a los accionistas a mantener sus inversiones a largo plazo⁶⁶, y al mismo tiempo contribuir a que los administradores actúen persiguiendo el interés social, la estabilidad societaria, la gestión prudente y las políticas largoplacistas.

Pero esta no es la única ventaja teórica de la utilización de las acciones de lealtad, identificamos otras dos, explicitadas por otras legislaciones europeas, aunque no por la española, ambas de carácter proteccionista:

- Pueden servir a los accionistas de control para reforzar su posición sin coste (pretendida por la legislación francesa e italiana). Los sujetos potencialmente más beneficiados serían el Estado, para mantener su control en compañías públicas privatizadas, y determinadas familias propietarias tradicionales tras la entrada de nuevos inversores en su capital.
- Relacionado con el anterior, intenta proteger el gobierno frente a inversores extranjeros, lo que puede evitar que escapen del país grandes grupos empresariales (pretendida por la legislación italiana).

Además de las analizadas en las legislaciones española, francesa e italiana, existen otras cuatro ventajas teóricas, todas ellas basadas en criterios financieros.

- Incentiva la entrada de nuevos recursos financieros, al incorporar un instrumento de inversión-financiación con características diferentes a los ya existentes. Esta idea se basa en que los títulos de las empresas están en competencia directa con títulos de otras empresas para conseguir fondos y para ser más valorados. Por tanto, está derivada de la innovación financiera y del marketing financiero, para diversificar a los potenciales titulares de acciones. El marketing financiero genera soluciones a problemas del mercado y las empresas que lo componen. Las ac-

⁶⁶ La doctrina defiende que la utilización de la figura favorece la estabilidad accionarial bajo el control de grupos de accionistas consolidados, así como la implantación de políticas sólidas a largo plazo y la consecución del interés social. *Vid. Álvaro et al. (2014).*

ciones de lealtad pueden ser un instrumento fundamental para edificar un equilibrio societario de poderes sin necesidad de emitir clases de acciones sin voto o con privilegios en el derecho de voto (que en muchos países están limitados o prohibidos). En concreto, algunos inversores potenciales elegirán los títulos de una empresa que estatutariamente tenga reconocido el voto doble si mantiene la cartera durante el plazo establecido, respecto a otros títulos, igualmente ofrecidos en el mercado financiero, pero en el que sus emisores no tengan establecido esta disposición estatutaria.

- Fomenta la transparencia e incentiva la salida a Bolsa de sociedades con buenas perspectivas de crecimiento, manteniendo los fundadores el poder de control o de decisión. Esto puede ser especialmente interesante en negocios tecnológicos, en los que la reputación, prestigio y capital intelectual de los promotores constituye el factor clave para el desarrollo empresarial⁶⁷.
- Favorece una mayor estabilidad bursátil, puesto que se reduce la volatilidad de los precios.
- Fomenta la competencia entre las bolsas de valores, al permitir invertir en instrumentos similares anteriormente existentes en otros mercados bursátiles.

7. Desventajas de las acciones de lealtad

A pesar de todas las ventajas teóricas, gran parte de la doctrina se ha posicionado en contra de la incorporación en nuestra legislación de las acciones de lealtad en las sociedades cotizadas españolas, al no resultar necesarias ni eficaces para el cumplimiento de los fines que pretende el Gobierno, y, además, generar diversos perjuicios para las empresas y el mercado de valores en España⁶⁸.

Para esta doctrina, al permitir que las acciones de lealtad sean adoptadas por las sociedades cotizadas, existe un mayor riesgo de oportunismo de los administradores y socios de control, no solo por los mayores problemas de acción colectiva que afrontan los accionistas minoritarios en una sociedad cotizada, sino también por los menores incentivos que tendrán los socios de control para implementar la solución que resulte más deseable para todos.

Basándose en la experiencia en otros países, parte de la doctrina⁶⁹ afirma que no se ha demostrado que un mecanismo que introduce asimetría en la relación entre propiedad y

⁶⁷ Gandía Pérez (2016a) se refiere a las operaciones de Google y Facebook.

⁶⁸ Los argumentos para intentar evitar que el legislador finalmente incluyera la figura fueron recogidos por Fernández Torres (2017).

⁶⁹ *Vid.* García Valdecasas (2019).

voto, y una alteración de la democracia accionarial, sea instrumento útil para aumentar el dinamismo del mercado o reforzar su transparencia, incluso que sirva para aumentar la implicación del accionista en la gestión de la empresa.

A continuación se amplían los argumentos doctrinales para afirmar la innecesaria incorporación de las acciones de lealtad a la legislación mercantil en España.

7.1. Inexistente problema de cortoplacismo

El principal argumento esgrimido por el legislador español para implementar las acciones de lealtad consiste en promover la maximización a largo plazo del valor de la compañía, evitando así las presiones cortoplacistas. Este argumento está basado en la existencia de un cortoplacismo, que, según la doctrina estadounidense más influyente⁷⁰, es solo una ilusión. Si no parece existir cortoplacismo en Estados Unidos, donde la mayor dispersión del accionariado y la mayor presencia de inversores institucionales provocan que las sociedades cotizadas estén más expuestas a las presiones, todavía con menos motivo existirá cortoplacismo en España.

7.2. No es necesariamente positivo dar más poder a los accionistas de control

La duplicación del voto supondrá una mayor acumulación de poder en los accionistas de control –ya de por sí muy poderosos–, lo que puede favorecer la consecución de los intereses particulares y redundar en una gestión abusiva y negligente. Con esta medida se incrementa el riesgo de atrincheramiento y oportunismo de los socios de control, perjudicando de esta manera la tutela de los accionistas minoritarios y, con ello, el atractivo de las empresas y los mercados de valores.

En consecuencia, no solo existirán menores posibilidades de que un potencial inversor externo proponga cambios que resulten deseables o, si obtuviera el control, implementara una estrategia empresarial potencialmente superior, sino que, además, agravará el riesgo de que los accionistas mayoritarios puedan realizar determinadas conductas oportunistas en perjuicio de los minoritarios⁷¹.

⁷⁰ Vid. Roe (2013 y 2018).

⁷¹ Las prácticas de *tunneling* se producen cuando un accionista mayoritario, o un ejecutivo de alto nivel dentro de la compañía, orienta los activos o negocios de la compañía para conseguir una ganancia personal. Actuaciones como compensaciones excesivas, desvíos en el pago de dividendos, ventas de activos a precios infravalorados, y autopréstamos, son ejemplos de prácticas consideradas como *tunneling*. Vid. Johnson et al. 2000.

Derivado de ello, posibles accionistas minoritarios se pensarán mucho si invertir o no en una compañía española que tenga establecido en estatutos la existencia de acciones de lealtad⁷², máxime, cuando, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones, los accionistas minoritarios de las sociedades españolas: (a) no pueden nombrar en la práctica a ningún consejero (salvo que tengan la mayoría necesaria para hacerlo a través del sistema de representación proporcional, que es algo improbable en una sociedad cotizada), como sí se permite en Italia; (b) no tienen el poder de aprobar transacciones con partes relacionadas, como sí acontece en Israel o Hong Kong; (c) no pueden bloquear el nombramiento de los consejeros independientes aprobados por la junta general, tal y como ocurre en Reino Unido; y (d) no tienen a su disposición los mecanismos de protección de mercado y procesales que existen en Estados Unidos. Por tanto, la implementación de acciones de lealtad provoca un mayor riesgo de oportunismo de las personas que, debido a su posición dentro de los órganos de dirección, gozan del conocimiento de información privilegiada y de las decisiones presentes y futuras de una empresa, perjudicando de esta manera la confianza de los inversores y, con ello, la financiación de empresas y el desarrollo del mercado de valores.

Parte de la doctrina⁷³ considera que dar más poder a los accionistas de control con acciones de lealtad es una medida innecesaria, ineficaz y no contribuye a los objetivos pretendidos por el Gobierno, sino que, de hecho, puede perjudicar la financiación de empresas, el desarrollo del mercado de valores y el gobierno corporativo de las empresas españolas.

De igual forma, también hay autores⁷⁴ que alegan que beneficiar expresamente a los accionistas a largo plazo podría perjudicar el valor de la compañía, sobre todo aquellas que realicen transacciones con acciones propias. Incluso, puede ocurrir que reforzar el poder de los accionistas de control, con la existencia de acciones de lealtad, obstaculice la realización de actividades cortoplacistas beneficiosas para la entidad⁷⁵.

7.3. Falta de efectividad de las acciones de lealtad para involucrar más a los accionistas

Parte de la doctrina considera que las acciones de lealtad no son eficaces para promover la involucración de los accionistas⁷⁶, por lo que esta figura no soluciona el hipotético problema de la pasividad racional de los accionistas minoritarios. La pasividad o apatía racional

⁷² Estos argumentos, y la relación comparativa con otros ordenamientos, son ofrecidos por Gurrea Martínez (13 de junio de 2019).

⁷³ Vid. Gurrea Martínez (13 de mayo de 2016).

⁷⁴ Vid. Fried (2015).

⁷⁵ Vid. Fernández Torres (2017, p. 182).

⁷⁶ Vid. Fernández Torres (2019).

se produce cuando el coste que tiene para el accionista conseguir o analizar la información societaria para emitir su voto de forma fundamentada es superior a los beneficios que de ello se extrae, tanto más cuanto su capacidad de influencia en la sociedad es muy reducida.

Tres son los principales motivos que provocan esta pasividad racional: accionistas con participación escasa en la compañía, accionistas diversificados y altos costes para coordinarse con otros accionistas que dificultan que las decisiones de los accionistas sean influyentes. Como consecuencia de los tres factores anteriores, es frecuente que muchos accionistas minoritarios no participen en el gobierno de la compañía. Los costes de involucrarse –en términos de tiempo, información, asesoramiento y coordinación–, aunque se redujeran por el legislador, serían superiores a los beneficios que podrían obtener los titulares. Por tanto, será racional adoptar una actitud pasiva en el gobierno de la compañía⁷⁷.

En la medida en que las acciones de lealtad favorecen por igual a mayoritarios y minoritarios, y, por tanto, no incrementan el poder relativo de estos últimos, los incentivos de los minoritarios a involucrarse en el gobierno de una compañía no se verán alterados por la implementación de acciones de lealtad. En consecuencia, la adopción de estas acciones constituye un mecanismo poco efectivo para lograr la implicación de los accionistas.

7.4. Existen medidas alternativas más eficaces para involucrar más a los accionistas

Los legisladores europeos y nacionales están preocupados con las estrategias de inversión cortoplacistas, pues contrastan con el objetivo fundamental de un buen gobierno corporativo: el desarrollo de políticas a largo plazo que mantengan un negocio sostenible en el tiempo. No obstante, la sostenibilidad a largo plazo puede promoverse mediante la adopción de otras medidas distintas: (a) actuando sobre la remuneración de los administradores de tal manera que se alineen los intereses de los administradores con los de la sociedad y los socios, (b) fomentando la transparencia informativa y (c) adoptando incentivos fiscales que tengan en cuenta el perfil del inversor y desincentiven la especulación⁷⁸.

Por tanto, si lo que el legislador pretende es fomentar la involucración de los socios en la gestión de la sociedad, quizás hubiera sido más efectivo introducir medidas que favorecieran el control de los socios sobre la gestión y administración social, y no la concesión

⁷⁷ Una alternativa peligrosa es que los inversores minoritarios recurran a asesores de voto (*proxy advisor*), cuyos intereses pueden ser contrarios a los planteamientos largoplacistas de la compañía. Los asesores de voto prestan servicios relativos al ejercicio de voto (emisión de recomendaciones y elaboración de informes), pero también ofrecen otros servicios accesorios (alerta de excesos de participaciones significativas, coordinación de acciones judiciales colectivas y plataforma de delegación de voto).

⁷⁸ Para Fernández Torres (2019).



de mayores derechos de voto por el simple hecho de permanecer en la sociedad durante un determinado periodo de tiempo.

8. Conclusiones: propuestas de mejora legislativa

El objetivo esencial que se persigue con la introducción de las acciones de lealtad es que nuestro régimen societario, y en definitiva nuestro mercado bursátil, ofrezca las mismas opciones de inversión-financiación que permiten otras legislaciones europeas (apartado VIII del preámbulo de la Ley 5/2021).

Este objetivo ha sido conseguido porque el legislador español recoge un régimen similar al que cuentan desde años países como Francia e Italia. Es más, la regulación de las acciones de lealtad en España es una mezcla de la establecida en ambos países para elegir la que el legislador considera más adecuada.

Aunque el régimen que se propone es similar al introducido en Francia e Italia, la regulación de ambos no es idéntica. En Francia, la legislación establece que las empresas pueden emitirlos salvo que la junta de accionistas decida lo contrario. Por su parte, en Italia el mecanismo es el opuesto: existe la posibilidad legal, pero la junta de accionistas debe aprobar expresamente su aplicación. Por otro lado, en Francia el voto es siempre el doble, mientras que en Italia será lo que establezca la empresa entre uno y dos votos. La tabla 1 recoge las diferencias entre la regulación de las acciones de lealtad en las legislaciones española, italiana y francesa.



Tabla 1. Diferencias de la regulación de las acciones de lealtad entre las legislaciones española, italiana y francesa

	Italia	Francia	España
Año de la regulación	2014	2014	2021
Motivación de la legislación	<ul style="list-style-type: none"> • Evitar huida de grandes grupos nacionales al extranjero • El Estado reduzca participación en empresas sin reducir el control • Protección de accionistas antiguos, frente a inversores centrados en favorecer políticas cortoplacistas 	<ul style="list-style-type: none"> • El Estado reduzca participación en empresas sin reducir el control • Protección de accionistas antiguos, frente a inversores centrados en favorecer políticas cortoplacistas 	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener la inversión de las sociedades a largo plazo y reducir las presiones cortoplacistas
Utilización previa antes de la incorporación a la legislación	Utilizada por las empresas antes de ser legislada	Utilizada por las empresas antes de ser legislada	No utilizada por las empresas antes de ser legislada (solo dos después)
Ámbito de aplicación	Empresas cotizadas	Empresas cotizadas	Empresas cotizadas
Calificación de las acciones	No son clases de acciones	No son clases de acciones	No son clases de acciones
Previsión estatutaria	Existe la posibilidad legal, pero la junta de accionistas debe aprobar expresamente su aplicación	La legislación establece que las empresas pueden emitir las salvo que la junta de accionistas decida lo contrario	Existe la posibilidad legal, pero solo pueden utilizarlas si se incluye en los estatutos expresamente
Votos concedidos	Entre uno o dos votos	Doble voto	Doble voto
Periodo mínimo de titularidad	Dos años	Dos años	Dos años. Los estatutos pueden aumentar este plazo, pero no disminuirlo

	Italia	Francia	España
Quorum para aprobación	2/3 en primera y segunda convocatoria de la junta de socios	2/3 de la junta de socios	60 % si asisten al menos el 50 %, y el 75 % si asisten al menos el 25%
Excepciones al derecho subjetivo (Salvo previsión estatutaria en contra)	<ul style="list-style-type: none"> • Sucesión • Fusión • Escisión 	<ul style="list-style-type: none"> • Sucesión • Modificaciones estructurales 	<ul style="list-style-type: none"> • Sucesión • Modificaciones estructurales • Transmisión entre sociedades del grupo
Dividendo de lealtad	Prohibido	Permitido	Prohibido
Utilización en sociedades no cotizadas	Permitida	Prohibida	Prohibida
Clases de acciones	Permite acciones sin voto. Prohibe las acciones con voto plural, aunque las empresas si las utilizaban	Permite acciones sin voto. Prohibe las acciones con voto plural, pero antes si estaban legalmente permitas	Permite acciones sin voto. Prohibe las acciones con voto plural, aunque las empresas si las utilizaban

Fuente: Elaboración propia.

Aunque la legislación española se ha servido de las anteriores para elaborar una norma adecuada, creemos necesario elaborar una serie de propuestas para mejorar la normativa española actual.

8.1. Necesidad de realizar estudios previos a la legislación

En las sociedades de capital concentrado, las acciones de lealtad favorecen que una minoría sea la que controle la sociedad, lo que si no va unido a un fuerte sistema de control de la gestión, puede generar conflictos de interés entre accionistas minoritarios y administradores y, por tanto, la consecución de intereses personales en detrimento del interés general.

El legislador español ha basado su regulación en la idea de que la atribución de un derecho de voto reforzado a accionistas largoplacistas conllevará un mayor nivel de involucración o implicación de los accionistas en la vida societaria. Sin embargo, no hay consenso en los resultados de trabajos empíricos respecto a cuatro temas que son la clave para saber la utilidad de esta figura: la existencia del problema del cortoplacismo, la relación causal entre permanencia en la sociedad y desarrollo de políticas corto o largoplacistas, ni tampoco sobre los beneficios que se derivan para la sociedad de la permanencia en ella de inversores largoplacistas o la relación riesgo/beneficio derivada de la atribución automática de un derecho de voto doble.

Los anteriores aspectos son claves para identificar el mejor modo de incorporar la figura a nuestro ordenamiento, por esta razón, el gobierno español debería haber realizado una serie de estudios previos a la incorporación de la figura. Por ejemplo, hubiera sido conveniente realizar un estudio del mercado empresarial español, donde se analizase el porcentaje de accionistas vinculados con la gestión de la compañía y el posible impacto de la medida en el mercado.

Los resultados de todos estos trabajos empíricos son imprescindibles para identificar los beneficios que se derivan de las acciones de lealtad, porque en caso de no existir, los políticos, legisladores y autores basarán sus actuaciones exclusivamente en opiniones. Tras el trabajo realizado, nuestra opinión (aunque solo es una opinión) es que claramente no siempre se cumplen dos axiomas de los que parte la legislación española. Por un lado, no toda decisión cortoplacista es siempre y necesariamente contraria al interés de la sociedad. Por el otro, la emisión de esta figura no garantiza el compromiso de los accionistas, pues la implicación de cada accionista no solo depende de los derechos de voto, sino que depende de muchos otros factores –de naturaleza económica, social y psicológica–.

8.2. Ampliar la posibilidad de emitir acciones de lealtad a las empresas no cotizadas basado en la finalidad financiera

Es posible identificar tres tipos de ventajas de la utilización de las acciones de lealtad: combatir el cortoplacismo, de tipo proteccionista y de tipo financiero.

Los dos primeros grupos de motivaciones para emitir acciones de lealtad han sido la base de la incorporación a la legislación española, francesa e italiana. La doctrina (con pareceres encontrados) ha analizado teóricamente las ventajas e inconvenientes de incorporar la figura a nuestra legislación, pero siempre centrándose en la eficacia y eficiencia de alcanzar estas motivaciones exclusivamente. Sin embargo, la doctrina no ha analizado la tercera finalidad porque los legisladores no las han explicitado como necesidades a satisfacer con sus regulaciones. En nuestra opinión, las ventajas y desventajas doctrinales sobre las dos primeras finalidades no son concluyentes y, sin embargo, es una medida positiva la incorporación legislativa para que sea posible su emisión por las sociedades cotizadas intentando satisfacer el tercer tipo de finalidades, que consiste en considerarla una alternativa de inversión-financiación interesante.

El primer tipo de finalidades es la única que tuvo en cuenta el legislador español para diseñar el instrumento, y una de las que tuvieron en cuenta la legislación francesa e italiana. La importancia de esta finalidad es que no se limita a ser relevante para inversores y emisores, sino que es trascendental para el tejido empresarial y la sociedad en general. Las acciones de lealtad pueden ser utilizadas para incentivar a los accionistas a mantener su inversión en la sociedad en el largo plazo y a reducir presiones cortoplacistas sobre la gestión de las empresas. Centrarse en la obtención de beneficios a corto puede hacer olvidar las políticas de I+D+i, de protección del medio ambiente y de maximización de beneficios para sus trabajadores. No obstante, este objetivo estará muy atenuado en las sociedades cotizadas que posean una estructura de capital muy diluida y, además, existen dudas de que el problema del cortoplacismo exista.

El segundo tipo de finalidades (perseguidas por la legislación italiana y francesa) es que los administradores o los socios de control pueden recurrir a las acciones de lealtad como mecanismo defensivo frente a las injerencias externas en el gobierno de la empresa, fundamentalmente la recapitalización sin riesgos de la pérdida de control familiar o grupal. Por ejemplo, un núcleo familiar que abra su negocio a inversores capitalistas, o unos fundadores tecnológicos que necesiten financiación externa. Relacionado con esto, la emisión de acciones de lealtad es, para la empresa emisora, una garantía de protección frente a una posible OPA hostil futura, porque el resto de acciones no podrán agruparse para designar a nuevos administradores por el sistema proporcional. Igualmente, existen otras situaciones específicas en las que puede ser adecuada la emisión de acciones de lealtad: procesos de reorganización empresarial, reconversión o industrialización, y conservación del control público de las sociedades estatales.

La tercera es derivada de la innovación financiera y del marketing financiero, en su intento de diversificar a los potenciales titulares de acciones, generando soluciones a problemas del mercado y las empresas que lo componen.

La incorporación de las acciones de lealtad a la legislación española era necesaria, pero no para aumentar la estabilidad e involucración de los accionistas, porque sobre eso hay dudas

que se consiga con la figura, ni para adaptar la legislación comunitaria, porque llega tarde y no era necesario. Con su introducción, nuestro régimen societario y, en definitiva, nuestro mercado bursátil, ofrece las mismas opciones de inversión-financiación que permiten otras legislaciones.

La incorporación de las acciones de lealtad incentiva la entrada de nuevos recursos financieros, al incorporar un instrumento de inversión-financiación con características diferentes a los ya existentes. Esta idea se basa en que los títulos de las empresas están en competencia directa con títulos de otras empresas para conseguir fondos y para ser más valorados. Las acciones de lealtad pueden ser un instrumento fundamental para edificar un determinado equilibrio societario de poderes sin necesidad de emitir clases de acciones sin voto o con privilegios en el derecho de voto (que en muchos países están limitados o prohibidos). En concreto, algunos inversores potenciales elegirán los títulos de una empresa que estatutariamente tenga reconocido el voto doble si mantiene la cartera durante el plazo establecido, respecto a otros títulos similares, igualmente ofrecidos en el mercado financiero, pero que sus emisores no tengan establecido esta disposición estatutaria.

En definitiva, las dudas y reticencias de la incorporación en nuestra legislación de la figura se basan en que no compensan las teóricas ventajas de tipo proteccionista y para atenuar el cortoplacismo, que son las que han sido observadas por los diferentes legisladores, por el contrario, la necesidad y oportunidad de incorporación de la figura en nuestro ordenamiento jurídico se basa en una necesidad de tipo financiero, la cual no ha sido explicitada como motivación expresa por el legislador español, y anteriormente tampoco por los legisladores italianos y franceses.

La inclusión de la motivación financiera lleva aparejada la ampliación de la emisión de acciones de lealtad a las empresas no cotizadas, porque no tiene sentido restringirlo a las cotizadas, pues las no cotizadas requieren una diferenciación para ser un título atractivo a los potenciales inversores.

Tanto en Francia como en España las acciones de lealtad solamente están permitidas en las sociedades cotizadas. Sin embargo, la regulación italiana de las acciones de lealtad está complementada por otra norma que instaura para las sociedades no cotizadas un régimen de voto múltiple muy flexible, de forma que estatutariamente puede establecerse para que posea un privilegio igual al de las acciones de lealtad. Esta medida podría ser incorporada por el legislador español, ya sea ampliando las acciones de lealtad a las empresas no cotizadas, o complementándola con otra legislación específica para las no cotizadas.

8.3. Incorporación legislativa de acciones con voto plural basado en un cambio de paradigma

A lo largo de la investigación se ha podido observar un cambio de paradigma. El principio de proporcionalidad ha dejado de ser la principal preocupación del legislador europeo (y

español por inferencia), para comenzar un paradigma en el que el mejor modo de favorecer el interés de la sociedad es desarrollar políticas largoplacistas, y ello se alcanza con una estimulación del activismo accionario, siempre teniendo en cuenta que es dudoso, tanto que el mejor modo de ayudar a la empresa sea desarrollar políticas largoplacistas, como que el mejor medio para alcanzarlo sea con una estimulación del activismo accionario.

Este cambio de paradigma influye en todas las propuestas del legislador. Para este caso concreto, el legislador parte de que la inclusión de las acciones de lealtad tenía esta utilidad, y por tanto los detractores y los defensores de su consecución han debatido por la idoneidad de la figura para alcanzarlo. Pero la utilidad de la figura es independiente de estas disquisiciones, las acciones de lealtad son un instrumento financiero que amplía el abanico de oferta de productos financieros del mercado.

Teniendo en cuenta el cambio de paradigma, la posibilidad de emitir acciones de lealtad en empresas cotizadas no es contraria al principio de proporcionalidad, donde convive con acciones sin voto en España y acciones con doble voto en sociedades no cotizadas en países europeos cercanos al nuestro. En el nuevo paradigma empieza a tener sentido admitir alternativas hasta ahora no contempladas legislativamente en España, como la posibilidad de emitir acciones con voto plural.

Las acciones con voto privilegiado pueden definirse como las que tienen un derecho de voto superior al de otras, con relación a la cuota del capital que ellas representan⁷⁹. Ambos conceptos son bien diferentes. Las acciones de lealtad son cualquier acción ordinaria (todas las acciones de la empresa son de la misma clase) de la que haya sido titular un mismo accionista ininterrumpidamente durante el plazo legalmente establecido, atribuyéndole una característica única posible: un voto doble. Por su parte, las acciones con voto plural forman una clase de acciones, en la que una parte de las acciones tiene cualquier privilegio en el derecho de voto, incluido el de tener un voto doble o mayor, y el resto de clases de acciones de la empresa no lo tienen.

El artículo 38 de la Ley de sociedades anónimas de 1951 prohibía de forma expresa la creación de acciones de voto plural⁸⁰. Ni antes ni después ninguna legislación mercantil española la ha admitido, aunque voces doctrinales reclamaron la utilidad de esta medida (Pedrol Rius, 1948, p. 2)⁸¹. Dicho esto, analizando las acciones con derecho de voto plural,

⁷⁹ Las acciones con voto privilegiado han recibido un gran número de denominaciones: de voto plural, de voto desigual, de voto acumulativo, de voto múltiple, de voto preferencial, de voto superior, de voto mayor, de dirección, de gestión, de control, de protección, de comando o predominante.

⁸⁰ Garrigues y Uría (1952, pp. 390-391) hacen un recorrido por la doctrina europea en torno a las acciones de voto plural, predominando los autores contrarios a su incorporación y utilización.

⁸¹ El autor las propugnó como instrumento para dar estabilidad a la administración de las sociedades y evitar tomas de control no deseadas. No veía razón suficiente el hecho de que pudiesen utilizarse de forma

es posible observar que ocurre una circunstancia peculiar. El legislador español nunca ha admitido la inclusión de acciones o participaciones con este privilegio, sin embargo, a pesar de no estar permitidas, varias empresas incluyeron una diferenciación de sus acciones con derecho al voto plural. Esto puede observarse en la disposición transitoria séptima de la Ley de sociedades anónimas de 1951, donde se concedía a las sociedades que poseyeran acciones de voto plural reconocidas en sus estatutos, válidamente emitidas, la posibilidad de conservarlas temporalmente durante un plazo máximo de dos años.

Pues bien, ahora es un buen momento para admitir la posibilidad de emitir acciones de voto plural, y que vuelvan a ser utilizadas por empresas españolas, porque hasta ahora el principal argumento para rechazar su implantación es que incumplía la regla «una acción, un voto», profundamente arraigada en el derecho societario español. No obstante, la existencia de acciones sin voto y acciones de lealtad cambia las reglas del juego, porque ambos instrumentos modifican la proporcionalidad entre capital y voto, y cada vez deja de tener sentido que un título con una posible potencialidad y utilidad futura esté prohibida porque no cumple un tradicional dogma teórico ya incumplido por varias figuras.

A pesar de estar prohibidas, parte de la doctrina ha sido partidaria de su inclusión, basándose en que, a efectos prácticos, las alteraciones producidas por las acciones sin voto no serían distintas a las originadas por las acciones de voto plural (Gandía Pérez, 2016b, p. 178). Ahora podemos completar la idea con que ambas figuras son compatibles con las acciones de lealtad, y los presuntos problemas societarios son similares entre las tres.

8.4. Establecimiento de medidas alternativas para intentar evitar el cortoplacismo de los inversores

Las acciones de lealtad no fomentan la involucración de los socios en la gestión de la sociedad. Si el legislador lo pretende, hubiera sido más efectivo introducir medidas que favorecieran el control de los socios sobre la gestión y administración social, y no la concesión de mayores derechos de voto por el simple hecho de permanecer en la sociedad durante un determinado periodo de tiempo.

El legislador debe plantearse establecer tres medidas para involucrar a los accionistas: (a) establecer una remuneración de los administradores que vincule los intereses de los administradores con los de la sociedad y los socios, (b) fomentar la transparencia informativa y (c) adoptar incentivos fiscales que tengan en cuenta el perfil del inversor y desincentiven la especulación.

abusiva para prohibirlas. Además, propuso algunos requisitos para su implantación en España, como restringir el derecho a poseerlas a las personas físicas no extranjeras (p. 15); por otra parte, el Tribunal Supremo las reconoció en su Sentencia de 28 de marzo de 1936 (p. 2).

8.5. Posibilidad de emitir acciones de lealtad privilegiadas basadas en los condicionantes para que las empresas españolas las emitan masivamente

La finalidad financiera de las acciones de lealtad requiere observar el entorno de otra manera: como un medio de incentivos y negociación con los inversores presentes y futuros, dentro de un mercado financiero competitivo donde cada título de una empresa compite con los títulos de otras empresas de ese mismo mercado e incluso de otros.

La introducción de las acciones de lealtad en la legislación española será exitosa si, y solo si, un gran número de empresas emisoras se atreve a modificar sus estatutos para admitirlos (en la actualidad solo dos sociedades se han atrevido) y muchos inversores se animan a mantener las acciones de lealtad para beneficiarse de las ventajas de tener doble voto. Esta será la única medida de su utilidad.

Los socios de control únicamente intentarán modificar los estatutos para permitir la incorporación de las acciones de lealtad en el caso de que sea beneficioso y de interés para todos los accionistas, pues, de lo contrario, se arriesgarían a un fracaso que sería un escenario gravemente perjudicial para sus intereses, tanto para los particulares como para los de la empresa en su conjunto. En el peor de los escenarios el fracaso supondrá desprestigio frente al mercado, una minoración del valor de la empresa, una salida del capital de determinados accionistas o una reducción de la capacidad futura de la compañía para aumentar capital.

Por tanto, los socios de control solo conseguirán adoptar estatutariamente las acciones de lealtad cuando convengan a los inversores de que los posibles costes de estas acciones, en términos de atrincheramiento en el control de la compañía y posible riesgo de oportunismo frente a accionistas minoritarios, serán inferiores a los posibles beneficios asociados a un hipotético favorecimiento de la maximización a largo plazo del valor de la empresa.

El título sería más atractivo cuando esté unido a un privilegio económico. Por tanto, si el legislador considera que la generalización de las acciones de lealtad son beneficiosas para la ciudadanía, el legislador debería regular la posibilidad de emitir una acción de lealtad privilegiada para que no existan dudas sobre su naturaleza como clases de acciones y sus repercusiones sobre el resto de la legislación mercantil.

8.6. Mejora en la redacción del procedimiento para su aprobación

El legislador establece un procedimiento de emisión difícil de cumplir, lo cual no se entiende cuando ha introducido voluntariamente la figura sin estar obligado a incorporarla por parte del regulador comunitario. En nuestra opinión, no debe dificultarse la posibilidad de

la emisión con un acuerdo reforzado, pues cada empresa debe decidir emitir la figura o no según su estrategia corporativa futura.

Sin embargo, es posible que el legislador entienda que establecer una mayoría reforzada es una medida adecuada porque los mecanismos de control que depositan gran parte del poder de decisión en manos de un grupo reducido de socios pueden derivar en excesos que dejen a un lado los intereses de los accionistas minoritarios. En este caso, debería mantener una mayoría reforzada, pero la redacción del artículo debe ser modificada, porque crea incertidumbre.

Aunque la medida fuese pertinente, la forma de redactarse es mejorable. La redacción de la ley es confusa, pues no distingue entre primera y segunda convocatoria de la junta general. Relacionándolo con el artículo 194 de la LSC, que regula los quorum de asistencia para la constitución de la junta, se infiere que el primer quorum de asistencia se refiere a la primera convocatoria (50 %) y el segundo (25 %) a la segunda. Interpretado esto, se observa que el reforzamiento no se produce en el quorum de asistencia, sino en el quorum de votación. Si en los supuestos ordinarios, una vez constituida válidamente la junta, basta la mayoría simple o absoluta, según los casos, para tomar acuerdo, aquí será necesario en primera convocatoria el 60 % de los votos y en segunda convocatoria el 75 % de esos mismos votos.

La propuesta, tal y como está formulada, es equivocada. Si lo que se pretende reforzando el quorum de votación es proteger al minoritario, evitando que la mayoría adopte el acuerdo en contra de la minoría, no parece que se consiga, pues el quorum de asistencia es el mismo que para la modificación de estatutos u otras temas trascendentales de la sociedad (aumento, reducción de capital, transformación, fusión, etc.); la experiencia muestra que las cotizadas alcanzan ese quorum de asistencia en segunda convocatoria con relativa facilidad y, por tanto, una vez conseguida la válida constitución de la junta, no le será excesivamente difícil a la mayoría convencer al accionariado de la conveniencia de la medida, como forma de atraer nuevos accionistas o como forma de que los actuales permanezcan en la sociedad. Si de verdad lo que se quería era dificultar la creación de las acciones de lealtad, se debería haber reforzado el quorum de asistencia, aunque el de votación hubiera sido el ordinario. En las sociedades cotizadas, donde el capital está muy atomizado, hubiera sido difícil conseguir esa asistencia, y en las ya dominadas por un grupo o una familia o núcleo duro de accionistas, si no llegan a esas cifras, también se dificulta la adopción del acuerdo. Tal y como está definido, es una medida aparentemente severa sin influencia real; el reforzamiento del artículo no es tal, parece una medida de apariencia para poner un límite sin querer limitar.

Referencias bibliográficas

- Alfaro Águila-Real, J. (2010). El debate sobre las medidas defensivas frente a una OPA hostil. En J. Juste Mencía y A. J. Recalde Castells (Coords.), *Derecho de OPAs: estudio sistemático del régimen de las ofertas públicas en el Derecho español* (pp. 475-492). Tirant lo Blanch.
- Álvaro, S., Ciabella, A., D'Eramo, D. y Linciano, N. (2014). Le deviazioni del principio un azione un voto e le azioni a voto multiplo. *Quaderno Giuridini della Consob*.
- ANSA (Association Nationale des Sociétés par Actions). (2014). Loi visant à reconquérir l'économie réelle: dispositions relatives au droit de vote doublé, aux OPA et aux AGA. Boletín n.º 14-007.
- APE (Agence des Participations de l'État). (2022). The Government as Shareholder.
- Arroyo Vendrell, T. (2022). Las acciones con voto adicional doble por lealtad o acciones de lealtad. En *Implicación a largo plazo de los accionistas en sociedades cotizadas. Comentarios a la Ley 5/2021* (pp. 157-188). Tirant lo Blanch.
- Bebchuk, L. (1999). A rent protection theory of corporate ownership and control. The National Bureau of Economic Research, documento de trabajo n.º 7203.
- Belinfanti, T. (2014). Shareholder Cultivation and New Governance. *Delaware Journal of Corporate Law*, 38.
- Bolton, P. y Samama, F. (2013). Loyalty-Shares: Rewarding Long-term Investors. *Journal of Applied Corporate Finance*, 25(3).
- Canard, R. (3 de mayo de 1993). La légalité du dividende majoré. *Les Echos*.
- Cariello, V. (2015). *Un formidabile strumento di dominio económico*. Giuffrè.
- Conac, P. H. (2014). Obligation pour les sociétés cotées d'instaurer des droits de vote double sauf vote contraire. *Revue des Sociétés*.
- Cordonnier, P. (1924). L'egalité entre actionnaires avant et depuis la Loi du 22 novembre 1913. *Journal des Sociétés*, 5(62).
- Danos. G. (1922). *Les actions a vote plural*. Université de Paris.
- Delvoie, J. y Clottens, C. (2015). Accountability and short-termism: some notes on loyalty shares. *Law & Financial Markets Review*, 9(1).
- Enriques, L. (26 de diciembre de 2014). Milleproroghe, l'ultimo tentativo di salvare il potere dei salotti buoni. *Il Fatto Quotidiano*.
- Fernández Torres, I. (2017). *Las loyalty shares: cortoplacismo contra activismo accionarial*. Marcial Pons.
- Fernández Torres, I. (2019). La futura reforma de la ley de sociedades de capital: las «acciones de lealtad». *Derecho Mercantil*.
- Fernández Torres, I. (2021). El voto adicional doble por lealtad: una reforma controvertida. *El Notario del Siglo XXI*, 97.
- Fried, J. M. (2015). The Uneasy case for favoring long-term shareholders. *The Yale Law Journal*, 124(5).
- Gaillard. P. E. (1938). *Comment éluder la suppression des actions á vole privilégié pour la loi de 13 novembre*.
- Gandía Pérez, E. (2016a). Acciones de voto plural y *loyalty shares*. Reflexiones en torno al principio de proporcionalidad a propósito de la reciente introducción del voto privilegiado en Italia. *Revista de Derecho Mercantil*, 300.
- Gandía Pérez, E. (2016b). El nuevo voto privilegiado en Italia. Breve comentario al régimen jurídico de las acciones de voto plural

- y de las *loyalty shares* introducidas por el *Decreto-Legge* núm. 91, de 24 de junio. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 65, 173-203.
- García Valdecasas, J. A. (2019). Sobre las futuras acciones de lealtad en la legislación española: Críticas a la posible introducción. *Notarios y Registradores*.
- Garrigues, J. y Uría, R. (1952). *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I. Instituto de Estudios Políticos.
- Gasperoni, N. (1950). *Las Acciones de las Sociedades Mercantiles*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Georges, E. (2005). *Essai de généralisation d'un Droit de retrait dans la société anonyme*. Editorial Montchrestien.
- Giampaolino, C. F. (2015). Azioni a voto maggiorato e a voto plurimo. En *Giurisprudenza commerciale* (I, pp. 779-807).
- Guizzi, G. (2015). La maggiorazione del diritto di voto nelle società quotate: qualche riflessione sistematica. *Il Corriere Giuridico*, 2, 153-167.
- Gurrea Martínez, A. (13 de junio 2019). Un análisis crítico sobre la posibilidad de permitir las acciones de lealtad en las sociedades cotizadas españolas. *Derecho-Expansión*.
- Gurrea Martínez, A. (13 de mayo de 2016). Shareholder activists: A threat for the global economy? *Columbia Law School's blog on corporations and the capital market*, 1-25.
- Hamel, J., Lagaboe, G. y Jauffret, A. (1980). *Droit commercial* (tomo 1, vol. 2). Dalloz.
- Johnson, S., La Porta, R., López de Silanes, F. y Shleifer, A. (2000). Tunnelling. *American Economic Review*, 90(2), 22-27.
- Marchetti, P. (2014). *Commento all'art. 20 del d.l. Competitività (azioni a voto maggiorato, a voto plurimo ed altro)*. Presentación hecha en el Consiglio Notarile de Milán, 22 de septiembre de 2014.
- Mattei, U. (2003). La riforma del diritto societario italiano. Una nuova ricezione acústica? *Rivista del Diritto Commerciale*, I.
- Mossa, L. (1948). *Historia del derecho mercantil en los siglos XIX y XX*.
- Notari, M. (2003). Le categorie speciali di azioni e gli strumenti finanziari partecipativi. En *Lezioni sulla riforma e modelli statuari*.
- Pedrol Rius, A. (1948). Defensa de las acciones de voto plural. *Revista de Derecho Mercantil*, 15, Civitas.
- Peltier, F. (1993). L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable. *Bulletin Joly Sociétés*.
- Peñas Moyano, B. (2022). Régimen jurídico de las acciones de lealtad y actual virtualidad práctica de su incorporación al Derecho Societario Español. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 31, 1-36.
- Pisano Massamormile, A. (2003). Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi. *Rivista delle Società di Capitali*, 48, 1.268-1.275.
- Pottier, A. (1934). *Les actions a vote plural*.
- Roe, M. J. (2013). Corporate short-termism-in the boardroom and in the courtroom. *Business Lawyer*, 68, 13-18.
- Roe, M. J. (2018). Stock market short-termism's impact. *European Corporate Governance Institute-Law Working Paper*, 26, 18-28.
- Rontchevsky, N. y Torck, M. (2014). L'impact de la Loi Florange sur le droit des offres publiques d'acquisition et les sociétés cotées françaises. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 363.
- Sáez Lacave, M. I. (2011). Blindajes, control minoritario y la regla una acción-un voto. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 2-48.



Scotti, S. (1966). *La riforma delle società di capitali in Italia*.

Thaller, E. (1930). *Traité élémentaire de droit commercial*.

Valuet, J. P. (2014). Le droit de vote des actionnaires en AG: le droit de vote double. *Droit des sociétés*, 10, étude 17.

Ventoruzzo, M. (2015). The Disappearing Taboo of Multiple Voting Shares: Regulatory Responses to the Migration of Chrysler-Fiat. Instituto Europeo de Gobierno Corporativo (ECGI), artículo n.º 288/2015.

Miguel Ángel Villacorta Hernández. Profesor del Departamento de Administración Financiera y Contabilidad de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha publicado en las principales revistas españolas de derecho mercantil, como *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* y *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Ha recibido galardones en varias ediciones de premios de investigación en temas mercantiles: Premio Estudios Financieros en la modalidad de Derecho Civil y Mercantil y Premio Melchor Almagro Díaz, por trabajos de estudio e investigación sobre cuestiones jurídicas. <https://orcid.org/0000-0003-2515-2126>



Los nuevos sujetos del mercado financiero como consecuencia de la digitalización

Susana Aragón Tardón

Doctora en Derecho (España)

sujetos_financieros_digitales@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-2184-8321>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón Navarro Miranda, doña Marlen Estévez Sanz, doña Esther de Félix Parrondo, don Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, doña Esther Muñiz Espada y don Pedro Portellano Díez.

Extracto

Las nuevas tecnologías han afectado al sector de los servicios financieros. Así, han transformado la forma en que se prestan los «servicios financieros tradicionales», han dado lugar a la aparición de nuevos servicios de pago con un importante componente tecnológico y han propiciado la irrupción de nuevos sujetos en el mercado financiero.

El presente trabajo realiza un análisis de cómo ha sido dicha transformación y cómo las autoridades europeas han tratado de dar una respuesta satisfactoria a todas las cuestiones que han surgido.

En este sentido, se analizan detalladamente los nuevos sujetos intervinientes en el mercado financiero: terceros proveedores de índole tecnológica, plataformas digitales, grupos de actividades diversas, proveedores del servicio de iniciación de pagos o entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas.

Asimismo, se identifican los principales riesgos y oportunidades derivados del nuevo panorama financiero, incluidos sus efectos adversos.

Palabras clave: digitalización; proveedores de servicios tecnológicos; plataformas, *BigTechs*; PSIP; EPSIC; estabilidad financiera; inclusión financiera.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 03-09-2024

Cómo citar: Aragón Tardón, S. (2024). Los nuevos sujetos del mercado financiero como consecuencia de la digitalización. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 283-284, 47-72. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19035>



New actors of financial market as a result of digitalisation

Susana Aragón Tardón

This work has been selected for publication by: Mr. José Ramón Navarro Miranda, Mrs. Marlen Estévez Sanz, Mrs. Esther de Félix Parrondo, Mr. Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, Mrs. Esther Muñiz Espada and Mr. Pedro Portellano Díez.

Abstract

New technologies have caused relevant effects in financial services sector. They have transformed the way by which «traditional financial services» are provided, they have given rise to the emergence of new payment services with an important technological aspect and new actors have broken into the financial market.

This paper analyses how this transformation has been and how European authorities has given a satisfactory answer to all the issues arised.

In this way, the new actors involved in the financial markets are analysed in detail: third-party technological services providers, digital platforms, mixed activities groups, payment initiation service providers or account information service providers.

Likewise, the main risks and opportunities which flow from the new financial landscape are identified, including its side effects.

Abstract: digitalization; third-party technical services providers; plataforms; BigTechs; PISP; AISP; financial stability; financial inclusion.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 03-09-2024

Keywords: Aragón Tardón, S. (2024). Los nuevos sujetos del mercado financiero como consecuencia de la digitalización. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 283-284, 47-72. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19035>



Sumario

1. Introducción
 2. La respuesta de las autoridades a la digitalización de los servicios financieros
 3. De la delegación de funciones a la irrupción de las *BigTechs* en la prestación de servicios financieros
 - 3.1. La fragmentación de las cadenas de valor: los terceros proveedores de servicios tecnológicos
 - 3.2. Las plataformas digitales de diversos productos financieros
 - 3.3. Los grupos que combinan diferentes actividades (MAG)
 4. Nuevos servicios, nuevos sujetos: los proveedores del servicio de iniciación de pagos y las entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas
 - 4.1. Los proveedores del servicio de iniciación de pagos (PSIP)
 - 4.2. Las entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas (EPSIC)
 5. Los riesgos y las oportunidades de la intervención de los nuevos sujetos. Los efectos adversos de la digitalización
 - 5.1. Oportunidades
 - 5.2. Riesgos
 - 5.3. Los efectos adversos de la digitalización. El pánico bancario en la era de la banca digital y el riesgo de exclusión financiera
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La evolución tecnológica ha generado –y genera– cambios relevantes en distintos ámbitos de nuestra vida cotidiana. En gran parte, la digitalización nos ha proporcionado nuevas herramientas, instrumentos, aplicaciones, etc. que facilitan nuestro día a día, pero también ha dado lugar a nuevos riesgos y necesidades.

El sector financiero no se muestra ajeno a esta digitalización. En este sentido, han sido varios los cambios que han experimentado los servicios financieros como consecuencia del fenómeno FinTech, entendido este como las tecnologías digitales aplicadas a los servicios financieros para transformar la forma en que se prestan o desarrollan nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos o productos (Feyen *et al.*, 2020)¹.

Así, por ejemplo, las nuevas tecnologías han transformado la forma en que se prestan los «servicios financieros tradicionales»².

¹ En concreto, sobre las transformaciones de los servicios de pago, Aragón Tardón (2022).

² A los efectos de este trabajo se utilizará «servicios financieros» como equivalente a «servicios bancarios» conforme a la definición contenida en el artículo 2 apartado 1, párrafo 4.º de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, esto es, «aquellos que comprenden los servicios de caja, la captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, la concesión de crédito y préstamo, los servicios de pago y las demás actividades incluidas en el anexo de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito apartados 7 a 13». Consecuentemente, haremos principalmente referencia a la prestación de servicios de pago y otras actividades típicas bancarias.

Por ejemplo, antes, para realizar una transferencia (servicio de pago destinado a efectuar un abono en una cuenta de pago de un beneficiario mediante una operación de pago o una serie de operaciones de pago con cargo a una cuenta de pago de un ordenante por el proveedor de servicios de pago que mantiene la cuenta de pago del ordenante, y prestado sobre la base de las instrucciones dadas por el ordenante) era necesario acudir a una oficina física y rellenar el correspondiente formulario con los datos del beneficiario de la misma. Sin embargo, con la digitalización de los servicios financieros, es posible realizar dicha transferencia *online* o, incluso, a través de aplicaciones móviles, en los cuales el ordenante utiliza su portal de banca digital a efectos de autenticación y en él, a través de internet, introduce los datos del beneficiario sin necesidad de su presencia física en una oficina.

Igual sucede con el envío de dinero (servicio de pago que permite, bien recibir fondos de un ordenante sin que se cree ninguna cuenta de pago a nombre del ordenante o del beneficiario, con el único fin de transferir una cantidad equivalente a un beneficiario o a otro proveedor de servicios de pago que actúe por cuenta del beneficiario, o bien recibir fondos por cuenta del beneficiario y ponerlos a disposición de este). Hace unos años, era necesario que el ordenante acudiera a una remesadora para que fuera enviado el importe deseado al beneficiario. Actualmente, ese importe puede transferirse a través de internet, sin necesidad de acudir físicamente a una oficina.

Así, podríamos referir otros múltiples ejemplos como los pagos móviles, los pagos con códigos QR, etc³.

Igualmente, podemos hacer referencia a otras funcionalidades que la digitalización ha introducido en la prestación de los servicios financieros, como, por ejemplo, la posibilidad de realizar comparaciones instantáneas entre distintos productos financieros, la recepción en línea de la información y documentación previa a la contratación de productos financieros, etc.

Además de todo lo anterior, la digitalización ha dado incluso lugar a la aparición de nuevos servicios, concretamente, dos nuevos servicios de pago: el servicio de iniciación de pagos (SIP) o el servicio de información sobre cuentas (SIC).

Como consecuencia de todo ello, las entidades reguladas puramente financieras también se han visto afectadas por esta digitalización, sin embargo, su relación con las nuevas tecnologías ha experimentado una evolución a lo largo del tiempo (Pacheco Rodríguez y Urbiola Ortún, 2020).

³ Vid. Carbó Valverde y Rodríguez Fernández (2016), Claros Fernández (2021), Conesa Lareo *et al.* (2018) y Ortiz Pizarro (2020).

Inicialmente, estas entidades, para resultar competitivas en el sector y poder prestar sus servicios en un entorno cada vez más digitalizado, se han visto en la necesidad de contar con un desarrollo tecnológico importante y, consecuentemente, han necesitado externalizar determinadas funciones en empresas tecnológicas.

Sin embargo, el panorama ha evolucionado y, actualmente, las grandes compañías tecnológicas no solo dan soporte a las entidades reguladas en determinadas funciones técnicas para la prestación de servicios bancarios, sino que son ellas mismas las que han comenzado a prestar una amplia variedad de servicios financieros, entre ellos, servicios bancarios. Consecuentemente, estas grandes compañías tecnológicas han comenzado a ser una competencia directa para las entidades financieras reguladas en la prestación de servicios financieros⁴.

La irrupción de estos nuevos actores en el mercado financiero genera importantes oportunidades, pero también conlleva riesgos que deben ser abordados para, entre otros aspectos, salvaguardar la estabilidad financiera, la protección del consumidor, la integridad del mercado, la competencia leal y la seguridad.

Consecuentemente, el presente trabajo tiene por objeto identificar cuáles son estos nuevos sujetos del mercado financiero y determinar los riesgos y oportunidades a los que se enfrenta el sector.

2. La respuesta de las autoridades a la digitalización de los servicios financieros

Las autoridades y, especialmente, los organismos reguladores y supervisores del sector financiero no son ajenos a las transformaciones que está experimentando el sector y han tratado de dar una respuesta satisfactoria.

Con el objetivo de que su respuesta satisficiera las necesidades de todas las partes intervinientes en la prestación de los servicios financieros, el 3 de abril de 2020, la Comisión Europea lanzó una consulta pública para recabar los puntos de vista de los Estados miembros, las *European supervisory authorities* (ESA)⁵, el Banco Central Europeo (BCE), la indus-

⁴ *Vid.*, sobre la competitividad entre las entidades financieras tradicionales y las entidades FinTech, CNMC, Estudio sobre el impacto en la competencia de las nuevas tecnologías en el sector financiero (Fintech) [E/CNMC/001/18], de 13 de septiembre de 2018. https://www.cnmc.es/sites/default/files/2173343_13.pdf

⁵ Las ESA del sector financiero son la European Banking Authority (EBA), para el sector bancario; la European Securities and Markets Authority (ESMA), para el sector del mercado de valores; y la European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), para el sector de seguros.

tria, consumidores y usuarios, expertos en tecnología, académicos y otros ciudadanos. El objetivo de esta consulta pública era determinar las políticas públicas que deberían adoptarse para impulsar el desarrollo de las finanzas digitales en la Unión Europea (UE) en las cuatro áreas identificadas como prioritarias en su nueva Estrategia de Finanzas Digitales⁶. Estas áreas son las siguientes:

1. Garantizar que el marco regulador de los servicios financieros de la UE es adecuado a la era digital.
2. Permitir que los consumidores y empresas aprovechen las oportunidades que ofrece el mercado único europeo para los servicios financieros digitales.
3. Promover un sector financiero basado en los datos para el beneficio de los consumidores y empresas de la UE.
4. Mejorar la resiliencia operativa del sistema financiero de la UE.

Como consecuencia de las respuestas obtenidas en esta consulta pública, la Comisión Europea fue consciente de que las empresas tecnológicas –pequeñas y grandes– se están introduciendo como nuevos sujetos prestadores de servicios financieros, tanto de forma directa como de forma indirecta. Así, en concreto, la Comisión Europea también pudo identificar tres nuevos sujetos prestadores de servicios financieros:

1. Los proveedores de servicios tecnológicos, que generan la fragmentación de las cadenas de valor.
2. Las plataformas digitales de diversos servicios financieros.
3. Los grupos que combinan diferentes actividades (MAG, por sus siglas del inglés *mixed activities groups*).

Por ello, el 24 de septiembre de 2020, la Comisión Europea publicó su Comunicación sobre una Estrategia de Finanzas Digitales para la UE⁷. Esta estrategia establecía las pretensiones de la Comisión Europea para los próximos cuatro años en la adaptación del marco regulatorio y supervisor para establecer un nuevo ecosistema financiero, en el que tuvieran cabida todos los sujetos intervinientes en el mercado, esto es, tanto las entidades financieras tradicionales y los proveedores de servicios tecnológicos como otros nuevos participantes que ofrecen servicios financieros.

⁶ https://finance.ec.europa.eu/regulation-and-supervision/consultations/2020-digital-finance-strategy_en

⁷ COM(2020)591. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0591>

Con este objetivo, junto con la referida estrategia también se presentaron varias propuestas normativas relacionadas, cuya tramitación ha finalizado a día de hoy. Estas son el Reglamento del Régimen Piloto DLT⁸, el Reglamento DORA⁹, la Directiva ICT-DLT¹⁰ y el Reglamento MiCA¹¹.

En el referido contexto, el 2 de febrero de 2021, la Comisión Europea publicó un *Call for advice on digital finance* en el que solicita a las tres ESA su asesoramiento técnico en diferentes aspectos relacionados con las finanzas digitales, principalmente en materias regulatorias y supervisoras, para garantizar el *level playing field* entre todos los intervinientes del mercado financiero¹².

Las ESA remitieron su respuesta a la Comisión Europea el 31 de enero de 2022¹³. Las circunstancias de la vida facilitaron que, en dicha respuesta, las autoridades pudieran tomar como referencia el mercado financiero tras la expansión de la pandemia de la covid-19, en la que se aceleró la digitalización del sector financiero.

En dicha respuesta se analizaron los principales desarrollos y tendencias de mercado en relación con cada uno de los nuevos intervinientes del mercado, se identificaron los principales riesgos y oportunidades de su irrupción en la prestación de servicios financieros y se realizaron recomendaciones para garantizar una competencia leal entre todos los intervinientes del mercado, eliminando los obstáculos de entrada a los nuevos actores y so-

⁸ Reglamento (UE) 2022/858, de 30 de mayo de 2022, sobre un régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado, publicado en el DOUE el pasado 2 de junio de 2022 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R0858&from=ES>).

⁹ Reglamento (UE) 2022/2554, de 14 de diciembre de 2022, sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero, publicado en el DOUE el pasado 27 de diciembre de 2022 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2554&from=ES>).

¹⁰ Directiva (UE) 2022/2556, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican ciertas directivas en lo relativo a la resiliencia operativa, publicado en el DOUE el pasado 27 de diciembre de 2022 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022L2556>).

¹¹ Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937, publicado en el DOUE el pasado 9 de junio de 2023 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023R1114>).

¹² Comisión Europea, *Request to EBA, EIOPA and ESMA for technical advice on Digital Advice and related issues*, 2 de febrero de 2021. https://commission.europa.eu/document/download/63e28c79-ae88-4d8e-885d-ad51acd37eb2_en?filename=210202-call-advice-esas-digital-finance_en.pdf&prefLang=es

¹³ ESA, *Joint European Supervisory Authority response to the European Commission's February 2021 Call for Advice on digital finance and related issues: regulation and supervision of more fragmented or non-integrated value chains, platforms and bundling of various financial services, and risks of groups combining different activities* [ESA 2022 01], 31 de enero de 2022. https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Reports/2022/1026595/ESA%202022%2001%20ESA%20Final%20Report%20on%20Digital%20Finance.pdf

metiendo a todos los intervinientes del mercado de los servicios financieros a las mismas normas (principio *same service, sames rules*).

Pasamos a analizar con detalle los principales aspectos de los nuevos sujetos prestadores de servicios financieros identificados por parte de las autoridades europeas.

3. De la delegación de funciones a la irrupción de las *BigTechs* en la prestación de servicios financieros

Como hemos apuntado con anterioridad, la relación de la tecnología y la prestación de servicios financieros ha experimentado una evolución a lo largo del tiempo, dando lugar a distintos sujetos intervinientes en el mercado.

3.1. La fragmentación de las cadenas de valor: los terceros proveedores de servicios tecnológicos

La delegación de funciones por parte de las entidades financieras en terceras entidades es un fenómeno que no está causado directamente por la digitalización. Las entidades financieras –bajo los requisitos establecidos normativamente– habitualmente han externalizado en terceras entidades financieras y no financieras la prestación de funciones operativas relacionadas con los servicios financieros¹⁴. Sin embargo, los avances tecnológicos y la digitalización sí que están aumentando el grado y la forma en la que las entidades financieras dependen de terceros dentro de la cadena de valor.

Como consecuencia de la digitalización, las entidades financieras optan por externalizar sus funciones en terceros proveedores de servicios tecnológicos (TSP, por sus siglas del inglés *technical service providers*). De esta manera, las entidades financieras pueden centrarse en la prestación de sus servicios tradicionales, delegando en terceras entidades especializadas los servicios en los que se requiere una importante innovación tecnológica (p. ej., servicios de almacenamiento de datos en la nube [*cloud outsourcing*], servicios de *software* de *client on-boarding*, identificación y categorización de clientes, etc.). Ello les aporta eficiencia y les permite participar en el mercado en mejores condiciones de competencia en comparación con las nuevas entidades tecnológicas que han irrumpido en la prestación de servicios financieros.

¹⁴ *Vid. ad. ex.* artículo 12 apartado 2 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago y su concordante artículo 16 del Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago.

Estos modelos de negocio generan un riesgo de dependencia de las entidades financieras de estos terceros proveedores que pudiera, incluso, minorar la calidad del servicio o eludir responsabilidades. Además, al ser estos proveedores de servicios tecnológicos unos sujetos no regulados¹⁵, nada impide que puedan prestar servicios a múltiples entidades financieras. Ello incrementa el riesgo al convertirse en sistémico, ya que en caso de que se produzca una incidencia en uno de esos terceros proveedores de servicios de índole tecnológica, se amenazaría la estabilidad del sistema financiero en su conjunto¹⁶.

Como consecuencia de este incremento de los riesgos, las autoridades europeas han mostrado interés por estos terceros proveedores de servicios tecnológicos.

En este sentido, en el ámbito de los servicios de pago, el 20 de octubre de 2021, la Comisión Europea presentó un nuevo *call for advice* –esta vez, dirigido únicamente a la EBA (*European banking authority*)– solicitando su asesoramiento técnico sobre la revisión de la Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior (PSD2)¹⁷, para lo que le planteaba una serie de cuestiones¹⁸. En concreto, la Comisión Europea planteaba a la EBA si consideraba que debería ampliarse el ámbito de aplicación de la PSD2 para incluir modelos de negocio o servicios específicos no incluidos dentro del alcance de la directiva, entre ellos, estos servicios prestados por los terceros proveedores de servicios tecnológicos, actualmente excluidos de la aplicación de la normativa de pagos en virtud del artículo 3 letra j) de la PSD2¹⁹.

¹⁵ Por ejemplo, el artículo 3 letra j) de la PSD2 –y, en su transposición a la normativa española, el artículo 4 letra j) del RD-ley 19/2018– excluyen del ámbito de aplicación de dicha normativa a «los servicios prestados por proveedores de servicios técnicos como soporte a la prestación de servicios de pago, sin que dichos proveedores lleguen a estar en ningún momento en posesión de los fondos que deban transferirse, incluidos el tratamiento y almacenamiento de datos, los servicios de confianza y de protección de la intimidad, la autenticación de datos y entidades, el suministro de tecnología de la información y el suministro de redes de comunicación, suministro y mantenimiento de terminales y dispositivos empleados para los servicios de pago, con exclusión de los servicios de iniciación de pagos y servicios de información sobre cuentas».

¹⁶ ESA, *Joint European Supervisory Authority response...*, *op. cit.*, pp. 15-19.

¹⁷ Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

¹⁸ Comisión Europea, *Call for advice to the European Banking Authority (EBA) regarding the review of Directive (EU) 2015/2366 (PSD2)*, 20 de octubre de 2021. https://finance.ec.europa.eu/document/download/9d58f6ab-97cb-484e-a28d-f4f11951c7bd_en?filename=211018-payment-services-calls-advice-eba_en.pdf

¹⁹ El artículo 3 letra j) de la PSD2 dispone que dicha normativa no se aplicará a «los servicios prestados por proveedores de servicios técnicos como soporte a la prestación de servicios de pago, sin que dichos proveedores lleguen a estar en ningún momento en posesión de los fondos que deban transferirse, incluidos el tratamiento y almacenamiento de datos, los servicios de confianza y de protección

La EBA emitió su informe de respuesta el 23 de junio de 2022 dando respuesta a todas las cuestiones planteadas²⁰.

En este sentido, su opinión sobre estos terceros proveedores de servicios tecnológicos, fue que, incluirlos dentro del ámbito de aplicación de la PSD2, complicaría innecesariamente la directiva e introduciría unos requisitos desproporcionados para estos sujetos, sin perjuicio de ciertos requisitos específicos que se les podría imponer en casos concretos para garantizar el cumplimiento de la autenticación reforzada del cliente²¹.

Así, tomando en consideración las respuestas emitidas por la EBA al referido *call for advice* sobre la revisión de la PSD2, la Comisión Europea publicó el 28 de junio de 2023 el denominado «paquete de pagos», el cual se compone de una propuesta de directiva y una propuesta de reglamento.

Por lo que se refiere a la propuesta de directiva, generalmente conocida como propuesta de PSD3²², en su artículo 2 apartado 24, recoge una definición específica de estos terceros proveedores de servicios tecnológicos, bajo la denominación de «proveedores de servicios técnicos». En este sentido, el referido artículo los define de la siguiente manera:

«Proveedor de servicios técnicos»: un proveedor de servicios que, sin ser servicios de pago, son necesarios para dar soporte a la prestación de servicios de pago, sin llegar a estar el proveedor de servicios técnicos en ningún momento en posesión de los fondos que deban transferirse.

de la intimidad, la autenticación de datos y entidades, el suministro de tecnología de la información y redes de comunicación y el suministro y mantenimiento de terminales y dispositivos empleados para los servicios de pago, con exclusión de los servicios de iniciación de pagos y servicios de información sobre cuentas».

En este sentido, la pregunta concreta planteada en el referido *Call for advice* sobre la revisión de la PSD2 fue: «*Should specific business models or services that are currently not in the scope of the Directive be included? Please include in the assessment in particular new service providers (e.g. «white label»-business models), payment instruments with limited purposes, and services provided by «technical service providers» (such as «gateways» or intermediaries in the payment chain)*».

²⁰ EBA, *Response to the Commission Call for Advice on the review of the Payment Services Directive* [EBA/REP/2022/14], 22 de junio de 2022. [https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Opinions/2022/Opinion%20od%20PSD2%20review%20\(EBA-Op-2022-06\)/1036016/EBA's%20response%20to%20the%20Call%20for%20advice%20on%20the%20review%20of%20PSD2.pdf](https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Opinions/2022/Opinion%20od%20PSD2%20review%20(EBA-Op-2022-06)/1036016/EBA's%20response%20to%20the%20Call%20for%20advice%20on%20the%20review%20of%20PSD2.pdf)

²¹ EBA, *Response to the Commission...*, *op. cit.*, pp. 23-25.

²² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios de pago y los servicios de dinero electrónico en el mercado interior y por la que se modifica la Directiva 98/26/CE y se derogan las Directivas (UE) 2015/2366 y 2009/110/CE. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e09b163c-1687-11ee-806b-01aa75ed71a1.0007.02/DOC_1&format=PDF

Asimismo, en consonancia con los principios de mejora de la legislación, la propuesta de PSD3 contiene una cláusula de revisión –en el artículo 43– en relación con el ámbito de aplicación de la directiva, que hace referencia a estos proveedores de servicios técnicos. En virtud de esta cláusula de revisión, transcurrido un plazo razonable de aplicación, establecido en la propia norma, la Comisión Europea deberá presentar un informe de revisión sobre dicho ámbito de aplicación que considere su posible ampliación a estos proveedores de servicios técnicos.

Por su parte, la exclusión de la normativa de servicios de pago a los servicios prestados por proveedores de servicios técnicos se traslada a la propuesta de Reglamento sobre servicios de pago (PSR)²³, concretamente, a su artículo 2.2 letra i).

En línea con esta exclusión, el considerando 17 de la propuesta de reglamento dispone:

(17) Los servicios técnicos no constituyen servicios de pago pues los proveedores de servicios técnicos no están en ningún momento en posesión de los fondos que deben transferirse. Por lo tanto, deben quedar excluidos de la definición de servicios de pago. No obstante, estos servicios deben estar sujetos a determinados requisitos, como los relativos a la responsabilidad por no apoyar la aplicación de la autenticación reforzada de cliente, o el requisito de celebrar acuerdos de externalización con proveedores de servicios de pago en caso de que los proveedores de servicios técnicos se encarguen de proporcionar y verificar los elementos de la autenticación reforzada de cliente. Además, cuando los servicios de pago se ofrezcan conjuntamente con servicios técnicos, deben establecerse requisitos que regulen las penalizaciones por resolución de contratos marco.

Actualmente, estas propuestas de PSD3 y de PSR se encuentran en tramitación y hasta la aprobación de los textos definitivos no sabremos el trato final que se otorgará a estos proveedores de servicios técnicos en el ámbito de los servicios de pago. Sin embargo, todo apunta a que, al menos por el momento, los servicios prestados por estos no tendrán la consideración de servicios de pago y, por tanto, continuarán siendo entidades que no requerirán una autorización específica²⁴.

²³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los servicios de pago en el mercado interior y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:04cc5bd5-196f-11ee-806b-01aa75ed71a1.0003.02/DOC_1&format=PDF

²⁴ Ello no obsta para que estos proveedores de servicios técnicos deban cumplir con ciertas obligaciones, entre otras, las establecidas en el Reglamento DORA, en virtud del artículo 4 del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía y del propio artículo 2 letra u) del Reglamento DORA.

3.2. Las plataformas digitales de diversos productos financieros

Las plataformas digitales son unos operadores jurídicos de gran importancia en la sociedad actual. En general, podemos encontrarnos plataformas digitales destinadas a desarrollar distintas actividades como foros de opinión, redes sociales, *marketplaces*, plataformas de *streaming*, etc²⁵.

En el ámbito de la digitalización de los servicios financieros, las plataformas digitales que han adquirido un papel relevante son aquellas en las que se distribuyen productos y servicios financieros y, en ocasiones, incluso hasta productos y servicios no financieros por parte de distintos proveedores.

Una de las principales ventajas de estas plataformas, que genera su amplia aceptación en el mercado, es la facilidad que otorgan para los usuarios, ya que concentran todo lo que buscan en un mismo punto de acceso, permitiéndoles analizar –e, incluso, comparar– una amplia gama de productos y servicios²⁶.

Así, el análisis realizado por las ESA –y, especialmente, por la EBA– se basó en el «Informe de la EBA sobre el uso de plataformas digitales en el sector bancario y de pagos de la UE»²⁷, el cual identifica cuatro tipos de plataformas digitales de productos financieros:

- a) Comparadores.
- b) Instituciones financieras +.
- c) Plataformas con servicios financieros como secundarios.
- d) Ecosistemas digitales.

Pasamos a analizar cada una de ellas.

a) Comparadores

Los «comparadores» son plataformas digitales que permiten a los clientes comparar un tipo específico de producto o servicio financiero, o varios productos y servicios financieros, proporcionados por diferentes entidades financieras²⁸.

²⁵ Sobre las plataformas digitales, en general, *vid.* Cuenca Casas (2020) y Martínez Nadal (2022). Sobre las plataformas digitales en el ámbito financiero, en particular, *vid.* Gorjón Rivas (2020).

²⁶ ESA, *Joint European Supervisory Authority response...*, *op. cit.*, pp. 19-27.

²⁷ EBA, *Report on the use of Digital Platforms in the EU banking and payments sector* [EBA/REP/2021/26], septiembre 2021. https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Reports/2021/1019865/EBA%20Digital%20platforms%20report%20-%20210921.pdf

²⁸ EBA, *Report on the use...*, *op. cit.*, pp. 19-21.

Estos comparadores, cuando el cliente desee adquirir o contratar el producto o servicios, pueden redirigirle al sitio web de la entidad financiera («comparadores solo de comparación») o actuar como intermediario financiero directo entre el cliente y la entidad financiera, actuando como un conducto para la transferencia de fondos del cliente a la entidad («comparador extra»). En el primero de los casos, no resulta necesario que la plataforma sea una entidad regulada, pero, en el segundo, la plataforma sí que debe estar registrada o autorizada para la prestación del servicio que corresponda.

Los comparadores suelen cobrar tarifas a las entidades financieras por exhibir sus productos y servicios o recibir una comisión si un cliente decide celebrar un contrato por el producto o servicio financiero comparado en su plataforma. Sin embargo, por lo general, estas plataformas no cobran ninguna tarifa a los usuarios.

Ejemplos de esta tipología de plataformas digitales son los comparadores de depósitos, comparadores de hipotecas, comparadores de préstamos, etc.

b) Instituciones financieras +

Nos referimos a determinadas plataformas digitales como «instituciones financieras +» cuando son operadas por entidades financieras que permiten a terceros (y, potencialmente, a la propia entidad financiera) comercializar o distribuir productos y servicios a los clientes que utilizan las plataformas. Los terceros que comercializan o distribuyen sus productos y servicios pueden ser entidades financieras u otras firmas²⁹.

Al igual que en el caso de los comparadores, hay dos posibilidades: que la plataforma intermedie en la transmisión de fondos del cliente al tercero o que el cliente reciba información sobre el producto o servicio del tercero a través de la plataforma, pero tenga que acudir directamente al tercero para contratar el producto o servicio.

Para financiarse, la entidad financiera suele recibir una tarifa de los terceros que ofrecen sus productos y servicios, pero también puede hacerlo de manera gratuita, fidelizar al cliente o mejorarle la experiencia.

Ejemplos típicos de estas plataformas son aquellas páginas web de entidades financieras que ofrecen la posibilidad de adquirir otros productos como coches, aparatos tecnológicos, etc³⁰.

²⁹ EBA, *Report on the use...*, *op. cit.*, pp. 21-22.

³⁰ Para estos ejemplos en detalle, *vid.* Carbó Valverde y Rodríguez Fernández (2023). <https://ecosfron.org/wp-content/uploads/2023/03/Dossieres-EsF-49-Desafios-de-la-digitalizacion-del-sistema-financiero.pdf>

c) Plataformas con servicios financieros como secundarios

Denominamos «plataformas con servicios financieros como secundarios» a aquellas plataformas que, estando operadas por entidades no financieras, permiten a sus clientes acceder a servicios financieros ofrecidos por entidades reguladas. En ocasiones, dependiendo del concreto modelo de negocio que se desarrolle, puede requerirse que la plataforma digital esté autorizada para la prestación de ciertos servicios³¹.

Al igual que en el caso de las instituciones financieras +, la plataforma puede cobrar una tarifa, en este caso, a las entidades financieras, o prestar el servicio de manera gratuita para mejorar la experiencia del cliente o fidelizarle.

Como ejemplos de esta modalidad de plataforma digital nos encontramos a las plataformas de reserva de viajes que se vinculan a establecimientos de cambio de moneda, plataformas de *e-commerce*, en general, donde se comercializan productos de financiación, seguros, etc.

d) Ecosistemas digitales

Nos referimos a «ecosistemas digitales» cuando las plataformas sirven como *marketplaces* que permiten a un gran número de entidades financieras y no financieras comercializar sus productos y servicios a los clientes³².

A priori podrían parecer semejantes a la tipología anterior, esto es, a las plataformas con servicios financieros como secundarios. Sin embargo, estas difieren de ellas ya que, en este caso, los servicios o productos financieros no se distribuyen como servicios complementarios, sino que se ofrecen como parte de una amplia gama de productos y servicios disponibles en la plataforma.

Un ejemplo de este tipo de plataforma podemos encontrarlo en las empresas tecnológicas.

3.3. Los grupos que combinan diferentes actividades (MAG)

Denominamos MAG a los grupos de empresas (una empresa matriz con sus filiales) que prestan servicios tanto financieros como no financieros (a estos efectos, hemos de

³¹ EBA, *Report on the use...*, *op. cit.*, p. 23.

³² EBA, *Report on the use...*, *op. cit.*, pp. 23-24.

tener en cuenta aquellas empresas cuyos servicios no financieros son servicios basados en tecnología³³.

El caso más representativo de estos nuevos sujetos son las *BigTechs*, entendiendo como tales a las grandes empresas de tecnología con extensas redes de clientes, que tienen presencia en el negocio de las redes sociales, las búsquedas en línea, *software*, *e-commerce* minorista y telecomunicaciones, entre otros³⁴.

Así, grupos dedicados al *hardware* y componentes tecnológicos, como Apple, al comercio electrónico, como Amazon o Alibaba, o a las búsquedas por internet, como Google, son claros ejemplos de MAG, al ser importantes grupos de índole tecnológica con empresas del grupo que prestan servicios financieros³⁵.

4. Nuevos servicios, nuevos sujetos: los proveedores del servicio de iniciación de pagos y las entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas

Como venimos apuntando, uno de los principales efectos del desarrollo tecnológico en el ámbito de los servicios financieros ha sido la transformación de la forma en que se prestan los «servicios financieros tradicionales». Pero, la digitalización no se ha quedado solo ahí, sino que ha ido más allá, dando lugar a la aparición de dos nuevos servicios de pago con un importante componente tecnológico –el servicio de iniciación de pagos (SIP) y el servicio de información sobre cuentas (SIC)–, los cuales se venían prestando en ausencia de una regulación específica y sin estar necesariamente supervisados por una autoridad competente³⁶.

La PSD2 y, en su transposición al ordenamiento jurídico español, el Real Decreto-ley 19/2018, regulan, por primera vez, el régimen aplicable a la prestación de estos servicios con el fin de proporcionar a los usuarios una protección adecuada de sus pagos y de los datos de sus cuentas, así como proporcionar seguridad jurídica.

En este sentido, también se incorporan al perímetro regulatorio dos nuevas modalidades de entidades prestadoras de servicios de pago, concretamente, las entidades dedica-

³³ ESA, *Joint European Supervisory Authority response...*, *op. cit.*, pp. 27-32.

³⁴ FSB, *BigTech Firms in Finance in Emerging Market and Developing Economies. Market developments and potential financial stability implications*, 2020; Carstens *et al.* (2021); Spek y Phijffer, y Gorjón Rivas (2021).

³⁵ Apple Distribution International Ltd., Amazon Payments Europe, SCA, Alipay (Europe) Limited, SA y Google Payment Ireland Limited.

³⁶ *Vid.* sobre estos nuevos servicios de pago Aragón Tardón (2021).

das a la prestación de estos nuevos servicios, estableciendo normativamente su régimen de autorización o registro. Estas entidades son los proveedores del servicio de iniciación de pagos (PSIP, o PISP por sus siglas del inglés *payment initiation service provider*) y las entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas (PSIC, o AISP por sus siglas del inglés *account information service provider*)³⁷. Con carácter general, a estos prestadores de servicios de pago se les conoce como terceras partes proveedoras de servicios de pago (TPP, *third party providers*).

Pasamos a analizar cada uno de estos servicios para determinar las oportunidades que generan para el mercado de los servicios financieros la irrupción de estos nuevos sujetos.

4.1. Los proveedores del servicio de iniciación de pagos (PSIP)

El artículo 3.31 del Real Decreto-ley 19/2018 –en línea con el artículo 4.18 de la PSD2–, define a los PSIP de la siguiente manera: «El proveedor de servicios de pago que ejerce a título profesional las actividades a que se refiere el artículo 1.2 g)».

Las actividades recogidas en el artículo 1.2 g) del Real Decreto-ley 19/2018 son el SIP, que, conforme al artículo 3.39 del mismo texto legal (y al artículo 4.15 de la PSD2), se define así: «Servicio que permite iniciar una orden de pago, a petición del usuario del servicio de pago, respecto de una cuenta de pago abierta con otro proveedor de servicios de pago».

Como hemos apuntado, este servicio y, por tanto, la función de los PSIP, es especialmente relevante en el ámbito de los pagos por internet y del comercio electrónico, ya que permite al consumidor realizar transferencias *online* y, a su vez, dar al beneficiario (*merchant*) la seguridad de que el pago se ha iniciado para agilizar el envío de los bienes³⁸.

Así, los PSIP, aparte de ofrecer una solución de bajo coste para ambas partes de la transacción, también permiten que aquellos consumidores que no posean tarjetas de pago también puedan realizar compras *online*, simplemente con tener una cuenta de pago *online*.

Los PSIP resultan muy relevantes en países de nuestro entorno, pues, por ejemplo, en los Países Bajos, un 55 % de los pagos por internet se realizan a través del servicio de iniciación de pagos³⁹.

³⁷ Vid. sobre estos nuevos intervinientes en el mercado de servicios de pago Alonso Ledesma (2018, pp. 2 y ss.)

³⁸ Considerando 27 PSD2.

³⁹ FAQ 21, *Payment Services Directive: Frequently Asked Questions*, Comisión Europea (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_15_5793).

En España, estos proveedores están comenzando a adquirir importancia en el ámbito del comercio *online*. Debido a los avances tecnológicos y a la competencia existente entre las distintas entidades, los PSIP están mejorando la experiencia del usuario, permitiendo que este servicio también se pueda utilizar para pagar en el comercio físico mediante la iniciación de transferencias que podrían ser ordenadas a través del iniciador de pagos utilizando, por ejemplo, códigos QR⁴⁰.

4.2. Las entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas (EPSIC)

El artículo 3.30 del Real Decreto-ley 19/2018 –en línea con el artículo 4.19 de la PSD2– define a las EPSIC de la siguiente manera: «Persona física o jurídica que se haya registrado para ejercer a título profesional únicamente las actividades a que se refiere el artículo 1.2 h), en los términos previstos en el artículo 15 y que ostenta la condición de proveedor de servicios de pago».

Las actividades recogidas en el artículo 1.2 h) del Real Decreto-ley 19/2018 son el servicio de información sobre cuentas que, conforme al artículo 3.38 del mismo texto legal (y al artículo 4.16 de la PSD2), se define así: «Servicio en línea cuya finalidad consiste en facilitar información agregada sobre una o varias cuentas de pago de las que es titular el usuario del servicio de pago bien en otro proveedor de servicios de pago, bien en varios proveedores de servicios de pago».

Las EPSIC permiten al usuario del servicio de pago tener en todo momento una visión global e inmediata de su situación financiera, al proporcionarle información agregada sobre una o varias cuentas de pago mantenidas en otro u otros proveedores de servicios de pago. Es, en esencia, un servicio complementario que mejora la experiencia del usuario de los servicios de pago⁴¹.

No obstante lo anterior, una vez más, la evolución tecnológica ha permitido que los modelos de negocio de las EPSIC hayan evolucionado para mejorar la experiencia del cliente. En este sentido, es frecuente que, en algunos modelos de negocio, la información obtenida en la prestación del servicio no se facilita directamente al usuario (titular de las cuentas), sino que, con el consentimiento de este, dicha información es facilitada a sujeto ajeno a la relación del servicio, generalmente, para prestar al usuario servicios adicionales a los servi-

⁴⁰ Banco de España, *Memoria de Supervisión 2020*, p. 99. Según se recoge en la Memoria de Supervisión 2022, «a lo largo de 2022 se observó una evolución en el modo en el que las entidades de pago y de dinero electrónico prestan sus servicios, como la puesta a disposición del usuario del servicio de iniciación de pagos en el punto de venta físico», pp. 30 y 94.

⁴¹ Considerando 28 PSD2.

cios de pago (servicios de financiación, *scoring*, *marketplaces* de productos financieros, ofertas personalizadas, servicios comerciales, etc.)⁴².

A estos nuevos modelos de negocio hace referencia la propuesta de Reglamento sobre servicios de pago referida con anterioridad, concretamente, en su considerando 26, el cual se centra en el conocimiento por parte del usuario del servicio de pago de quién accede a sus datos, por qué motivo y con qué finalidad. En concreto, este considerando dispone:

(26) La revisión de la Comisión puso de relieve que los proveedores autorizados de servicios de información sobre cuentas, a veces, facilitan datos sobre cuentas de pago que han agregado no al consumidor del que han recibido permiso para acceder y agregar dichos datos, sino a otra parte, para permitirle prestar otros servicios al consumidor utilizando estos datos. Existen, sin embargo, opiniones divergentes sobre si esta actividad entra dentro del servicio regulado de información sobre cuentas. La Comisión considera que esta evolución de la «licencia como servicio» de modelo de negocio de «banca abierta» puede ser una fuente de servicios innovadores basados en datos, en beneficio último de los usuarios finales. De hecho, este modelo de negocio permite a los usuarios finales dar acceso a los datos sobre sus cuentas de pago para recibir otros servicios distintos de los servicios de pago, como servicios de préstamo, contabilidad y evaluación de la solvencia. No obstante, es esencial que los usuarios de servicios de pago sepan con precisión quién accede a los datos sobre su cuenta de pago, por qué motivo y con qué finalidad. Los usuarios de servicios de pago deben tener pleno conocimiento de la transmisión de sus datos a otra empresa y autorizar dicha transmisión. Este nuevo modelo de negocio basado en la banca abierta requiere una modificación de la definición de servicios de información sobre cuentas, a fin de aclarar que la información agregada por el proveedor autorizado de servicios de información sobre cuentas puede transmitirse a un tercero para que este pueda prestar otro servicio al usuario final, con el permiso de este. Para ofrecer a los consumidores una protección adecuada de los datos sobre sus cuentas de pago, así como seguridad jurídica en cuanto a la situación de las entidades que acceden a sus datos, el servicio de agregación de datos de las cuentas de pago siempre debe ser prestado por una entidad regulada sobre la base de una licencia, incluso cuando los datos se transmitan en última instancia a otro proveedor de servicios.

5. Los riesgos y las oportunidades de la intervención de los nuevos sujetos. Los efectos adversos de la digitalización

La digitalización de los servicios financieros y, en consecuencia, la irrupción de nuevos sujetos en el mercado financiero, genera importantes oportunidades, pero también genera una serie de riesgos.

⁴² Banco de España, *Memoria de Supervisión 2020*, p. 99.

5.1. Oportunidades

La diversificación de sujetos en el mercado financiero genera importantes oportunidades.

Una de las principales es la mejora de la eficiencia. Bien mediante la externalización de determinadas funciones en terceros proveedores de servicios tecnológicos por parte de las entidades reguladas o bien mediante las sinergias propias de las compañías tecnológicas prestando servicios financieros, se genera un ahorro de costes, ahorro de tiempo y un aumento de la especialización.

Asimismo, como consecuencia de la digitalización, los proveedores de servicios financieros –y, especialmente, los nuevos sujetos del mercado financiero– son capaces de perfilar a los clientes, debido a la amplia gama de clientes que poseen. Ello les permite adaptar su oferta comercial a las necesidades de los clientes, personalizando los bienes y servicios financieros que les ofrecen. Igualmente, ofrecen al cliente experiencias «todo en uno», al ofrecerle, junto con los servicios financieros, otros servicios de índole no financiera. Ello genera importantes economías de escala. Esta adaptabilidad de los bienes y servicios al cliente al que se dirigen mejora notablemente la experiencia cliente de los usuarios de los servicios financieros.

Asimismo, la digitalización de los servicios financieros permite la prestación de servicios financieros a clientes previamente no bancarizados, es decir, generan inclusión financiera. Actualmente, hay varios modelos de negocio destinados a este fin, como, por ejemplo, plataformas móviles que permiten realizar pagos a personas que no disponen de cuenta bancaria (Barruetaña, 2020, p. 4; Hernández López *et al.*, 2022, pp. 133-151). En este sentido, conviene recordar lo ya apuntado en relación con los PISP, que ofrecen una solución de bajo coste y permiten que aquellos usuarios que, por el motivo que fuere, no posean tarjetas de pago también puedan realizar compras *online*, simplemente con ser titulares de una cuenta de pago *online*.

5.2. Riesgos

El principal riesgo derivado de la digitalización, y en concreto de la irrupción de los nuevos sujetos en el mercado financiero, es el riesgo para la estabilidad financiera.

Ello se deriva, principalmente, de dos circunstancias. Por un lado, los nuevos sujetos, generalmente, prestan –junto con los servicios de financieros– otros servicios no regulados ni supervisados⁴³. Por otro lado, es frecuente que un mismo tercero proveedor de servicios

⁴³ *Vid.*, sobre los efectos de las *BigTechs* en la estabilidad financiera, Padilla (2020) y Marimón Durá (2022).

tecnológicos preste servicios externalizados para varias entidades financieras. Consecuentemente, el nivel de concentración, interconexión y dependencia es elevado, por lo que, en caso de que exista un incidente, este podría afectar a la estabilidad financiera.

También hemos de tener en cuenta que, en ocasiones, algunas de estas nuevas entidades queden fuera del perímetro regulatorio y supervisor, debido a la diferente sujeción a la normativa por parte de las entidades financieras «tradicionales» y los nuevos intervinientes en el mercado, especialmente los MAG. Sin embargo, estos nuevos sujetos no deben estar ni en ventaja ni en desventaja frente a las «entidades financieras tradicionales», es decir, debe garantizarse un *level playing field* para todos los intervinientes del mercado.

Así, al margen de lo anterior, la prestación de los servicios financieros en un entorno digital conlleva que surjan las amenazas propias del mismo, esto es, incidentes de seguridad, ciberataques, suplantaciones de identidad, fraudes, privacidad, etc. Consecuentemente, deben establecerse las herramientas necesarias para proteger al cliente frente a estas amenazas, lo cual resulta esencial para el buen funcionamiento del sistema financiero. Asimismo, como consecuencia de las características propias de estos nuevos sujetos, se produce un incremento de las ventas cruzadas de diferentes tipos de productos, por lo que resulta necesario proteger al cliente, determinando las responsabilidades de cada parte implicada.

El regulador no resulta ajeno a esta nueva tendencia ni a los riesgos y oportunidades generados por esta digitalización (Tapia Hermida, 2018, pp. 1 y ss.; Blanco Sánchez, 2018, pp. 379-392).

5.3. Los efectos adversos de la digitalización. El pánico bancario en la era de la banca digital y el riesgo de exclusión financiera

Las oportunidades generadas por la digitalización y la irrupción de estos nuevos sujetos en el mercado financiero son innegables. Sin embargo, en determinadas circunstancias, estas oportunidades pueden generar unos efectos adversos e indeseados.

Así, un claro ejemplo lo encontramos en la crisis del Silicon Valley Bank⁴⁴ de marzo de 2023.

⁴⁴ Sobre este acontecimiento, consultar:

https://www.lemonde.fr/en/opinion/article/2023/04/25/the-first-banking-panic-of-the-twitter-era-materialized-as-the-silicon-valley-bank-collapsed_6024126_23.html

Aunque esta entidad tenía inversiones de alto riesgo en empresas tecnológicas, *startups*, etc., esa no fue la causa de su caída. Su caída fue –como en otras muchas crisis bancarias– consecuencia de una crisis de pánico bancario. Sin embargo, la singularidad de este pánico bancario –que propició una caída estrepitosa de la entidad– es que fue la primera que se produjo en la era de la banca digital. Consecuentemente, en esta ocasión, la mejora de la eficiencia generada por la digitalización y que permite operar de manera prácticamente instantánea y sin horarios, en lugar de ser una oportunidad, generó un efecto adverso. Los clientes de la entidad no tenían necesidad de acudir físicamente a las oficinas a retirar los depósitos, sino que podían retirar todos sus fondos a distancia y de manera inmediata. Ello generó que se retiraran depósitos a un ritmo de 42.000 millones de dólares en depósitos en 10 horas.

Otro claro ejemplo de estos efectos secundarios indeseados de la digitalización de los servicios financieros lo encontramos en relación con la posibilidad de que ciertos colectivos se queden excluidos de la prestación de servicios financieros, debido a la falta de universalidad de las nuevas tecnologías o a la existencia de una brecha digital por edad, recursos, lugar de residencia, etc. (Barruetaña, 2020, pp. 7-8). Consecuentemente, ciertos colectivos previamente bancarizados, pero no adaptados al entorno digital como consecuencia de la carencia de los medios o de las competencias necesarias, quedarían fuera de los servicios financieros, al no poder ser usuarios en un entorno digitalizado.

Ni las entidades financieras ni las autoridades regulatorias y supervisoras se encuentran ajenas a esta circunstancia. Así, por ejemplo, las patronales de las entidades de crédito (AEB, CECA y UNACC) suscribieron el pasado 21 de febrero de 2022 el Protocolo Estratégico para Reforzar el Compromiso Social y Sostenible de la Banca⁴⁵. Con la firma de este documento, las entidades de crédito se comprometen a mejorar el servicio prestado a los colectivos más vulnerables. Así, por ejemplo, se amplían los horarios de atención presencial en las oficinas de las entidades financieras, se habilitan números de teléfono especia-

<https://www.rand.org/blog/2023/03/financial-panic-in-the-age-of-digital-banking-social.html>

<https://www.businessinsider.es/silicon-valley-bank-primer-panico-bancario-era-redes-sociales-1214678>

⁴⁵ <https://s1.aebanca.es/wp-content/uploads/2021/07/protocolo-estrategico-para-reforzar-el-compromiso-social-y-sostenible-de-la-banca.pdf>

Sobre la firma de este acuerdo, el entonces gobernador del Banco de España, Pablo Hernández de Cos, afirmó: «Lo que [la digitalización] con una perspectiva de medio plazo presenta grandes beneficios para la sociedad en su conjunto, sin embargo, para determinados colectivos de ciudadanos genera costes, frustración, incomodidad, o incluso exclusión, derivados de la dificultad o de la imposibilidad de adaptación a esas transformaciones [...]. El Protocolo ofrece respuestas concretas para aquellas personas que con menores competencias digitales o con dificultades de acceso a estos nuevos canales requieren de más apoyo y acompañamiento en esta transición digital». <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/Gobernador/Arc/Fic/hdc210222-2.pdf>

les para prestarles asistencia o, incluso, se adoptan medidas para cubrir las necesidades financieras en las zonas rurales.

6. Conclusiones

La digitalización es la causa principal de los cambios a los que se ha enfrentado el sector financiero en los últimos años.

La incorporación de las nuevas tecnologías a la prestación de los servicios financieros ha generado importantes transformaciones en el sector, no solo en la forma en que se prestan los servicios, sino que también ha dado lugar a nuevos servicios e, incluso, ha incorporado nuevos sujetos intervinientes en el sector financiero.

Las entidades financieras tradicionales, para seguir resultando competitivas en la prestación de sus servicios, han de recurrir a terceras entidades de índole tecnológica para externalizar ciertas funciones. Ello aporta innovación y especialización a los servicios financieros, pero genera una fragmentación de las cadenas de valor. Asimismo, una excesiva dependencia de las entidades financieras de estos proveedores de servicios técnicos puede poner en riesgo la estabilidad financiera.

Igualmente, en los últimos tiempos, y como consecuencia de la digitalización, han proliferado las plataformas digitales en las que se ofrecen diversos productos –financieros y no financieros– a los usuarios. En este sentido, podemos encontrar plataformas de comparación de productos financieros, plataformas de entidades financieras en las que se ofrecen servicios de otras entidades, plataformas de servicios no financieros que permiten a los usuarios contratar ciertos productos financieros ligados a esos, o las plataformas en las que se ofrecen productos, tanto financieros como no financieros, por parte de distintas empresas y entidades. Estos sujetos mejoran la experiencia de los clientes, al ahorrarles tiempo, pero también debe prestarse una especial atención a su protección, debido a la posibilidad de ventas cruzadas de productos.

Adicionalmente, podemos hacer referencia a las *BigTechs* como sujetos que cada vez están adquiriendo mayor relevancia en el mercado de los servicios financieros. El principal riesgo derivado de la intervención de estos sujetos en el mercado es la amenaza que suponen para la estabilidad financiera, en la medida en que junto a las actividades reguladas, estas entidades también prestan otras actividades no reguladas.

Al margen de lo anterior, la PSD2 incorporó al perímetro regulatorio dos nuevos proveedores de servicios de pago: los proveedores del servicio de iniciación de pagos y los proveedores del servicio de información sobre cuentas. Estos nuevos sujetos, por un lado, permiten que ciertos consumidores que no posean tarjetas de pago puedan realizar com-

pras *online* y, por otro lado, mejoran la experiencia del cliente, al proporcionarle información agregada sobre sus cuentas de pago.

En este contexto, son muchas las oportunidades y riesgos que emergen de este nuevo panorama de los servicios financieros. Consecuentemente, los reguladores y supervisores del sector financiero han de prestar atención al fenómeno de la digitalización del sector financiero, mitigando sus riesgos, aprovechando sus oportunidades y evitando que estas, en lugar de mejorar la prestación de los servicios, generen efectos contrarios a los deseados.

No obstante, la constante evolución tecnológica seguirá generando importantes retos y oportunidades en el sector, a los que se debe estar atento para mejorar el sector financiero.

Referencias bibliográficas

- Alonso Ledesma, C. (2018). Los nuevos proveedores de servicios de pagos: una primera aproximación a la segunda Directiva de Servicios de Pagos. *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 1.
- Aragón Tardón, S. (2021). Dos nuevos servicios de pago gracias a las TIC: el Servicio de Iniciación de Pagos (SIC) y el Servicio de Información sobre Cuentas. En *Anuario Jurídico Secciones del ICAM 2022* (pp. 365-374). Sepin.
- Aragón Tardón, S. (2022). La «revolución digital» en el ámbito de los servicios de pago: Necesidades, oportunidades y retos. En Alvarado Herrera y Madrid Parra (Dir.), *Derecho digital y nuevas tecnologías* (pp. 749-770). Aranzadi-Thomson Reuters.
- Barruetaña, E. (2020). La influencia de las nuevas tecnologías en la inclusión financiera. *Artículos Analíticos. Boletín Económico*, 1. Banco de España. <https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/10527/1/be2001-art5.pdf>
- Blanco Sánchez, M. J. (2018). Digitalización del sector financiero y sus consecuencias. Especial referencia a las Fintech. En M. J. Blanco Sánchez y A. Madrid Parra (Coords.), *Derecho mercantil y tecnología* (pp. 379-392). Aranzadi-Thomson Reuters.
- Carbó Valverde, S. y Rodríguez Fernández, F. (2023). Digitalización y competencia financiera: el papel de las Fintech. *Dossieres EsF*, 49 (Ejemplar dedicado a *Desafíos de la digitalización del sistema financiero*) 17-21. <https://ecosfron.org/wp-content/uploads/2023/03/Dossieres-EsF-49-Desafios-de-la-digitalizacion-del-sistema-financiero.pdf>
- Carbó Valverde, S. y Rodríguez Fernández, F. (Coords.). (2016). Transformación digital

- en los medios de pago. *Papeles de Economía Española*, 149.
- Carstens, A., Claessens, S., Restoy, F. y Song Shin, H. (2021). Regulating big techs in finance. *BIS Bulletin*, 45. <https://www.bis.org/publ/bisbull45.pdf>
- Claros Fernández, R. A. (2021). Transformación digital y medios de pago: una visión práctica a la luz de la PSD2. En R. Perea Ortega (Coord.), *Estudios sobre derecho digital* (pp. 155-193). Aranzadi.
- Conesa Lareo, C., Gorjón Rivas, S. y Rubio Ortega, G. (2018). Un nuevo régimen de acceso a las cuentas de pago: PSD2. *Revista de Estabilidad Financiera*, 35, 83-101. https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/11229/1/Un_nuevo_regimen_de_acceso_a_las_cuentas_de_pago_la_PSD2.pdf
- Cuena Casas, M. (2020). La contratación a través de plataformas intermediarias en línea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(2), 283-348.
- Feyen, E., Frost, J., Gambacorta, L., Nataraajan, H. y Saal, M. (2020). Fintech and the digital transformation of financial services: implications for market structure and public policy. *BIS Papers*, 117. <https://www.bis.org/publ/bppdf/bispap117.pdf>
- Gorjón Rivas, S. (2020). Plataformas digitales: avances en su regulación y retos en el ámbito financiero. *Artículos Analíticos. Boletín Económico*, 4. Banco de España. <https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/13963/4/be2004-art33.pdf>
- Gorjón Rivas, S. (2021). Las grandes tecnológicas y los servicios financieros: algunos desafíos, beneficios y respuestas regulatorias. *Boletín Económico. Artículos Analíticos*, 4. Banco de España. <https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/19211/1/be2104-art39.pdf>
- Hernández López, J., Pascual Hernández, L. y Rodríguez González, A. (2022). El desarrollo de la digitalización y la inclusión financiera. *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía* (Ejemplar dedicado a *El futuro del dinero y la transformación digital del sector financiero*), 926, 133-151.
- Marimón Durá, R. (2022). Prestación de servicios financieros por los gigantes tecnológicos: problemas de estabilidad y gestión de datos personales. En L. Alvarado Herrera y A. Madrid Parra (Dirs.), *Derecho digital y nuevas tecnologías* (pp. 889-917). Aranzadi-Thomson Reuters.
- Martínez Nadal, A. (2022). Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la Directiva de comercio electrónico a la propuesta de Reglamento de Servicios Digitales. En L. Alvarado Herrera y A. Madrid Parra (Dirs.), *Derecho digital y nuevas tecnologías* (pp. 387-416). Aranzadi-Thomson Reuters.
- Ortiz Pizarro, A. (2020). Innovación en la industria de los medios de pago: una palanca para el crecimiento de los neobancos. *Boletín de Estudios Económicos*, 75(230), 279-298.
- Pacheco Rodríguez, P. y Urbiola Ortún, P. (2020). From FinTech to BigTech: an evolving regulatory response. *Boletín de Estudios Económicos* (ejemplar dedicado a FinTech), 75(926), 119-141.
- Padilla, J. (2020). BigTech «banks», financial stability and regulation. *Revista de Estabilidad Financiera*, 38, 9-26. https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/20/mayo/es/Big_Tech.pdf



Spek, L. y Phijffer, S. (2020). *Will BigTechs change the European payments market forever?* <https://www.compact.nl/articles/will-bigtechs-change-the-european-payments-market-forever/>

Tapia Hermida, A. J. (2018). Las tecnofinanzas (FinTech). Retos a la regulación y a la supervisión financieras. *Revista Iberoamericana del Mercado de Valores*, 54.

Susana Aragón Tardón. Doctora en Derecho por la UCM. Máster en Derecho Privado por la UCM y Máster en Bolsa y Mercados Financieros por el IEB. Es autora de una monografía *Las operaciones de scrip dividends de las sociedades cotizadas* y ha publicado varios artículos de temática jurídico-financiera en obras y revistas de primer nivel, tanto españolas (*CEFLegal*, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*) como extranjeras (*Droit des Sociétés*, *International Company and Commercial Law Review*). Colabora con instituciones educativas y está acreditada como profesora ayudante doctora por la ANECA. Ha sido galardonada por diversas instituciones, tanto por su trayectoria académica (Premio Nacional de Fin de Carrera del Ministerio de Educación, Premio Complutense en Ciencias Sociales, Premio Extraordinario de Licenciatura de la UCM) como por su trayectoria investigadora (Premio Sección de Derecho Bancario del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid 2020, Premio Sección TIC del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid 2021). <https://orcid.org/0000-0002-2184-8321>

Tendencias del derecho societario actual con base en las nuevas reformas legislativas

Linda Navarro Matamoros (autora de contacto)

Profesora de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia (España)

linda.navarro@um.es | <https://orcid.org/0000-0003-1305-211X>

Alejandro Soriano Corbalán

Doctorando en Derecho Societario en el área de derecho privado. Universidad de Murcia (España)

alejandro.soriano@um.es | <https://orcid.org/0009-0008-5512-105X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón Navarro Miranda, doña Marlen Estévez Sanz, doña Esther de Félix Parrondo, don Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, doña Esther Muñiz Espada y don Pedro Portellano Díez.

Extracto

Frente a un periodo quizá excesivamente largo de anquilosamiento y falta de novedad en derecho societario, de un tiempo a esta parte esta disciplina parece afortunadamente haber resurgido. El legislador, consciente de las necesidades prácticas y del constante cambio y transformación de nuestra sociedad, ha avanzado en pocos años a pasos agigantados en dicha materia. En este sentido, las diversas reformas legislativas operadas en materia mercantil no hacen más que corroborar esta nueva tendencia, proclive a la simplificación y adecuación a las necesidades que reclama la práctica societaria y asimilación a las tendencias imperantes en derecho comparado.

En este sentido, merece especial atención la inédita reforma a la Ley de sociedades de capital operada por la Ley de creación y crecimiento de empresas, resquebrajando instituciones, hasta ahora, inamovibles, como el capital social mínimo o las inclusiones en torno al PAE y al CIRCE, que tratan de ser un instrumento eficaz en ahorro de tiempo y trámites. En esta senda, se han producido otras reformas e inclusiones destacables, como la Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, cuyo fin trata de aplacar los obstáculos a los que se enfrentan las *startup*, o las múltiples inclusiones legislativas referidas a la digitalización y potenciadas a causa de la irrupción de la covid-19.

A pesar del acierto o desacierto, de la conveniencia o no conveniencia, o incluso de la repercusión práctica o falta de la misma de algunos textos normativos, de lo que no cabe duda es de que nuestro derecho mercantil está creciendo, está intentando adecuarse a la realidad práctica de nuestros días e incluso está siendo pionero en materias hace años totalmente ajenas a nuestro ordenamiento.

Palabras clave: flexibilidad societaria; simplificación societaria; *startup*; PAE; CIRCE; digitalización societaria.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 03-09-2024

Cómo citar: Navarro Matamoros, L. y Soriano Corbalán, A. (2024). Tendencias del derecho societario actual con base en las nuevas reformas legislativas. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 283-284, 73-102. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19033>



Current trends in corporate law based on new legislative reforms

Linda Navarro Matamoros (corresponding author)

Alejandro Soriano Corbalán

This work has been selected for publication by: Mr. José Ramón Navarro Miranda, Mrs. Marlen Estévez Sanz, Mrs. Esther de Félix Parrondo, Mr. Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, Mrs. Esther Muñiz Espada and Mr. Pedro Portellano Díez.

Abstract

Amid a potentially overly prolonged period of stagnation and lack of innovation in corporate law, this field has fortunately experienced a resurgence recently. Legislators, recognizing practical needs and the ongoing changes in society, have made significant advancements in this area in recent years. Various legislative reforms in commercial law confirm this new trend towards simplification and adaptation to the practical demands of corporate practice and alignment with prevailing trends in comparative law.

Particularly notable is the unprecedented reform of the capital companies Law by the Law on business creation and growth, which has shaken up previously unchangeable institutions such as the minimum share capital and the inclusions related to the PAE and CIRCE, aimed at being effective tools in saving time and procedures. Other significant reforms and additions include the Law on promoting the ecosystem of emerging companies, designed to mitigate the obstacles faced by startups, and multiple legislative inclusions related to digitalization, accelerated by the covid-19 outbreak.

Regardless of the success or failure, the appropriateness or inappropriateness, or even the practical impact or lack thereof of some legislative texts, there is no doubt that our commercial law is growing, striving to adapt to the practical realities of our times, and even pioneering in areas that were completely alien to our legal system years ago.

Keywords: corporate flexibility; corporate simplification; startup; PAE; CIRCE; corporate digitalization.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 03-09-2024

Citation: Navarro Matamoros, L. y Soriano Corbalán, A. (2024). Tendencias del derecho societario actual con base en las nuevas reformas legislativas. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 283-284, 73-102. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19033>



Sumario

1. Introducción. Aproximación al panorama societario europeo y español actual
2. Consideraciones generales sobre libertad contractual y autonomía de la voluntad en derecho de sociedades
3. Reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas
 - 3.1. Breve aproximación histórico-legislativa
 - 3.2. Configuración de la Ley de creación y crecimiento
4. La Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del eco-sistema de las empresas emergentes
5. La digitalización en el actual panorama societario europeo
6. Consideraciones finales

Referencias bibliográficas

1. Introducción. Aproximación al panorama societario europeo y español actual

El «espíritu europeo» que envuelve a todos los países que conforman la Unión Europea y que deja su impronta no solo en la antigua creación y adopción de un mercado único y una moneda única, sino también en un sinnúmero de reglamentos y directivas que buscan armonizar los distintos ordenamientos, también encuentra su reflejo en el derecho societario a través de la creación de la sociedad anónima europea, de la sociedad cooperativa europea, de la sociedad privada europea, y del proyecto de *societas unius personae*, que se hace eco de esa necesaria idea de unidad y proyecto en común iniciado ya hace más de medio siglo.

Además de esa proyección europea que impregna nuestro derecho societario constatable a nivel comunitario en la implantación y proyecto de las figuras previamente citadas, los diversos países, no solo de la Unión Europea sino también a nivel mundial, están intentando de forma aislada adecuar sus, en ocasiones, arcaicas estructuras societarias a la realidad práctica societaria.

Este proceso de integración se ve condicionado por la llamada globalización, fenómeno generalizado en nuestra economía mundial, que se define como la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales¹. Dicho proceso, que también tiene su reflejo en el ámbito societario², reclama el establecimiento de nuevas estructuras y reformas en el ámbito societario

¹ Definición extraída del diccionario de la Real Academia Española, 22.ª ed., 2001. No obstante, son muchas las definiciones atribuidas a este término criticado por algunos autores y tachado por otros de exclusivamente economicista. En este sentido, el profesor Beck (1998), al hablar de globalización, dice que «es la palabra, es el eslogan, la consigna peor empleada, menos definida, más nebulosa...» (p. 40). Otros autores como Giddens (2000), que divulgó el empleo de dicho término, se refiere a este fenómeno como un proceso de interdependencia en términos mucho más generales que los estrictamente económicos, a este respecto establece que «la globalización está reestructurando nuestros modos de vivir, y de forma muy profunda» (p. 15).

² Podemos afirmar esta idea con base en las precisiones que al respecto de la globalización lleva a cabo Mercado Pacheco (1999), al establecer que «la mundialización de la economía es, al mismo tiempo, la mercantilización del mundo» (p. 152). A este respecto también nos sirven las consideraciones de la doctrina mercantilista pendiente desde sus inicios de esta realidad, sobre la base de la cual se sustentan antiguas disputas privatistas, en especial en torno a la recurrente cuestión de unificación del derecho pri-

que permitan a las sociedades disfrutar de formas más flexibles y seguras de implantación en mercados exteriores, de acuerdo con sus intereses estratégicos y comerciales. Buena prueba de ello la encontramos en el reciente anuncio de Ferrovial del traslado de su domicilio social de España a los Países Bajos a través de una fusión entre la matriz y Ferrovial Internacional, una sociedad anónima europea neerlandesa que ya es titular del 86 % de los activos de la compañía, así como su intención de cotizar en los Estados Unidos.

En este sentido, las figuras y las modificaciones legislativas que vamos a plantear en el presente trabajo son, en mayor o menor medida, buena prueba de esa necesaria adecuación del derecho societario, tanto nacional como internacional, a las exigencias que reclama la práctica societaria.

No obstante, constataremos que algunas de ellas no suponen un estricto ejemplo de flexibilización societaria, ni su repercusión práctica ha sido la que debiera esperarse, lo que es indudable es que casi todas ellas han supuesto un gran logro para el derecho societario, que esperamos que se siga enriqueciendo con la aparición de nuevas figuras societarias y con nuevas reformas, como las que ahora nos ocupan.

A priori, el antecedente a muchas de ellas lo encontramos en los periodos de crisis económica en los que nos hemos visto inmersos la mayoría de países, a nivel prácticamente mundial. Dichas crisis, acrecentadas de forma muy reciente por la crisis sanitaria de la covid y la guerra de Ucrania, han supuesto graves consecuencias económicas y sociales, no solo para España sino para el resto de países en el ámbito europeo e internacional, y ha sido el desencadenante de muchas de estas reformas legislativas.

Los efectos de esta crisis sufrida en mayor o menor medida por algunos de nuestros países vecinos, y por nosotros mismos, parece vivir un proceso cíclico. Algunos de ellos pueden jactarse de haber superado determinados periodos de forma rápida y efectiva (pensemos, por ejemplo, en el caso de Alemania o en el de Francia). En el supuesto de España dicha recuperación parece haber sido siempre más lenta, e incluso necesitó, históricamente, de ayuda externa. Entre tanto, de lo que no cabe duda es de que hemos y seguiremos siendo simples víctimas, de importantes e inimaginables secuelas que afectan a nuestro tan deseado Estado de bienestar, hasta el punto de que hemos visto tambalear nuestro sistema económico, teniendo que ser testigos de situaciones de incertidumbre tan desalentadoras como el posible rescate de nuestra banca (situación inconcebible hace tan solo unos años), las cotas insostenibles de desempleo, los recortes en ocasiones injustificados, y un sinfín de inabarcables medidas que lo que buscan es paliar justificada o injustificadamente tan desagradable situación.

vado. En este sentido, Bercovitz Rodríguez-Cano (1976, pp. 151 y ss.); también en este sentido, aunque con distintos argumentos, Vicent Chuliá (1999, p. 21 y ss.); así como Beltrán Sánchez (1995, pp. 53 y ss.). Del mismo modo, resultan de interés las consideraciones de Kübler (2001, pp. 54 y ss.).

En este contexto, lo habitual es que se restrinjan las iniciativas renovadoras cuya función principal es, en la mayoría de los casos, adecuar nuestros textos reguladores, en ocasiones arcaicos u obsoletos, a la efectiva práctica mercantil. Esta línea conservadora y poco proclive a legislar en materia mercantil parece haberse superado de un tiempo a esta parte. En este sentido, estamos siendo testigos de una incesante labor legislativa, que con mayor o menor acierto está intentando acercar la realidad social a la normativa mercantil. A este respecto, y en relación con nuestro ordenamiento en materia mercantil, encontramos, entre otras, la Ley de sociedades de capital³ (en adelante, LSC), que supuso en su día todo un avance para la regulación de las sociedades de capital en nuestro país, hasta la fecha reguladas en sendas leyes. No obstante, su propia exposición de motivos señalaba expresamente que nacía con vocación de reforma; en su apartado V apuntaba en concreto que dicha ley nacía «con decidida voluntad de provisionalidad».

A pesar de que la propia ley acertadamente ya vislumbraba las posibles futuras reformas que del propio texto deberían llevarse a cabo, quizá en ese momento no se pensó que las reformas desde la fecha de su promulgación hasta día de hoy hayan sido en torno a 10, quizá excesivas para un texto que parecía recoger de forma adecuada toda la normativa relativa a sociedades de capital en nuestro país.

Junto con la LSC, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, recientemente modificada, y la Ley para la mejora del gobierno corporativo también supusieron un gran avance.

Frente a ellas, también hemos sido testigos de la aparición de la propuesta de Código Mercantil, que, siendo muy optimistas, esperemos también pueda ver la luz algún día en un plazo no muy lejano.

Junto a estas cuestiones, la regulación de materias como la responsabilidad social corporativa, y la economía social⁴, que nos convirtió en pioneros y un referente a seguir en el panorama europeo, nos permiten ser partícipes de la acertada implicación de nuestro legislador en materia mercantil.

Pero sin duda ha habido dos textos que de forma muy reciente han venido no solo a modificar nuestro ordenamiento, sino a hacer constatable y efectiva esa necesaria adecuación del derecho societario actual a las necesidades que reclama la práctica efectiva, aunque su conveniencia, o su acierto o desacierto, sean cuestionables. Nos referimos a las Leyes 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, y 28/2022, de 21

³ BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010, BOE-A-2010-10544.

⁴ Véase, al respecto, Ley 5/2011, de 29 de marzo, de economía social. BOE de 30 de marzo de 2011, núm. 76, sec. I, pp. 33023-33033.

de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, que analizaremos posteriormente en el presente trabajo.

2. Consideraciones generales sobre libertad contractual y autonomía de la voluntad en derecho de sociedades

Uno de los principales problemas con el que contamos *a priori* al abordar cualquier novedad legislativa equiparable a las adoptadas por algunos de nuestros países vecinos, o la implantación de nuevos tipos societarios en nuestro derecho, lo encontramos en la determinación del marco en el que puede desenvolverse la autonomía de la voluntad en nuestro derecho societario. No obstante, el presente epígrafe no pretende un estudio exhaustivo de esta cuestión, sino que de un modo genérico nuestro fin se centra en determinar *grosso modo* su ámbito de aplicación.

Como premisa, nos parece interesante contextualizar los dos términos a los que responde el presente epígrafe. Por un lado, hay que tener en cuenta que la autonomía de la voluntad implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas. Por otro, al hablar de libertad contractual nos referimos a la abstracta posibilidad que posee el individuo de determinar por sí mismo su propio destino en el mundo del tráfico y de las relaciones jurídicas y, junto a ello, la fundación de un sistema en que la multiplicidad de ideas libres debería hacer el mundo más dinámico, más abierto a las innovaciones. Significa, por tanto, el paso a una forma superior de sociedad⁵.

Como es bien sabido, en nuestro ordenamiento, el principio de libertad de pactos no solo se reconoce de forma expresa en el artículo 28 de la LSC, sino también en el artículo 1.255 del Código Civil (CC)⁶. A este respecto, y al enfrentarnos sin entrar en detalles a dicha cuestión, afloran inmediatamente interrogantes como: ¿cuáles son los límites a dicha libertad?, ¿sería inscribible todo lo pactado sobre la base de preceptos como los anteriormente apuntados?, ¿cómo hacer uso de nuestro derecho sin contravenir las exigencias legales?... En este sentido, y antes de entrar a analizar las particularidades propias del caso que nos ocupa, nos parece interesante acotar el análisis previo de algunas ideas con respecto a la determinación de dicha libertad.

⁵ Estos conceptos han sido extraídos de Díez-Picazo Ponce de León (2007, pp. 143 y 148).

⁶ A este respecto, Díez-Picazo Ponce de León (2007) establece que el principio de libertad de pactos se encuentra regulado en el artículo 1.255 del CC, según el cual «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente» (p. 155). Lo que debe entenderse referido tanto a la elección de los tipos contractuales como a la libertad de dotar a los tipos legalmente reconocidos de un contenido distinto al establecido por la ley.

Si atendemos a los diversos preceptos legales que reconocen de forma expresa algún atisbo de flexibilidad, reparamos de inmediato en que ninguno de ellos, como parece lógico, reconoce una libertad unilateral y absoluta sin límite alguno⁷. En este sentido, si atendemos a artículos como el 175.2 del RRM, este con la afirmación de «inscribibles»⁸ limita la voluntad de los socios a la hora de inscribir determinados pactos o cláusulas en los estatutos de una SRL, dándonos clara cuenta de que no todo lo pactado, aun siendo válido, es inscribible. Además este mismo precepto, *in fine*, establece de forma expresa como límites la ley y los principios configuradores del tipo social.

De igual modo, si atendemos a los artículos que por antonomasia parecen reconocer esa libertad de pactos en la LSC, de nuevo aparece esa misma restricción⁹, señalada en el supuesto anterior¹⁰.

Si además ampliamos nuestro radio de análisis y fuera de la disciplina mercantil acotamos lo dispuesto al respecto por el CC (como es también sabido, en el artículo 1.255, y tal como apuntábamos al inicio de nuestra exposición), volvemos a encontrar nuevamente ese límite de carácter negativo¹¹, dado que el mismo reconoce ese poder de los contratantes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes incorporar, siempre y cuando «no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público»¹².

De este modo, constatamos que la voluntad de los socios a la hora de adoptar cualquier pacto social se ve condicionada, en todo caso y como no podría ser menos, a las previsiones legales¹³. Incluso podemos afirmar que las exigencias legales impuestas, más que menoscabar la autonomía de la voluntad lo que hacen es protegerla¹⁴.

⁷ En este sentido, Alterini y López Cabana (1989, p. 16) y Martín-Ballester y Costea (1963), al hablar de la autonomía de la voluntad establecen que «más que un problema de libertad, es un problema de sus límites. El dogma de la autonomía de la voluntad puede proclamarse y repetirse a condición de que se subraye que prácticamente es hoy, como lo fue ayer y lo será mañana, un problema de medida» (p. 35).

⁸ Al respecto, Lucena González (1998, p. 58).

⁹ Massaguer Fuentes (1994, p. 12968) alude a dichos artículos al analizar los límites de la autonomía privada en la configuración del régimen de la SRL. Del mismo modo, Embid Irujo (2002, p. 1.636).

¹⁰ No obstante, si comparamos lo dispuesto por el antiguo artículo 7.10 de la LSRL, resulta curioso apreciar que frente a la afirmación «que no se opongan a las Leyes» de la presente ley, el antiguo precepto establecía «que no se opongan a lo dispuesto en esta Ley». Frente al acotamiento llevado a cabo por la antigua ley, la presente amplía su radio de acción seguramente en aras de ampliar de igual modo la seguridad jurídica.

¹¹ En este sentido, Vázquez de Castro (2002, pp. 56, 82 y ss. y 100); Lalaguna (1972, p. 872); Alfaro Águila-Real (1993, pp. 75, 94 y 99); Sánchez Calero (2005, p. 20). Del mismo modo, Díez-Picazo Ponce de León (2007, pp. 155 y 156).

¹² Véase, en este sentido, Díez-Picazo Ponce de León (2007, p. 155).

¹³ Véase, al respecto, Tena Arregui (2005, p. 30).

¹⁴ En este sentido se pronuncia, bajo nuestro punto de vista de forma muy acertada, Vázquez de Castro (2002, p. 44).

La autonomía de la voluntad se ve, pues, limitada fundamentalmente por los principios configuradores del tipo societario, aunque también esta se ve mermada por la necesaria sujeción a las normas que constantemente emanan de la Unión Europea, de obligado cumplimiento para los Estados miembros. No obstante, de un tiempo a esta parte, las tendencias desreguladoras del derecho societario europeo¹⁵ tienden a favorecer un mayor relieve de la autonomía de la voluntad. Ello se traduce en la sustitución de las normas imperativas por reglas de carácter dispositivo, aunque fundamentalmente esta propuesta se predica en la mayoría de los casos por lo que respecta al régimen de la sociedad anónima¹⁶.

Uno de los debates fundamentales a llevar a cabo es si la autonomía de la voluntad constituye en nuestro ordenamiento la regla general (no la excepción) de las SRL¹⁷, frente a las SA¹⁸. Esto es así, en principio, desde que entró en vigor de la LSA de 1989¹⁹. A partir de esa fecha se constata que creció espectacularmente el número de SRL de nueva creación, en detrimento de las anónimas. De hecho, puede estimarse que más de un 95 % de las sociedades de capital que se constituyen actualmente en España lo hacen, como es sabido, bajo la forma de la limitada²⁰.

Todo esto no hace más que corroborar una cosa: que la significación práctica y el éxito de cualquier figura societaria se hallan en buena medida en función directa, no tanto de su propio texto regulador, sino de la mayor o menor flexibilidad que revista el derecho regulador de las restantes figuras que coexistan con la misma en el panorama societario²¹; así ocurrió en su día con la SRL en España y viene ocurriendo en Francia, en Colombia y en

¹⁵ En este sentido, Esteban Velasco (2003, p. 214).

¹⁶ Véase al respecto, Embid Irujo (2002, pp. 1637-1640; 2007, p. 17, *in fine*).

¹⁷ En este sentido se pronuncia, a nuestro modo de ver de forma muy acertada, Lucena González (1998, p. 59). En este mismo sentido, Massaguer Fuentes (1994, p. 12960 *in fine*).

¹⁸ Véase, en este sentido, el interesante análisis que al respecto lleva a cabo Bercovitz Rodríguez-Cano (1998, pp. 56 y ss.).

¹⁹ Cosa que no ocurría con la ley de 1951. Véanse, en este sentido, Garrigues (1952, pp. 11 y ss. y 60 y ss.), Rubio, (1964, pp. 13 y ss. y 22 y ss.) y Girón Tena (1952, pp. 21-22). La realidad mostraba una forma social predominante, la SA, con independencia de la entidad de la empresa. A su lado, la SRL aparecía como una forma claramente infrautilizada. Las razones de este fenómeno eran varias: falta de exigencia de un capital mínimo para constituir una SA; prestigio sociológico de esta forma social frente a la SRL; y, sobre todo, la propia brevedad e insuficiencia del texto regulador de esta sociedad (LSRL de 1953), generador, en consecuencia, de una notable inseguridad jurídica.

²⁰ En este sentido, véase la estadística del Registro Mercantil Central sobre el número de sociedades constituidas en el periodo de 1995-2005, apuntada por Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte (2006, pp. 302-303). También pueden resultar de interés las precisiones llevadas a cabo por Arroyo Martínez y Embid Irujo (1997, pp. 16 *in fine* y 17).

²¹ Al respecto, Espina (2003) examina la posibilidad de incluir todos los pactos y condiciones que se juzgue conveniente en la escritura constitutiva de las sociedades anónimas y limitadas.

otros muchos países a nivel mundial desde la aparición de la controvertida sociedad por acciones simplificada (SAS)²².

No obstante, y aunque abordando la cuestión aún desde la efímera perspectiva que, como acabamos de exponer, nos aporta flexibilizar el marco jurídico de cualquier figura societaria, podemos constatar las evidentes ventajas que supone; no hay que olvidar la sumisión a un marco normativo indisponible. Pero, ¿por qué no admitir la inclusión de determinadas cláusulas favorables a los socios, siempre que no contravengan o restrinjan las normas?

A la hora de abordar la posible introducción de un nuevo tipo societario en nuestro ordenamiento, similar a los introducidos como veremos posteriormente en muchos países vecinos, hay que tener en cuenta unas consideraciones preliminares. Como primera premisa debe considerarse el principio de *numerus clausus* de formas mercantiles que rige nuestro derecho societario²³, de ahí que anteriormente no hayamos hablado de creación de nuevas figuras, sino de adecuación a las ya existentes, dado que tal como está configurado nuestro actual sistema societario esto sería una utopía. Este principio, que por lo general sienta las bases del problema de los límites de la libertad contractual, supone que queda reservada al legislador la facultad de invención de nuevas figuras; ello implica la imposibilidad de que los particulares puedan crear figuras desconocidas para nuestro derecho. De este modo la única posibilidad es elegir el modelo de operación que mejor convenga a sus necesidades, pero no introducir nuevos esquemas de disciplina. No obstante, este ha sido el esquema seguido por muchos de nuestros países vecinos.

Bajo estas premisas y sobre la base de las particularidades básicas propias de nuestro ordenamiento, podríamos optar por tres vías distintas a la hora de considerar la posible adopción de una nueva forma societaria. Por un lado, cabría una modificación legislativa, que aunque posible y sin duda la más adecuada, resultaría la más complicada. En segundo lugar podríamos abordar, sobre la base de la experiencia seguida por el ordenamiento francés, la adopción por vía estatutaria. Y, en tercera y última instancia, debemos también considerar la posibilidad de acudir a los pactos parasociales.

A la espera de reformas más globales del derecho de sociedades, en los últimos tiempos se ha constatado en diversos ordenamientos europeos y americanos un creciente interés por flexibilizar sus respectivos marcos societarios mediante la creación de nuevas figuras que permitan simplificar las reglas que rigen la vida social y a través del recurso a la autonomía de la voluntad de sus socios fundadores.

En este sentido, y por lo que respecta al Derecho español, las últimas modificaciones legislativas operadas por la Ley de creación y crecimiento de empresas y la Ley de fomento

²² En este sentido, véase Navarro Matamoros (2009, pp. 129 y ss.).

²³ Véanse Fernández de la Gándara (1977, p. 78), así como Gondra Romero (1992, p. 53) y Perdices Huetos (1997, p. 25).

del ecosistema de las empresas emergentes son buena prueba de ello y auguran un futuro mucho más acorde a las tendencias seguidas por la Unión Europea por lo que a materia societaria se refiere.

3. Reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas

3.1. Breve aproximación histórico-legislativa

El panorama societario español, en cuanto a pymes, micropymes y empresario individual emprendedor o de escasos recursos se refiere, se ha visto superado por una ineficiente y excesiva regulación, que ha venido entorpeciendo la creación societaria y, por ende, el tejido empresarial de nuestro país. Esta realidad no es si no consecuencia del seguimiento por parte del legislador a las teorías clásicas societarias que, amparadas en la seguridad jurídica y la protección de terceros, han hecho cuño a regulaciones conservadoras, que tan solo han visto destellos de innovación tras la entrada en vigor de la LSC²⁴ y bajo formulaciones simplificadoras de origen comunitario²⁵.

Esta última etapa social, económica y jurídica, extraordinariamente convulsa por la interferencia de la covid-19, ha sido el colofón del desgaste empresarial que ya venía repercutiendo en España desde la crisis económica mundial del 2008, activando con acierto toda una suerte de mecanismos novedosos y, sobre todo, simplificadores en materia societaria, que en última instancia han eclosionado en el proyecto de ley de creación y crecimiento de empresas y posteriormente mediante ley aplicable²⁶ bajo el eslogan «crea y crece».

Es reseñable, en cuanto a pretexto regulatorio de esta última década, los continuos asentamientos e intentos de figuras prácticas societarias que han ampliado el espectro aplicativo

²⁴ Con independencia del debate sobre la inclusión (o no) de las exposiciones de motivos en los textos articulados, véase, al efecto, Santaolalla López (1991, pp. 47-64). Es destacable el sentido teleológico de provisionalidad contenido en el punto V de la exposición de motivos de la LSC, refiriendo el nacimiento del texto refundido con «el deseo de ser superado pronto, convirtiéndose así en un peldaño más de la escala hacia el progreso del Derecho [...] en el inmediato futuro, el legislador debe afrontar importantes reformas de la materia, con la revisión de algunas soluciones legales tradicionales».

²⁵ En este sentido, son numerosas las reformas e inclusiones legislativas producidas en nuestro país bajo el paraguas de trabajos y recomendaciones comunitarias, pudiendo citar, entre otras, la Recomendación de la Comisión de 22 de abril de 1997 sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas, siendo el origen inspirador de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa por la que se modificó en su momento la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada. Véase Hierro Anibarro (2010, pp. 65-110).

²⁶ Proyecto de Ley de creación y crecimiento de empresas, Boletín Oficial de las Cortes Generales, 17 de diciembre de 2021, Serie A, núm. 76-1.

más allá de las tradicionales SRL y SA, destacando la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que extiende inclusive el manto societario al emprendedor que desarrolla una actividad económica introduciendo al emprendedor de responsabilidad limitada. En un contexto objetivo, sin desmerecer la función tan necesaria como prioritaria del legislador activo, la errónea ejecución de las inclusiones tipológicas recientes ha desembocado en un vacío aplicativo de escasa repercusión real, no obstante, ya vaticinada *ab initio* en los resultados obtenidos por expertos sobre la eficacia e impacto de la ley en el entorno empresarial²⁷.

Adelantando el cambio de rumbo legislativo con la presente ley, cuya regulación rompe con la idealización de creación tipológica por una modificación de estructura societaria, inclusive en cuanto a instituciones básicas del derecho mercantil (*v. gr.* capital social), la misma se presenta con el objetivo de mejorar el ámbito empresarial reformando determinados puntos críticos contenidos en los actuales textos normativos y determinar una hoja de ruta en el ámbito societario del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia sobre canalización de los fondos europeos para aplacar los estragos de la covid-19.

3.2. Configuración de la Ley de creación y crecimiento

La Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, contenida en el BOE n.º 234, de 29 de septiembre de 2022, ref. BOE-A-2022-15818, se configura en una amplia exposición de motivos –diferenciando una parte fáctico-motivadora (puntos I y II) y otra parte referida al marco político y competencial que sostiene la presente ley (punto III)–, 17 artículos contenidos en 6 capítulos, 13 disposiciones adicionales, 6 transitorias, 1 derogatoria y 8 finales.

Con el sentido teleológico de alcanzar una lectura ordenada y organizada, desarrollaremos su contenido respecto a los grupos operativos de interés en los que se disemina, entendiendo necesario extraer del primer punto (agilización en la creación de empresas) las obligaciones notariales y estudiarlas por separado, habida cuenta su interés y trayectoria histórica.

Agilización en la creación de empresas

En la búsqueda legislativa de agilizar la creación de empresas, el artículo 2 de la presente ley modifica la LSC en cuanto a la institución del capital social, reduciendo el monto

²⁷ Véase al efecto, el completo análisis estadístico-predictivo sobre la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, realizado con anterioridad a la entrada en vigor de dicho texto articulado y fundamentado sobre la base de información de la red GEM (Global Entrepreneurship Monitor), observatorio del emprendimiento, teoría institucional y opinión de expertos, contenido en Ruiz Navarro *et al.* (2014, pp. 45-61).

dinerario obligatorio a tan solo un euro para las SRL. Pese a lo innovador de la propuesta y la concordia con el pensamiento europeísta, al tiempo que deducimos su importancia en costes para las sociedades más que en agilización en su creación *stricto sensu*, el legislador añade un nuevo párrafo señalando que, mientras el capital no alcance la cifra de 3.000 euros (cantidad mínima tradicional), se deberá destinar a la reserva legal una cifra de, al menos, el 20 % del beneficio y que, en caso de liquidación, voluntaria o forzosa, si el patrimonio de la sociedad no alcanza para el pago de las obligaciones sociales, los socios responden solidariamente de la diferencia entre los 3.000 euros y el capital efectivamente suscrito.

Con esta reforma legislativa, cualquier emprendedor o conjunción de socios con voluntad de comenzar su actividad bajo una forma societaria con una cantidad simbólica de capital tiene la capacidad de constituir su sociedad de modo que esta se vaya capitalizando a medida que va obteniendo beneficios, no obstante, su régimen regulador constituye una protección de terceros por el tiempo en el que no se alcance el capital mínimo de la práctica tradicional.

Un previo análisis comparativo revela una doble intencionalidad legislativa. En primer lugar, es patente la integración directa de la SLFS, de la que trae causa en el propio tipo societario de SRL. En la práctica, pese a que la ley crea y crece suprime el artículo 4 bis de la LSC referido a la SLFS y toda referencia al subtipo societario, se produce, *mutatis mutandis*, una traslación (con reducción de carga impositiva a la sociedad, como veremos en el punto siguiente) de la SLFS camuflada en una modificación normativa de la SRL, si bien eliminando las trabas indirectas de la propia denominación «formación sucesiva»²⁸.

En segundo lugar, la adaptación de la figura societaria mostrada en cuadro comparativo²⁹ redunda en un juego de bolillos que la acerca a la regulación de SRL, pero manteniendo determinadas obligaciones que ya estaban presentes en la SLFS. En pocas palabras, aligera paulatinamente la carga impositiva de la actual regulación sin incluir novedad legislativa alguna. En este sentido, la modificación mantiene los apartados de la SLFS referidos a reservas legales y responsabilidad de los socios y suprime los apartados de información y distribución de dividendos.

Tras el acercamiento expuesto, es llamativa la afirmación contenida en la exposición de motivos del inicial proyecto de ley, reforzada al trasladar el texto a la propia exposición de motivos del texto definitivo, al reseñar que

²⁸ La propuesta de ley al suprimir la SLFS elimina de plano la obligatoriedad contenida en el artículo 23 d) de la LSC: «En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada en régimen de formación sucesiva, en tanto la cifra de capital sea inferior al mínimo fijado en el artículo 4, los estatutos contendrán una expresa declaración de sujeción de la sociedad a dicho régimen. Los Registradores Mercantiles harán constar, de oficio, esta circunstancia». En este sentido, el legislador «marca» a la sociedad frente a los acreedores y terceros que pretenden o tienen expectativas de mantener relaciones comerciales con aquella, advirtiendo de los pormenores intrínsecos al tipo societario.

²⁹ Véase Anexo n.º 1. Cuadro comparativo entre SRL, SLFS y SRL tras modificación, mediante gama cromática.

la modificación lleva aparejada la eliminación de la posibilidad de que una sociedad opte por constituirse en régimen de formación sucesiva, puesto que este es un régimen concebido para posibilitar la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada con un capital social inferior al mínimo legal de 3.000 euros, que se elimina.

El legislador yerra en su declaración o, como mínimo, no acierta en la misma, puesto que el capital social de 3.000 euros, como queda expuesto, no se elimina en puridad, al menos si se quieren adquirir las ventajas que ofrece su capitalización, siendo en realidad una depuración de técnica legislativa con el fin de mostrarse atractiva al público al que va dirigida.

Íntimamente ligado al tema tratado, adquiere, en sinergia acumulativa, especial importancia la Ley 11/2018, de 28 de diciembre³⁰. Más allá de las reformas operadas en las cuestiones derivadas del controvertido artículo 348 bis de la LSC, el cual centró gran parte de la atención de la ley de referencia, modificó el artículo 62 de la LSC relativo a «acreditación de la realidad de las aportaciones» añadiendo un nuevo apartado 2 por el que permite la sustitución de la acreditación de las aportaciones dinerarias en las SRL por una mera manifestación de responsabilidad solidaria³¹.

Aplicando un ejercicio de perspicacia práctica, el acogimiento al antiguo modelo de SLFS y al actual régimen provisional de SRL por un euro desvanece su razón de ser en cuanto no se precisa de los 3.000 euros al tiempo de constitución de la SRL, ni siquiera en momentos posteriores, a tenor del artículo 62.2 de la LSC, salvo casos de quiebra o disolución empresarial. Respecto a la integración del capital social no monetario o en especie, tampoco presenta especial complejidad, al no requerir control externo que valore las aportaciones en relación con lo establecido en los artículos 63 y siguientes de la LSC³².

En la misma senda unidireccional, el proyecto de ley deroga el título XII y las disposiciones adicionales cuarta, quinta y sexta, relativos a la sociedad nueva empresa. Este tipo especial o subtipo de SRL regulado materialmente por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa, y cuyo origen remonta a trabajos y recomendaciones comunitarias sobre agilización empresarial³³, presentaba unas características propias diri-

³⁰ Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de sociedades de capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 julio, de auditoría de cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

³¹ Artículo 62.2 de la LSC: «No obstante lo anterior, no será necesario acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada si los fundadores manifiestan en la escritura que responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de las mismas».

³² Véase el ameno comentario sobre la Ley crea y crece ofrecido por Arruñada (18 de enero de 2022).

³³ En orden cronológico, la Comisión Europea presentó en 1997 una Recomendación sobre mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas (97/344/CEE) que dio lugar al llamado «Grupo

gidas a proyectos empresariales de tamaño reducido, reseñando un capital social mínimo de 3.000 euros y máximo de 120.000 euros, un número máximo de 5 socios iniciales, objeto social genérico y amplio, una constitución acelerada con posibilidad telemática y empleo de estatutos tipo y determinadas ventajas fiscales³⁴.

El proyecto de ley justifica la supresión de la SLNE por la obsolescencia en cuanto a la celeridad en su constitución y ciertos requisitos normativos que se han visto superados por la SRL ordinaria. Si bien la campaña institucional respecto al subtipo societario centró gran parte de la atención en su constitución en un plazo de 48 horas, la SLNE ya tuvo problemas integradores desde su propio origen³⁵. En este sentido, más allá de las ventajas fiscales y la constitución acelerada, el favorecimiento de la creación de un tipo concreto de pyme, como lo es la SLNE, y no de un tipo general de pyme, acota su campo de interés en exceso, además, incluso para quien le pueda ser de interés la sociedad, se tiene que enfrentar a un capital social limitado a 120.000 euros (insuficiente en determinadas negociaciones comerciales); a la mención en la denominación social de SLNE que advierte a los acreedores de ser una sociedad modesta, dificultando su inclusión en el tráfico jurídico; o a unos estatutos tipo que, aun no siendo imperativos, sí son necesarios para cumplir la finalidad de constitución acelerada y ahorro de costes, al tiempo de la limitación en su modificación posterior a tan solo su domicilio social, denominación y capital social.

Best», cuya línea de acción reiteró la propia recomendación de la CE. Posteriormente, en el año 2000, el Consejo Europeo de Lisboa, en desarrollo de las líneas expuestas por la Comisión Europea, concretó las pymes como prioritarias en los trabajos venideros, dando luz a la «Carta Europea de la Pequeña Empresa» o «Carta Feira», por la que los Estados miembros iniciaron rondas para establecer un marco jurídico idóneo y plantearon por primera vez la inscripción en línea de los registros, aprobando el «Programa plurianual en favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular para las pyme» por un lapso temporal 2001-2005. Los posteriores trabajos incidieron en el camino digital apoyando el uso de formularios estándar, potenciando los registros en línea o la interconexión entre Administraciones, entre otras medidas, trabajos, como es bien sabido, que continúan a día de hoy con nuevas medidas tecnológicas, como demuestra «Una Europa Adaptada a la Era Digital» como una de las seis prioridades de la Comisión para 2019-2024 o, a nivel nacional, el novedoso programa «Kit Digital». En este sentido, véase el análisis realizado sobre la base de la importancia de las nuevas tecnologías en el derecho mercantil de Vega Clemente (2018, pp. 149-169); y las interesantes apreciaciones en torno al sistema único electrónico de constitución societaria de García Mandaloniz (2018, pp. 857-895).

³⁴ En cuanto a las ventajas fiscales de la SLNE, además de las generales aplicadas a todas las SRL con una cifra de negocios reducida, la disposición adicional decimotercera recoge el aplazamiento, sin tener que aportar garantías, sobre el pago del impuesto sobre sociedades de los dos primeros periodos impositivos; podrán aplazar sin garantías el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados durante un año; o previa solicitud de una sociedad nueva empresa, con aportación de garantías o sin ellas, el aplazamiento o fraccionamiento de las cantidades derivadas de retenciones o ingresos a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas que se devenguen en el primer año desde su constitución. Véase, en este sentido, López Díaz (2010, pp. 125-143).

³⁵ En este sentido, es de especial interés los apuntes sobre la SLNE contenidos en Navarro Matamoros (2016, pp. 507-515; 2019, pp. 103-111).

En último término, habida cuenta la supresión de la SLNE y de la SLFS tras la venidera entrada en vigor de la ley, el legislador dedica la disposición transitoria segunda y tercera al régimen jurídico que tendrán las sociedades existentes bajo estas formas societarias.

Respecto a la SLNE, esta se regirá por las disposiciones contenidas para las SRL y bajo esta misma denominación. Así las cosas, las características concretas legisladas para la SLNE desaparecen, al contrario que la SLFS, cuyas características se incorporan parcialmente al modelo de SRL, como hemos desarrollado en líneas anteriores. A la espera del texto definitivo, el proyecto de ley no dedica espacio al objeto social de la SLNE tras su conversión a SRL. En este sentido, podemos intuir que tras la supresión del artículo 436 de la LSC por la que se habilita el objeto social genérico y de la prohibición de modificación del objeto social de la SLNE (ambas a consecuencia de la derogación del articulado que desarrolla la LSC sobre SLNE), los socios deberán acogerse al modelo estándar de concreción del objeto social.

En relación con la SLFS, esta podrá optar entre modificar sus estatutos y someterse al régimen establecido para las nuevas SRL hasta alcanzar los 3.000 euros de capital social, o no modificarlos y mantener la sujeción a las reglas establecidas para la SLFS. Al respecto, la decisión del legislador se muestra confusa en cuanto motiva la eliminación de la SLFS, al tiempo que es permisiva a la voluntad de los socios el poder acogerse o no al régimen que tratan de imponer. Bajo criterio subjetivo, una correcta transición regulatoria debe concretar un fin del articulado anterior en un periodo de tiempo acorde a la realidad del cambio, irrefutablemente siempre que no se entienda derogado por el nuevo texto normativo, considerando necesaria una inclusión de limitación temporal en este punto en forma de excepción³⁶, en la propia disposición final quinta sobre «entrada en vigor».

Obligaciones notariales y regulación en torno a los PAE y el CIRCE

En cuanto a la intervención notarial, los artículos 3 y 4 de la Ley crea y crece introduce una nueva retahíla o normas de mínimo a la que los notarios deben acogerse sobre información a aportar a los socios constituyentes y uso de la Agenda Electrónica Notarial. No es atrevido señalar que la presente ley infiere e incluso propone más de lo regulado en su

³⁶ No es extraña la inclusión de excepciones temporales en las disposiciones finales sobre entrada en vigor, en aquellos puntos o extremos que requieran de un espacio mayor por motivos de seguridad jurídica o que afecten de forma abrupta a una realidad social concreta. En este sentido, podemos citar a modo ejemplificativo la disposición final octava de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en la que introduce un lapso temporal mayor al del propio cuerpo normativo para las diferencias de primas de contrato de seguro por embarazo y parto; o el propio Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, introduciendo lo propio en la disposición final tercera respecto al plazo de convocatorias de las juntas generales extraordinarias.

propio cuerpo normativo, al menos en contexto, a tenor de las discusiones históricas y fracasos legislativos europeos³⁷ que han puesto en jaque la figura del notario en la creación y constitución de las sociedades de capital.

En cuanto al deber de información, los notarios y los intermediarios participantes en la creación de SRL y SCoop. tienen el deber de comunicar a los socios fundadores las ventajas en la utilización de los puntos de atención al emprendedor (PAE) y el uso del CIRCE³⁸, debiendo incidir, como mínimo, en: coste y plazos, información y asesoramiento, obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, posibilidad de trámites ante las autoridades estatales, comunidades autónomas y entidades locales, y seguimiento de la tramitación.

Esta medida tiene por objeto suprimir el óbice de libertad del notario por disposiciones imperativas de información, hasta ahora integrado en la esfera que podemos considerar de buenas prácticas deontológicas del cuerpo notarial, suponiendo un avance en la gestión de creación de empresas.

En cuanto a la forma de ejecución de la medida, la Ley crea y crece establece que estas obligaciones se complementarán mediante desarrollo reglamentario. En este sentido, adquiere especial importancia la recepción fehaciente de la comunicación de los deberes de información expuestos a los socios fundadores, más si cabe tras la esperada transposición al derecho español de la Directiva 2019/1151³⁹ en la que se recoja definitivamente la constitución y registro de las sociedades mercantiles mediante procedimiento *online* en su integridad.

En efecto, el deber de información a los socios sobre los extremos establecidos en el artículo 4 de la ley no cumple su función si no se acredita su recepción por parte de quien(es) se relacionen con el notario. El actual sistema de comparecencia personal ante notario no presenta especial complejidad, por cuanto la recepción se puede realizar mediante documento físico o electrónico debidamente firmado en el mismo acto, no obstante, se plantean dudas legislativas formales y de fondo respecto al cauce telemático y firma electrónica que deberán ser resueltas para cumplir correctamente con el nuevo precepto, todo ello con in-

³⁷ En este sentido, es reseñable el fracaso de la SPE como figura societaria de amplia simplificación en los trámites constitutivos, cuya falta de acercamiento y posterior retirada de la proposición obedeció a las discrepancias de los Estados miembros con las connotaciones innovadoras de su regulación, entre otras, con el trámite de constitución íntegro por medios telemáticos que excluía en su momento la intervención notarial. Véase, al respecto, Rodríguez de las Heras Ballell (2011).

³⁸ Véase, en este sentido, el pormenorizado análisis sobre constitución de la SRL mediante procedimiento telemático y el uso del PAE integrado en el CIRCE, detallado en Aceituno Aceituno (2021, pp. 175 y ss.).

³⁹ Directiva 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades (11 de julio de 2019).

dependencia de la meritoria trayectoria que en materia de cauces telemáticos ha venido desarrollando el Consejo General del Notariado⁴⁰.

En cuanto al uso de la Agenda Electrónica Notarial, el punto 1 del artículo 4 establece en tono imperativo el deber de todos los notarios a estar integrados y disponibles en ella al objeto de constituir sociedades a través del CIRCE. Por otro lado, el punto 2 del mismo artículo complementa la regulación añadiendo que el notario no puede rechazar sin justa causa el trámite de constitución iniciado por el sistema CIRCE y el DUE.

Un previo análisis comparativo con el artículo 8 del Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo⁴¹, por el que se regula, entre otros, la Agenda Electrónica Notarial y su integración en el tráfico instrumental del ejercicio diario del notario, manifiesta dos realidades en cuanto al propósito legislativo:

En primer lugar, la nueva condición de obligatoriedad respecto al uso y cauce procedimental de todos los notarios a la Agenda Notarial Electrónica para la constitución de sociedades retoma las iniciativas de una agilización efectiva en la puesta en marcha de la sociedad de forma abrupta, infiriendo en la propia gestión del notario. En este sentido, es del mismo modo destacable el propósito intrínseco del legislador, arraigando la figura del notario en la constitución de las sociedades en su vertiente telemática y manifestando un silencio negativo (*voz en off*) acerca de la eliminación del control notarial, al menos por el momento.

En segundo lugar, respecto al compromiso del notario a no rechazar el trámite de constitución iniciado por el CIRCE y el DUE es, *mutatis mutandis*, una transcripción de lo ya regulado en el punto 3 del propio artículo 8 del Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo⁴². A este

⁴⁰ Pese a las dudas regulativas expuestas, es de derecho hacer mención a los esfuerzos del Consejo General del Notariado en la transformación digital de los trámites notariales en línea. En este sentido, aún a falta de la transposición normativa de la Directiva 2019/1151, el cuerpo notarial se ha adelantado al mismo incluyendo toda una meritoria reforma por la que desde hace un tiempo está disponible el cauce online para con el notario. Véase en este sentido el ameno vídeo explicativo sobre «Los notarios ante la nueva Directiva europea para la constitución online de sociedades», ofrecido por el Consejo General del Notariado en <https://www.youtube.com/watch?v=ukhn396DBEM>.

Del mismo modo, el cauce instrumental para llevarlo a cabo culminó hace escasos meses con el Portal Notarial del Ciudadano (<https://www.portalnotarial.es>). A través de esta sede electrónica, podemos elegir al notario, solicitar copias simples, iniciar gestiones y trámites, entre otros, de constitución de sociedad, e incluso mantener una videoconferencia con el notario de nuestra elección.

⁴¹ Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba el modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva. BOE, n.º 141, de 13 de junio de 2015, ref. BOE-A-2015-6520.

⁴² Artículo 8.3 del Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo: «La cita reservada será vinculante para el notario. Si por cualquier causa, debidamente justificada, el notario no estuviera en disposición de autorizar la escritura en la fecha y hora señalada, deberá poner inmediatamente esta circunstancia en conocimiento del Consejo General del Notariado, que deberá ofrecer al solicitante la posibilidad de otorgar la escritura

respecto, su inclusión en el texto articulado insinúa obedecer a una cuestión de idoneidad legislativa en aras de concentrar todas las vicisitudes notariales que afectan a la agilización de trámites en la propia ley, al tiempo que reitera de forma premeditada las consecuencias de su incumplimiento a fin de lograr una mayor efectividad por la vía de la sanción⁴³.

En otro orden de ideas, el artículo 5 del novísimo texto normativo introduce sendas modificaciones a la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, referidas principalmente a concreciones menores de afectación a la utilización del CIRCE. No obstante, son destacables algunas inclusiones que inciden en mayor o menor medida en la constitución de SRL tanto con estatutos tipo como sin ellos. A este respecto citamos las siguientes:

En cuanto a la constitución de SRL mediante escritura pública con formato estandarizado y estatutos tipo:

- Respecto a la cumplimentación del DUE, se añade un nuevo párrafo precisando que los documentos redactados en lengua extranjera (con exclusión lógica de las lenguas cooficiales) deberán estar traducidos por traductor jurado, suprimiendo al efecto la validez de las traducciones hechas privadamente.
- En caso de calificación negativa de la inscripción de la sociedad por el registrador, deberá notificarla al propio CIRCE, que a su vez la trasladará a los socios fundadores y al notario.
- La publicación preceptiva de la inscripción de la SRL en el BORME estará exenta de pago.

En relación con la constitución de SRL mediante escritura pública con formato estandarizado sin estatutos tipo:

- Se modifica el plazo de inscripción ordinario de la escritura de constitución con anterioridad a esta ley de calificación, fijado en 15 días, por un nuevo plazo máximo de 5 días a contar desde la fecha de presentación o al de la fecha de devolución del documento retirado.

ante otro notario dentro del mismo plazo, si la imposibilidad del primer seleccionado se le hubiera comunicado antes de que faltaran seis horas para que finalizara aquel. En todo caso, cualquier alteración o modificación de la cita deberá ser puesta en conocimiento del CIRCE».

⁴³ La negativa injustificada a la prestación de funciones requeridas a través de la Agenda Notarial constituye una infracción grave de acuerdo a lo preceptuado en el apartado j) del artículo 349 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del notariado, siendo sancionadas con multa a partir del tramo medio de la escala (entre 3.005 y 12.020 euros), suspensión de los derechos reglamentarios de ausencia, licencia o traslación voluntaria y con postergación de la antigüedad en la carrera cien puestos o en la clase hasta cinco años.

- Íntimamente relacionado con el punto anterior, se introduce un nuevo párrafo de información y transparencia interpersonal por el que, en caso de imposibilidad en completar el procedimiento en los plazos señalados, el registrador mercantil de forma directa notificará al solicitante los motivos del retraso.
- Se introduce un nuevo y necesario punto (7) de exoneración de responsabilidad al solicitante, por el que cualquier incidencia entre administraciones públicas que se pudiera producir durante la tramitación no atribuible al emprendedor no le ocasionará obligaciones o gastos adicionales, siendo responsabilidad de las Administraciones públicas correspondientes dar solución a la misma.

Sin proceder a desarrollar los puntos expuestos por la claridad y simpleza en las inclusiones y modificaciones operadas, es notorio el papel protagonista del CIRCE incrementando las operaciones realizadas en su sistema, buscando definitivamente que sirva de cauce único e íntegro a la constitución telemáticas de sociedades. Del mismo modo, reseñamos positivamente la reducción de costes directos (publicación de la inscripción en el BORME gratuita) e indirectos (incidencias por responsabilidad de la administración) siempre bienvenidos, con independencia de la repercusión real que obtengan, y la –inesperada– reducción de plazos en la inscripción de la escritura de constitución de las SRL sin estatutos tipo, vinculando el mismo propósito de agilización societaria y, por tanto, no penalizando a aquellos socios que desean unos estatutos idealizados a sus intereses⁴⁴.

En último término, respecto a la adquisición y pérdida de la condición de PAE público y privado, se introduce un nuevo apartado señalando que la persona titular del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo regulará mediante orden el procedimiento administrativo a aplicar.

Actualmente, el procedimiento para ser PAE comprende la firma de un convenio de colaboración entre la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, y la entidad (pública o privada) que desee establecerse PAE y la cumplimentación de un formulario *online* de solicitud⁴⁵. Una vez cumplidos los trámites anteriores,

⁴⁴ En este sentido, para un mayor abundamiento respecto a los PAE, el DUE y la constitución telemática de SRL regulados en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, sugerimos el completo análisis realizado en Rodríguez Arana y Fernández Orrico (2013, pp. 203-221). Además del clarividente análisis sobre la actual regulación contenida en la Ley de emprendedores, el autor nos ofrece una somera comparación con la anterior regulación contenida en el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, nada desdeñable si se desea conocer con exactitud la evolución habida desde aquel entonces hasta el nuevo proyecto de ley, enfatizando en apartados de especial interés como los plazos perfectamente desagregados de constitución, inclusive anexando cuadro comparativo.

⁴⁵ En este sentido, la propia plataforma PAE facilita un modelo a modo de borrador informativo de convenio (https://paeelectronico.es/Documents/Modelo_Convenio_Privado.pdf) y un formulario de solicitud a rellenar y enviar al CIRCE con el objeto de crear definitivamente el citado convenio. Tras la firma del

se procede al alta del PAE en el CIRCE y en el llamado «mapa PAE», esto es, en el buscador de PAE para los emprendedores. A la espera del nuevo procedimiento administrativo, la información aportada en la propia web del PAE electrónico⁴⁶ se muestra suficiente para realizar los trámites correspondientes de forma sencilla, facilitando tanto un número de teléfono como un correo electrónico del CIRCE para mayor abundamiento.

Inclusión práctica respecto al emprendedor de responsabilidad limitada

La figura del emprendedor de responsabilidad limitada, acuñada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, innovó la forma de entender al emprendedor como sujeto de derecho, alejado, en cierta medida, de las disposiciones limitadoras de responsabilidad propias de las sociedades mercantiles, tratando de mostrar unas características propias y especiales, atípicas en nuestro derecho reciente, con el fin de mostrarse atractiva al público al que iba dirigida.

La principal novedad de esta figura residía en limitar la responsabilidad del empresario individual a su vivienda habitual, no sin multitud de trabas indirectas que restaban interés en su aplicación práctica. Es evidente que el ámbito de protección de esta figura no se enmarca en la misma definición que se extrae de las sociedades mercantiles, no pudiendo afirmar que esta limitación de responsabilidad lo es en sentido estricto, sino que bajo el cumplimiento de determinadas premisas y para ciertos créditos, no todos, se permite que la vivienda habitual se convierta en un bien inembargable.

En este sentido, con las modificaciones habidas en la presente ley, el legislador ha decidido expandir su ámbito de limitación de responsabilidad, acogiendo, además de la ya mencionada vivienda habitual, los bienes de equipo productivo afectos a la explotación y los que los reemplacen debidamente identificados en el Registro de Bienes Muebles, con el límite del volumen de facturación agregado de los dos últimos ejercicios. Es indiscutible que toda amplitud al ámbito de protección existente debe ser contextualizado de forma positiva, amén de la figura del legislador activo, cuya preocupación por innovar y facilitar el emprendimiento se muestra necesaria, sin embargo, omite la verdadera problemática que plantea desde su origen⁴⁷.

En primer lugar, la propia terminología como «emprendedor de responsabilidad limitada» quiebra con el principio de unidad de limitación propia del ámbito societario, considerando que se trata de una definición inexacta y poco intuitiva.

convenio, se ha de cumplimentar un nuevo formulario *online* de solicitud y enviarlo a través de certificado digital (por el momento, tan solo mediante clave permanente) para ser validado.

⁴⁶ <https://paelectronico.es/es-es/CanalPAE/ComoSerPAE/Paginas/ComoSerPAE.aspx>

⁴⁷ En este sentido, véase el análisis realizado por García Mandaloniz (2016).

En segundo lugar, como factor determinante y eje de la problemática de la figura, se encuentran las deudas. Más allá de las propias del ejercicio profesional, existen ciertas deudas que no podrían contar con el beneficio de este régimen y para las cuales el legislador impone una responsabilidad patrimonial universal ex artículo 1911 del Código Civil, quedando por tanto afecta la vivienda habitual y los bienes de equipo productivo que protege. Estas son las deudas de derecho público, que incluyen las tributarias y las de la Seguridad Social. En este tipo de deudas, si bien es cierto que la vivienda habitual solo podrá ser ejecutada cuando no existan otros bienes del deudor que sean bastantes para cubrir la deuda, gozando de un orden de prelación en ultima ratio, no va a evitar en caso de quiebra que la vivienda no quede afecta a las deudas, siendo embargada y posteriormente enajenada.

En último término, referenciamos los trámites burocráticos. Para optar a las prerrogativas expuestas, el emprendedor debe acudir ante notario para firmar un acta notarial que acredite la condición de ERL, inscribir el acta notarial en el Registro Mercantil e inscribir el acta notarial en el Registro de la Propiedad en el que figure la vivienda habitual del emprendedor y en el Registro de Bienes Muebles para los bienes de equipo productivo. Todos estos trámites, más allá del tiempo intrínseco en su realización, conlleva costes iniciales nada desdeñables.

4. La Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes

El pasado 23 de diciembre entró en vigor la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes. El objeto de la ley es el establecimiento de un marco normativo específico para apoyar la creación y el crecimiento de empresas emergentes en España; incluye para ello una serie de medidas que entiende el legislador reducirán los obstáculos legales detectados a la creación y crecimiento de las *startups* «referidos fundamentalmente a las cargas fiscales y sociales, a las exigencias del derecho mercantil y a los trámites burocráticos».

Para poder acogerse a los beneficios de la ley es necesario obtener la certificación de empresa emergente otorgada en un plazo máximo de tres meses por la empresa pública Empresa Nacional de Innovación, SME SA, previéndose el silencio positivo transcurrido el referido plazo. ENISA habrá de comprobar que concurren los requisitos establecidos en la ley para este tipo de empresas, requisitos que se detallan en el artículo 3, y entre los que destacamos el ser de nueva creación o tener una antigüedad no superior a cinco años desde su inscripción en el Registro Mercantil o en el que corresponda de cooperativas (o de siete años si tienen por objeto actividades de biotecnología, energía, industriales u otros sectores estratégicos o que hayan desarrollado tecnología propia, diseñada íntegramente en España, circunstancias estas últimas que se concretarán a través de orden ministerial); no haber sido creadas a través de un proceso de modificación estructural entre empresas no emergentes; no distribuir o haber distribuido dividendos o retornos en caso de sociedades cooperativas,

ser empresas españolas y además no cotizadas en un mercado regulado, tener al 60 % de la plantilla con un contrato laboral en España (en las sociedades cooperativas computarán como plantilla a efectos de este porcentaje los socios trabajadores y los socios de trabajo, cuya relación sea de naturaleza societaria) y «desarrollar un proyecto de emprendimiento innovador que cuente con un modelo de negocio escalable» en los términos del artículo 4.3.

La ley prevé la creación de estas empresas en lo que denomina «un solo paso» mediante el otorgamiento de un número de identificación fiscal, de forma que la *startup* cumplirá con los requisitos para su válida constitución con posterioridad. Sin embargo, para beneficiarse de las medidas previstas en la ley es necesario que la sociedad o cooperativa esté válidamente inscrita (artículo 5). Los plazos de inscripción son muy breves (5 días hábiles que pueden reducirse a 6 horas si la sociedad presenta los estatutos-tipo conforme al modelo que aprobará el Gobierno en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley), previéndose el recurso al documento único electrónico para su tramitación.

La previsión del artículo 11.2 sobre la inscripción de los pactos parasociales en la limitada de carácter emergente obligará a realizar un esfuerzo interpretativo, al ser una materia sobre la que ya se han pronunciado la doctrina, la jurisprudencia y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública:

Los pactos de socios en las empresas emergentes en forma de sociedad limitada serán inscribibles y gozarán de publicidad registral si no contienen cláusulas contrarias a la ley. Igualmente, serán inscribibles las cláusulas estatutarias que incluyan una prestación accesoria de suscribir las disposiciones de los pactos de socios en las empresas emergentes, siempre que el contenido del pacto esté identificado de forma que lo puedan conocer no solo los socios que lo hayan suscrito sino también los futuros socios.

Destacamos asimismo, entre las novedades mercantiles de esta ley, el reconocimiento de un plazo de tres años desde la constitución de la sociedad durante el cual no es aplicable la causa legal de disolución por pérdidas prevista, aunque no lo indique expresamente el artículo 13 de la ley, en el artículo 363.1 e) de la LSC, así como la admisión de la autocartera en las limitadas *startups* con el límite del 20 % del capital social para ejecutar un plan de retribución a los administradores, empleados «u otros colaboradores de la empresa» (artículo 10).

5. La digitalización en el actual panorama societario europeo

La crisis económica mundial acaecida hace más de una década mostró la eficacia de las medidas comunitarias como bloque unitario cooperativo más allá de los conocidos paquetes económicos destinados a sufragar a los Estados miembros. En este sentido, el mercado único europeo requiere una respuesta conjunta ante situaciones de adversidad manifiesta

que puedan entorpecer la marcha ascendente del entorno competitivo societario, debiendo actuar como un pilar maestro con máxima premura.

La actual pandemia mundial ocasionada por la covid-19 supone un nuevo reto en el escenario europeo, no solo en cuanto a la incompleta –aunque clarificadora para los ciudadanos– acepción de crisis sanitaria, sino a la recesión económica consecuencia de la falta de circulación dinámica en el comercio presencial, afectando de manera exponencial a las sociedades de capital, sobre todo a las pymes y micropymes⁴⁸. En esta línea, las primeras respuestas de nuestro legislador europeo de afectación al derecho de sociedades son abundantes, recalando en numerosas ayudas económicas dirigidas al ámbito empresarial⁴⁹ y al impulso de los medios digitales.

En este orden de ideas, si bien es cierto que la digitalización comunitaria es una constante en los objetivos de la Unión, como demuestran las continuas propuestas acaecidas con intensidad en la conocida Agenda Digital Europea⁵⁰, con hitos relevantes referidos a la estrategia para el Mercado Único Digital y, en última ratio, con la novísima propuesta de Reglamento sobre el programa Europa Digital 2021-2027⁵¹, la irrupción de la covid-19 ha acelerado desmedidamente el desarrollo digital y telemático de las sociedades de capital, afectando profundamente a las empresas más humildes sin entornos digitales acordes a la realidad paralela que está surgiendo.

A este respecto, sin postular a un análisis exhaustivo sobre la digitalización, las legislaciones de los Estados miembros han llevado a cabo una apresurada retahíla de nuevas normas transitorias que inciden en el derecho de sociedades, en especial a la organización interna, suscitando una cuasi armonización obligada sobre la base de las análogas necesidades que giran en torno al escenario poscovid-19. A tenor de la afección normativa surgida en España –reiteramos la analogía en los demás Estados miembros–, el polémico Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la covid-19⁵², dispone en los artículos 40 y siguientes una solución telemática para los órganos sociales⁵³, incidiendo a modo de sinopsis en

⁴⁸ Los numerosos informes y dictámenes que se han venido emitiendo lo evidencian, así como las predicciones futuras del sector pyme., tanto en Europa como en nuestro país. En este sentido, podemos citar: Organización Internacional del Trabajo (2020). *El Covid-19 y el mundo del trabajo*. Tercera edición: Estimaciones actualizadas y análisis; CEOE (2020). *Estrategia España para la recuperación de la crisis del COVID-19*; Gobierno de España (2020). *Cifras PYME marzo de 2020*; o CEPYME (2020). *Barómetro PYMES 2020*.

⁴⁹ Véase en este sentido, Tapia Hermida (2020).

⁵⁰ Parlamento Europeo (2020). *Una Agenda Digital para Europa*.

⁵¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el programa Europa Digital para el periodo 2021-2027, COM (2018), 434 final, de 6 de junio de 2018.

⁵² BOE n.º 73, de 18 de marzo de 2020. BOE-A-2020-3824.

⁵³ En este sentido, véanse Viera González (2020) y Peinado Gracia (2020).

junta general telemática, así como las preceptivas actas y adopción de acuerdos digitales del órgano de administración⁵⁴.

Las sucintas premisas aportadas abocan a un nuevo nivel digital en el derecho de sociedades comunitario de gran valor sustantivo, estimando que, tal vez, las medidas digitales no deben ser tratadas como meros elementos transitorios a la luz de las ventajas que afloran de su uso continuado, más aún por el carácter complementario y perfectamente compatible con los usos presenciales. En extensión de lo precitado, valoramos inclusive una extensión paulatina de los medios digitales en el ámbito societario tras los importantes avances en las infraestructuras de telecomunicaciones que están presentes y que se espera se sigan desarrollando⁵⁵.

En este sentido, adquieren especial interés las propuestas de creación de tipos societarios cerrados de origen comunitario, como la sociedad privada europea⁵⁶ y posteriormente la *societas unius personae*, cuyas principales características evocan a la simplificación y flexibilización de los principios configuradores que los integran, destacando la derivación telemática como característica sobresaliente de estos tipos societarios, aunando la simetría entre una reacción efectiva del legislador europeo y la necesidad social presente y acentuada con la covid-19 y los tiempos modernos.

En el entorno actual en el que la celeridad y el empleo de medios telemáticos es la clave del sistema, la aspiración de completar todos los trámites constitutivos de una sociedad en gestación vía *online* se predispone esencial. Así las cosas, los avances surgidos en estos últimos años, como el uso de las ventanillas únicas, ampliamente arraigada y de eficacia probada, utilizando, en equivalencia a los trámites constitutivos, el uso de modelos tipo de registro, suponen un avance cualitativo en este camino. A pesar de lo expuesto, el procedimiento telemático encuentra su principal impedimento en el doble control notarial-registral, no solo español, sino de gran parte de los Estados miembros de la Unión Europea, acudiendo la función del notario como profesional que vela por la seguridad jurídica preventiva

⁵⁴ No obstante, a modo ilustrativo, hemos de matizar que el citado artículo 40 del real decreto-ley contiene otras cuestiones de afección a la marcha de la sociedad que no afectan a la exposición del punto desarrollado en esta investigación, tales como la inaplicación del artículo 348 de la LSC sobre el derecho de separación de los socios, o regulaciones que afectan a la disolución de la sociedad. En este sentido, Peinado Gracia (2020, pp. 16-21).

⁵⁵ A este respecto, podemos referenciar las conocidas redes 5G y el plan de despliegue efectivo que se está gestando en la UE. Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: La 5G para Europa: un plan de acción, 14 de septiembre de 2016, COM (2016) 588 final.

⁵⁶ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, COM (2008) 396 final, de 25 de junio de 2008 y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada, 9 de abril de 2014, COM (2014), 212 final.

con anterioridad al registro de la sociedad. No obstante, las diferencias en torno a la presencialidad de los socios ante los notarios parecen encontrar solución con la aplicación de la Directiva 2019/1151⁵⁷, estableciendo la imperatividad legal de creación de empresas mediante trámites en línea desde agosto de 2021. Además, la interconexión de los registros mercantiles de la Unión Europea gestada hace unos años y representada a través de la plataforma e-Justice, facilita la recepción de información registral vía *online* de cualquier sociedad comunitaria impulsando la actividad transfronteriza, incidiendo directamente en las pretensiones del comercio extramuros, del que trae causa las ya mencionadas propuestas de sociedades cerradas tipo europeo.

6. Consideraciones finales

Frente a un periodo quizá excesivamente largo de anquilosamiento y falta de novedad en nuestra materia, de un tiempo a esta parte nuestro derecho mercantil parece afortunadamente haber renacido. El legislador, consciente de las necesidades prácticas y del constante cambio y transformación de nuestra sociedad, ha avanzado en pocos años a pasos agigantados. Atrás quedan años en los que los textos empleados para regular nuestras sociedades seguían hablando de pesetas mientras nuestra moneda en curso legal era el euro, o se obviaba, o mejor dicho, se eludía el uso de las nuevas tecnologías que poco a poco se iban implantando en nuestra sociedad pero que no tenían todavía reflejo en nuestros textos normativos. Hoy podemos, por ejemplo, constituir nuestras sociedades en 24 horas gracias a esas nuevas tecnologías, podemos convocar a los socios a una junta a través de medios telemáticos e incluso podemos financiarnos a través de nuevas figuras como el *crowdfunding* financiero, es decir, que afortunadamente podemos realizar un sinfín de operaciones hace unos años apenas impensables.

A pesar del acierto o desacierto, de la conveniencia o no conveniencia, o incluso de la repercusión práctica o falta de la misma de algunos textos normativos, de lo que no cabe duda es de que nuestro derecho mercantil está creciendo, está intentando adecuarse a la realidad práctica de nuestros días e incluso está siendo pionero en materias hace años totalmente ajenas a nuestro ordenamiento.

Pensemos en este sentido en la aparición de figuras como la recientemente derogada sociedad limitada nueva empresa, que a pesar de su escasa repercusión práctica apareció como nuevo tipo societario en nuestro ordenamiento hace más de 15 años; o en la Ley de economía sostenible, que España fue pionera en impulsar y aprobar en el año 2011, a

⁵⁷ Directiva 2019/1151, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades, 11 de julio de 2019.

pesar de que el propio término y los trabajos preparatorios se acuñaran en otros ordenamientos como el francés.

Cierto es que todavía queda mucho camino por recorrer y que si nos comparamos con ordenamientos vecinos, nuestro país se encuentra a años luz de las novedades introducidas en nuestro ámbito por muchos de ellos, pero hay que alabar y fomentar que nuestro legislador siga por el camino iniciado hace unos años en nuestro campo y no limitarnos exclusivamente a criticar o cerrar la vía a cualquier posibilidad o novedad que se pueda introducir.

Cualquier paso adelante es positivo y será la práctica efectiva la que deba encargarse, dentro de unos límites, de corroborar si la introducción de cualquier novedad es o no efectiva. La ley debe estar al servicio del ciudadano, de sus necesidades prácticas y efectivas, y no de determinados colectivos que según sus intereses impulsan o no un proyecto que puede resultar muy efectivo.

Estas ideas escuetamente apuntadas son fruto de años de investigación de nuestro derecho societario, no solo español sino europeo y mundial, sobre todo del recorrido y de las constantes iniciativas y novedades aparecidas, no solo en nuestro ordenamiento sino también en el derecho europeo y en el derecho de América del sur, especialmente.

España es un gran país, con una gran capacidad de iniciativa y adecuación, con una estructura y unas bases sólidas; por qué no seguir el camino de otros países que con menor tradición y con menores medios han conseguido grandes logros que los han puesto a la cabeza en ambiciosas iniciativas equiparables a las grandes potencias, no solo europeas si no mundiales.

Confiemos en que nuestro legislador continúe con la línea iniciada y sea proclive a la inclusión de nuevas iniciativas que podrían resultar muy efectivas y prácticas para nuestro derecho societario.

Referencias bibliográficas

- Aceituno Aceituno, P. (Coord.) (2021). *Creación y gestión de empresas*. (14.ª ed.). Centro de Estudios Financieros.
- Alfaro Águila-Real, J. (1993). Autonomía privada y derechos fundamentales. *ADC*, XLVI(I).
- Alterini, A. y López Cabana, R. M. (1989). *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Abeledo-Perrot.
- Arroyo Martínez, I. y Embid Irujo, J. M. (1997). Prólogo en I. Arroyo Martínez y J. M. Embid Irujo (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Tecnos.
- Arruñada, B. (18 de enero de 2022). Comentario al proyecto de ley de creación y crecimiento de empresas. *Fedea*, Apuntes 2022.
- Beck, U. (1998). *¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Paidós.
- Beltrán Sánchez, E. (1995). *La unificación del Derecho privado*. Colegios Notariales de España.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (1976). En torno a la unificación del Derecho privado. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro* (I). Tecnos.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (1998). Origen y evolución histórica de la sociedad de responsabilidad limitada. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano, J. D. Rodríguez Martínez y J. Barba de Vega (Coords.), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Aranzadi.
- Díez-Picazo Ponce de León, L. (2007). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato* (6.ª ed., Vol. I). Civitas.
- Embid Irujo, J. M. (2002). Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y tipología de las sociedades de capital. En J. M.ª Baño León y J. Climent Barberá (Coords.), *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en homenaje al profesor José M.ª Boquera Oliver*. Tirant lo Blanch.
- Embid Irujo, J. M. (2007). Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en la Unión Europea. En D. Roque Vítolo y J. M. Embid Irujo (Dir.), *El Derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*. Comares.
- Espina, D. (2003). *La autonomía privada de las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*. Marcial Pons.
- Esteban Velasco, G. (2003). La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial. *RVEH*, 8.
- Fernández de la Gándara, L. (1977). *La atipicidad en Derecho de sociedades*. Pórtico.
- García Mandaloniz, M. (2016). El emprendedor ¿de responsabilidad limitada? En S. Hierro Anibarro (Coord.), *Un nuevo estatuto para el empresario individual*. Marcial Pons.
- García Mandaloniz, M. (2018). Hacia un sistema único de constitución de sociedades mercantiles electrónico y eficiente. En A. Madrid Parra (Dir.) y M. J. Blanco Sánchez (Coord.), *Derecho mercantil y tecnología*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Garrigues, J. (1952). Exposición de motivos e Introducción. En J. Garrigues y R. Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* (tomo I). Instituto de Estudios Políticos.
- Giddens, A. (2000). *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Taurus.
- Girón Tena, J. (1952). *Derecho de sociedades anónimas*. Publicaciones de los seminarios

- de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid.
- Gondra Romero, J. M. (1992). La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de sociedades. En AA. VV., *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?* Civitas.
- Hierro Anibarro, S. (2010). La política comunitaria de simplificación del Derecho de sociedades. en S. Hierro Anibarro (Dir.), *Simplificar el Derecho de Sociedades*. Marcial Pons.
- Kübler, F. (2001). *Derecho de sociedades*. (5.^a ed.). Fundación Cultural del Notariado.
- Lalaguna, E. (1972). La libertad contractual. *RDP*, 56(9).
- López Díaz, E. (2010). Ventajas fiscales de la sociedad limitada nueva empresa. *Crónica Tributaria*, 135.
- Lucena González, P. A. (1998). Apuntes sobre la autonomía de la voluntad en la SRL. *Jornadas de Derecho de Sociedades*, Málaga. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado.
- Martín-Ballester y Costea, L. (1963). *La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo*. Montecorvo.
- Massaguer Fuentes, J. (1994). La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada. *RGD*, 603.
- Mercado Pacheco, P. (1999). El Estado comercial abierto. La forma de gobierno de una economía desterritorializada. En J. R. Capella Hernández (Coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*. CGPJ.
- Navarro Matamoros, L. (2009). *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho europeo de sociedades: la SAS francesa y su incidencia en el Derecho español*. Comares.
- Navarro Matamoros, L. (2016). Tipos especiales (I). Sociedad Limitada Nueva Empresa y Sociedad Anónima Europea. En J. M. Embid Irujo (Dir.) y M. L. Ferrando Villalba, L. Hernando Cebriá y V. Martí Moya (Coords.), *Derecho de Sociedades de Capital: estudio de la Ley de Sociedades de Capital y de la legislación complementaria*. Marcial Pons.
- Navarro Matamoros, L. (2019). *Panorama del Derecho de sociedades contemporáneo: Nuevas figuras y tendencias prácticas*. Aranzadi.
- Peinado Gracia, J. I. (2020). Derecho de sociedades no analógico: reflexiones sobre las medidas de excepción en materia de sociedades mercantiles. *La Ley Mercantil*, 69.
- Perdices Huetos, A. B. (1997). *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*. Civitas.
- Rodríguez Arana, M. A. y Fernández Orrico, F. J. (2013). *Ley de emprendedores. Aspectos fiscales, laborales, mercantiles y administrativos*. Thomson Reuters Lex Nova.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2011). Sociedad privada europea: estado del proyecto, compromisos y divergencias. *Derecho de los Negocios*, 253.
- Rubio, J. (1964). *Curso de Derecho de sociedades anónimas*. Editorial de Derecho Financiero.
- Ruiz Navarro, J., Cabello Medina, C. y Medina Tamayo, R. (2014). La ley de emprendedores y la creación de empresas: una visión desde el observatorio GEM. *GCG: Revista de Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*, 8(3).
- Sánchez Calero, F. J. (2005). *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*. Editorial Universidad de Granada.

- Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J. (2006). *Instituciones de Derecho Mercantil* (Vol. I, 29.^a ed.). Thomson Aranzadi.
- Santaolalla López, F. (1991). Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11(33).
- Tapia Hermida, A. J. (2020). Ayudas estatales frente al COVID-19 y nacionalizaciones de empresas privadas en la Unión Europea. Comunicaciones de la Comisión Europea. *La Ley. Unión Europea*, 82.
- Tena Arregui, R. (2005). *Organización de la empresa familiar: perspectivas, estática y dinámica*, *El Notario del Siglo XXI*. Colegio notarial de Madrid.
- Vázquez de Castro, E. (2002). *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*. Tirant lo Blanch.
- Vega Clemente, V. (2018). Revolución tecnológica y Derecho Mercantil. *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, 30.
- Vicent Chuliá, F. (1999). La unificación del Derecho de obligaciones. *RDP*, 2.
- Viera González, A. J. (2020). Las sociedades cerradas durante el estado de alarma. *La Ley Mercantil*, 68.

Linda Navarro Matamoros. Doctora europea por la Universidad de Valencia. Profesora de Derecho Mercantil en la Universidad de Murcia, acreditada a profesora titular por la ANECA. Premio Estudios Financieros 2009 en la modalidad de Derecho Civil y Mercantil. Autora, además de coordinadora y directora, de monografías, así como de diversos artículos y capítulos de libro. Ponente invitada en seminarios, congresos y másteres en España, Europa y Latinoamérica. Directora de varias jornadas. Numerosas estancias de investigación predoctoral y posdoctoral en el extranjero. <https://orcid.org/0000-0003-1305-211X>

Alejandro Soriano Corbalán. Abogado. Máster en Abogacía y máster en Investigación Avanzada y Especializada en Derecho por la Universidad de Murcia en el área de derecho de sociedades. Autor de la tesina doctoral: «La tipología societaria en el contexto de la Unión Europea: El proyecto de Societas Unius Personae como modelo de flexibilización societaria», y de numerosos artículos científicos. Actualmente, doctorando en Derecho Societario en el área de derecho privado de la Universidad de Murcia. <https://orcid.org/0009-0008-5512-105X>

Derecho a la intimidad y a la propia imagen

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

castoparamo@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

Enunciado

Tras unos años de convivencia matrimonial, se pretende por el actor, de nacionalidad española, interponer una demanda del vulneración de derecho a la imagen y del derecho a la intimidad ante el juzgado de su domicilio contra su expareja, tras iniciarse los trámites de su divorcio, por las publicaciones realizadas un año antes por el demandado de unas fotografías de la pareja en momentos de la vida cotidiana de la familia, en las que aparece la demandante y también, en muchas de ellas, el demandado, así como imágenes de la boda de los litigantes, por considerar que afectan a su intimidad y a su imagen. El demandante manifiesta que se realizó sin su consentimiento, si bien en su momento no interpuso demanda, ni manifestó objeción a que se publicaran las fotografías, pretendiendo ahora pedir una indemnización a su expareja por vulnerar sus derechos fundamentales.

No consta, que, con anterioridad a la demanda, manifestara al demandado nada en contra de dicha publicación, sino que reaccionó con unos «me gusta» en redes sociales y consintió que un amigo del demandado publicara una foto de la boda.

El demandante reside en España y el demandado en su país de origen perteneciente a la Unión Europea.

Cuestiones planteadas:

1. Introducción y protección de los derechos fundamentales de la propia imagen y de la intimidad.
2. Competencia judicial internacional: demandado nacional de un país comunitario y domicilio de la sociedad titular de la red social y de la filial del país europeo que la gestiona

3. Legislación aplicable.
4. Alcance de la protección de los derechos fundamentales.
5. Conclusión.

Solución

1. La utilización de las redes sociales en internet y las fotografías, comentarios e historias que suben de manera habitual los internautas pueden en ocasiones dar lugar a que las personas afectadas se sientan vejadas, con ciertos comentarios, o que entiendan que la publicación de las fotografías o los comentarios les afectan en sus derechos al honor, a la intimidad o a la imagen, y consideren necesario realizar acciones legales para su protección, lo que supone una fuente habitual de demandas en protección de derechos fundamentales.

El caso que se propone tiene su encaje en este tipo de situaciones, como es la publicación de fotografías y comentarios en las redes sociales, que son fuente habitual de demandas en protección del derecho al honor a la intimidad y a la propia imagen por la publicación de manifestaciones, comentarios o la publicación de fotografías, si bien tiene la peculiaridad de que en el caso se refiere a dos personas de distinta nacionalidad y con domicilio en diferente país: el demandante en España y el demandado en su país de origen de la Unión Europea.

Por ello, además del núcleo del caso, que es la vulneración de los derechos que se pretende demandar, también aparece la posible controversia relacionada con la competencia judicial internacional, cuestión previa que ha de analizarse para fundamentar la competencia o no de los tribunales españoles para su conocimiento y decisión.

2. Lo primero que debe analizarse es si los tribunales españoles pueden conocer de una demanda como la que pretendía interponer, lo que exige delimitar qué legislación es aplicable, qué tribunales deberían conocer del procedimiento, de acuerdo con la normativa europea y con la española.

En relación con la normativa europea, se ha de comenzar acudiendo al capítulo II del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Dicho reglamento, en el artículo 4, incluido en la sección 1 del capítulo II, titulada «Disposiciones generales» dispone que «salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. 2. A las personas que no tengan la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las normas de competencia judicial que se apliquen a los nacionales de dicho Estado miembro».

El artículo 5 de este reglamento, incluido en la misma sección 1, dispone en su apartado 1 lo siguiente: «Las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo».

También es necesario mencionar el artículo 7.2 del mismo reglamento, que forma parte de la sección 2 del capítulo II, titulada «Competencias especiales», que dice en su punto 2 que «una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: 2) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso», y las acciones que protegen los derechos de la personalidad, derechos fundamentales a que se refiere el caso, se incluyen en este apartado.

Por tanto, quien pretende interponer una demanda de protección de sus derechos de la personalidad respecto de una intromisión ilegítima causada por un contenido publicado en línea en un sitio de internet, como es el caso del muro de una cuenta de Facebook, cuando concurre un elemento extranjero tiene un doble fuero electivo:

- El general del domicilio del demandado.
- El especial del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso, que alude, tanto al lugar del hecho causal como al lugar donde se ha materializado el daño.

La sentencia de 25 de octubre de 2011 del TJUE expone que, al interpretar este último fuero, adaptado a las especialidades de internet, ha considerado también como lugar donde se ha producido o pueda producirse el hecho dañoso el centro de intereses del afectado, coincidente normalmente con su domicilio aunque no necesariamente, pues puede probarse que el centro de intereses principales se encontraba en otro Estado miembro.

Además, en relación con la norma comunitaria aplicable, artículo 1.2 del Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) dice que «se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: g) las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación», por lo que las obligaciones derivadas de los derechos fundamentales mencionados, como derechos de la personalidad, no se aplican en este caso.

En segundo lugar, acudir al derecho interno, concretamente al Código Civil, que en el artículo 10.9 dispone que «las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven».

En el caso que se propone, el demandante pretende presentar la demanda ante los juzgados de su domicilio en España, es decir, el fuero del Estado en el que se han produci-

do los efectos del hecho dañoso, por cuanto que la presunta vulneración de sus derechos fundamentales se produce en la medida en que la difusión de la imagen de la demandante se produce principalmente entre los internautas residentes en España, que constituye su centro de intereses principales, a falta de la justificación de que este no coincida con el Estado de su domicilio, y donde más personas pueden reconocerla como la persona que aparece en esas fotografías.

Ante la inaplicabilidad de la normativa europea y la inexistencia de otro instrumento, tanto del derecho comunitario como del Derecho internacional que regule la cuestión a que se refiere el caso, hay que acudir al artículo del Código Civil citado, que sería la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que derivan y, por tanto, los tribunales españoles.

La demanda se interpondría en el lugar de domicilio y centro de intereses de la persona ofendida, donde se habría producido el mayor daño por la difusión del contenido ofensivo en internet, siendo aplicable la ley española, ley correspondiente al Estado donde se desarrolla el litigio.

3. Legislación aplicable.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; que en su artículo 2 dispone que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso».

Asimismo, el artículo 7.3 dice que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas «la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo».

Por su parte, el artículo 7.5 expone que también tiene la consideración de intromisión ilegítima «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo punto dos».

Conviene recordar siguiendo la STC 27/2020, de 24 de febrero (Norma CEF NCJ064675) que «contemplado de esta manera el panorama tecnológico actual y aceptando que la aparición de las redes sociales ha cambiado el modo en el que las personas socializan, hemos de advertir, sin embargo, que los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica».

El contenido de los derechos fundamentales que resultan afectados por los contenidos publicados en línea y la responsabilidad del creador del contenido al que se imputa la vul-

neración de los derechos fundamentales, en concreto, los derechos de la personalidad del artículo 18 de la Constitución, se rigen por las mismas normas que las afectaciones de estos derechos que no se han producido en internet. Estas normas son fundamentalmente las contenidas en el artículo 18 de la Constitución y en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección jurisdiccional del honor, la intimidad y la propia imagen, sin perjuicio de la relevancia que puedan tener otras normas cuando es necesario realizar una ponderación con otros bienes jurídicos o derechos con los que entran en conflicto tales derechos de la personalidad.

4. Ahora bien, aunque no haya diferencias en el texto de la normativa legal aplicable, la presencia en nuestra sociedad de internet y, más en concreto, de las redes sociales en línea, y la sociedad de la información en la que se insertan y de la que son actoras importantes, es relevante en tanto que esas normas han de ser interpretadas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1.º del Código Civil).

Asimismo, es procedente recordar que, de acuerdo con el artículo 2.1.º de la citada Ley Orgánica 1/1982, la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen queda delimitada no solo por las leyes, sino también «por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservada para sí misma o su familia». Es, por tanto, relevante, analizar hasta qué punto las redes sociales han creado unos determinados «usos sociales» en la interactuación de los internautas en esas redes y analizar también la trascendencia de la conducta del afectado por la publicación de su imagen en redes sociales, tanto para determinar si ha existido el «consentimiento expreso» que, según el art. 2.2.º de la citada Ley Orgánica 1/1982, excluye la existencia de intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad, como para valorar cuál ha sido el ámbito que para sí mismo o su familia ha reservado el afectado por la publicación de su imagen en la red social de un tercero (art. 2.1.º de la citada Ley Orgánica 1/1982).

El Tribunal Constitucional (sentencia 176/2013, de 21 de octubre [NormaCEFLegal NCJ058102], y las que en ella se citan) ha declarado que el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. En definitiva, lo que se pretende, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas. En consecuencia, la facultad otorgada por este derecho consiste, en esencia, en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad (informativa, comercial, científica, cultural, etc.) perseguida por quien la capta o difunde. Y

lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación.

Por ello, la captación de imágenes relativas de su vida de carácter eminentemente particular o privado conlleva la vulneración del derecho aludido, salvo que el acontecimiento revista interés público o la imagen se haya divulgado con su consentimiento. El derecho a la propia imagen no comprende el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o difundan pues, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales. En consecuencia, el derecho a la propia imagen puede decaer frente al legítimo ejercicio de la libertad de información, cuando esta se ejercita conforme a parámetros constitucionales.

El derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, reconocido como derecho fundamental en el artículo 18.1 de la Constitución, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite determinar qué información gráfica, generada por sus rasgos físicos personales, puede tener dimensión pública. La jurisprudencia ha entendido que la exigencia de consentimiento expreso no supone que el consentimiento haya de ser expresado formalmente pero sí que sea inequívoco, pudiendo considerarse así al que se deriva de actos concluyentes que expresen esa voluntad (sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre [NormaCEF NSJ015917]).

Del texto del caso no consta que existiera una crisis matrimonial y que consintió la captación de imágenes inicuas en entornos comunes entre demandante y demandado, así como reuniones con amigos, fotos de la boda, y que consintió la publicación de una foto de la boda por un amigo del demandado; también reaccionó a la publicación con un «me gusta».

Tampoco la publicación tiene fines comerciales ni publicitarios, respecto de los que el Tribunal Supremo ha establecido distinción entre el derecho fundamental a la propia imagen y su comercialización (sentencias 400/2001, de 20 de abril; de 22 de julio de 2008 [rec. núm. 2047/2001, NormaCEF NCJ045920]; 152/2009, de 26 febrero [NormaCEF NCJ049070]; 266/2016, de 21 abril, y 133/2021, de 9 de marzo). De esta jurisprudencia resulta que la utilización de la imagen con fines publicitarios y comerciales está sometida a las exigencias de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de modo que es preciso el consentimiento de la persona, que puede ser revocado, indemnizando los daños causados (arts. 2, 3 y 7.6).

Por ello, cuando la explotación comercial se haya producido sin consentimiento de la persona, bien porque no se haya prestado, bien porque se haya revocado, puede apreciarse

intromisión ilegítima, pues la decisión sobre la explotación de la imagen corresponde a su titular (sentencias de esta sala, 344/2003, de 1 de abril [NormaCEF NCJ040034]; 11/2004, de 22 de enero; 219/2014, de 8 de mayo [NormaCEF NCJ058557], y 266/2016, de 21 abril).

Finalmente, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, seguida por esta sala, el consentimiento expreso para que se reproduzca la imagen con determinada finalidad y ámbito no implica una genérica e indiscriminada autorización para que su imagen pueda ser reproducida por un tercero en cualquier medio y contexto (entre las más recientes, sentencias de esta sala 788/2022, de 17 de noviembre, y 652/2022, de 11 de octubre).

5. En conclusión, en el caso no hubo negativa ni revocación posterior del consentimiento, por lo que los actos son compatibles con un consentimiento y tampoco ha existido una negativa inicial a la publicación.

Demandante y demandado eran cónyuges, sin que en ese momento existiera una crisis en el matrimonio, que sí existía cuando se interpuso la demanda meses después, al estar en este momento los litigantes en trámites de divorcio. Por tal razón, la doctrina jurisprudencial respecto de la utilización de la imagen ajena o la publicación de datos que afectan a la intimidad, referidos a contextos donde no existen vínculos especiales entre los afectados, no es trasladable automáticamente a este supuesto del caso.

Un acto contrario a dicho consentimiento es todo aquel comportamiento inicial incompatible con la divulgación de las fotografías y no puede darse eficacia a esa negativa expresa a la publicación con efecto retroactivo cuando no consta que con anterioridad efectuara oposición alguna. En su caso solo podría revocarse, pero en el supuesto del caso no fue necesario un consentimiento expreso, porque ambas partes estaban de acuerdo con la publicación de las fotografías, y no consta acto posterior distinto a la demanda actual contrario a ese asentimiento inicial.

Por tanto, la demanda según la jurisprudencia existente sería desestimada.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 18.1.
- Código Civil, art. 10.9.º.
- Ley Orgánica 1/1982, de 15 de enero (LO de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen), arts. 2, 7.2 y 7.5.
- Reglamento (CE) n.º 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), art. 1.2.

- Reglamento (UE) n.º 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, arts. 4, 5 y 7.2.
- STJUE de 25 de octubre de 2011.
- SSTS, Sala Civil, de 9 de mayo de 1988; 400/2001, de 20 de abril; 344/2003, de 1 de abril; 11/2004, de 22 de enero; de 5 de diciembre de 2006; de 22 de julio de 2008 (rec. núm. 2047/2001); 152/2009, de 26 febrero; 189/2011, de 30 marzo; 258/2011, de 25 de abril; de 20 de mayo de 2011; 812/2012, de 9 de enero de 2013; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 712/2012 de 18 de diciembre de 2012; 266/2016, de 21 abril; 219/2014, de 8 de mayo; 422/2015, de 20 de julio; 266/2016, de 21 abril; 569/2016, de 28 de septiembre; 251/2018, de 25 de abril; 577/2019, de 5 de noviembre de 2022; de 13 de mayo de 2000; 178/2020, de 14 de diciembre; 133/2021, de 9 de marzo; 652/2022, de 11 de octubre, y 788/2022, de 17 de noviembre.
- SSTC 196/2004, de 15 de noviembre; 176/2013, de 21 de octubre, y 27/2020, de 24 de febrero.

Incapacidad y medidas de apoyo. Prueba y motivación

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

jesquivias1959@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

Enunciado

El Ministerio Fiscal interpone demanda de medidas de apoyo judicial de MMM ante el juzgado de 1.^a instancia correspondiente, con el fin de que se fijen los límites y la extensión de dicha incapacidad, estableciéndose unas medidas de apoyo proporcionadas y adaptadas a las circunstancias del caso. Por sentencia de 10 de enero de 2023 se acuerda el sistema de curatela representativa de MMM para todos los actos diarios, tanto personales como patrimoniales, sin concreción de estos y con una sucinta motivación, cuando el Ministerio Fiscal había solicitado solo la de apoyos concretos, relacionados con la administración de la medicación. Recurrida en apelación, la audiencia acuerda la actualización del informe del médico forense, que se realiza sin intervención de MMM. Ante tal negativa, el tribunal prescindió de la audiencia en la segunda instancia, por lo que tampoco se produjo la entrevista con la persona con discapacidad. El fiscal no propuso prueba en segunda instancia, y con la apelación se pedía practicar las periciales por órganos o especialistas.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Existe incongruencia denunciable porque la sentencia de la audiencia concede una curatela más amplia de la pedida por el fiscal? ¿Puede haber vulneración de la carga de la prueba por parte del fiscal?
2. ¿La medida acordada de curatela es correcta?
3. ¿La sentencia infringe la normativa y la doctrina del Tribunal Supremo?
4. ¿Era preceptiva la entrevista de MMM con el tribunal?

Solución

1. ¿Existe incongruencia denunciabile porque la sentencia de la audiencia concede una curatela más amplia de la pedida por el fiscal? ¿Puede haber vulneración de la carga de la prueba por parte del fiscal?

Empezando por la segunda cuestión, hemos de distinguir entre la valoración de la prueba y la carga de la prueba. La invocación de esta última nos lleva a los artículos 217 y 477 de la LEC, si hubiera casación. Según este precepto, la impugnación de la sentencia de la audiencia se fundamenta en la infracción procesal que representa el error en la valoración de la prueba, lo que nos reenvía, a su vez, al artículo 217 mencionado. Pero sucede que en el supuesto fáctico no se plantea un error de valoración, sino la práctica de una prueba en segunda instancia (la pericial realizada por la audiencia ante la incomparecencia de MMM), que según se solicita puede ser incompleta. A este respecto, tiene dicho el Tribunal Supremo que una cosa es el artículo 217 y otra el artículo 759.4.

Este último dice, literalmente: «Si la sentencia que decida sobre las medidas de apoyo fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo». Se ha practicado un nuevo informe sin comparecencia del afectado, pero no se trata de ninguna valoración de prueba.

El precepto 752 de la LEC, por su parte, prevé: «Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes». Por consiguiente, por la especialidad de este tipo de procedimientos, la práctica de la prueba es amplia y las facultades de oficio del tribunal le permiten actualizar el informe forense de la primera instancia. El fiscal no ha vulnerado el artículo 217 de la LEC porque, en este supuesto, no le corresponde actuar de oficio sino a la audiencia, sin perjuicio de que hubiera podido, que no es el caso. Por eso el Tribunal Supremo suele precisar que no existe infracción de esa valoración cuando para acreditar los hechos no se ha hecho uso de la carga de la prueba, pues actúa de oficio. Y por eso también el artículo 759, apdo. 1.º indica: «Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso». Se sobreentiende que el dictamen del forense es el propio de un especialista.

Pasando ahora a la primera cuestión, sobre si existe incongruencia denunciabile porque la sentencia de la audiencia concede una curatela más amplia de la pedida por el fiscal, se nos plantea un supuesto procesal muy común de resolución incongruente por *extra petita*.

Conviene, antes que nada, ilustrar sobre los distintos tipos de incongruencia de sentencias y sobre la posición del Tribunal Supremo. La sentencia n.º 387/2023, de 21 de marzo, rec. núm. 1428/2019 (NormaCEF NSJ065229) nos sirve perfectamente para este propósito:

La congruencia es la necesaria correlación que debe existir entre la demanda, que inicia el proceso (art. 399.1 LEC) y la sentencia que le pone fin (art. 206.1.3.ª LEC), de manera tal que esta debe ser la respuesta que dan los juzgadores a las pretensiones introducidas por el actor en el escrito rector del proceso, conjuntamente con las que merecen las excepciones y resistencias opuestas por el demandado, y las deducidas, en su caso, en la demanda reconventional. La congruencia exige pues una necesaria correlación entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir.

Una sentencia es incongruente, como ha recordado reiteradamente esta sala (por todas, las sentencias 604/2019, de 12 de noviembre, y 31/2020, de 21 de enero [NormaCEF NCJ064725]), si concede más de lo pedido (*ultra petita*), se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*), se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida. Siendo perfectamente válido que dé menos de lo pedido (*infra petitem*), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por el demandado.

Pues bien, dicho lo anterior, en el caso se nos plantea una sentencia que contempla una curatela más amplia que la pedida por el fiscal: «Se acuerda el sistema de curatela representativa de MMM para todos los actos diarios, tanto personales como patrimoniales, cuando el Ministerio Fiscal había solicitado solo la de apoyos concretos en materia de salud personal relacionados con la medicación». ¿Esto es posible? ¿La sentencia es congruente con lo pedido por el Ministerio Público?

Se dice que el principio de congruencia impide que el tribunal (la Audiencia) pueda conocer o dar lo no pedido en la instancia o en fase de apelación. La adecuación necesaria a las pretensiones deducidas por las partes así parece exigirlo (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En estos supuestos de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, no es necesario que se haya solicitado una medida, o que la pedida sea distinta, menor o de otra naturaleza. La razón jurídica esencial está en que no rigen el principio dispositivo ni el de aportación de parte. La sentencia de pleno n.º 589/2021, de 8 de septiembre (NormaCEF NCJ065683) es muy clara: «Conviene no perder de vista que en el enjuiciamiento de esta materia (antes la incapacitación y tutela, ahora la provisión judicial de apoyos) no rigen los principios dispositivo y de aportación de parte. Son procedimientos flexibles, en los que prima que pueda adoptarse la resolución más acorde con las necesidades de la persona

con discapacidad y conforme a los principios de la Convención». Por ello, volvemos a invocar el artículo 752 de la LEC cuando dice: «Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes»; iii) «la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá este decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria». Que el fiscal haya solicitado una medida de curatela relativa a la medicación y el tribunal acuerde otra más amplia que afecte a la administración de su patrimonio o para cualquier otro acto ordinario o extraordinario no significa que exista una incongruencia *extra petita*.

2. ¿La medida acordada de curatela es correcta?

Recordemos: por sentencia de 10 de enero de 2023 se acuerda el sistema de curatela representativa de MMM para todos los actos diarios, tanto personales como patrimoniales, sin concreción de los mismos y con una sucinta motivación, cuando el Ministerio Fiscal había solicitado solo la de apoyos concretos en materia de salud personal relacionados con la administración de la medicación.

Con esta pregunta nos estamos refiriendo a los principios de proporcionalidad y necesidad, que guían el espíritu de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Repasando los artículos del Código Civil sobre esta materia, 249, 268 y 269, del primero se deduce que las medidas de apoyo a las personas con discapacidad tienen en cuenta el desarrollo de su personalidad y, en la medida de lo posible, el desenvolvimiento en condiciones e igualdad. La dignidad de la persona y el carácter residual de la intervención judicial presiden este tipo de asuntos. Al final, el artículo 249 nos dice literalmente: «Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad». Lo primero que infiere de esta filosofía jurídica de la personalidad de los discapacitados que precisa de algún tipo de apoyo, aparte del carácter subsidiario de la intervención judicial, es la motivación de la «necesidad y la proporcionalidad». Esto es así porque, no solo se deduce de la lógica del precepto, sino porque viene concretado más específicamente en el 270, pues si el juez establece las medidas de apoyo de manera concreta y no abstracta, se entiende que esas medidas deban ser motivadas. Para no ir con más rodeos, procedemos a transcribir el artículo 269 en su primer apartado: «La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo para la persona con discapacidad». Una vez más, vemos que si a MMM el juez le impone una medida de curatela, por ser precisamente residual, debe motivar la decisión.

Visto lo anterior, el caso solo dice que le aplica una curatela muy completa, pero sin especificación; por ello, tanto el precepto 269 como el 270 exigen los motivos y la concreción, bien de los actos de asistencia, bien de los actos de representación. El fiscal está pidiendo actos de asistencia en la administración de la medicación; el juez impone una curatela re-

representativa en lo personal y patrimonial, Por consiguiente, no solo es necesaria la motivación, sino, como dice el artículo 269, en su apartado 3.º: «Solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad».

3. ¿La sentencia infringe la normativa y la doctrina del Tribunal Supremo?

Con la tercera cuestión abordamos la simplicidad del supuesto fáctico que nos pone en la tesitura de aclarar que la sentencia, por no ser motivada, puede haber infringido los artículos mencionados, y ser susceptible de casación por infracción de norma y de doctrina aplicable, concretamente de los artículos 249, 268 y 269 del CC, en tanto que no individualiza o concreta los actos de la curatela representativa. No se puede decir en abstracto para todos los actos de representación personal o patrimonial, hay que determinarlos perfectamente, hay que justificar la proporcionalidad. La medida que abarque todos los actos personales y patrimoniales puede no ser proporcional, según la discapacidad de cada uno. Debe tenerse en cuenta el grado de capacidad afectada, pues no es lo mismo ser consciente que tener gravemente alteradas las facultades cognitivas, hasta el punto de que impidan a la persona gobernarse por sí misma, incluso en las tareas más comunes (vestido, alimentación, saneamiento, etc.).

Efectivamente, no solo los artículos exigen la explicación suficiente, sino que la doctrina del Tribunal Supremo lo ratifica en la sentencia 964/2022, de 21 de diciembre:

Que el sistema de provisión judicial de apoyos no requiera ningún pronunciamiento previo sobre la capacidad de la persona no significa que el juez no deba llevar a cabo un enjuiciamiento sobre la procedencia de establecer la medida de apoyo; en caso afirmativo, el juez debe precisar el alcance de la medida, esto es, si es asistencial, y para qué actos, y si el curador adquiere alguna facultad de representación y para qué actos.

El fundamento está en el respeto al desarrollo de la personalidad del discapacitado, de su autonomía, de sus deseos y preferencias. Se huye del juicio «estandarizado» porque tiene que ser individualizado.

La sentencia anterior, que explicó el cambio de la normativa con la Ley 8/2021, de 2 de junio, dijo, entre otras, cosas interesantes que nos ayudan a comprender el caso:

A la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona

que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar «la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica» y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

En segundo lugar, el juez no debe perder de vista que bajo el reseñado principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso. Consecuentemente, el párrafo segundo del art. 269 CC prescribe que el juez debe precisar «los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo». No obstante, cuando sea necesario, al resultar insuficientes las medidas asistenciales, cabría dotar a la curatela de funciones de representación. Ordinariamente, cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de auto-determinación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial insito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad.

La sentencia tiene, por consiguiente, un déficit de motivación o de juicio de capacidad que nos permite concluir que la medida de curatela representativa adoptada no es proporcional. Se infringe así la doctrina del Tribunal Supremo mencionada en esta sentencia, así como la 206/2022, de 14 de marzo (NormaCEF NCJ066028).

4. ¿Era preceptiva la entrevista de MMM con el tribunal?

En el caso se plantea, no solo la incomparecencia al médico forense de la persona con discapacidad, sino también la ausencia de citación para la entrevista de MMM ante el tribunal.

Si nos fijamos en el artículo 759 de la LEC, el precepto establece de manera imperativa, para este tipo de procesos sobre la adopción de medidas de apoyo, «la entrevista con la persona con discapacidad» como una prueba a realizar en la segunda instancia.

Si la prueba es obligatoria, se produce una infracción procesal que puede abocar a la nulidad de actuaciones y de la jurisprudencia; por consiguiente, concurriendo interés casacional (art. 477 LEC).

La jurisprudencia de la sentencia 185/2000, de 4 de marzo, nos recuerda lo siguiente:

[...] como quiera que es uniforme y consolidada doctrina de esta Sala la de que la inobservancia de los trámites esenciales y previos a toda declaración de incapacidad (audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz y examen de este por el propio Juez), en cuanto cuestión de orden público e incluso de trascendencia constitucional, puede ser apreciada *ex officio* por esta Sala de

casación (Sentencias de 20 de febrero y 12 de junio de 1989, 20 de marzo y 24 de mayo de 1991, 30 de diciembre de 1995), un somero examen del proceso (tan defectuosamente tramitado) a que este recurso se refiere pone ostensiblemente de manifiesto que no han sido oídos los parientes más próximos del presunto incapaz (ni uno solo de ellos), cuyo requisito, exigido expresamente por el artículo 208 del Código Civil, tiene trascendencia constitucional (Sentencias de 20 de marzo de 1991 y 19 de febrero de 1996).

Por su parte, las sentencias 252/2001, de 16 de marzo (NormaCEF NCJ041891) y 947/2002, de 14 de octubre (NormaCEF NCJ040028), consideraron la posibilidad de «la repetición de las diligencias preceptivas como necesarias, solamente, para el caso de que se hubiera producido un cambio de criterio por el tribunal de apelación, en relación con la sentencia dictada en primera instancia».

No así la sentencia 610/2005, de 15 de julio (NormaCEF NCJ049639), pues nos dice:

El art. 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto una trascendental modificación respecto del derogado art. 208 del Código Civil, al imponer, expresamente y para todo caso, la práctica de las pruebas a que se contrae su apartado 1, extendiendo así el principio de inmediación, de especial relevancia en estos procesos, al Tribunal de apelación. Cualquiera que sea la crítica que doctrinalmente pueda merecer el precepto, la obligación que impone al Tribunal de apelación es de estricta observancia por constituir una norma esencial en esta clase de procesos, cuya omisión constituye causa de nulidad de acuerdo con el art. 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Solo en el supuesto de que la demanda de apoyos hubiera sido interpuesta por MMM la audiencia deja de ser preceptiva y se convierte en facultativa para el tribunal si, como dice el artículo 759.2 de la LEC, «así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad», pero previa solicitud de MMM. El caso no deja duda alguna al respecto: es el Ministerio Fiscal quien interpone la demanda. Y no tiene nada que ver la incomparecencia ante el médico con un trámite garantista y obligatorio de comparecencia para entrevista ante el tribunal, por el carácter protector y garantista de estos procedimientos.

La diligencia es necesaria y la nulidad una consecuencia de la indefensión que produce no haber practicado la prueba, prescindiendo así de un trámite esencial (art. 238.3.º LOPJ).

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 208, 249, 268, 269 y 270.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 206.1, 217, 399, 477, 752 y 759.

- SSTS 252/2001, de 16 de marzo; 947/2002, de 14 de octubre; 610/2005, de 15 de julio; 26 de septiembre de 2006, RC 930/2003; 30 de junio de 2009, RC 369/2005; 71/2016, de 17 de febrero; 698/2017, de 21 de diciembre; 233/2019, de 23 de abril; 640/2019, de 26 de noviembre y 31/2020, de 21 de enero; 185/2000, de 4 de marzo; del Pleno n.º 589/2021, de 8 de septiembre; 206/2022, de 14 de marzo, y 964/2022, de 21 de diciembre.

Proyecto de obras en un contrato menor administrativo. Compatibilidad de concejales

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.- (España)*

juliogalancaceres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

Primero. El Ayuntamiento de Las Fuentes, de 15.500 habitantes, se encuentra tramitando un contrato menor para el reasfaltado de un camino del municipio, pero a la hora de finalizar su tramitación administrativa ha surgido una duda sobre la interpretación del artículo 118.4 de la LCSP:

4. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

La oficina técnica del ayuntamiento ignora qué normas han de tenerse en cuenta para que pueda establecer la necesidad de contar con proyecto o no.

Por todo ello se solicita una aclaración sobre los extremos a los que afecta el citado artículo, y si en caso de no ser necesario proyecto el contrato puede adjudicarse directamente con presupuesto que cumpla el artículo 101 de las LCSP, al tratarse de un contrato menor.

Por su parte el artículo 235 de la LCSP establece la necesidad de emitir informe:

Antes de la aprobación del proyecto, cuando el presupuesto base de licitación del contrato de obras sea igual o superior a 500.000 euros, IVA excluido, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulte de aplicación para cada tipo de proyecto. La res-

ponsabilidad por la aplicación incorrecta de las mismas en los diferentes estudios y cálculos se exigirá de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 233 de la presente Ley. En los proyectos de presupuesto base de licitación inferior al señalado, el informe tendrá carácter facultativo, salvo que se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, en cuyo caso el informe de supervisión será igualmente preceptivo.

Al respecto de este artículo la oficina técnica del ayuntamiento considera que la inmensa mayoría de las obras tienen condicionantes que pueden afectar a la estabilidad, seguridad o estanqueidad, por lo que este artículo no sería facultativo sino preceptivo. Además, se solicita aclaración sobre si la estabilidad, seguridad o estanqueidad es únicamente durante el proceso constructivo o durante la vida útil de la obra realizada.

Por todo ello se formula por el alcalde a la secretaría del ayuntamiento las siguientes cuestiones:

1. Si el artículo 118.4, cuando se refiere a las disposiciones vigentes, se refiere a la necesidad de contar con proyecto, ¿qué normativa habrá que examinar para saber esa «necesidad»? En aquellos casos en los que la legislación vigente no establezca la necesidad de emitir proyecto si puede ser adjudicado únicamente con un presupuesto.
2. Partiendo de la base de que todas las obras tienen afección respecto estabilidad, seguridad o estanqueidad, ya sea en el proceso constructivo, ya sea en prevención de riesgos laborales, se solicita aclaración sobre el motivo por el que se fija la cantidad de 500.000 para que el informe ya no sea facultativo sino preceptivo. Respecto al artículo 235, si la afección acerca de la estabilidad, seguridad o estanqueidad es referida únicamente durante el proceso constructivo o también durante la vida útil de la obra realizada.
3. ¿En qué casos no es necesario el citado informe si la inmensa mayoría de las obras tienen riesgos sobre estos extremos y si el informe que se solicita debe velar únicamente para que el proyecto contenga todos los documentos necesarios, o se debe entrar en el fondo a analizar un proyecto realizado por otro técnico cualificado y en muchas ocasiones con proyectos visados?

Segundo. Por otra parte, cinco concejales del ayuntamiento, pertenecientes a un partido de la oposición, solicitan a la secretaría que les informe sobre si existe la obligación de que sea designado personal del servicio de contratación instructores de los expedientes de contratación, porque, de no ser así, el departamento de contratación estaría involucrando al pleno u otro órgano de contratación, alterando la responsabilidad de los departamentos. Debiendo ser el departamento instructor el que examine el expediente que finalmente conforma, concluyendo con un informe-propuesta final, antes de elevar dicho expediente a secretaría.

En concreto, plantea lo siguiente:

4. ¿Es obligatorio nombrar instructor al personal del servicio de contratación y la elaboración de un informe-propuesta final, aun teniendo carácter supletorio la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas?
5. En otro orden de cuestiones, se plantean a la secretaría, por parte del alcalde, varias cuestiones sobre incompatibilidades respecto a las que solicita el oportuno informe. Informe sobre las cuestiones plantadas sobre posibles incompatibilidades o no. En concreto:
 - Se solicita por una concejal con dedicación parcial (50 % de la jornada) la compatibilidad para el ejercicio de la abogacía.
 - Por un segundo concejal, también en el mismo régimen parcial, se insta compatibilidad para el desempeño de actividades docentes privadas.
 - Por otra concejala del anterior mandato (2019-2023) se solicita se informe sobre si puede desarrollar el ejercicio de su profesión en el municipio (arquitecto), siendo en tal mandato concejal de urbanismo y, por ende, encargado de la gestión en virtud de licencias urbanísticas.

¿Sería posible su participación en nuevos proyectos que no se hubieran desarrollado en su etapa como concejal?

Por otra parte, un funcionario del ayuntamiento, A1, técnico de deportes, solicita compatibilidad para impartir clases de natación en un club privado, con contrato laboral. Sus retribuciones básicas ascienden a 1.288,31 euros y su complemento específico a 673. Las retribuciones básicas de un funcionario perteneciente al Grupo A, subgrupo A1, para el ejercicio 2024, en 14 pagas, son de 17.049,72 euros brutos. El complemento específico mencionado en el caso, en conjunto anual, supondría 9.422 euros. ¿Se ha de acceder a la compatibilidad solicitada?

6. Celebrado un pleno ordinario, es de constatar diversas mociones presentadas.
 - a) ¿Es posible por tanto votar individualmente cada punto de una moción o proposición?
 - b) Se han presentado mociones referidas a asuntos que exceden de la competencia municipal. ¿Se han de admitir las mismas?
 - c) Posibilidad de que las mociones puedan referirse a asuntos que excedan de la competencia del pleno.
 - d) Posibilidad de presentar mociones en sentido contrario a acuerdos adoptados por el pleno de la corporación que puedan suponer revocaciones ilegales de estos.

- e) Posibilidad de que en una misma sesión plenaria varios grupos presenten mociones sobre el mismo tema, lo que podría dar lugar, en la práctica, a la adopción de acuerdos contradictorios en relación con una misma cuestión.
- f) Un grupo municipal de la oposición había presentado ya cinco mociones en la misma sesión; por ello, el alcalde, en el ejercicio de su función de dirección del pleno y para garantizar su buen funcionamiento, acuerda la no admisión de la última proposición presentada por considerar abusiva y obstructiva la actitud de dicho grupo.

¿Obró con arreglo a derecho el alcalde?

Tercero. Finalmente, en el mes de abril se notificó a la empresa pública de la comunidad autónoma XXX, SA, Canal RRR, responsable de la explotación de los servicios de aducción y depuración promovidos directamente o encomendados a la comunidad autónoma, la liquidación practicada por el ayuntamiento en concepto de impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, derivada de las obras a realizar en ejecución del «Proyecto y ejecución de las obras referidas a las actuaciones para el desarrollo del Plan Nacional de Calidad de las Aguas de la población de las Fuentes», con la finalidad de depuración y reutilización del agua, por la que el ayuntamiento exigía a la empresa pública la suma de 212.221,47 euros.

No conforme con la liquidación notificada, presentó recurso de reposición, alegando en síntesis que a la obra le es de aplicación la exención del artículo 100.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (TRLRHL), por ser una obra hidráulica cuya titularidad es de la Comunidad de Madrid. Además, señala que en la estipulación séptima del convenio administrativo entre la empresa pública y el ayuntamiento para el suministro de agua reutilizable para el riego de zonas verdes de uso público, de fecha 20 de junio de 2022, se establece que:

La vigencia del convenio, por formalizarse con vocación de permanencia en atención a los mejores intereses de los ciudadanos y con el fin de otorgar la mayor eficacia al servicio de suministro de agua reutilizable, con fundamento en el principio de colaboración entre Administraciones públicas, será en tanto subsista dicho suministro de agua reutilizable por la empresa.

El artículo 4.3 del convenio, a juicio de la apelante, establece la exención pretendida por el Canal RRR. Dicha disposición, dedicada a la licencia de obras, establece que:

El Ayuntamiento se compromete a conceder y facilitar las licencias de obra correspondientes de conformidad con lo establecido en el artículo 161 de la Ley de la Comunidad de Madrid, con aplicación de las exenciones tributarias previstas en el artículo 100 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales.

Sostiene la demandante que «a la vista de lo que precede, y dado que el Convenio no es un mero acuerdo de intenciones, sino un verdadero negocio jurídico, no sería conforme a derecho permitir su incumplimiento, dado que ella alteraría de forma irremediable el equilibrio de las obligaciones bilaterales de ambas partes».

La Administración demandada, en resolución de 13 de mayo, desestimó el recurso de reposición basado en que el sujeto pasivo del impuesto es el dueño de la obra y que como tal debe entenderse aquel que soporte los gastos de ejecución de la misma que, en este caso, fue la empresa pública. Añadió en la resolución que el dueño de la obra, a los efectos aquí examinados, no tiene que ver con la entidad que sea titular de la obra, es decir, quién vaya a ser finalmente la propietaria de la misma, sino, por el contrario, y tal y como literalmente establece el artículo 101, el que soporte los gastos que comporte su realización. Y este no es otro que la entidad recurrente, hecho indiscutido y reconocido por las partes. Es la empresa pública la que presenta la solicitud de licencia de obra y quien asume la financiación de la obra, aunque sea una tercera empresa la que resulta adjudicataria del contrato de estos servicios de explotación y mantenimiento de las redes de saneamiento gestionadas por la empresa, contrato que es firmado por la entidad recurrente. Como se desprende de la norma transcrita, la intención del legislador es gravar con este impuesto a quien asume la realización de las obras que constituye el hecho imponible, no la propiedad o titularidad del terreno o de la obra.

Cuando no coinciden la condición de propietario del inmueble y la de dueño de la obra en el sentido económico recogido en el artículo 101, el artículo es claro al confirmar que es contribuyente quien soporta el coste de la obra.

Igualmente, razona que la aplicación de la exención exige como presupuesto que el dueño de la obra sea el Estado, las comunidades autónomas o las entidad locales, aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos.

La empresa pública no tiene esta condición, por lo que la exención del impuesto no resulta aplicable. Esta entidad tiene personalidad jurídica propia distinta e independiente de la comunidad autónoma, no reviste forma de organismo autónomo, sino de sociedad anónima, de modo que sus actuaciones se rigen por el derecho privado, principalmente, y no por el derecho administrativo.

Por ello, la empresa pública con forma de SA no forma parte del ámbito subjetivo de la exención del ICIO regulada en el artículo 100.2 del TRLRHL, por lo que no resulta de aplicación y debe producirse el devengo del impuesto.

Antes esta resolución la empresa anuncia la interposición del oportuno recurso contencioso-administrativo, por lo que el ayuntamiento se plantea que se informe, de forma razonada, de qué posibilidades de éxito tendrá el recurso interpuesto, teniendo en cuenta la argumentación del ayuntamiento para denegar la exención, la que hace la empresa en su recurso de reposición y las razones que Vd. estime pertinente para estimar o no el mismo.

Cuestiones planteadas:

Se han ido planteando a lo largo del relato de hechos.

Solución

1. Si el artículo 118.4 (LCSP), cuando se refiere a las disposiciones vigentes se refiere a la necesidad de contar con proyecto, ¿qué normativa se tendrá en cuenta? En aquellos casos en los que la legislación vigente no establezca la necesidad de emitir proyecto si puede ser adjudicado únicamente con un presupuesto

Ambas cuestiones, como cabe deducir de su ubicación en la misma frase del artículo 118.4 de la LCSP, están relacionadas entre sí y afectan a la determinación de cuál es la documentación requerida en la tramitación de un contrato menor de obras.

Como ya se ha expuesto en informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado (informe 8/2020, de 8 de febrero de 2021, e informe 92/2018, de 4 de marzo de 2019, entre otros), el contrato menor (incluido el de obras), atendiendo a su escasa cuantía, constituye en la regulación española una suerte de excepción a la aplicación de ciertas reglas comunes a otros procedimientos de selección del contratista y, de modo muy particular, de algunas relativas a la publicidad previa, a la concurrencia y al procedimiento de adjudicación.

A este respecto, la LCSP, en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 118, establece unos requisitos específicos de tramitación muy simples con el fin de poder ofrecer una respuesta especialmente rápida y muy sencilla a necesidades inmediatas y perentorias del órgano de contratación y que, por su escasa cuantía, así lo demandan.

El apartado 4 del citado precepto concreta los requisitos que deben cumplirse para los contratos menores de obras, requisitos que se han de unir a los establecidos en los apartados 2 y 3 para todo tipo de contratos menores.

Tales condiciones presentan un contenido bastante similar a los que preveía la legislación precedente (artículos 95.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y 111.2 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), de modo que, para los contratos menores de obras deberá añadirse el presupuesto de las obras, en todo caso; el proyecto, cuando sea requerido por las disposiciones vigentes; y el informe de la oficina de supervisión de proyectos cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

Respecto del requisito de incorporar el proyecto de la obra, el artículo 118.4 se remite a lo requerido por las «disposiciones vigentes», expresión esta que sustituye a la de la legislación anterior que aludía a la «normativa específica».

El sentido de la actual remisión es acudir a las normas reguladoras de la actividad, en qué consisten las obras para determinar la procedencia de la incorporación de un proyecto a la documentación requerida para la tramitación del contrato menor.

Por esta razón parece claro que, desde luego, con carácter general, resulta procedente la aplicación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, para determinar la exigibilidad del proyecto, de acuerdo con el ámbito de aplicación de la misma que se recoge en su artículo 21 y en los casos en que contempla.

Ello no excluye, sin embargo, que puedan resultar aplicables también cualesquiera otras disposiciones sectoriales que sobre la materia puedan dictarse y puedan afectar a esta cuestión en concreto.

Por lo que se refiere al Código Técnico de la Edificación al que se alude también en la consulta, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, este será de aplicación igualmente con carácter general, pero en lo que se refiere al contenido del proyecto, ya que la exigibilidad del mismo viene exigida propiamente por la Ley 38/1999, según lo expuesto.

En consecuencia, cuando la normativa específica aplicable a la edificación de que se trate lo exija, será necesario incorporar un proyecto de obras.

Con esta conclusión se responde también a la segunda cuestión puesto que, si no resulta exigible el proyecto conforme a las disposiciones vigentes, resulta evidente que bastará con la incorporación del presupuesto correspondiente en el expediente de tramitación de un contrato menor de obras.

2. Partiendo de la base de que todas las obras tienen afección respecto estabilidad, seguridad o estanqueidad, ya sea en el proceso constructivo, ya sea en prevención de riesgos laborales, se solicita aclaración sobre el motivo por el que se fija la cantidad de 500.000 para que el informe ya no sea facultativo sino preceptivo. Respecto al artículo 235, si la afección acerca de la estabilidad, seguridad o estanqueidad es referido únicamente durante el proceso constructivo o también durante la vida útil de la obra realizada

Se plantean también varias cuestiones relativas a la exigencia del informe de las oficinas de supervisión de proyectos cuando los trabajos a desarrollar en el contrato menor de obras afecten a su estabilidad, seguridad o estanqueidad.

La junta consultiva ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance y el contenido del informe de las oficinas de supervisión de proyectos en su Informe 43/21, de 17 de diciembre, en el que se abordan cuestiones referidas al ámbito objetivo 1:

1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.

b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.

c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.

2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:

a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio [...] de los contratos de obras afectados como respecto al contenido del informe, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 235 de la LCSP y en los artículos 135 a 137 del 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 (RGLCAP).

Por lo que se refiere al ámbito del citado informe, ya señalamos, aludiendo a la necesaria presencia del informe cuando se trate de actuaciones que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, que

El segundo párrafo del artículo 235 de la LCSP impone como preceptiva, por excepción, la emisión de un informe de supervisión en los proyectos referentes a contratos cuyo presupuesto base de licitación sea inferior a 500.000 euros, IVA excluido, cuando se trate de actuaciones que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

La estabilidad de una obra es la capacidad de una construcción para mantenerse en pie y resistir las fuerzas externas que actúan sobre ella. Para que una obra sea considerada estable, debe ser capaz de soportar su propio peso, las cargas que se le apliquen y las fuerzas naturales como el viento o los sismos. Supone respetar las normas y estándares de calidad al respecto. Suele existir un contrato, por parte del constructor y/o dueño de la obra con una compañía de seguros que emite certificado de estabilidad que supone, en su caso, responder por los daños y perjuicios que se puedan producir en la obra realizada.

Las normas de seguridad en obras se refieren a sistemas de control que tienen como objetivo generar patrones de comportamiento basados en las medidas a tomar para prevenir y controlar los riesgos inherentes en un proceso determinado. Estas normas se aplican en obras de construcción y se centran en proteger a los trabajadores, las instalaciones y los materiales utilizados en el proyecto. Su enfoque principal es prevenir accidentes, minimizar riesgos y garantizar la integridad física de todas las personas involucradas en la obra.

Finalmente, la estanqueidad de la obra se refiere a la capacidad de un edificio para protegerse contra el paso del agua y el aire. Esencialmente, se trata de la resistencia que el edificio muestra frente a estos agentes externos, lo que afecta su vida útil y habitabilidad. La estanqueidad engloba dos factores clave:

1. Hermeticidad: Se refiere a la calidad de las aberturas y cerramientos del edificio para que sea hermético frente al exterior. En otras palabras, debe estar perfectamente sellado y cerrado al aire del entorno.

2. Permeabilidad: Este término se relaciona con la capacidad de un material para permitir que un fluido (en este caso, aire) lo atraviese. En el contexto de edificios, se utiliza para evaluar la resistencia al paso del aire y calcular posibles infiltraciones.

Una buena estanqueidad en un edificio tiene varios beneficios, como una mayor durabilidad, mejor habitabilidad y seguridad. Por ejemplo, en aparcamientos y garajes, una estanqueidad adecuada es crucial. Además, la normativa española y europea impulsa la construcción hacia edificios más eficientes y sostenibles, lo que incluye consideraciones sobre la estanqueidad. En este contexto los sistemas de ventilación desempeñan un papel importante para lograr los valores óptimos. La estanqueidad es fundamental para mantener la calidad de vida en los espacios habitables y minimizar riesgos.

De conformidad con lo que señala esta norma estos tres aspectos se consideran esenciales a los efectos de garantizar la corrección jurídica y técnica del proyecto en los aspectos que especifica el artículo 136 del Reglamento.

Por lo tanto, y conforme a la significación normal y coloquial de los tres términos expuestos, cualquier actuación contractual que influya en alguno de estos aspectos, por su importancia, queda sujeta al informe de supervisión, aun en los contratos de cuantía inferior a la señalada en el primer párrafo del artículo 235 de la LCSP.

Parece obvio que la estabilidad, la estanqueidad o la seguridad a que hace referencia la norma está aludiendo al conjunto del inmueble a que afecta la obra porque lo contrario carecería de sentido. La finalidad de la norma es precisamente garantizar que tales aspectos no queden afectados por las obras proyectadas.

Por otro lado, es evidente que siempre que puedan quedar afectadas la estabilidad, la estanqueidad o la seguridad de inmuebles vecinos habrá de tomarse las medidas adecuadas para evitar cualquier perjuicio. Si ello es así, el proyecto correspondiente debe quedar sujeto a supervisión, incluso con mayor razón.

Respecto a si la afección a la estabilidad, la estanqueidad o la seguridad de la obra queda referida únicamente al proceso constructivo inicial o si también es exigible durante la vida útil de la obra realizada.

Por otra parte, no existen razones que pudieran aconsejar limitar en el texto legal tal posible afección solamente al proceso constructivo inicial, en la medida en que, por un lado, la afectación puede producirse a lo largo de toda la vida útil de lo construido y, por otro lado, resulta posible celebrar otros contratos de obra con posterioridad a la finalización del proceso constructivo.

Por lo tanto, en estas obras posteriores, en las que sería necesario evaluar sus efectos sobre una obra previamente construida, cabría entender que el citado informe sería también preceptivo si se advirtieran efectos sobre la estabilidad, estanqueidad o seguridad.

La pregunta afirma, además, que la inmensa mayoría de las obras tienen riesgos sobre estos extremos. Esto no es del todo cierto. De la amplia configuración del posible objeto de un contrato de obras realizada en el artículo 13 de la LCSP y, en particular, de la enumeración de los trabajos enumerados en el Anexo I a los que se remite el citado artículo, se deduce que existen posibles actuaciones objeto de un contrato de obras que no afectan a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra y en las que, por esta razón, no resulta preceptivo el informe de la unidad de supervisión de proyectos si su cuantía resulta inferior a los 500.000 euros.

Así, es posible encontrar numerosos casos de contratos de obras que, siendo su presupuesto base de licitación (sin IVA) inferior a 500.000 euros, no afectan sin embargo a la estabilidad, seguridad y estanqueidad.

Debe precisarse al respecto que de lo que se predica la afectación a la estabilidad, seguridad o estanqueidad es a la obra, no a los elementos a utilizar durante su ejecución (trabajadores, maquinaria, etc). Es decir, si, por ejemplo, durante la ejecución de obras de

restauración o pintura de un edificio es necesario colocar una estructura que deba reunir determinados requisitos de seguridad o estabilidad para garantizar la seguridad de los trabajadores durante la ejecución de los trabajos, no es una cuestión que afecte necesariamente a la estabilidad, seguridad y estanqueidad de la obra a los efectos de determinar la exigibilidad del informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos. Solo se producirá esta si se afecta a la estabilidad, seguridad y estanqueidad de la obra sobre la que se trabaja.

3. ¿En qué casos no es necesario el citado informe, si la inmensa mayoría de las obras tienen riesgos sobre estos extremos y si el informe que se solicita debe velar únicamente para que el proyecto contenga todos los documentos necesarios, o se debe entrar en el fondo a analizar un proyecto realizado por otro técnico cualificado y en muchas ocasiones con proyectos visados?

A este respecto el artículo 235 de la LCSP exige que las oficinas o unidades de supervisión de los proyectos verifiquen, en el seno del informe de supervisión, que se han tenido en cuenta «las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulte de aplicación para cada tipo de proyecto».

Por otra parte, el artículo 136.1 del reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, especifica con más precisión las funciones de estas unidades, entre las que se hallan:

- a) Verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica, que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto.
- b) Proponer al órgano de contratación criterios y orientaciones de carácter técnico para su inclusión, en su caso, en la norma o instrucción correspondiente.
- c) Examinar que los precios de los materiales y de las unidades de obra son los adecuados para la ejecución del contrato en la previsión establecida en el artículo 14.1 de la Ley.
- d) Verificar que el proyecto contiene el estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud.
- e) Las demás funciones que les encomienden los titulares de los Departamentos ministeriales.

Añade el RGLCAP lo siguiente:

2. Cuando no estén encomendadas a otros órganos administrativos por los titulares de los Departamentos ministeriales, las oficinas de supervisión de proyectos

examinarán los estudios informativos, anteproyectos y proyectos de obra de su competencia, así como las modificaciones de los mismos, recabando las aclaraciones, ampliaciones de datos o estudios, o rectificaciones que crean oportunas y exigiendo la subsanación o subsanando por sí mismas los defectos observados.

3. Las oficinas o unidades de supervisión harán declaración expresa en sus informes de que el estudio informativo, anteproyecto o proyecto, cuya aprobación o modificación propone, reúne cuantos requisitos son exigidos por la Ley y por este Reglamento, declaración que será recogida en la resolución de aprobación.

4. El informe que deben emitir las oficinas o unidades de supervisión de proyectos deberá serlo en el plazo máximo de un mes, salvo que por las características del proyecto se requiera otro mayor, contado a partir de la recepción del proyecto, una vez subsanados, en su caso, los defectos advertidos, y habrá de incorporarse al expediente respectivo como documento integrante del mismo.

Parece claro que, a la vista de la redacción de las funciones que se atribuyen a las oficinas de supervisión de proyectos en estas dos normas, que su función trasciende de lo meramente formal y de la simple comprobación de que el proyecto reúne los documentos necesarios. En efecto, junto a una función de verificación del cumplimiento de la normativa aplicable al proyecto, se atribuyen a estas unidades la función específica del examen de que los precios de los materiales y de las unidades de obra son los adecuados para la ejecución del contrato e, incluso, la propuesta al órgano de contratación de criterios y orientaciones de carácter técnico de los proyectos, de lo cual se deriva que su función implica actuaciones de control material que permitan verificar la adecuación jurídica y técnica de aquel de cara a la correcta selección del contratista y posterior ejecución del contrato. Ello debe entenderse sin perjuicio de que, respecto de determinados aspectos complementarios del proyecto, como pueda ser, por ejemplo, el estudio de seguridad y salud, su actuación se limite a la comprobación de su existencia.

Como criterio interpretativo adicional respecto al alcance de las funciones de estas unidades cabe recordar que, como señala la Junta en el informe 43/21, entre las funciones propias de la Oficina de Supervisión de Proyectos se halla, en buena medida, la de sustituir para los contratos públicos las funciones que en otros contratos desarrolla el visado colegial.

En su virtud, el artículo 4.1 del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio establece que

cuando en aplicación de la normativa sobre contratación pública, alguno de los trabajos previstos en el artículo 2 sea objeto de informe de la oficina de supervisión de proyectos, u órgano equivalente, de la Administración Pública competente, no será necesaria la previa obtención del visado colegial. Dicho informe bastará a efectos del cumplimiento de la obligación de obtención del visado colegial.

De lo anterior se deriva que la intervención de estas unidades no es un trámite añadido a la intervención los técnicos que deben visar el proyecto conforme a la normativa de aplicación, sino que los sustituye en estos proyectos, aportando la correspondiente garantía técnica que aportan dichos visados allí donde resultan exigibles.

En conclusión, teniendo en cuenta las anteriores fundamentaciones se pueden afirmar las siguientes conclusiones:

- El artículo 118.4 de la LCSP se remite a lo requerido por las «disposiciones vigentes» para determinar la exigibilidad de un proyecto y su preceptiva incorporación a la documentación requerida para la tramitación del contrato menor de obras. Sobre esta base resulta procedente, con carácter general, la aplicación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, de acuerdo con su ámbito de aplicación regulado en su artículo 2, sin excluir el resto de la normativa sectorial que, en cada caso, pueda resultar de aplicación.
- Si las disposiciones vigentes no determinan la exigibilidad de un proyecto para la realización de un contrato de obras, la tramitación del mismo como contrato menor solo requerirá la incorporación de un presupuesto.
- No todos los proyectos suponen una concreta afección de la estabilidad, seguridad o estanqueidad de las obras. En consecuencia, el informe de la oficina de supervisión de proyectos no resulta preceptivo cuando no se produce esta circunstancia en las obras que tengan un presupuesto base de licitación inferior a 500.000 euros, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 235 de la LCSP.
- La afección a la estabilidad, la estanqueidad o la seguridad de las obras puede darse tanto en el seno del proceso constructivo como también durante la vida útil de la obra realizada. En todo caso, la afección debe predicarse de la obra sobre la que se actúa o a realizar, pero no de los elementos necesarios para su realización.
- El artículo 235 de la LCSP exige que las oficinas o unidades de supervisión de los proyectos verifiquen, en el seno del informe de supervisión, que se han tenido en cuenta «las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto», función que, de acuerdo con las funciones que desarrolla el artículo 136 del RGLCAP, excede de la mera comprobación de que el proyecto reúne los documentos necesarios.

4. ¿Es obligatorio nombrar instructor al personal del servicio de contratación y la elaboración de un informe-propuesta final, aun teniendo carácter supletorio la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas?

El ayuntamiento cuenta con 17 concejales, al amparo de lo establecido en el artículo 179.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 9 de junio, de régimen electoral general.

El artículo 3.3 a) del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, señala que la función de asesoramiento legal preceptivo comprende:

- a) La emisión de informes previos en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de miembros de la misma, con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente. Tales informes deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.

De ahí que la secretaría no tuviera obligación legal de realizar el informe, porque el número de 5 supone un tercio del total de 17, pero el precepto no prohíbe la emisión de ese informe si lo pide un número menor al exigido. Quizás la opción más aconsejable para la secretaría hubiera sido consultar al alcalde, como jefe superior de Personal, la oportunidad o necesidad de realizar el informe y, por supuesto, antes esta petición la secretaría podría haberse negado a emitir el mismo. Lo cierto es que informó y, en principio ninguna consecuencia jurídica se va a producir, salvo la de una posible exigencia de responsabilidad disciplinaria.

Entrando en la cuestión plantada, la LCSP establece un amplio conjunto de reglas aplicables al procedimiento a seguir en la preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas. En cuanto a las normas aplicables a dicho procedimiento, la disposición final cuarta de la LCSP establece que los procedimientos regulados en dicha ley (incluyendo, entre otros, la tramitación del expediente de contratación y la licitación) se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la LPAC y en sus normas complementarias. El carácter subsidiario de la LPAC es claro y supone que la misma solo se aplicará en defecto de norma especial de la LCSP.

Como es bien conocido, la existencia de una serie de normas rituarías en la legislación propia de la contratación pública encuentra su fundamento en la garantía de sus principios esenciales, al tratarse de un ámbito destinado a satisfacer los intereses públicos y en el que se opera con fondos procedentes del erario público.

Entre tales principios cabe destacar la igualdad de trato a los licitadores, la concurrencia, la publicidad y la transparencia en la adjudicación de los contratos.

En la fase de preparación del contrato, el expediente de contratación no es otra cosa que una serie concatenada y ordenada de actuaciones administrativas que tienen por objeto concretar los elementos esenciales del contrato que se pretende celebrar y que concluye con una resolución motivada aprobando el expediente y disponiendo la apertura de la fase de adjudicación del contrato.

Se trata, por tanto, de un procedimiento administrativo cuya peculiaridad estriba en la materia que disciplina: la selección del contratista. Esta configuración del procedimiento de contratación como un procedimiento administrativo en ambas fases resulta importante a los efectos de determinar quién tiene la competencia para su tramitación.

La LCSP, como norma especial aplicable a los contratos públicos, no menciona en ningún momento, al abordar la regulación del expediente de contratación o la licitación del contrato, la figura del instructor del mismo. Por el contrario, esta norma se limita a atribuir al órgano de contratación la competencia para contratar (artículo 61) y a regular la figura del responsable del contrato (artículo 62) específicamente destinada a la fase de ejecución, sin perjuicio de las competencias propias de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos.

Dicho término sí figura expresamente en el artículo 75 de la LPAC, que alude a los actos de instrucción del procedimiento, en relación con el procedimiento administrativo general, y en el artículo 64 de la LPAC, en relación con los procedimientos sancionadores.

Esto es, la LCSP no desciende en su regulación al punto de determinar si es necesario que se nombre expresamente un instructor o varios, sino que se limita a atribuir a la mesa de contratación o al órgano de contratación una serie de funciones específicas a lo largo del procedimiento de selección del contratista.

El legislador consideró que no era necesario tratar esta cuestión porque, obviamente, nada se opone a que el órgano de contratación individualice en una persona concreta o en varias, sucesiva o conjuntamente, la función de tramitar el expediente de contratación.

Por el contrario, lo que en ningún caso cabe exigir es que se nombre un instructor en el sentido del artículo 64 de la LPAC. En efecto, al caracterizarse estos últimos por su finalidad penalizadora de las infracciones administrativas, la legislación procedimental exige, como verdadero trasunto del espíritu garantista que impregna la normativa procedimental penal, la separación entre una fase instructora (de investigación y reunión de elementos probatorios) y otra sancionadora (cuyo objeto es determinar la sanción pertinente en base a lo actuado en la fase instructora). La finalidad de esta separación resulta obvia: evitar la contaminación de quien está llamado a valorar los hechos y, en su caso, sancionarlos.

Sin embargo, esa necesidad de separar entre quien interviene en la formación del expediente de contratación y quien finalmente decidirá sobre su adjudicación no tendría razón de ser en el ámbito que ahora nos ocupa, puesto que no hay involucrada conducta ilícita alguna que deba sancionarse.

Sentado lo anterior, la cuestión por la que se nos consulta es si la persona o personas que tramiten los expedientes de contratación deben formar parte necesariamente del personal del servicio de contratación. En estos términos la cuestión resulta demasiado espe-

cífica. Es bien entendible que existen órganos de contratación de pequeño tamaño que no tienen por qué contar con un servicio específico dedicado a la contratación pública, aunque esto sea frecuente y aun recomendable. En tales casos el personal no puede pertenecer a este servicio. De existir el citado servicio de contratación, que dependiendo de la entidad de la que dependa puede tener funciones variables, tampoco parece imprescindible que determinados actos del expediente de contratación sean llevados a cabo necesariamente por personas que pertenezcan al mismo. Cabe pensar, por ejemplo, en actos de análisis del mercado concreto al que se refiere el contrato, mercado que puede ser ajeno al personal del servicio de contratación mas no a la unidad especializada que promueve la celebración del contrato. Precisamente la fase de preparación es la más apta para que la especialización de la unidad proponente del contrato juegue un papel importante en la configuración del contrato público.

Por otro lado, en los estrictos términos en que se pronuncia la LCSP, la única competencia insoslayable en lo relativo al expediente de contratación es la propia del órgano de contratación en cuanto a su aprobación. El resto de los actos de tramitación del expediente puede ser realizado por quien el órgano de contratación considere pertinente en cada caso, siguiendo criterios de eficiencia y economía.

Corresponde al órgano de contratación ordenar los medios personales y materiales de que disponga a tales fines.

En conclusión, la legislación contractual vigente no prevé la necesidad de que quienes tramiten los expedientes de contratación formen necesariamente parte del servicio de contratación del órgano licitador.

Finalmente, como corolario de lo anteriormente expuesto, cabe señalar también, contestando específicamente a la objeción planteada en la pregunta, que la tramitación del expediente de contratación por parte de personal de otras dependencias del órgano de contratación conforme a lo expuesto en los párrafos anteriores no tiene por qué suponer alteración alguna de la responsabilidad del resto de unidades del mismo, ni por qué comprometer la objetividad del pleno municipal, siempre que se respeten adecuadamente las normas sobre incompatibilidades, conflictos de intereses y composición de los distintos órganos que intervienen en la contratación pública.

Como conclusión. Se puede señalar que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, no contiene ninguna disposición que obligue al órgano de contratación a que tramiten los expedientes de contratación personas pertenecientes a un servicio de contratación, pudiendo asumir la tramitación del expediente, en todo o en parte, las personas adecuadas de cualquier dependencia del órgano de contratación, según la organización de medios materiales y personales de que este disponga, y conforme decida el propio órgano de contratación.

5. En otro orden de cuestiones, se plantean a la secretaría, por parte del alcalde, varias cuestiones sobre incompatibilidades respecto a las que solicita el oportuno informe. Informe sobre las cuestiones plantadas sobre posibles incompatibilidades o no

a) Introducción

En materia de compatibilidades, por un lado, desde la perspectiva del régimen de los miembros corporativos, debemos tener en cuenta que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de bases de régimen local (LRBRL), prevé en el apartado 2 de su artículo 75 que los miembros de las corporaciones locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las corporaciones las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo 74 de la LRBRL.

El citado artículo 75.2 de la LRBRL, además, prevé que dichas retribuciones no podrán superar en ningún caso los límites que se fijen, en su caso, en las leyes de presupuestos generales del Estado, si bien en los acuerdos plenarios de determinación de los cargos que lleven aparejada esta dedicación parcial y de las retribuciones de los mismos, se deberá contener el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones.

Asimismo, el apartado 2 de dicho artículo 75 de la LRBRL prosigue señalando que los miembros de las corporaciones locales que sean personal de las Administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes solamente podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial a sus funciones fuera de su jornada en sus respectivos centros de trabajo, en los términos señalados en el artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas (LIPAP), sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 75 de la LRBRL.

Por su parte, la LIPAP dispone, en su artículo 5.2, en relación con la materia que nos ocupa, que en los supuestos de miembros de las corporaciones locales en la situación de dedicación parcial a que hace referencia el artículo 75.2 de la LRBRL, se podrán percibir retribuciones por tal dedicación, siempre que la desempeñen fuera de su jornada de trabajo en la Administración, y sin superar en ningún caso los límites que con carácter general se establezcan, en su caso, de forma que la Administración en la que preste sus servicios un miembro de una corporación local en régimen de dedicación parcial y esta última deberán comunicarse recíprocamente su jornada en cada una de ellas y las retribuciones que perciban, así como cualquier modificación que se produzca en ellas.

Al hilo de dicha previsión, debe tenerse en cuenta que el posible desempeño de la actividad como concejal en régimen de dedicación parcial y su compatibilidad con una actividad

privada será viable, siempre y cuando esta no vulnere las determinaciones del artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG).

Así, el citado artículo 178 de la LOREG, al margen de prever en el apartado primero que las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo 177 de la LOREG lo son también de incompatibilidad con la condición de concejal, señala, a su vez, en su apartado 2, que son también incompatibles: «a) Los Abogados y Procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1 b) de la LRBRL».

Por su parte, la Ley de incompatibilidades dispone en el apartado primero de su artículo 12 que, en todo caso,

el personal comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley de Incompatibilidades (entre el que se encuentran los miembros corporativos de entes locales y el personal de los entes locales) no podrá ejercer las actividades siguientes:

a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público.

Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.

b) Supuestos

Por tanto, ante la solicitud por una concejal con dedicación parcial (50 % de la jornada), la compatibilidad para el ejercicio de la abogacía, esta podrá autorizarse siempre y cuando no se vulnere lo dispuesto en el artículo 12.1 a) de la LIPAP («no podrá ejercer las actividades siguientes: a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público») y el artículo 178 a) de la LOREG («los Abogados y Procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1 b) de la LRBRL»), en relación con las previsiones que recoge el artículo 75.2 de la LRBRL («los miembros de las corporaciones locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las corporaciones las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el art. 74 LRBRL»). El

citado artículo 75.2 de la LRBRL, además, prevé que dichas retribuciones no podrán superar en ningún caso los límites que se fijen, en su caso, en las leyes de presupuestos generales del Estado, si bien en los acuerdos plenarios de determinación de los cargos que lleven aparejada esta dedicación parcial y de las retribuciones de los mismos, se deberá contener el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones).

Asimismo, en relación con la solicitud de un concejal para compatibilizar el ejercicio del cargo de miembro corporativo en régimen de dedicación parcial con el desempeño de actividades docentes privadas, esta podrá autorizarse siempre y cuando no se vulnere lo dispuesto en el artículo 12.1 a) de la LIPAP, en relación con las previsiones que recoge el artículo 75.2 de la LRBRL.

En otro orden, en relación con el concejal del anterior mandato (2019-2023) que solicita que se informe sobre si puede desarrollar el ejercicio de su profesión en el municipio (arquitecto), siendo en tal mandato concejal de urbanismo y, por ende, encargado de la gestión en virtud de licencias urbanísticas, hemos de tener en cuenta que el artículo 75 de la LRBRL dispone expresamente en su apartado 8 que durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales a que se refiere el apartado primero de este artículo que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, artículo que prevé en su apartado 1 que los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado, si bien la prohibición se extiende tanto a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario.

Asimismo, el apartado 2 de dicho artículo 15 prevé que

quienes sean alto cargo por razón de ser miembros o titulares de un órgano u organismo regulador o de supervisión, durante los dos años siguientes a su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan estado sujetas a su supervisión o regulación. A estos efectos, se entenderán en todo caso incluidos los altos cargos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y el Consejo de Seguridad Nuclear,

mientras que el apartado 3 de dicho artículo 15 dispone que:

Se entiende que un alto cargo participa en la adopción de una decisión que afecta a una entidad:

a) Cuando el alto cargo, en el ejercicio de sus propias competencias o funciones o su superior a propuesta de él o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, suscriba un informe preceptivo, una resolución adminis-

trativa o un acto equivalente sometido al Derecho Privado en relación con la empresa o entidad de que se trate.

b) Cuando hubiera intervenido, mediante su voto o la presentación de la propuesta correspondiente, en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado la decisión en relación con la empresa o entidad.

Resulta revelador el contenido del apartado 5 de dicho artículo 15 de la Ley 3/2015, que dispone que durante el periodo de dos años a que se refiere el apartado 1 del artículo 15, los altos cargos no podrán celebrar por sí mismos o a través de entidades participadas por ellos directa o indirectamente en más del 10 %, contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración pública en la que hubieran prestado servicios, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas, siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía, de manera que las entidades en las que presten servicios deberán adoptar durante el plazo indicado procedimientos de prevención y detección de situaciones de conflicto de intereses.

A estos efectos, el artículo 75.8 de la LRBRL dispone que los ayuntamientos podrán contemplar una compensación económica durante ese periodo para aquellos que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desempeñar su actividad profesional, ni perciban retribuciones económicas por otras actividades.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, el exconcejal de urbanismo puede ejercer como arquitecto en el municipio, siempre y cuando, durante los dos años siguiente a su cese como concejal, no vulnere las previsiones y limitaciones a las que se refiere el artículo 15 de la Ley 3/2015, arriba referidas.

Por último, en relación con la solicitud de compatibilidad para el ejercicio de actividad privada a la que se refiere el funcionario, debemos tener en cuenta que el apartado 1 del artículo 16 de la LIPAP dispone que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 del TREBEP incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

No se señala en los hechos que el perfil del puesto de trabajo de dicho funcionario recoja un factor de incompatibilidad, por lo que debemos acudir al contenido del apartado cuarto del artículo 16 de la LIPAP, que señala que:

Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 1.º 3, 11, 12 y 13 de la presente Ley, podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

En ese sentido, las retribuciones básicas de un funcionario perteneciente al grupo A, subgrupo A1, para el ejercicio 2023, en 14 pagas, son de 17.049,72 euros brutos, por lo que el 30 % debe ser computado sobre el total anual, lo que supondría, como límite, 5.114,916 euros.

El complemento específico mencionado en el relato de hechos, en conjunto anual, supondría 9.422 euros, lo que conlleva que supera el 30 % de las retribuciones básicas y, por tanto, no podría autorizársele la compatibilidad solicitada.

No obstante lo anterior, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 de abril de 2021, se admite la posibilidad de aplicar en los entes locales, con discutible criterio, las previsiones de la disposición adicional 5 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (posibilidad de que los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los subgrupos A1 y A2 soliciten la reducción, a petición propia, del complemento específico) y, por tanto, el funcionario podría solicitar la reducción del complemento específico de su puesto de trabajo para entrar dentro de los límites a los que se refiere el artículo 16.4 de la LIPAP, y, por tanto, obtener la compatibilidad interesada.

6. Celebrado un pleno ordinario en el que es de constatar diversas mociones presentadas

El artículo 97.3 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF) define las mociones como «la propuesta que se somete directamente a conocimiento del Pleno al amparo de lo prevenido en el artículo 91.4 de este Reglamento. Podrá formularse por escrito u oralmente».

Según el ROF, la moción, tal y como se ha indicado, es la propuesta que se somete directamente a conocimiento del pleno al amparo de su artículo 91.4, según el cual, en las sesiones ordinarias, concluido el examen de los asuntos incluidos en el orden del día y antes de pasar al turno de ruegos y preguntas, el presidente preguntará si algún grupo político desea someter a la consideración del pleno, por razones de urgencia, algún asunto no comprendido en el orden del día y que no tenga cabida en el punto de ruegos y preguntas. Si así fuere, el portavoz del grupo proponente justificará la urgencia de la moción y el pleno votará, acto seguido, sobre la procedencia de su debate. Si el resultado de la votación fuera positivo, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 93 y siguientes del ROF.

De los artículos 91 y 97 ROF se infiere que las mociones tienen por objeto posibilitar que se sometan propuestas directamente al pleno, de tal suerte que al orden del día puedan incorporarse expedientes analizados y dictaminados por la comisión informativa o asuntos de cualquier tipo que tengan como elemento común que no estén incluidos en el orden del día. Ahora bien, el único límite material existente es que el acuerdo que incorporara el

asunto que como moción se tramita no tuviera cabida en el apartado de ruegos y preguntas, apartado en el que no cabe adoptar ningún tipo de acuerdo.

A) ¿Es posible por tanto votar individualmente cada punto de una moción o proposición?

Con ocasión del debate y votación de mociones y proposiciones, se solicita por un grupo municipal poder votar las distintas propuestas por separado, al estar de acuerdo en unos puntos y en otros no, así la moción aprobada contendría las distintas propuestas de acuerdo que hubieran obtenido la mayoría pertinente en las respectivas votaciones.

En el ayuntamiento entienden que la moción o proposición es un punto único que debe someterse a una sola votación y que no se puede desgajar en tantos puntos y votaciones como propuestas de acuerdo contenga. Así, la única forma de votar determinados puntos a favor y otros no sería presentar una enmienda de suprimir aquellos puntos con los que no se está de acuerdo y someterla a votación, pero con este sistema no se llega al resultado pretendido por los regidores.

Con carácter general y a modo de premisa inicial, entendemos que cabe dar distinto tratamiento al debate y votación de una moción que al de las proposiciones, debido a la diferente naturaleza de ambas y por responder a finalidades distintas; de modo que las primeras deben ser tratadas como actos de contenido político, como a continuación exponemos; y los segundos deben ser entendidos como actos administrativos que se incardinan en un procedimiento administrativo.

Así, las mociones constituyen una declaración de juicio, conocimiento o deseo cuyo contenido debe obedecer a actos de control y fiscalización en materia municipal. La experiencia acredita que las mociones pueden ser de muy diferente naturaleza y tipología y, en ocasiones, referidas a cuestiones ajenas a la vida municipal. En tal sentido, conviene señalar que a los efectos o consecuencias del incumplimiento de las mociones aquellas que son de naturaleza declarativa, que son la mayoría, no tienen efectos ni consecuencias jurídicas, tal y como ocurre en el ámbito parlamentario. Su cumplimiento es inexigible en términos jurisdiccionales. Dada su naturaleza, sus efectos son de índole política y sus consecuencias pueden ser de tal guisa o carácter, en cuanto expresión de acuerdos o compromisos políticos, pero de su incumplimiento no se deriva efecto jurídico alguno.

De ahí podemos advertir la irrelevancia a efectos jurídicos de la fase de votación de las mociones, en las que cabría admitir que la voluntad política o el sesgo ideológico de cada concejal/grupo quede plasmada en la votación; de este modo, si para ello fuera necesario votar cada punto que conforma la moción, el secretario municipal tan solo debería reflejar en el acta la mayoría con la que se aprueba o rechaza cada punto, correspondiendo al alcalde proclamar el resultado, alcanzándose el resultado propuesto por alguno de los regidores

de la entidad consultante, esto es, la moción aprobada contendría las distintas propuestas de acuerdo que hubieran obtenido la mayoría pertinente en las respectivas votaciones.

No obstante, cómo articular dicho procedimiento debe ser objeto del reglamento orgánico municipal, o, en su defecto, de la aplicación flexible del contenido de la regulación que para el debate y votación de las propuestas establece el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba ROF, y que es objeto de nuestro siguiente comentario.

Respecto a las proposiciones es plenamente aplicable el concepto de enmienda expuesto por nuestro consultante, conforme al artículo 97.5 del ROF, actuando la enmienda como «la propuesta de modificación de un dictamen o proposición presentada por cualquier miembro, mediante escrito presentado al Presidente antes de iniciarse la deliberación del asunto». Siendo el único procedimiento que tienen los concejales para introducir su voto disidente en el dictamen.

Respecto al contenido de las enmiendas, cabe distinguir las que son meras propuestas para que se rectifique o elimine algo del dictamen, de las adiciones, que son propuestas para se añada algo respetando íntegramente el contenido de aquel, si bien la redacción del artículo 97 del ROF permite ambas.

Las enmiendas, después de expuestas y, en su caso, debatidas, serán votadas y aprobadas o desechadas por mayoría simple. Si se aprueban, se incorporan al dictamen, que será, en consecuencia, rectificado; pero el dictamen o propuesta enmendado debe ser sometido a votación y aprobado por mayoría simple, o mayoría absoluta según la materia de que se trate en virtud del artículo 47.2 de la LRBRL. Por tanto, las enmiendas requieren de la existencia de un dictamen y van dirigidas al presidente antes de iniciarse la deliberación del asunto.

Conclusiones

1.ª Con carácter general, entendemos que cabe dar distinto tratamiento al debate y votación de una moción que al de las proposiciones, debido a la diferente naturaleza de ambas y por responder a finalidades distintas; de modo que las primeras deben ser tratadas como actos de contenido político y, los segundos, deben ser entendidos como actos administrativos que se incardinan en un procedimiento administrativo.

2.ª Por tanto, cabría admitir que la voluntad política o el sesgo ideológico de cada concejal/grupo quede plasmada en la votación de las mociones; de este modo, si para ello fuera necesario votar cada punto que la conforma, el secretario municipal tan solo debería reflejar en el acta la mayoría con la que se aprueba o rechaza cada punto, correspondiendo al alcalde proclamar el resultado, alcanzándose el resultado propuesto por alguno de los regidores del ayuntamiento, esto es, la moción aprobada contendría las distintas propuestas de acuerdo que hubieran obtenido la mayoría pertinente en las respectivas votaciones.

3.ª Respecto a las proposiciones es plenamente aplicable el concepto de enmienda expuesto por nuestro consultante, conforme al artículo 97.5 del ROF.

B) Se han presentado mociones referidas a asuntos que exceden de la competencia municipal. ¿Se han de admitir las mismas?

En relación con esta cuestión pudiera ser posible, siempre que ello constituya un mero ejercicio del derecho a la libertad de expresión constitucionalmente garantizada, cuando, aun tratándose de cuestiones que excedan del ámbito de competencias municipales, incidan o traten temas vinculados con los intereses del municipio.

Ahora bien, en este caso hay que tener en cuenta, lógicamente, que el acuerdo a adoptar únicamente podrá consistir en la toma de posición del municipio en relación con una determinada cuestión, bien porque constituya la expresión de su opinión en relación con esta a fin de trasladarla a las Administraciones implicadas, bien porque suponga la realización de una censura de las actuaciones realizadas por estas Administraciones, sin que pueda consistir nunca en la adopción de un acuerdo por el que el municipio adopte decisiones de fondo en cuestiones que sean competencia de órganos de otras Administraciones.

C) Posibilidad de que las mociones puedan referirse a asuntos que excedan de la competencia del pleno

En relación con esta posibilidad también nos decantamos por entender que nada obsta para que, cuando estas mociones sean de control, se refieran a asuntos de la competencia de otros órganos, siempre que su finalidad consista en un posicionamiento del pleno en relación con la opinión que esta gestión merece a dicho órgano, pero nunca suplantando al órgano censurado en el ejercicio de sus atribuciones, de lo que se deduce que si bien no existe inconveniente en que se presente una moción al pleno en la que se acuerde la comparecencia de un concejal con competencias delegadas, en cambio es inadmisibles que esta moción conlleve la aprobación de una decisión que deba ser tomada por otro órgano, como sería el alcalde o, por delegación de este, los propios concejales.

D) Posibilidad de presentar mociones en sentido contrario a acuerdos adoptados por el pleno de la corporación que puedan suponer revocaciones ilegales de estos

Esta cuestión, a pesar de las dudas que pueda suscitar, entendemos que debe ser resuelta en el sentido de que cuando la moción implique la adopción de acuerdos idénticos a los ya adoptados, pero en sentido contrario, esta moción únicamente debería ser factible si propusiera al pleno el acuerdo de iniciar el correspondiente expediente para revisar de oficio los citados actos por vicio de nulidad del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común.

- E) Posibilidad de que en una misma sesión plenaria varios grupos presenten mociones sobre el mismo tema, lo que podría dar lugar, en la práctica, a la adopción de acuerdos contradictorios en relación con una misma cuestión

En este sentido, quizás la solución venga de la mano de la imaginación del reglamento orgánico municipal que, en relación con esta posibilidad, podría establecer que en estos casos únicamente se incluya en el orden del día la primera moción que haya tenido entrada en el Registro General del ayuntamiento, presentándose al pleno las restantes como enmiendas a la totalidad o mociones alternativas a la moción presentada en primer lugar, pues con ello se evitaría la eventualidad de acuerdos contradictorios, en la medida en que se debatirían conjuntamente, votando en primer lugar las enmiendas o mociones alternativas y, en segundo lugar, la moción principal, con la redacción resultante de las enmiendas aprobadas.

- F) Un grupo municipal de la oposición había presentado ya cinco mociones en la misma sesión; por ello, el alcalde, en el ejercicio de su función de dirección del pleno y para garantizar su buen funcionamiento, acuerda la no admisión de la última proposición presentada, por considerar abusiva y obstructiva la actitud de dicho grupo. ¿Obró con arreglo a derecho el alcalde?

No se puede limitar este derecho, que afecta al artículo 23.2 de la CE, por un simple acto administrativo. Por los principios de seguridad jurídica, igualdad y respeto a los derechos fundamentales esta limitación debe preverse por norma jurídica, al menos, con valor reglamentario. Esta cuestión es materia propia de la potestad de autoorganización de los entes locales, que debe reflejarse en el correspondiente reglamento orgánico municipal.

¿Qué posibilidades de éxito tendrá el recurso interpuesto teniendo en cuenta la argumentación del ayuntamiento para denegar la exención, la que hace la empresa en su recurso de reposición y las razones que Vd. estime pertinente para estimar o no el mismo?

La cuestión discutida es si resulta aplicable al caso la exención prevista en el artículo 100.2 del TRLHL, como defiende la recurrente, o no es aplicable, como defiende el ayuntamiento.

El artículo 100 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de haciendas locales dispone que:

1. El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras es un tributo indirecto cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, siempre que su expedición corresponda al ayuntamiento de la imposición.

2. Está exenta del pago del impuesto la realización de cualquier construcción, instalación u obra de la que sea dueño el Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales, que estando sujeta al impuesto, vaya a ser directamente destinada a carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas [definidas, en sentido amplio, incluyendo obras para la depuración y reutilización de las aguas, en el artículo 122 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de aguas], saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales, aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos, tanto si se trata de obras de inversión nueva como de conservación.

Y el artículo 101.1 dice:

Son sujetos pasivos de este impuesto, a título de contribuyentes, las personas físicas, personas jurídicas o entidades del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que sean dueños de la construcción, instalación u obra, sean o no propietarios del inmueble sobre el que se realice aquella.

A los efectos previstos en el párrafo anterior tendrá la consideración de dueño de la construcción, instalación u obra quien soporte los gastos o el coste que comporte su realización.

De estos artículos se desprende que el sujeto pasivo del impuesto es el dueño de la obra y que como tal debe entenderse aquel que soporte los gastos de ejecución de la misma.

A su vez, la norma prevé una exención siempre y cuando concurren dos requisitos: uno objetivo, relativo a la naturaleza de la obra (que habrá de ser alguna de las que se enumeran, en este caso, obra hidráulica), y otro subjetivo en atención a quién sea el dueño de la obra (Administración territorial aunque su gestión se haga a través de un organismo autónomo).

A) Argumento de la empresa respecto a lo previsto en el convenio suscrito con el ayuntamiento

Respecto al convenio existente y los argumentos de la empresa para reforzar su argumento de exención del ICIO, sosteniendo la demandante que «a la vista de lo que precede, y dado que el Convenio no es un mero acuerdo de intenciones, sino un verdadero negocio jurídico, no sería conforme a derecho permitir su incumplimiento, dado que ella alteraría de forma irremediable el equilibrio de las obligaciones bilaterales de ambas partes», hay que discrepar de este argumento de la empresa en su recurso, pues:

Primero, hablar de «vocación de permanencia» de un convenio interadministrativo va en contra del artículo 49 h, 1.º y 2.º de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público que, respecto a la duración de los convenios, establece:

1.º Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.

2.º En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción.

Segundo, el precepto del convenio, en buena medida, resulta superfluo, pues cuando el ayuntamiento se compromete a conceder las licencias, no hace sino reconocer la obligación de la Administración local a concederlas, dado que se trata de una actividad realizada. En cuanto a la facilitación de la licencia de obra no es sino una mera declaración de intenciones. Y en el resto, cuando trata de las exenciones tributarias, se limita a recordar la aplicabilidad del texto refundido de la Ley de haciendas locales.

Así pues, no se puede fundar en tal convenio la pretensión.

B) Objeto de la controversia

Consiste en esclarecer si se interpreta correctamente la denegación de la exención controvertida, a efectos de la aplicación del artículo 100.2 del TRLHL en relación con las construcciones, instalaciones y obras directamente destinadas a carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales de las que sea dueño el Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales –cuando no coincidan la condición de propietario del inmueble y la de dueño de la obra–, por lo que se debe discernir si lo relevante es atender a quién va a ser finalmente el propietario de la obra o, por el contrario, lo que importa es atender a quien soporta los gastos que comporta su realización y dilucidar si la exención es aplicable no solo cuando la gestión de la obra se lleve a cabo por un organismo autónomo, sino también cuando se trate de una empresa pública.

C) Sentencias del Tribunal Supremo que han resuelto esta cuestión

Sentencia núm. 875/2020, de 24 de junio (Norma CEF NFJ078375), dictada en el recurso de casación núm. 6043/2017.

D) Diferencia conceptual entre la figura del dueño de la obra a efectos de la exención respecto del mismo término en la regulación del sujeto pasivo, con fundamento en que, para la clase de obras o instalaciones específicamente previstas como elemento objetivo de la exención, la condición de dueño de la obra, conforme al 100.2 del TRLHL, solo podría ostentarla la Administración pública mencionada, en este caso la comunidad, puesto que la exención objetiva viene referida a determinadas obras cuyo destino es incorporarse al dominio público, separación conceptual de la figura del dueño de la obra que es definida como sujeto pasivo distinto al propietario en el artículo 101 del TRLHL.

Por tanto, la noción de dueño de la obra, por oposición al de propietario –cuando las dos condiciones las ostenten personas diferentes–, tiene una diferencia sustancial:

Según el artículo 101 del TRLHL:

1. Son sujetos pasivos de este impuesto, a título de contribuyentes, las personas físicas, personas jurídicas o entidades del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que sean dueños de la construcción, instalación u obra, sean o no propietarios del inmueble sobre el que se realice aquella.

A los efectos previstos en el párrafo anterior tendrá la consideración de dueño de la construcción, instalación u obra quien soporte los gastos o el coste que comporte su realización.

2. En el supuesto de que la construcción, instalación u obra no sea realizada por el sujeto pasivo contribuyente tendrán la condición de sujetos pasivos sustitutos del contribuyente quienes soliciten las correspondientes licencias o presenten las correspondientes declaraciones responsables o comunicaciones previas o quienes realicen las construcciones, instalaciones u obras.

La interpretación de tal precepto regulador del sujeto pasivo exige desentrañar la extraña figura del dueño de la obra, como contribuyente distinto del propietario, lo que requiere necesariamente localizar en él algún signo de capacidad económica indirecta (por ser tal la naturaleza del ICIO). Esto es, no puede ser dueño de la obra quien la realice para el propietario del inmueble por cuenta de este, por encargo o contrato, al margen de la condición de sustituto del contribuyente.

En tal caso, dueño de la obra sería quien, ostentando un derecho real sobre el inmueble, emprendiese unas obras con cuyo coste corriera, al margen del propietario de la finca sobre la que aquellas construcciones, instalaciones u obras se asientan (usufructuario, arrendatario, superficiario, etc.). En tal caso, es patente que el dueño de la obra es quien asume la obra y la sufraga por sí mismo, no por cuenta de otro.

En cambio, esa relación o situación personal alternativa no es posible en el esquema del artículo 100.2 del TRLHL, por una razón evidente: porque todos los bienes que, objetivamente, determinan la exención, son los objetos de construcciones u obras enunciados *numerus clausus* en el artículo, necesariamente vinculados al servicio público y destinados, en la propia definición de la ley, a integrar el dominio público.

Así, el artículo 100.2 del TRLHL dispone:

2. Está exenta del pago del impuesto la realización de cualquier construcción, instalación u obra de la que sea dueño el Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales, que estando sujeta al impuesto, vaya a ser directamente destinada a carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales, aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos, tanto si se trata de obras de inversión nueva como de conservación.

Al margen de que la técnica normativa no parece muy depurada –se habla de exención del pago, por ejemplo–, una exégesis del precepto simplemente gramatical, sin necesidad de ahondar más, permite descartar que el citado precepto pueda apoyarse en una interpretación suministrada por el artículo 101 del TRLHL, pues ya el precepto regulador de la exención se encarga de resaltar que el dueño de la obra es el Estado y las demás Administraciones territoriales citadas, al haber una conexión precisa y necesaria entre la identidad subjetiva, la naturaleza de la obra y la naturaleza del bien afectado, conforme a su finalidad estricta e invariablemente pública, sin que pueda serlo nadie más.

Así lo asevera la afectación final, el destino previsto para ella, de afectarla a un servicio público o de mantenerla en él cuando ya existiera tal adscripción, bajo el régimen excepcional de los bienes de dominio público, cuyo estatuto básico se encuentra previsto en la Constitución (art. 132), que reconoce los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

Tal conclusión resulta, de forma inequívoca, cuando el precepto menciona que las obras exentas son [cualquier obra o construcción que...] vaya a ser directamente destinada a carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales. En este concreto caso, estamos ante una obra hidráulica cuyo dueño es la comunidad autónoma, lo que es bastante para establecer la exención y para no considerar dueño de la obra a la Administración institucional o empresa que encargue la obra o construcción.

La mera demanialidad de los bienes se erige en causa inmediata y eficiente de la exención, pues carecería por completo de sentido que una obra ejecutada para ser destinada al servicio público fuera gravada, como pretendida manifestación de capacidad económica de su titular –con retorsión de tal principio fiscal rector del artículo 31.1 de la CE–. Cabe añadir que es previsible que la obra beneficie directamente a la población, haciendo si cabe aún más impropia la exigencia de un tributo.

E) Determinación de la empresa pública en la tipología de los organismos públicos.

El segundo elemento de controversia en este asunto se refiere al inciso final del artículo 100.2 TRLHL: «... aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos, tanto si se trata de obras de inversión nueva como de conservación».

Como muestra añadida de la escasa pulcritud técnica del TRLHL, debemos decir que la denominación de organismos autónomos, como categoría diferenciada en la variada clases de los entes públicos, ya no estaba presente en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que sustituyó a la Ley de 26 de diciembre de 1958, de entidades estatales autónomas.

La LOFAGE estableció una denominación nueva, la de organismo público, que desarrolla actividades derivadas de la propia Administración General del Estado en calidad de

organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de esta. Cualquiera de estos organismos públicos puede prestar servicios públicos y dentro de tal categoría se encuentran tanto los organismos autónomos, que se rigen por derecho administrativo, como las entidades públicas empresariales, que, conforme al artículo 53 de la LOFAGE, se rigen por el derecho privado.

En la actualidad, el ámbito de la Administración institucional se ha ampliado y se ha superado la regulación más restrictiva de la LOFAGE. En este sentido, el artículo 84.1 a) de la Ley 40/2015, relativo a la organización y funcionamiento del sector público institucional, señala que forman parte del mismo las siguientes entidades:

- a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en: 1. Organismos autónomos; 2. Entidades públicas empresariales. 3. Agencias estatales.
- b) Las autoridades administrativas independientes.
- c) Las sociedades mercantiles estatales.

Por ello, se puede afirmar que la caracterización como organismo autónomo –como exclusivo a que se refiere el TRLHL–, aun siendo una expresión obsoleta dentro de la tipología de la denominada Administración institucional de la Ley 40/2015, es una clase definida para la Administración del Estado, por lo que, además, habrá que acudir a las disposiciones autoorganizativas de las demás Administraciones territoriales –y por lo que aquí respecta, a las de la comunidad autónoma correspondiente– para encontrar la equivalencia jurídica de la desaparecida en leyes autonómicas expresión de organismos autónomos, y otras manifestaciones de Administración institucional.

Además, es la referencia a la gestión, «aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos», lo que nos suscita la duda de si esa gestión es la del servicio público, una vez puesto en funcionamiento tras la ejecución y entrega de la construcción, instalación u obra, o es la de la realización misma de tal obra o construcción, en cuyo caso queda más evidente aún que la entidad, fuera Administración o empresa pública, actuaría por encargo o como personificación de la propia Administración, la indudable dueña de la obra.

Pero la realidad es que el término gestión, en la tradición administrativa clásica que llega hasta nuestros días, no se refiere tanto a la realización o ejecución de una obra pública, sino más bien a la prestación del servicio público mediante concesión u otra figura contractual. Por tanto, la salvedad respecto de la gestión parece referirse a un momento ajeno y posterior al devengo del impuesto local aquí concernido y que no afecta a la exención, cuyo significado puede ser el de que no obsta a la exención el hecho de que el servicio público de que es titular la Administración titular de los bienes demaniales correspondientes se ejecute a través de una entidad con personalidad jurídica diferenciada, sin que la denominación organismo autónomo que menciona la ley sea un elemento diferenciador de utilidad.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en distintas sentencias. Por ejemplo, señalamos en la sentencia de 22 de diciembre de 2015, recurso 1152/2014, lo siguiente:

No podemos considerar que una sociedad anónima, como es ahora el Canal de Isabel II, pueda calificarse de Administración Pública a estos efectos. Si se huye del Derecho Administrativo en la forma de personificación para actuar en el tráfico jurídico con arreglo al derecho privado, utilizando la forma de sociedad anónima, no puede paralelamente pretenderse la aplicación de aquellos beneficios de los que gozan las Administraciones Públicas y las entidades públicas que la integran por su condición de tal y por su pleno sometimiento al Derecho Administrativo en el cumplimiento de sus fines.

Igualmente, en la sentencia de 24 de junio de 2015, recurso 421/2014, se concluye que la entidad demandante no tiene la consideración de Administración a efectos de aplicación del art. 81.1 c) de la LJCA: «la constitución de la sociedad anónima "Canal de Isabel II Gestión SA" fue aprobada por Acuerdo de 14 de junio de 2012, del Consejo de Gobierno, que autorizó su constitución de la sociedad anónima "Canal de Isabel II Gestión, Sociedad Anónima" siendo, conforme al punto primero del acuerdo, una sociedad mercantil que adoptará la forma de sociedad anónima».

De conformidad con ello, y siguiendo la misma doctrina, dictada el 25 de febrero de 2010 en el recurso de apelación 1265/2009, «aunque forma parte del sector público estatal (en este caso autonómico) (arts. 2 y 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria), se rige íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación, y que «en ningún caso» puede disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad, por lo que no puede ser incluida dentro del concepto de Administración pública del artículo 2.3 de la Ley 39/2015, LPAC, antes transcrito, ya que ni puede ser considerada como una «entidad de Derecho Público» ni puede, tampoco, predicarse de la misma que «ejerza potestades administrativas».

Debemos señalar que, aunque no hay una doctrina previa que resuelva la cuestión relativa a la personificación de la entidad o empresa que gestione la realización de la obra para un caso como el presente, la que hemos dictado, desde la incorporación de este impuesto a la Ley 39/1988, avala con claridad la respuesta estimatoria. Así, cabe significar:

1. STS de 5 de mayo de 2009, casación en interés de la Ley n.º 60/2007 (Norma CEF NFJ033862):

QUINTO.- Siendo esta la normativa a tener en cuenta hay que reconocer que la doctrina legal que se propone no concuerda con al antiguo art. 104.2 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales ni con el actual art. 103.2 de su Texto Refundido, pues la bonificación está prevista, si así lo establecen las Ordenanzas Fiscales,

a favor de las construcciones, instalaciones u obras que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal, todo ello con independencia de quien realice la actividad, por lo que la ejecución de la obra a través de un contratista no puede modificar el alcance del beneficio. La Ley solo exige solicitud del sujeto pasivo, no del contribuyente, por lo que en modo alguno puede excluirse al sustituto.

En definitiva, lo determinante para la bonificación es la realización de construcciones, instalaciones y obras que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico-artísticas o de fomento del empleo, estando constituido el ámbito subjetivo por los sujetos pasivos que son a los que les corresponde la solicitud del reconocimiento de la bonificación.

2. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003 (FD 4.º), dictada en unificación de doctrina.

Este precepto excepciona, indiscutiblemente, del art. 102 LHL el supuesto concreto de las grandes obras públicas a que se refiere, reputando por dueño de la obra en las mismas al Estado, Comunidades Autónomas o Entidades Locales, aunque su gestión –como ocurre con AENA– se lleve a cabo por Organismos Autónomos.

Una interpretación literal del precepto, tal como hace en su detenido estudio la sentencia impugnada, conduciría a resultados verdaderamente absurdos, y convertiría la exención en letra muerta en numerosas y trascendentales obras, relativas a instalaciones gestionadas por Organismos Autónomos, haciendo del art. 29 «un precepto írrito», según la contundente expresión de nuestra sentencia de 9 de julio de 1999, en la que, por otros argumentos, se validó asimismo la exención que nos ocupa, en el recurso de casación 4407/1994 (NormaCEF NFJ009667), en un litigio sostenido entre el Ayuntamiento de Camargo y AENA.

En ella recordábamos que el ente público «Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea» (AENA) fue creado por el artículo 82.1 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990.

De lo que antecede se desprende que el dato fundamental para obtener la exención es que las obras definidas en la norma de exención (carreteras, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, etc.) tienen, todas ellas, la condición de dominio público por estar afectas a un servicio público, lo que lleva a esta sala y sección a concluir que el dato imprescindible para conceder la exención en el ICIO no es que el gestor de la obra sea o no un organismo autónomo, sino que el bien sea de dominio público y que el servicio público se preste a través de un ente público instrumental perteneciente a una Administración institucional, en el supuesto citado, la del Estado.

Esta tesis está presente en numerosas sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, las de 27 de abril de 2001, 7 de julio de 2001, 21 de julio de 2001 (recurso de casación para unificación de doctrina núm. 5234/1996 NormaCEF NFJ011285), 18 de abril de 2002, 10 de

septiembre de 2002, 16 de septiembre de 2002, 27 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2003 y 22 de noviembre de 2003 (casación para unificación de doctrina núm. 4547/1998; NormaCEF NFJ016541).

F) Conclusión

Entrando en la aplicabilidad al caso que nos ocupa de la jurisprudencia citada, interesa señalar que en el caso que nos ocupa, relativo a la entidad Empresa Pública XXX, SA, se cumplen los requisitos exigidos en la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo para extender cuanto se ha dicho con respecto a AENA, sobre la exención del ICIO en los aeropuertos que gestiona, a la desarrollada por la aquí recurrente en las construcciones e instalaciones para las que se promovió infructuosamente la exención, cuestión en la que no cabe entrar con detalle, como no lo hace tampoco la sentencia impugnada, que se limita a la apreciación tangencial de que la empresa pública recurrente no es un organismo autónomo, noción que, como hemos repetido, había desaparecido ya bastantes años antes de la entrada en vigor del TRLHL.

G) Fijación de criterios interpretativos sobre la cuestión de interés casacional objetivo delimitada en el auto de admisión

1. En las obras de infraestructura mencionadas en el artículo 100.2 del TRLHL, no existe la posibilidad de diferenciar el dueño de la obra como persona separada de la Administración pública titular del dominio público en que se manifiestan aquellas.

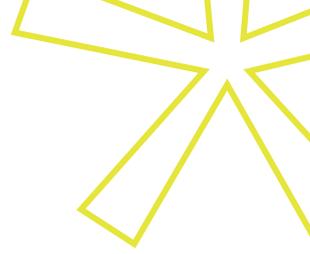
2. Tampoco cabe establecer que es sujeto distinto del titular demanial quien, en el ejercicio de las atribuciones que le otorga la ley respecto de tales bienes, promueve las construcciones, instalaciones u obras, porque no soporta los gastos que comporta su realización en calidad distinta de la del titular demanial.

3. Tratándose de las construcciones, instalaciones u obras que se destinen a las obras de infraestructura *numerus clausus* mencionados en el artículo 110.2 del TRLHL y, en particular, las obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales, lo relevante es atender a quién va a ser finalmente el propietario de la obra, en los términos ya puestos en relación con los bienes demaniales.

4. Por lo que respecta a la segunda pregunta, la forma de personificación como organismo autónomo –como categoría conceptual formalmente extinguida–, se refiere a la gestión ulterior y, además, ha de conciliarse con las reglas autoorganizativas de la Administración de que se trate. En el caso de la recurrente, tales normas favorecen la exención. Basta con el hecho de que la ley autonómica le confiere competencias y funciones administrativas para promover la construcción de obras públicas como las señaladas, así como gestionar los servicios públicos resultantes, con atribución de facultades y competencias públicas.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 23.2 y 132.
- Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), arts. 178 y 179.1.
- Ley 53/1984 (Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas), arts. 5, 12 y 16.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 63.1, 74 y 75.
- Ley 38/1999 (Ordenación de la edificación), arts. 2 y 21.
- Ley 7/2007 (Estatuto Básico del Empleado Público), art. 24.
- Ley 3/2015 (Ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado), art. 15.
- Ley 39/2015 (LCAP), arts. 2.3 y 47.1.
- Ley 9/2017 (Contratos del sector público), arts. 13, 61, 62, 64, 75, 118, 235 y disposición final cuarta.
- Real Decreto-Ley 20/2012 (medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), disp. adic. 5.^a.
- Real Decreto 2568/1986 (Rgto. de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), art. 97.
- Real Decreto 1098/2001 (Reglamento general de la Ley de contratos), arts. 135, 136 y 137.
- Real Decreto 314/2006 (Código Técnico de la Edificación).
- Real Decreto 1000/2010 (visado colegial obligatorio), art. 4.1.
- Real Decreto 128/2018 (Régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional), arts. 3.3.
- SSTS 4407/1994; de 27 de abril de 2001; 7 de julio de 2001; 21 de julio de 2001 (rec. de casación para unificación de doctrina núm. 5234/1996); 18 de abril de 2002; 10 de septiembre de 2002; 16 de septiembre de 2002; 27 de diciembre de 2002; 30 de enero de 2003; 22 de noviembre de 2003 (casación para unificación de doctrina núm. 4547/1998); 5 de mayo de 2009 (casación en interés de la Ley 60/2007); 24 de junio de 2015, rec. núm. 421/2014; 875/2020, de 24 de junio (dictada en el recurso de casación núm. 6043/2017).
- Informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado: 92/2018, de 4 de marzo de 2019; 8/2020, de 8 de febrero de 2021; 43/2021, de 17 de diciembre, y 61/2022, de 25 de mayo de 2023.



Grados oficiales

- ✦ **Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería**
Ingeniería de Organización Industrial • 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 • Empresa y Tecnología • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing
- ✦ **Facultad de Ciencias Jurídicas**
Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho
- ✦ **Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**
Historia • Filosofía, Política y Economía

Títulos propios y doctorados

- ✦ *Consultar en la web*

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 • Educación Inclusiva y Personalizada • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Neuropsicología • Psicopedagogía • Psicología General Sanitaria • Tecnología Educativa
- ✦ **Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales**
Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales
- ✦ **Facultad de Ciencias Jurídicas**
Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Práctica de la Abogacía y la Procura • Prevención de Riesgos Laborales
- ✦ **Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**
Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

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.

*Juntos hacia
tu objetivo*

Más información en:
www.udima.es



AHORA ES EL MEJOR MOMENTO PARA OPOSITAR

Administración General

- Administradores Civiles del Estado
- Gestión de la Administración Civil del Estado
- Administrativos de la Administración del Estado

Administración Local

- Interventores-Tesoreros
- Secretarios (de Entrada)
- Secretarios-Interventores

Banco de España

- Técnicos (Banco de España)
- Inspectores del Banco de España

Seguridad Social Empleo

- Inspectores de Trabajo y Seguridad Social
- Interventores y Auditores de la Seguridad Social
- Técnicos de la Seguridad Social
- Gestión de la Seguridad Social
- Gestión de la Seguridad Social (Especialidad Auditoría y Contabilidad)
- Subinspectores Laborales (Escala de Empleo y Seguridad Social)
- Administrativos de la Seguridad Social

Asesoramiento
personalizado:

91 44 44 920
www.cef.es

Hacienda / Tribunal Cuentas

- Inspectores de Hacienda del Estado
- Inspectores de Seguros del Estado
- Interventores y Auditores del Estado
- Técnicos de Auditoría y Contabilidad
- Técnicos de Auditoría y Control Externo del Tribunal de Cuentas
- Técnicos de Hacienda
- Agentes de la Hacienda Pública

Justicia

- Jueces y Fiscales
- Letrados de la Administración de Justicia
- Gestión Procesal y Administrativa
- Tramitación Procesal y Administrativa

Comunidades Autónomas

- Comunidad Valenciana
- Comunidad de Madrid
- Cataluña

